

Verkündet
am 2. Oktober 1952
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

- 1) der Firma G. & J., Inhaber G. & W.,
Spedition und Fernverkehr in M.,
 - 2) des Rudolf G., Spediteur in M.,
M. str.,
 - 3) des Albert W., Kaufmann in M.,
- Beklagte, Berufungskläger und Revisionskläger,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

den Friedrich E., Omnibusunternehmer in P.,
Kreis B.,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. September 1952 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Ascher, Johannsen, Dr. Kregel,
Dr. v. Werner und Scheffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart,
Nebensitz Karlsruhe, vom 3. Oktober 1951 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Handwritten signature

Tatbestand:

Die beklagte Firma (Beklagte zu 1), deren Inhaber die Beklagten zu 2 und 3 sind, ist Besitzer eines Omnibus Marke "Magirus", der unstreitig dieselbe Fahrgestellnummer trägt wie ein dem Kläger im Jahre 1945 abhanden gekommener Omnibus gleichen Fabrikats. Der Kläger verlangt Herausgabe des Wagens. Die Beklagten haben eingewandt, der Omnibus sei der Beklagten zu 1 im Mai 1945 durch die Besatzungsmacht als Beutegut zugewiesen worden. Der Kläger tritt diesem Vortrag entgegen mit der Behauptung, dass die Zuweisung sich auf einen anderen Wagen bezogen habe und im übrigen nur zur Benutzung, nicht aber zu Eigentum erfolgt sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Hiergegen haben die Beklagten Berufung eingelegt und unter Aufrechterhaltung ihres Hauptantrages auf völlige Klagabweisung ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Verwendungsersatz geltend gemacht und demgemäss fürsorglich beantragt, eine etwaige Verurteilung zur Herausgabe nur Zug um Zug gegen Zahlung von 15 272,60 DM auszusprechen. Der Kläger bezweifelt, dass Aufwendungen in dieser Höhe gemacht worden sind und hält sie im übrigen nur zu einem kleinen Teil für erstattungsfähig. Darüber hinaus macht er einen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen geltend, den die Beklagten wiederum bestreiten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihre Berufungsanträge weiter verfolgen. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

- 3 -

Entscheidungsgründe:

1) Zum Klageanspruch hat das Berufungsgericht ausgeführt: Durch die Aussagen der Zeugen R. und W. sei erwiesen, dass der streitbefangene Omnibus mindestens bis zum 24. Mai 1945 in Schömburg Kreis Balingen/Württ. gestanden habe. Die von den Beklagten behauptete Zuweisung des Fahrzeugs durch die Besatzungsmacht mit dem Datum vom 10. Mai 1945 könne sich daher nicht auf den Omnibus des Klägers bezogen haben. Die von den Beklagten benannten Zeugen hätten nur bekunden können, dass in der fraglichen Zeit, nämlich Anfang Mai 1945, ein Omnibus Marke "Magirus" im Besitz der beklagten Firma gewesen sei, nicht aber, dass es sich um den streitbefangenen Omnibus gehandelt habe. Die Einwendung, die beklagte Firma habe durch Hoheitsakt der Besatzungsmacht an dem Wagen Eigentum erworben, greife nicht durch, der Klagsanspruch sei begründet.

Die Revision macht geltend, die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts seien auf verfahrensrechtlich fehlerhafte Weise zustande gekommen. Die Beklagten hätten nach Erlass des Beweisbeschlusses des Oberlandesgerichts dessen Ergänzung beantragt mit dem Ziel der eidlichen Vernehmung der Zeugen L., F. und V.. Dieser Antrag sei nach Abschluss der Beweisaufnahme wiederholt worden. Das Berufungsurteil sei hierauf jedoch überhaupt nicht eingegangen, obwohl die genannten Zeugen in der Lage gewesen seien, durch ihre Angaben die Aussagen der Zeugen R. und W. zu entkräften, auf die das Berufungsgericht seine Feststellungen gegründet habe. Das Übergehen dieses Beweisantrages stelle eine Verletzung des § 286 ZPO dar.



