

II ZR 127/50

Verkündet

am 21. Dezember 1951

H i r t h

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

59
2364 043

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Eduard Z [REDACTED] & Cie. AG in F [REDACTED],
G [REDACTED], vertreten durch die Mitglieder ihres
Vorstandes Reg.-Baumeister Ludwig L [REDACTED] in S [REDACTED]
und Direktor Eberhard B [REDACTED] in F [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter, Rechtsanwalt Dr. [REDACTED].

gegen

die Firma G. Ch. Bö [REDACTED] in F [REDACTED],
Z [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED].

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1951 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bun-
desrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und
Dr. Benkard für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt/a.M. vom 5. Oktober 1950 aufgehoben und die
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
auch über die Kosten der Revision an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin mietete von der Beklagten am 1. Mai 1943 nach den Bedingungen des Einheitsmietvertrages für Baugeräte (Deutscher Reichsanzeiger 1940 Nr 132) einen Spezial-Diesel-Raupenbagger, Baujahr 1935, mit einem Neuwert lt. Geräteliste von 83.950 RM. Das Baugerät war während des Krieges in der Gegend von Bordeaux eingesetzt und ging im August 1944 beim Vormarsch der alliierten Truppen auf der Baustelle der Klägerin verloren. Die Beklagte hat für den Verlust vom Kriegssachschädenamt einen Ersatz nicht mehr erhalten.

Die Beklagte verlangte von der Klägerin bereits im Oktober 1945 gemäß § 11 EMV als Ersatz für den verlorengegangenen Bagger Ersatzlieferung oder Wertersatz. Die Klägerin lehnte ihre Verpflichtung zu einer Ersatzleistung ab, weil sie aus Rechtsgründen die Voraussetzungen für ihre Haftung aus § 11 EMV verneinte. Da die Parteien sich in der Folgezeit über diesen Streitpunkt nicht einigen konnten, erhob die Klägerin Klage auf Feststellung, daß die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatzlieferung für den Verlust des Baggers habe. Diese Klage erklärte die Klägerin für erledigt, nachdem die Beklagte im Wege der Widerklage beantragt hatte, die Klägerin zur Herausgabe des Baggers oder eines gleichwertigen Gerätes zu verurteilen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Widerklage stattgegeben und die Klägerin zur Lieferung eines gleichwertigen Gerätes verurteilt. Mit der Revision ver-

- 3 -

folgt die Klägerin ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Haftung des Mieters für den Untergang von Baugeräten gemäß § 11 EMV nicht nur die Fälle der physischen Vernichtung des Geräts umfasse, sondern auch dann Platz greife, wenn es sich um einen sogenannten wirtschaftlichen Untergang des Geräts handle, wie er im vorliegenden Fall bei dem Verlust des Geräts im unmittelbaren Zusammenhang mit den Kriegsereignissen zu bejahen sei. Dieser Auffassung ist beizutreten. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 23. Mai 1951 - II ZR 71/50 - BGHZ 2, 176 [180 ff.] zu der Auslegung des § 11 EMV eingehend Stellung genommen und dargelegt, daß es für die Anwendung des § 11 EMV keinen Unterschied mache, ob das gemietete Gerät im Krieg durch Vernichtung oder durch Erbeutung seitens des Feindes endgültig verloren gegangen ist. Die von der Revision gegen diese Auffassung erhobenen Bedenken vermögen auch bei einer erneuten Überprüfung eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Es kann auch nicht, wie die Revision meint, ein Unterschied bei den Kriegsverlusten an Baugeräten in der Richtung gemacht werden, daß solche Verluste in unmittelbarem Zusammenhang mit Kampfhandlungen im Osten anders zu beurteilen seien wie Verluste, die, wie im vorliegenden Fall in Frankreich eingetreten sind. In beiden Fällen trifft in



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

57

gleicher Weise der Gesichtspunkt zu, der nach den Darlegungen in dem genannten Urteil des erkennenden Senats für die Anwendung des § 11 EMV auf derartige Verluste entscheidend ist. Es ist somit davon auszugehen, daß die Voraussetzungen des § 11 EMV für eine Inanspruchnahme des Klägers gegeben sind.

An dieser Beurteilung ändert auch der neue Vortrag der Revision nichts, nach dem der Bagger im April 1943 von der Organisation Todt bei der Beklagten beschlagnahmt worden ist. Eine solche Beschlagnahme beim Vermieter, die nach ihrem Wortlaut überhaupt erst den Anlaß zum Abschluß des Mietvertrages gebildet hatte, kann einer Beschlagnahme beim Mieter und einem damit verbundenen Verlust jeder Einwirkungsmöglichkeit auf das Gerät für den Mieter nicht gleichgestellt werden. Es verbietet sich daher hier eine Anwendung der Rechtsgrundsätze, die den Senat nach dem Grundgedanken des § 11 EMV dazu veranlaßt haben, bei einer Beschlagnahme des Geräts und bei einem Verlust jeder Einwirkungsmöglichkeit auf das Gerät die Anwendung der Zufallshaftung nach § 11 EMV zu verneinen (BGHZ 2, 192 [1957]).

