

Verkündet am 2. April 1952
Hirth, Just. Angest. als
Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes
In dem Rechtsstreit

der O[REDACTED]'schen Baugesellschaft in H[REDACTED],
K[REDACTED]straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch die persönlich haftenden
Gesellschafter

- 1.) Kaufmann H.H. v. O[REDACTED]
- 2.) Kaufmann Walter E. [REDACTED]
in H[REDACTED], daselbst,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Johannes K[REDACTED], Bauunternehmung, [REDACTED],
Postfach [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. April 1952 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fischer,
Dr. Kuhn und Ascher

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 29. Mai 1951 wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte mietete durch Vertrag vom 15. Juli 1943 nach den Bedingungen des Einheitsmietvertrages für Baugeräte (Deutscher Reichsanzeiger 1940, Nr 132) von der Klägerin eine Diesel-Motor-Straßendreiradwalze, einen Aufreißer, einen Wohnwagen und Wasserwagen nebst Ersatz- und Zubehörteilen und setzte diese Geräte auf ihrer Baustelle bei Kirkenes ein. Beim Einmarsch der russischen Truppen in Nordnorwegen gingen diese Geräte im Oktober 1944 verloren.

Die Klägerin nimmt die Beklagte nach § 11 EMV für diesen Verlust in Anspruch, indem sie Lieferung gleichwertiger Ersatzgeräte, hilfsweise, falls die Ersatzbeschaffung der Beklagten nicht zumutbar sei, die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von DM 21 800 verlangt. Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und v.a. vortragen, sie habe auf Anordnung der OT im Frühjahr 1944 die gemieteten Geräte mit anderen ihr gehörigen und von ihr gemieteten Geräten auf ihrer Baustelle bei Kirkenes zurückgelassen, als sie die Baustelle nach Ausführung des Bauauftrages geräumt habe. Es sei auf diese Weise ein Mietvertrag zwischen ihr und der OT zustande gekommen, so daß sie sich gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 21 Abs 4 UmstG berufen könne. Das Landgericht hat den in erster Linie gestellten Antrag der Klägerin abgewiesen, weil der Beklagten eine Ersatzbeschaffung nicht zumutbar sei, und hat den Hilfsantrag der Klägerin auf Zahlung einer Barentschädigung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die von beiden Parteien eingelegte Berufung zurückgewiesen und das Urteil des Landge-

- 3 -

richts im vollen Umfang bestätigt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Da das Berufungsurteil lediglich von der Beklagten mit der Revision angegriffen worden ist, ist nur noch eine Prüfung dahin möglich, ob der hilfsweise gestellte Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Barentschädigung dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Die von der Revisionsbeantwortung gewünschte Nachprüfung, ob die Erwägungen des Berufungsurteils zur Abweisung des Hauptantrages zutreffend sind, ist nicht zulässig, da das Verfahren insoweit nicht in die Revisionsinstanz gelangt ist.

Die Revision wendet sich in erster Linie dagegen, daß das Berufungsgericht den Anordnungen der OT zu Anfang des Jahres 1944 nicht die ihnen zukommende rechtliche Würdigung habe zuteil werden lassen. Durch diese Anordnung sei der Beklagten die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Gerät entzogen worden, und es könne bei dieser Sachlage nach den Darlegungen des erkennenden Senats in seinem Urteil vom 23. Mai 1951 (BGHZ 2, 192 ff) eine Haftung der Beklagten nach § 11 BMV unter Berücksichtigung des Grundgedankens dieser Bestimmung nicht bejaht werden.

Diesen Ausführungen der Revision kann nicht gefolgt werden. Eine Anwendung der in BGHZ 2, 192 ff entwickel-



ten Grundsätze ist im vorliegenden Sachverhalt nicht möglich. Der erkennende Senat hat bereits mehrfach ausgesprochen (vgl. zuletzt Urteil vom 19.1.1952 - II ZR 80/51 -), daß die Haftung des Mieters aus § 11 EMV nicht in jedem Fall verneint werden kann, wenn ihm vor dem Untergang des gemieteten Baugeräts die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Gerät ganz allgemein entzogen worden ist. Das gilt, wie in dem bezeichneten Urteil vom 19. Januar 1952 schon näher ausgeführt worden ist, insbesondere dann, wenn der Mieter für die Entziehung des Geräts von der die Anordnung erlassenden öffentlichen Dienststelle ein Entgelt erhalten hat, das nach seiner Höhe im Vergleich zu der Gerätemiete die Risikobelastung des Mieters gemäß § 11 EMV in verständiger Weise berücksichtigt. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten hat diese bis zum Januar 1945 von der OT monatlich für die Straßenwalze eine Entschädigung nach den Vorschriften des Rahmenbauvertrages Ost empfangen. Bei dieser Entschädigung ist im ausreichenden Maße das Risiko der Beklagten für den zufälligen Untergang des Geräts berücksichtigt worden, da der Rahmenbauvertrag Ost ausdrücklich als Kosten für die Gerätevorhaltung bei Fremdgeräten einen höheren Satz als für eigene Geräte, nämlich bis zum 3 1/2fachen des jeweils geltenden Satzes für die Gerätemiete festlegt. Nachdem die Beklagte diesen höheren Satz fast ein ganzes Jahr gerade im Hinblick auf ihre Risikobelastung als Mieter erhalten und an die Klägerin weiterhin nur die vereinbarte Gerätemiete gezahlt hat, kann sie sich nach dem Untergang des Geräts nicht auf die Entziehung des Geräts durch die OT berufen. Die finanziellen Vorteile, die die Beklagte während der Entziehung des Geräts für das ihr verbliebene Risiko