Die Rüge ist nicht begründet. Das Landgericht hat die Zeugen L [REDACTED], F [REDACTED] und V [REDACTED] vernommen. Es hat in seinem Urteil ausgeführt, durch die Aussagen dieser Zeugen sei zwar erwiesen, dass Anfang Mai 1945 ein an der früheren Kaiser-Wilhelm-Kaserne in Mannheim stehender schwer beschädigter und mit einer Wehrmacht-nummer versehener Magirus-Omnibus im Auftrag des Beklagten Widmann abgeschleppt und von den Motorenwerken Mannheim repariert und abgeschätzt worden sei. Da aber weder die Schätzungsurkunde die Fahrgestell-nummer dieses Wagens aufweise, noch die Zeugen sich begreiflicherweise an diese erinnern könnten, sei den Beklagten der Beweis nicht gelungen, dass es sich bei diesem im Mai 1945 in Mannheim aufgefundenen und mit Genehmigung des amerikanischen Transportoffiziers von ihnen abgeschleppten Wagen um den streitbefangenen Omnibus gehandelt habe. Dagegen sah das Landgericht auf Grund der Aussage der Zeugen W [REDACTED] und R [REDACTED] für erwiesen an, dass der den Gegenstand der Klage bildende Omnibus am 25. Mai 1945 in Schömberg bei Balingen gestanden hat.

Das Berufungsgericht führt in seinem Urteil aus, dass die Beweisaufnahme zweiter Instanz die Feststellung des Landgerichts nicht erschüttert habe, dass der den Gegenstand der Klage bildende Omnibus noch bis mindestens 24. Mai 1945 in Schömberg gestanden hatte. Es stützt diese Feststellung auf die wiederholten und eidlich bekräftigten Bekundungen der Zeugen R [REDACTED] und W [REDACTED] sowie auf die Sterbeurkunde des am 24. Mai 1945 gestorbenen Jan P [REDACTED]. Damit hat der Vorderrichter hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er sich die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Urteils zu eigen machte. Das Oberlandes -

gericht hat demnach die Aussagen der von den Beklagten benannten Zeugen L. [REDACTED], F. [REDACTED] und V. [REDACTED] berücksichtigt. Eine wiederholte Vernehmung stand in seinem Ermessen (§ 398 ZPO). Dass das Oberlandesgericht die Grenzen dieses Ermessens verkannt hätte, ist nicht ersichtlich. Eine Beeidigung der Zeugen würde an dem Ergebnis der Beweisaufnahme nichts geändert haben. Denn das Landgericht, dem das Berufungsgericht beigetreten ist, hat nicht die Glaubwürdigkeit der Zeugen in Zweifel gezogen, sondern den Beweiswert ihrer Aussagen für die Behauptungen der Beklagten deswegen für unzulänglich erachtet, weil die Zeugen, was nach Ansicht des Gerichts ganz verständlich war, über die Fahrgestell-Nummer des Wagens keine Angaben machen konnten. Unter diesen Umständen war es nicht erforderlich, dass, wie die Revision meint, das Oberlandesgericht sich mit dem Antrag der Beklagten auf die eidliche Vernehmung der Zeugen noch besonders und ausdrücklich hätte auseinandersetzen müssen. Es genügt hier, dass aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe deutlich ersichtlich ist, dass das Beweisanerbieten gewürdigt wurde. Das ist aber im vorliegenden Fall zur Genüge geschehen.

Da die Würdigung des Beweisergebnisses sonstige Rechtsfehler nicht erkennen lässt, im übrigen von der Revision auch nicht angegriffen wird, ist dem Oberlandesgericht darin beizutreten, dass der behauptete Eigentumserwerb der beklagten Firma nicht erwiesen ist. Der Kläger ist Eigentümer des umstrittenen Omnibus geblieben. Der Klageanspruch ist begründet (§ 1006 Abs 1 S 2 und Abs 2 BGB).

2) Da sich die Zuweisungsverfügung der Fahrbereitschaft Mannheim vom 10. Mai 1945 demnach auch nicht auf den streitbefangenen Omnibus bezog, war es, was auch in dieser Instanz ohne Rüge nachzuprüfen war, nicht erforderlich, das Verfahren entsprechend dem Antrag der Beklagten nach Art 3 Abs 2 AHKG 13 auszusetzen und eine Entscheidung der Besatzungsbehörde über den Inhalt und Zweck der von dem amerikanischen Transportoffizier erteilten Abschleppgenehmigung einzuholen. Denn diese Genehmigung konnte sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht auf den Streitgegenstand beziehen. Ihre Bedeutung und ihr Zweck konnten daher dahingestellt bleiben. Die Voraussetzungen für das nach AHKG 13 zu beachtende Verfahren entfallen somit auch für diesen Rechtszug.

