

Verkündet am
21. Februar 1952
Klett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2501 006

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm H. [REDACTED] in M. [REDACTED],
F. [REDACTED]strasse [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Gastwirt Matthäus S. [REDACTED] in G. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1952 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Ascher, Dr. Hartz, Johannsen,
Dr. v. Werner und Scheffler

für Recht erkannt:

Das am 22. Januar 1951 erlassene, den Parteien
am 6. März 1951 an Verkündungs Statt zugestell-
te Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in München wird aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Sammlung

.. 2 ..
Tatbestand:

Der Kläger hatte im Jahre 1943 bei dem Beklagten eine grössere Menge Textilwaren eingelagert, um sie vor den Gefahren des Luftkriegs zu schützen. Die Waren wurden in einem Zimmer im 1. Stock der Gastwirtschaft des Beklagten aufbewahrt. Der Schlüssel zu diesem Zimmer befand sich in Händen des Beklagten. Auf Grund einer behördlichen Anordnung, mit der dem Kläger in den letzten Kriegstagen ein Verkauf der eingelagerten Waren an die Bevölkerung aufgegeben wurde, hat die Ehefrau des Klägers einen Teil der Ware verkauft. Den anderen Teil übergab sie dem Beklagten mit dem Auftrag, die in Kartons verpackte Ware auf seinem Anwesen zu verstecken. Der Beklagte entsprach diesem Auftrag.

Nachdem im Mai 1945 die Gastwirtschaft des Beklagten einige Zeit mit Besatzungstruppen belegt gewesen war, lud der Beklagte Ende Mai Waren des Klägers unter Mithilfe eines Malers Däubner und einiger auf seinem Anwesen befindlicher Ausländer auf einen LKW auf und liess sie zum Kläger bringen. Bei der Bestandsaufnahme, die der Kläger nach Empfang der Ware machte, stellte dieser das Fehlen zahlreicher Stücke fest. Der Beklagte und Däubner sind rechtskräftig wegen fortgesetzter Unterschlagung von Textilwaren des Klägers und von Leder, das der Schuhfabrikant M. ebenfalls bei dem Beklagten eingelagert hatte, zu je drei Monaten Gefängnis verurteilt worden.

Der Kläger macht den Beklagten für die ihm nicht zurückgegebenen Waren haftbar. Seinem Antrage entsprechend hat das Landgericht den Beklagten zur Herausgabe der vom Kläger geforderten Gegenstände und, falls diese

nicht binnen einem Monat nach Rechtskraft des Urteils herausgegeben werden, zur Zahlung eines Betrages von 8.514,-- DM verurteilt. Auf die gegen dieses Urteil vom Beklagten eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht den Beklagten nur zu einer Zahlung von 2.000,-- DM verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Revision eingelegt. In der Revisionsbegründung hat er zunächst die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts in seinem vollen Umfang verlängt, jedoch unter Absetzung der dem Kläger durch die Polizei im Laufe des Strafverfahrens zurückgegebenen Gegenstände und unter Abzug ihres angeblichen Wertes im Zeitpunkt der Rückgabe in Höhe von 737,05 DM. In der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht hat der Kläger zunächst nur den Antrag auf Rückgabe verlesen, später jedoch noch hilfsweise den Antrag, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 7.776,95 DM, hilfsweise entsprechend dem Urteil des Landgerichts zu zahlen. Der Beklagte hat um Zurückweisung der Revision gebeten und der Änderung des Klageantrags widersprochen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision rügt zunächst, dass das Berufungsgericht den Antrag des Klägers auf Herausgabe der ihm abhanden gekommenen Gegenstände übergangen und den Beklagten nur zur Zahlung eines Geldbetrages verurteilt habe. Das Berufungsgericht hat den Herausgabeantrag des Klägers dadurch beschieden, dass es mit Ausnahme eines Betrages von 2.000,— DM die Klage abgewiesen hat. Es hat festgestellt, dass der Beklagte nicht mehr im Besitz von Waren des



