

Ib ZR 218/62

Verkündet am
24. April 1964

2119 057

■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma K ■ Kraftfahrzeuge B ■ GmbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Kaufmann
Wilhelm P ■ in P ■ -T ■, Be ■ Str. ■ a,
Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

Streithelfer: der Konkursverwalter Gebler als Verwalter
im Konkurse über das Vermögen des Speditions- und Fuhr-
unternehmers Heinz Siegbert C ■ in B ■ -C ■ -
burg, C ■ straße ■,

- im Revisionsrechtszug nicht vertreten -

g e g e n

den Spediteur und Fuhrunternehmer Hermann W ■ ,
B ■ NW ■, I ■ straße ■ - ■,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. ■
und Dr. ■ -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. April 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Krüger-Nicland, Pehle, Dr. Spengler,
Dr. Sprenkmann und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
14. November 1961 aufgehoben. Die Sache wird zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat gegen den Fuhrunternehmer O. [REDACTED] einen Anspruch auf Zahlung von 42.625,56 DM nebst 7 1/2 v.H. Zinsen seit dem 1. Januar 1960, über den sie einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl erwirkt hat.

O. [REDACTED] hatte sein Speditions- und Fuhrunternehmen am 2. Dezember 1959 an den Beklagten verkauft; der Kaufvertrag enthielt folgende Bestimmungen:

" § 1

Der Verkäufer überträgt sein Speditionsunternehmen und seinen Fuhrbetrieb, und zwar den Fernverkehr ebenso wie den Nahverkehr ... im ganzen auf den Käufer...

Zu dem Unternehmen gehören

- a) der Kundenkreis (good will),
- b) das Inventar, d.h. die Büroeinrichtung ...
- c) folgende Fahrzeuge: ...
- d) die dazugehörigen behördlichen Genehmigungen (Konzessionen) mit den Nummern 617 und 618.

§ 2

Die Parteien sind sich darüber einig, daß das Eigentum an den Fahrzeugen und an den Einrichtungsgegenständen vom Verkäufer auf den Käufer übergeht. Die Übergabe findet an dem auf die Erteilung der Genehmigung seitens des Senats Berlin folgenden Monatsersten statt ...

.....

§ 4

Der Kaufpreis für den Kundenkreis und das Inventar beträgt 20.000,-- DM ... Zu diesem Kaufpreis tritt der Schätzwert der vorstehend aufgeführten Fahrzeuge... Zu dem sich ergebenden Schätzpreis zahlt der Käufer außerdem einen Betrag von 20.000,-- DM.

.....

- 3 -

§ 6

Beide Parteien verpflichten sich, die zur Genehmigung der Übertragung durch den Senat von Berlin erforderlichen Bescheinigungen unverzüglich der Genehmigungsbehörde vorzulegen und ermächtigen den Notar, für sie beide alle zur Erlangung der Genehmigung erforderlichen Erklärungen gegenüber Behörden abzugeben bzw. Anträge zu stellen.

§ 7

.....

Die Parteien sind damit einverstanden, daß der Vertrag nur unter der Bedingung der Erteilung der Genehmigung als abgeschlossen gilt.

..... "

Aufgrund dieses Kaufvertrages verzichtete O. [REDACTED] gegenüber der zuständigen Behörde auf die beiden ihm erteilten Fernverkehrsgenehmigungen (Nr. 617 und 618) unter der Bedingung, daß sie der Beklagte erhalte; die Behörde erteilte darauf dem Beklagten zwei Genehmigungen für den Güterfernverkehr.

