

Verkündet
am 21. März 1956
Fieser, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Versäumnisurteil !

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Werner H [REDACTED], M [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Arthur S [REDACTED], B [REDACTED]
[REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter des 2. Rechtszuges:
Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED] Str. [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. März 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Johannsen, Scheffler, Siemer und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 18. Oktober 1955 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revisionen, an
den 2. Zivilsenat des Kammergerichts zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte mit der Klage einen Anspruch auf Herausgabe von 30 Vulkanfiberplatten gegen den Beklagten geltend gemacht. Er hatte behauptet, der Beklagte habe von einem ihm, dem Kläger, gehörenden Posten von etwa 9 to Platten einen Teil von etwa 4.800 kg erworben; den Rest habe er auf seine, des Klägers Bitte, in Verwahrung genommen. Der Beklagte, der im Laufe des Rechtsstreits verschiedene Darstellungen gegeben hat, hatte zunächst eingewandt, er habe den Gesamtposten von 9 to vom Kläger gekauft und übereignet erhalten. Das Landgericht Berlin in Berlin-Charlottenburg hat den Beklagten verurteilt, 30 Hartpreßplatten an den Kläger herauszugeben. Der Beklagte hat Berufung eingelegt. Als er durch eine Anordnung gemäß § 272 b ZPO aufgefordert wurde, dem Kläger und dem Gericht eine Probe des Materials einzureichen, trug er vor, dazu sei er nicht imstande; er habe den gesamten, vom Kläger erhaltenen Posten an eine Firma in Westdeutschland weiterverkauft. Der Kläger bestritt dies nicht. Er ging vom Herausgabe- zu einem Zahlungsantrag über. Das Kammergericht wies die Klage ab. Es stellte zwar fest, daß der Beklagte nur rund 4,8 to von den ihm vom Kläger übergebenen 10 to gekauft habe. Es erachtete aber Kauf und Übereignung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) und zugleich gegen den Zweck der Preisvorschriften (§ 134 BGB) für nichtig. Der Beklagte habe also als Nichtberechtigter verfügt. Gleichwohl sei er um den Erlös (18.430,-- DM) nicht auf Kosten des Klägers ungerechtfertigt bereichert. Denn er könne nicht nur Ersatz seiner Aufwendungen für Transport, Lagerung und Weiterverkauf verlangen, sondern nach der Saldotheorie auch den Kaufpreis anrechnen, den er für den gekauften Teil an den Kläger gezahlt habe. Auf die Revision des

Klägers hat der erkennende Senat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Kammergericht zurückverwiesen. In dem Urteil des Senats ist ausgeführt worden, daß der Kläger seinen Klageanspruch ausschließlich aus dem nichtverkauften Teil der Platten herleite und daß der Kaufpreis für den verkauften Teil nicht im Wege einer Saldierung auf den Klageanspruch angerechnet werden könne.

Das Kammergericht hat darauf das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger, daß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werde.

Der Beklagte war in diesem zweiten Revisionsrechtszuge nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

I. Das Urteil des Kammergerichts kann mit der Revision angefochten werden; denn es erledigt den Rechtsstreit in der Berufungsinstantz und ist daher kein Zwischenurteil, sondern ein Endurteil (§ 545 ZPO, vgl BGHZ 18, 107 f).

Die Revision ist auch begründet.

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der schon zitierten Entscheidung eingehend erörtert, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten die Frage zu prüfen ist, ob das Verfahren des ersten Rechtszugs an einem wesentlichen Mangel leidet. Seinen Ausführungen schließt sich der erkennende Senat an.