gegenüber der Klägerin entgegengenommen hat, zwingen zu der Annahme, daß die Beklagte im Schadensfall auch gegenüber der Klägerin für die Folgen des von ihr weiter getragenen Risikos einzutreten hat. Sie würde sich mit ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn sie nunmehr nach Eintritt des Schadens mit eben dem gleichen Umstand, auf Grund dessen sie vorher die Vorteile ihrer verbliebenen Risikobelastung für sich in Anspruch genommen hatte, ihre Freistellung von der Haftung aus § 11 EHV herbeiführen wollte. Es ist daher unter Berücksichtigung des eigenen Verhaltens der Beklagten nicht möglich, ihre Haftung im Hinblick auf die getroffene Anordnung der OT zu verneinen.

Auch die übrigen Einwendungen gegen den Grund des hilfsweise geltend gemachten Klagsanspruchs können nicht durchgreifen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß sich die Beklagte gegenüber ihrer Inanspruchnahme aus § 11 EHV nicht auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen könne, stehen im Ergebnis in Übereinstimmung mit der feststehenden Rechtsprechung des Senats und sind daher nicht zu beanstanden. Auch eine Anwendung des § 21 Abs 4 UmstG ist im vorliegenden Fall nicht möglich. Dabei kann es offen bleiben, ob die Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten und der OT als ein privatrechtliches Miet- oder mietähnliches Verhältnis zu beurteilen sind. Denn selbst wenn das zu bejahen wäre, so kann daraus doch eine Anwendung des § 21 Abs 4 UmstG nicht hergeleitet werden. Das Berufungsgericht weist mit Recht darauf hin, daß für die Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten und der OT auch hinsichtlich der in Kirkenes zurückgelassenen Geräte die allgemeinen Vertragsbedin-

gungen der OT maßgeblich geblieben waren und daß der Beklagten nach § 7 Abs 2 dieser Bestimmungen ein vertraglicher Ersatzanspruch für den zufälligen Untergang des Geräts durch Kriegsereignisse nicht zugestanden hat. Bei dieser Rechtslage kann daher nicht davon gesprochen werden, daß die Beklagte angesichts des eingetretenen Verlustes Gläubigerin einer Forderung gegenüber der OT aus einer Lieferung oder einer sonstigen Leistung im Sinne des § 21 Abs 4 UmstG geworden ist. Vielmehr war sie lediglich auf einen Kriegssachschadenanspruch gegen das Deutsche Reich angewiesen, so daß demzufolge eine Anwendung des § 21 Abs 4 UmstG ausscheidet. Die Annahme der Revision, daß die OT die gleiche Rückgabe- und Ersatzpflicht gegenüber der Beklagten wie diese gegenüber der Klägerin gehabt habe, scheitert an dem eigenen Vortrag der Beklagten und an der darauf fußenden Feststellung des Berufungsgerichts, daß für die Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten und der OT nicht die Vorschriften des Einheitsmietvertrages für Baugeräte, sondern die allgemeinen Vertragsbedingungen der OT zugrunde gelegt worden sind.

Nach alledem erweist sich die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Anspruch der Klägerin dem Grunde nach gerechtfertigt sei, als zutreffend, so daß die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen ist. Wie hoch der Anspruch der Klägerin ist, insbesondere in welcher Weise er von der Umstellung nach dem Umstellungsgesetz betroffen ist, ist erst in dem anschließenden Betragsverfahren zu entscheiden. Hierbei werden entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, das den Anspruch auf eine Barentschädigung nach § 11 EMV wie einen

echten Schadensersatzanspruch behandeln und daher einer Umstellung im Verhältnis 10 : 1 gemäß § 16 UmstG entziehen will, die Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, die der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 23. Mai 1951 (BGHZ 2, 192 [196 ff]) im einzelnen dargelegt hat.

Dr. Drost Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Kuhn Ascher