Von den nach § 1 des Kaufvertrages an den Beklagten verkauften Fahrzeugen übergab O. [REDACTED] diesem nur einen gebrauchten Krupp-Lastwagen, Baujahr 1954. Anlässlich einer Inspektion, die nach der Übergabe des Lastwagens an den Beklagten bei der Klägerin vorgenommen wurde, verweigerte diese dem Beklagten die Herausgabe des Lastwagens wegen eines noch bestehenden Eigentumsvorbehaltes. Für diesen und einen weiteren Lastwagen, der einem Finanzierungsinstitut übereignet worden war, waren die Fernverkehrsgenehmigungen erteilt worden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Mit Schreiben vom 10. März 1960 trat der Beklagte vom Kaufvertrag zurück und bot O[REDACTED] an, die ihm erteilten Konzessionen Zug um Zug gegen Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreisteils von 15.000 DM an die Behörde zurückzugeben; O[REDACTED] zahlte die 15.000 DM nicht an den Beklagten zurück.

Die Klägerin hat am 8. April 1960 die Forderung O[REDACTED]' gegen den Beklagten auf Rückgewähr der nach dem Kaufvertrag erbrachten Leistungen sowie auf Vergütung des Wertes für die Überlassung der Benutzung der Kaufvertragsgegenstände und der schon geleisteten Dienste pfänden und sich in Höhe von 42.625,56 DM nebst Zinsen zur Einziehung überweisen lassen.

Über das Vermögen O[REDACTED]' ist am 2. Februar 1961 der Konkurs eröffnet worden; der Konkursverwalter hat die Rückgewähransprüche O[REDACTED]' an die Klägerin abgetreten.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe nach dem Rücktritt vom Kaufvertrage die aufgrund dieses Vertrages erlangten Güterfernverkehrsgenehmigungen an O[REDACTED] zurückgewähren müssen; diese Konzessionen seien das Rückgrat eines Fernverkehrsunternehmens und daher bei dessen Übertragung Hauptgegenstand der Leistung des Veräußerers; entsprechendes gelte für das gesetzliche Rückgewährschuldverhältnis nach Rücktritt vom Vertrage. Da der Beklagte dieser Pflicht zur Rückgewähr nicht nachgekommen sei, habe er den durch die Ausnutzung der Konzessionen erzielten Gewinn als Nutzungsentschädigung an O[REDACTED] herauszugeben; ein Zurückbehaltungsrecht wegen des nicht zurückgezahlten Kaufpreisteiles von 15.000,-- DM stehe dem Beklagten nicht zu, da O[REDACTED] insoweit mit seinem Anspruch auf Nutzungsentschädigung aufrechnen könne.

Dieser Anspruch O[REDACTED] stehe jetzt aufgrund sowohl des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses als auch der Abtretung durch den Konkursverwalter der Klägerin zu; seine Höhe errechne sich aus dem durchschnittlichen Monatsumsatz von 12.000,-- DM für jede Konzession abzüglich eines Kostenanteils von 40 v.H., betrage also für die Zeit vom 21. Januar bis zum Oktober 1960 insgesamt 129.600,-- DM.

Die Klägerin verlangt mit der Klage einen Teilbetrag des geltend gemachten Anspruchs; sie hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 6.100,-- DM nebst 5 % Verzugszinsen seit dem 15. April 1960 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat Widerklage erhoben mit dem Antrag,

festzustellen, daß der Klägerin aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 8. April 1960 auch keine den Betrag von 6.100 DM übersteigenden Ansprüche auf Vergütung des Wertes für die Überlassung der Benutzung der Kaufvertragsgegenstände gegen den Beklagten zustehen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin habe keine Ansprüche gegen ihn, da O[REDACTED] keine Leistungen erbracht habe, die dieser zurückfordern könne. Die Konzessionen könnten nicht zurückgewährt werden, da sie an die Person gebundene, subjektiv-öffentliche Rechte darstellten, die nicht Gegenstand des Privatrechtsverkehrs

sein könnten; selbst wenn sie aber dem Rückgewähranspruch unterlägen, brauche er sie nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der geleisteten Anzahlung zurückgeben. Wenn er die aus den Genehmigungen gezogenen Nutzungen an die Klägerin abführen würde, machte er sich der Beihilfe zu einem ungenehmigten Güterfernverkehr für die Klägerin schuldig, die für ihn den Verlust auch seiner übrigen Konzessionen nach sich ziehen könne.