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Klägers und zu ihrer Herausgabe nicht in der Lage ist. Die Verurteilung zu einer Ersatzlieferung hat das Gericht abgelehnt, weil die genauen Sorten der abhandengekommenen Waren nicht bekannt und auch nicht feststellbar seien. Der Kläger hat hierzu in der Revisionsinstanz vorgetragen, dass er die Herausgabe der von ihm geforderten Waren auf Grund seines Eigentums verlangt habe. Dies ist irrig. Die Klage ist ausdrücklich nur auf unerlaubte Handlung und Haftung aus Verwahrungsvertrag gestützt und in den Vorinstanzen ist weder die Klage ausdrücklich auf § 985 BGB gestützt, noch ist, was zur Schlüssigkeit einer solchen Klage unbedingt erforderlich ist, das Fortbestehen des Besitzes des Beklagten behauptet worden. Die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen können nur Ansprüche des Klägers aus dem mit dem Beklagten abgeschlossenen Verwahrungsvertrag und aus einer von diesem begangenen unerlaubten Handlung rechtfertigen, und zwar solche auf Schadensersatz wegen Nichtrückgabe oder Unterschlagung der zur Verwahrung gegebenen Gegenstände. Grundsätzlich ist entsprechend der Vorschrift des § 249 BGB der Schadensersatz in Natur zu leisten. Der Geschädigte ist wirtschaftlich so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der zu Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wenn es sich um Ware handelt, die, wie dies hier der Fall ist, Handelsware ist, so kann der Geschädigte für deren Verlust grundsätzlich Ersatz durch Lieferung derselben Menge gleicher Ware verlangen (vgl. RGZ 93, 284; 106, 88). Wenn jedoch eine solche Lieferung nicht möglich ist, weil die Beschaffenheit der abhandengekommenen Ware nicht feststellbar oder in der im Kriege üblichen Beschaffenheit

nicht mehr vorhanden ist, würde, da der Beklagte unstreitig nicht mehr im Besitz der fehlenden Ware ist, die Verurteilung zur Herausgabe eine Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung bedeuten. Ein solches Urteil kann aber, weil es widersinnig wäre, nicht erlassen werden (vgl. RGZ 107, 18; 160, 263). Die Ersatzpflicht beschränkt sich in derartigen Fällen gemäss § 251 BGB auf Geld. Das Oberlandesgericht hat daher zu Recht den Anspruch auf Herausgabe abgewiesen.

Der Kläger hatte nun ursprünglich eine Zahlung nur für den Fall verlangt, dass die von ihm herausverlangten Gegenstände nicht binnen einem Monat nach Rechtskraft des Urteils auf Herausgabe herausgegeben werden. In diesem Antrag kann bei einer sinngemässen Auslegung mangels eines hervorgetretenen gegenteiligen Willens des Klägers unbedenklich ein Hilfsantrag zur Verurteilung des Beklagten zu einer Zahlung für den Fall gesehen werden, dass dem Herausgabeantrag nicht stattgegeben wird, wie es der Berufungsrichter getan hat. Infolgedessen konnte der Kläger, da in der lediglich zunächst nicht erfolgten Verlesung des Zahlungsantrags keine wirksame Rücknahme dieses Antrags zu erblicken ist, die Verlesung des Zahlungsantrags bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden. Der von dem Beklagten hiergegen erhobene Widerspruch ist daher unbegründet.

Das Berufungsgericht hat den Abschluss eines Verwahrungsvertrages und eine Unterschlagung des Beklagten angenommen. Hiergegen bestehen rechtlich keine Bedenken, zumal das Berufungsgericht eine Feststellung über Verstösse des Klägers gegen kriegswirtschaftliche Bestim-