II. Das Kammergericht sieht einen wesentlichen Mangel im Verfahren des Landgerichts darin, daß dieses den § 139 ZPO nicht hinreichend beachtet und daher eine Entscheidung getroffen habe, die mit den Denkgesetzen nicht vereinbar sei. Es führt hierzu aus, der Kläger habe bereits mit der Klageschrift ein Schreiben des [späteren] Zeugen F. [REDACTED] vom 9. September 1950 eingereicht, aus dem klar zu ersehen gewesen sei, daß der Beklagte für die Platten, deren Herausgabe er verlangt habe, bereits "einen Käufer gefunden" hatte. Angesichts dieses Schreibens hätte das Landgericht auf eine vollständige wahrheitsgemäße Erklärung der Parteien über den Verbleib der Platten hinwirken müssen. Hätte es dies getan, so wäre bereits in der ersten mündlichen Verhandlung offenbar geworden, daß die herausverlangten Platten unstreitig schon drei Jahre zuvor verkauft waren. Das Gericht hätte dann die auf § 985 BGB gestützte Entscheidung nicht erlassen können, sondern hätte auf die Stellung zweckdienlicher Anträge durch den Kläger hinzuwirken gehabt. Dabei wären diejenigen Aufklärungen notwendig geworden, die später teils bereits vom Berufungsgericht nachgeholt werden mußten, teils noch nachzuholen sein würden.

Infolge der mangelnden Aufklärung des Sachverhalts sei nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine umfangreiche weitere Beweiserhebung unumgänglich geworden. Es bestehe für das Berufungsgericht keine Veranlassung, diese in eigener Zuständigkeit durchzuführen, da hierdurch den Parteien im Ergebnis eine Tatsacheninstanz genommen und damit ein Grundgedanke der ZPO mißachtet werden würde.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht zugestimmt werden.

Die Klageschrift ergab, daß der Kläger davon ausging, die von ihm herausverlangten Platten seien noch im Besitz des Beklagten, und daß er dies auch behaupten wollte. Schon sein Antrag, den Beklagten zur Herausgabe der Platten zu verurteilen, ließ in dieser Hinsicht keinen Zweifel, ebensowenig aber sein weiteres Vorbringen, der Beklagte habe mit Brief vom 22. Mai 1951 (Anlage 9 in Hülle Bl 2) die Herausgabe verweigert, und er habe auf eine weitere Aufforderung des Klägers vom September 1952, sich mit der Herausgabe einverstanden zu erklären, erklärt, er habe die vollen 9 to Platten erworben.

Der Beklagte hat gegenüber dem Klagevortrag, insbesondere auch gegenüber dem Klageantrage im ersten Rechtsgange nicht vorgebracht, er habe die streitigen Platten nicht mehr im Besitz. Wenn es in der Klagebeantwortung (Schriftsatz vom 18. April 1953 Abs 2) heißt, es sei nicht richtig, daß der Beklagte sich im Besitz von Vulkanfiberplatten befinde, die im Eigentum des Klägers stünden, so ergeben die folgenden Ausführungen, daß der Beklagte damit nicht hat sagen wollen, er besäße die streitigen Platten nicht oder nicht mehr. Sein Vorbringen bedeutete nur, daß er die sämtlichen Platten, die er vom Kläger erhalten und nach Berlin geschafft hatte, auf Grund eines Kaufs vom Kläger erworben hatte. Der Streit der Parteien vor dem Landgericht ging ausschließlich darum, ob der Kläger - wie er behauptete - dem Beklagten nur etwa 4.800 kg Platten verkauft, die weiteren etwa 5.000 kg ihm aber nur zur Aufbewahrung gegeben habe, oder aber, ob - wie der Beklagte behauptete - dieser die ganzen ihm vom Kläger überlassenen etwa 9 to Platten erworben hatte. Auch aus dem Schriftsatz vom 2. Oktober 1953 war nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

Das Kammergericht leitet denn auch die nach seiner Ansicht vom Landgericht verletzte Pflicht zur Aufklärung nicht aus dem schriftsätzlichen Vorbringen der Parteien, sondern aus einem Brief her, den der Kläger mit der Klageschrift in Abschrift überreicht hatte. In diesem Brief, den der Zeuge F. [REDACTED] unter dem 9. September 1950 an den Kläger gerichtet hatte, heißt es u.a.:

"Der Käufer den ich gefunden habe und sich das ganze Material mit einem Fachmann besichtigte, stellte selbst fest, daß die Platten verzogen und gerissen sind und daß die Risse nicht nur im Rand vorhanden sind, sondern dieselben sich auch weiter in die Mitte hereinziehen. Wir haben mit Herrn S. [REDACTED] daher die Sache durchgesprochen und stammt der Vorschlag nicht von mir selbst, sondern nach reiflicher Überlegung da es die beste Möglichkeit war wenigstens etwas aus diesem Material zu retten. Ich lese aus Ihrem Brief den leisen Vorwurf, daß Sie sich vielleicht von mir persönlich übervorteilt fühlen, doch wissen Sie ja selbst wie schlecht es heute mit einem Bargeschäft aussieht, noch dazu wenn es sich um einige tausend Mark handelt. Es war eine einmalige Gelegenheit und dachte ich Sie in dieser Art am besten zu realisieren.

Im Laufe ds.Mts. werde ich diese Angelegenheit noch einmal mit Herrn S. [REDACTED] in B. [REDACTED] selbst Gelegenheit haben zu besprechen und kann Ihnen dann Herr S. [REDACTED] direkt Mitteilung machen. Ich hoffe, Sie vorläufig mit diesen Zeilen zufriedener und verbleibe mit den besten Grüßen."

Dieser Brief ist aber/^{nicht}klar genug, als daß er dem Landgericht hätte Veranlassung sein müssen, die Parteien zu fragen, ob entgegen ihrem damals unstreitigen Vorbringen die Platten nicht mehr im Besitz des Beklagten seien. Der Einwand, daß er zur Herausgabe nicht mehr imstande sei, weil er die Platten weiterverkauft und weiterveräußert habe, lag auch für einen Rechtsunkundigen zu nahe, als daß das Land-

gericht nicht hätte annehmen dürfen, der Beklagte hätte solchenfalls seinen Prozeßbevollmächtigten dahin unterrichtet. Vor allem aber hat das Kammergericht folgendes übersehen: In dem ebenfalls mit der Klageschrift in Abschrift überreichten Brief des Klägers an den Beklagten vom 15. Mai 1951 - der also nach dem vom Kläger angezogenen vom 9. September 1950 geschrieben worden ist - betont der Kläger, daß er auch heute noch bereit sei, "seine ihm zustehende Hälfte in Höhe von 5 to in natura zu übernehmen." In dem Antwortschreiben des Beklagten vom 22. Mai 1951, das ebenfalls der Klage beilag, erklärt der Beklagte nun nicht etwa, daß er die Platten nicht mehr habe, sondern es heißt darin: "Ein weiteres Quantum als das, was ich bezahlt habe, habe ich nicht erhalten und wenn Sie heute noch das Ansinnen an mich stellen, von meiner hier liegenden Menge 5 to für sich zu verlangen, nachdem ich unter ungeheuren Schwierigkeiten und Unkosten das Material aus der Ostzone nach hier befördert habe, so erscheint mir Ihr Verlangen als Gipfel der Frechheit."

Angesichts dieses Schreibens konnte das Landgericht nicht auf den Gedanken kommen, daß entgegen dem Vorbringen der Parteien und angesichts des vom Kläger auf Herausgabe gerichteten Antrags der Beklagte bei Klageerhebung nicht mehr im Besitz der streitigen Platten gewesen sei.

Das Landgericht hat also § 139 ZPO nicht verletzt. Der Grund, aus dem das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben hat, ist somit nicht gegeben. Die Aufhebung und Zurückverweisung sind daher in Verletzung von § 539 ZPO erfolgt. Es

muß daher das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, ohne daß auf die Frage eingegangen zu werden braucht, ob das Berufungsgericht auch dann noch aufheben und an das Landgericht zurückverweisen kann, wenn die Sache bereits vom Revisionsgericht an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist.

Entsprechend dem Antrag des Klägers mußte diese Entscheidung durch ein Versäumnisurteil gegen den im Revisionsrechtszug nicht vertretenen Beklagten ergehen.

Schmidt	Johannsen	Bundesrichter Scheffler ist beurlaubt und ortsabwesend. Er ist daher verhindert zu unterschreiben.	Siemer	Wüstenberg
		Schmidt		