Die Nutzungen anderer Kaufvertragsgegenstände könne die Klägerin nicht verlangen, da O. [REDACTED] als einziges einen gebrauchten Lastkraftwagen übergeben habe, den die Klägerin anlässlich einer Inspektion in ihrer Werkstatt wegen ihres darauf ruhenden Eigentumsvorbehalts nicht mehr herausgegeben habe.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt; sie hat ihre Passivlegitimation bestritten und meint, der mit der Widerklage erhobene Anspruch richte sich gegen das der Klage zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen C. [REDACTED] und dem Beklagten, das von der Pfändung nicht berührt worden sei. Die Widerklage sei auch unbegründet, da C. [REDACTED] auf jeden Fall Rückgewähransprüche habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben; das Kammergericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre im ersten Rechtszug gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht rechtsirrtumsfrei davon aus, daß die Klage nur begründet sei, wenn dem Schuldner O. der Klägerin Ansprüche auf Herausgabe von Gewinnen aus der Ausnutzung der Genehmigungen auf Grund des durch den Rücktritt des Beklagten vom Kaufvertrag entstandenen Rückgewährschuldverhältnisses zustehen. Solche Ansprüche hat das Berufungsgericht aus folgenden Erwägungen verneint:

1. Die Fernverkehrsgenehmigungen seien zwar in dem Kaufvertrag zwischen O. und dem Beklagten als zum Unternehmen gehörig bezeichnet worden, doch seien sie dadurch nicht zu verkauften Sachen geworden, da sie nicht übertragbar seien. Vielmehr gehe auch bei der Übertragung eines Güterfernverkehrsunternehmens im ganzen die Konzession des bisherigen Unternehmers durch Verzicht unter, während dem Erwerber des Unternehmens eine neue Konzession erteilt werde. O. habe daher dem Beklagten die Genehmigungen nicht verkaufen können, da er nicht über sie verfügen konnte; danach könnten die Genehmigungen auch nicht Gegenstand des durch den Rücktritt des Beklagten vom Kaufvertrag begründeten Rückgewährschuldverhältnisses sein. Die Verpflichtung des Verkäufers O., durch die Verzichtserklärung gegenüber der Behörde die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Kaufvertrages zu schaffen, sei nicht eine gemäß § 346 BGB zurückzugewährende Leistung gewesen, sondern sei nur als Nebenpflicht aus dem Kaufvertrage anzusehen; selbst wenn sie aber eine geschuldete Leistung gewesen sei, könne doch nicht der Beklagte als Leistungsempfänger angesehen werden, da der Verzicht O. gegenüber der Genehmigungsbehörde erklärt worden sei und dieser damit erst die Möglichkeit gegeben habe, dem Beklagten eine neue Genehmigung zu erteilen.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Betrachtungsweise des angefochtenen Urteils einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten kann.

a) Nach § 8 des Güterkraftverkehrsgesetzes (GüKG) vom 17. Oktober 1952 (BGBl I 697) ist der Güterfernverkehr mit einem Kraftfahrzeug genehmigungspflichtig. Die Güterfernvorkohrsgenehmigungen, deren Höchstzahl nach § 9 Abs. 1 GüKG festgesetzt wird, werden gemäß § 11 GüKG dem Unternehmer, der die in § 10 des Gesetzes festgelegten Voraussetzungen erfüllt, für bestimmte Kraftfahrzeuge erteilt; sie sind nach § 11 Satz 3 GüKG nicht übertragbar. Auch bei der Übertragung eines Unternehmens im ganzen müssen die Genehmigungen dem Übernehmer im vorgeschriebenen Verfahren neu erteilt werden; in diesem Falle können gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 GüKG lediglich die festgesetzten Höchstzahlen überschritten werden, wenn die Dauer der Genehmigung nicht über die Dauer der ursprünglich erteilten Genehmigung erstreckt wird. Die Genehmigung gibt ihrem Träger ein personengebundenes subjektiv-öffentliches Recht (BGH VRS 8, 100, 101; BGHZ 30, 267, 271); ihre "Übertragung" kann nur so vor sich gehen, daß dem Nachfolger eine neue Genehmigung erteilt wird.