mungen, die die Gültigkeit des Verwahrungsvertrags in Frage stellen könnten, nicht getroffen und die Revision auch nicht gerügt hat, dass diese Feststellung unter Ausserachtlassung prozessrechtlicher Vorschriften nicht vorgenommen worden ist. Ebenso hat das Berufungsgericht zu Recht Verwirkung der Ansprüche des Klägers nicht angenommen, da Zeitablauf allein zur Annahme einer Verwirkung nicht ausreicht und besondere Umstände nicht festgestellt sind, die die Erhebung der Klage nach Ablauf einer Zeit von etwa 3 Jahren als gegen Treu und Glauben verstossend erscheinen lassen. Das Berufungsgericht hat auch nicht verkannt, dass der Beklagte für die Rückgabe der ihm zur Verwahrung übergebenen Ware oder für eine von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit ihrer Herausgabe gemäss §§ 362, 282 BGB hinsichtlich eines jeden einzelnen Gegenstandes beweispflichtig ist. Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht aus der Art und Weise der vereinbarten Aufbewahrung und aus Vorgängen während der Zeit der Aufbewahrung Schlüsse zugunsten des beweispflichtigen Beklagten gezogen hat, wozu es gemäss § 286 ZPO berechtigt war. Allerdings lässt sich dies nicht, wie das Berufungsgericht es tut, mit einem mitwirkenden Verschulden des Klägers rechtfertigen, sondern nur mit der Vereinbarung eines Haftungsausschlusses (vgl BGHZ 2, 159 ff).

Das Berufungsgericht hat jedoch, wie dies die Revision zu Recht rügt, nicht ausreichend aufgeklärt, für welche Gegenstände der Beklagte zu haften hat. Hierzu wäre es erforderlich gewesen, zunächst einmal festzustellen, welche Gegenstände der Beklagte in Verwahrung genommen hat, und zwar nicht als der Kläger dies im

Zimmer im 1. Stock der Gastwirtschaft des Beklagten einlagerte, sondern als die Ehefrau des Klägers kurz vor Kriegsende anlässlich des von ihr vorgenommenen Verkaufs einen Teil der Waren dem Beklagten zum Verstecken auf seinem Anwesen gab. Festgestellt hätte sodann werden müssen, welche von diesen Gegenständen der Kläger zurückerhalten hat und inwieweit die Unmöglichkeit der Nichtrückgabe der restlichen Gegenstände auf einem vom Beklagten nicht zu vertretenden Umstand beruhte. Das Gericht konnte nicht, wie es getan hat, die Fehlmenge, für die der Beklagte haftbar war, gemäss § 287 ZPO nach freier Überzeugung bestimmen, sondern musste über Fehlmengs- wie Haftungsgrund gemäss § 286 ZPO entscheiden (vgl die zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmte Entscheidung des erkennenden Senats vom 13. Dezember 1951 IV ZR 123/51). Deshalb durfte auch von der Vernehmung des Kraftfahrers M. nicht abgesehen werden, der vom Kläger als Zeuge dafür benannt worden war, dass ihm der Beklagte erklärt habe, er solle sich von den auf dem Lastwagen befindlichen Sachen nehmen, was er gebrauchen könne. Die Ablehnung seiner Vernehmung ist zu Unrecht erfolgt, da die in sein Wissen gestellten Tatsachen vom Berufungsgericht nicht als wahr unterstellt worden sind und sich die Glaubwürdigkeit seiner Aussage grundsätzlich erst nach ihrem Vorliegen beurteilen lässt. Das Berufungsgericht hat auch in dem Parallelprozess M. gegen S. kein Bedenken getragen, eine Feststellung auf die Aussage dieses Zeugen in dem Strafverfahren gegen den Beklagten zu stützen (S. 17 des Urteils v. 22. Januar 1951 3 U 805/50). Erst auf Grund der Feststellungen der Fehlmenge und des Haftungsgrundes

konnte dann das Berufungsgericht die Höhe des hiernach vom Beklagten zu leistenden Schadensersatzes nach freier Überzeugung entsprechend der Vorschrift des § 287 ZPO bestimmen.

Aus diesem Grunde musste das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur Vornahme der erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Ascher

Dr.Hartz

Bundesrichter Johannsen
ist beurlaubt und an
der Unterzeichnung ver-
hindert.

Ascher

v.Werner

Scheffler