Das Berufungsgericht legt sodann dar, daß sich die Klägerin gegenüber dem geltendgemachten Anspruch auch nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könne und daß des weiteren die Verpflichtung der Klägerin zur Ersatzlieferung für diese auch nicht im Sinne des § 11 Abs 2 EMV als unzumutbar betrachtet werden könne.

ne. Unzumutbar sei eine solche Verpflichtung der Klägerin schon um deswillen nicht, weil die nach § 11 Abs 2 EMV anderenfalls in Betracht kommende Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung einer Barentschädigung als Schadensersatzanspruch im Verhältnis 1: 1 umzustellen sei. Bei dieser Rechtslage könne nicht davon gesprochen werden, daß der Klägerin die Naturalherstellung im Sinne von § 251 Abs 2 BGB nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sei. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es ist allerdings aus Rechtsgründen nichts dagegen zu erinnern, daß das Berufungsgericht die Zumutbarkeitsfrage gemäß § 11 Abs 2 EMV, ohne daß der dort erwähnte Schiedsgutachterausschuß vorher von den Parteien angerufen worden war, selbst geprüft und beantwortet hat. Die Parteien sind sich im Prozeß darüber einig gewesen, daß für sie eine Anrufung des Schiedsgutachterausschusses zur Beurteilung der Zumutbarkeitsfrage im Sinne des § 11 Abs 2 EMV nicht mehr in Betracht komme. Damit haben sie in zulässiger Weise zum Ausdruck gebracht, daß sie sich auf die Schiedsgutachterabrede nicht mehr berufen wollen, so daß demzufolge das Prozeßgericht die Möglichkeit und die Pflicht zur selbständigen Prüfung der Zumutbarkeitsfrage erhielt. Die Ausführungen des Berufungsgerichts bei der Prüfung dieser Frage sind von der irrigen Annahme bestimmt, daß der Anspruch des Vermieters auf Zahlung einer Barentschädigung gemäß § 11 EMV ein echter

Schadensersatzanspruch sei und deshalb im Verhältnis 1 : 1 umzustellen sei. Der Senat hat in seinem Urteil vom 23. Mai 1951 - II ZR 126/50 - BGHZ 2, 192 196 ff bereits auch zu dieser Frage eingehend Stellung genommen und ausgeführt, daß nach dem Wortlaut und nach dem Grundgedanken des § 11 EMV die Barentschädigung kein echter Schadensersatzanspruch ist und deshalb auch nicht der Umstellung im Verhältnis 10 : 1 nach § 16 UmstG entzogen ist (vgl dazu auch Urteil des Senats vom 10.10.1951 - II ZR 70/50). Der unzutreffende Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist der Anlaß dafür gewesen, daß das Berufungsgericht die Zumutbarkeitsfrage lediglich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 251 Abs 2 BGB geprüft und zugunsten der Beklagten entschieden hat. Es hat damit die besonderen Verhältnisse, wie sie sich nach dem Zusammenbruch und nach der Währungsreform entwickelt haben, außer acht gelassen und demgemäß auch nicht berücksichtigt, daß bei dieser Sachlage die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Naturalersatz nur beim Vorliegen ganz besonderer Billigkeitserwägungen bejaht werden kann (BGHZ 2, 176 1897). Wenn das bisherige Vorbringen der Parteien auch keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür bietet, solche besonderen Billigkeitserwägungen als gegeben anzusehen und damit die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Naturalersatz zu bejahen, so erscheint es gleichwohl nicht angebracht, schon jetzt eine abschließende Entscheidung zu treffen. Für die Beklagte bestand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung bei der damals herrschenden Rechtsprechung

zur Auslegung des § 11 EMV kein zwingender Anlaß, ihr Vorbringen auch in dieser Richtung zu ergänzen. Für das Berufungsgericht hätte bei einer Anwendung der von dem Senat entwickelten Rechtsgrundsätze in jedem Falle die Pflicht bestanden, die Beklagte auf diese rechtlichen Gesichtspunkte gemäß § 139 ZPO hinzuweisen und sie zu einer Ergänzung ihres Vorbringens aufzufordern. Es erscheint unbillig, der Beklagten diese Möglichkeit abzuschneiden, nachdem das Berufungsgericht ihrem Klagebegehren stattgegeben und sie infolgedessen keine Möglichkeit gehabt hatte, eine entsprechende Revisionsrüge anzubringen. Für die Prüfung der Zumutbarkeitsfrage wird es unter Umständen von Bedeutung sein, ob die Beklagte neben ihrem 10 : 1 umgestellten Anspruch auf Barentschädigung auch noch weitere Beträge als Verzugschaden fordern kann. Insoweit ist zu berücksichtigen, daß die Beklagte bereits im Jahre 1945 an die Klägerin herangetreten ist und von ihr Ersatzlieferung oder Wertersatz gefordert hat.

Sollte die Beklagte keine besonderen Billigkeits-erwägungen, die ausnahmsweise für die Zubilligung eines Anspruchs auf Lieferung von gleichwertigem Ersatz sprechen, dartun können, dann wird das Berufungsgericht bei einer etwaigen Änderung der Widerklage durch Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs auch in diesem Zusammenhang noch zu prüfen haben, ob die Beklagte als Verzugschaden noch weitere Beträge über den 10 : 1 umgestellten Anspruch auf Barentschädigung hinaus fordern kann.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil Erfolg haben und eine weitere Aufklärung noch erforderlich ist. Das Berufungsurteil ist daher aus den angegebenen Gründen aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Benkard