Der Veräußerer eines Unternehmens kann aber darauf Einfluß nehmen, daß dem Erwerber des Unternehmens die für dessen Betrieb erforderliche Genehmigung erteilt wird, indem er gegenüber der Genehmigungsbehörde auf seine bisherige Genehmigung unter der Bedingung verzichtet, daß sie einem bestimmten, von ihm benannten Dritten - dem Erwerber des Unternehmens - neu erteilt wird. Hierdurch wird die Prüfungspflicht und das Ermessen der Genehmigungsbehörde nicht eingeschränkt; erfüllt der Antragsteller, zu dessen

Gunsten verzichtet werden soll, nicht die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 und 2 GüKG oder wird ihm die Genehmigung aus einem anderen Grunde nicht erteilt, so tritt die Bedingung nicht ein und der Verzicht wird nicht wirksam (Hein/Eichhoff/Pukall/Krien, Komm. zum GüKG, Bd. 2 Anm. 4 zu § 11 und der dort angeführte Erlaß des Bundesverkehrsministers). Gegen dieses Verfahren bestehen ebenso wenig rechtliche Bedenken wie dagegen, daß sich der neue Inhaber der Genehmigung zur Zahlung eines - meistens nicht unbedeutlichen - Betrages an den Verzichtenden verpflichtet (BGH BB 1962, 354).

b) Nach diesen Rechtsgrundsätzen sind O. und der Beklagte bei Abschluß des Kaufvertrages und bei dessen Erfüllung verfahren. Zunächst wurde schon die Wirksamkeit des Kaufvertrages von der Bedingung abhängig gemacht, daß der Beklagte die erforderlichen Güterfernverkehrsgenehmigungen erhalte (§ 7 Abs. 2 des Vertrages); sodann hat O. gegenüber der Genehmigungsbehörde auf seine beiden Genehmigungen unter der Bedingung verzichtet, daß sie der Beklagte erhalte, dem sie in der Folge auch erteilt worden sind.

Danach konnte O. durch den Kaufvertrag zwar nicht verpflichtet werden, seine Genehmigungen auf den Beklagten zu übertragen, da dies dem § 11 Satz 3 GüKG widerspräche; er war aber verpflichtet, alle Erklärungen abzugeben, die nach den dargelegten Grundsätzen im Ergebnis dazu führen konnten, daß als Folge seines eigenen Verzichts dem Beklagten - und nur dem Beklagten - entsprechende neue Genehmigungen erteilt wurden. Diese Verpflichtung, die O. unstreitig erfüllt hat, kann keinesfalls als Nebenpflicht aus dem Kaufvertrage angesehen werden. Die Revision weist

mit Recht darauf hin, daß es sich bei dieser Verschaffungspflicht je nach Sachlage sogar um die wichtigste Leistung aus einem solchen Vertrage handeln kann; denn die Übertragung von Fahrzeugen und Kundenkreis ist im Rahmen der Übertragung eines Fernverkehrsunternehmens ohne Wert, wenn der Übernehmer nicht durch die behördliche Genehmigung in die Lage gesetzt wird, das Unternehmen zu betreiben und damit die übernommenen Sach- und Geschäftswerte zu nutzen.

c) Zutreffend beanstandet die Revision ferner die Auffassung des Berufungsgerichts als unhaltbar, daß die Leistung des Verkäufers O. - nämlich die bedingte Verzichtserklärung zugunsten des Beklagten - deshalb nicht zurückgefordert werden könne, weil Erklärungsempfänger nicht der Beklagte, sondern die Genehmigungsbehörde gewesen sei. Diese Auffassung, die rein äußerlich auf den Empfänger der Verzichtserklärung abstellt, übersieht, daß mit dieser Erklärung im Ergebnis dem Beklagten die Genehmigungen verschafft wurden; denn die Genehmigungsbehörde hatte nach der Einfügung der Bedingung nur die Wahl, die Genehmigungen entweder dem Beklagten zu erteilen und damit den Verzicht wirksam werden zu lassen, oder den Antrag des Beklagten abzulehnen, worauf die Genehmigungen bei O. verblieben.