3) Die Beklagten haben sich vorsorglich darauf berufen, dass sie für den Omnibus Aufwendungen gemacht hätten, die sie in dem Termin vom 25. April 1951 (GA II 117) auf 15 272,60 DM beziffert haben, und dass ihnen, falls sie zur Herausgabe des Omnibus verpflichtet seien, nach § 1000 BGB ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Befriedigung wegen der gemachten Verwendungen zustehe. Das Berufungsgericht hat die Beklagten mit dieser nach seiner Ansicht schlüssig vorgetragenen Behauptung nicht gehört, weil sie es grobfahrlässig unterlassen hätten, dieses Verteidigungsmittel bereits in erster Instanz geltend zu machen und sie deswegen nach § 529 Abs 2 ZPO damit im Berufungsrechtszug auszuschliessen seien.

Die Revision beanstandet zutreffend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen dieser Vor-

schrift als gegeben erachtet. Für die Zurückweisung des von den Beklagten in der Berufungsinstanz geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts nach § 529 Abs 2 ZPO kommt es darauf an, ob es im ersten Rechtszug hätte vorgebracht werden können, ob die Unterlassung des rechtzeitigen Vorbringens aus Prozessverschleppungsabsicht oder aus grober Nachlässigkeit erfolgt ist und ob seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Die Einrede ist in der Berufungsinstanz, wie das Oberlandesgericht mit Recht annimmt, erstmals vorgebracht worden.

Die Anwendung des § 529 Abs 2 ZPO erfordert aber ausserdem, dass die Zulassung des Vorbringens zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde. Hierzu hat sich das Berufungsgericht nicht näher ausgelassen. Es hat dabei aber übersehen, dass es für die Frage, ob ein neues Vorbringen den Rechtsstreit verzögern würde, ausschliesslich auf die Prozesslage zur Zeit des Vorbringens ankommt (RG in HRR 1926, 2291 = LZ 1927, 49 Nr 21). Wie die Prozessakten ergeben, haben die Beklagten ihr Zurückbehaltungsrecht erstmals in der am 16. August 1950 bei Gericht eingegangenen Berufungsbegründung geltend gemacht. Der Kläger hat in seiner Berufungserwiderung vom 23. November 1950 dazu Stellung genommen. Unter Bezugnahme auf diese Schriftsätze ist dann erstmals vor dem Einzelrichter am 8. Dezember 1950 verhandelt worden.

Auf Grund dieser Verhandlung ist vom Einzelrichter ein Beweisbeschluss erlassen worden, der sich aber nur auf die hinsichtlich des Klaganspruchs streitigen Tatsachen bezog. Nach Durchführung dieser Beweisaufnahme hat eine mündliche Verhandlung vor dem vollbesetzten Senat des Berufungsgerichts am 19. September 1951 stattgefunden, also mehr als ein Jahr, nachdem die Beklagten ihre Einrede in substantiierter Form erhoben hatten. In dieser Zeit hätte die Einrede der Beklagten erledigt werden können. Wenn der Berufsrichter die rechtzeitige Erledigung der Einrede unterlassen hat, dann kann dies den Beklagten nicht zur Last fallen (so auch I.G. 220 in dem dort entschiedenen, ganz gleich gelagerten Fall). Darauf, dass der Rechtsstreit eine Verzögerung erfahren hätte, wenn bei der letzten mündlichen Verhandlung über die Einrede verhandelt worden und eine Beweisaufnahme erforderlich gewesen wäre, kommt es nicht an (Stein-Jonas-Schönke § 529 Anm. III 1a).

Die Zurückweisung des neuen Vorbringens ist daher zu Unrecht erfolgt. Da die Einredetatsachen zwar schlüssig sind, der Kläger dem Vorbringen der Beklagten aber in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung entgegengetreten ist, muss das angefochtene Urteil aufgehoben und

der Rechtsstreit mangels der erforderlichen Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird.

Ascher Johannsen Kregel v. Wernër Scheffler.