Diese Leistung des Verkäufers O. konnte der Beklagte, nachdem er wirksam den Rücktritt vom Vertrage erklärt hatte, in derselben Form zurückgewähren (§§ 326, 327, 346 BGB), wie sie O. erbracht hatte, indem er seinerseits gegenüber der Genehmigungsbehörde auf die ihm erteilten Genehmigungen unter der Bedingung verzichtete, daß diese wiederum an O. erteilt würden. Der Beklagte war auch grundsätzlich bereit, dieser Verpflichtung zur Rückgewähr

- - -

nachzukommen; denn er hat gleichzeitig mit dem Rücktritt O. angeboten, die ihm erteilten Genehmigungen Zug um Zug gegen Rückzahlung der bereits gezahlten 15.000,-- DM an die Behörde zurückzugeben; dazu kam es in der Folge nur deshalb nicht, weil O. die 15.000,-- DM nicht an den Beklagten zurückzahlte.

3. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob dem Beklagten bis zur Rückzahlung der 15.000,-- DM durch O. ein Leistungsverweigerungsrecht zustand oder ob O., wie die Revision meint, gegen diesen Rückzahlungsanspruch mit seiner Forderung auf Herausgabe von Nutzungen mit der Folge aufrechnen konnte, daß er nunmehr den überschüssenden Gewinn aus dem Unternehmen verlangen könnte. Denn die Klägerin macht nicht den Anspruch des O. auf Rückübertragung des veräußerten Unternehmens und in diesem Rahmen auf den bedingten Verzicht des Beklagten auf die beiden Genehmigungen geltend, sondern sie begehrt die Herausgabe der aus der Benutzung der beiden Genehmigungen gewonnenen Erträge.

a) Das Berufungsgericht bemißt ohne Rechtsirrtum den Umfang der Haftung des Beklagten innerhalb des durch den Rücktritt vom Kaufvertrage begründeten Rückgewährschuldverhältnisse nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Dabei geht es ersichtlich, ohne daß die Revision dagegen Beanstandungen erhebt, davon aus, daß der Beklagte den Rücktritt nicht zu vertreten hat, daß sich also seine Rückgewährpflicht nach § 327 Satz 2 BGB bestimmt, der auf die §§ 812 ff EGB verweist (RGZ 130, 123). Dabei ist Gegenstand der Herausgabepflicht das ganze Unternehmen, wie es vom Kaufvertrag erfaßt war, nicht nur die beiden Genehmigungen als solche; daß im vorliegenden Falle die Genehmigungen offenbar den einzigen auf den Beklagten übergegangenen Vermögensgegenstand des Unternehmens

darstellten, ändert nichts an der grundsätzlichen Pflicht zur Rückgewähr des Unternehmens, so wie es dem Beklagten übertragen worden war.

b) Diese Herausgabepflicht erstreckt sich nach § 818 Abs. 1 und 2 BGB auf die gezogenen Nutzungen und im Falle, daß eine Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, auf Ersatz ihres Wertes; dabei umfaßt der Begriff der Nutzungen (§ 100 EGB) nicht nur die Früchte einer Sache oder eines Rechts, sondern auch den Gewinn eines Unternehmens des Wirtschaftslebens (BGH LM BGB § 818 Abs. 2 Nr. 7). Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns aus einem Gewerbebetrieb ist bei der Anwendung des § 818 BGB nach der besonderen Gestaltung des Einzelfalles zu beurteilen (BGH aaO); es kann sich eine Einschränkung der Herausgabepflicht daraus ergeben, daß der Gewinn wesentlich auf den persönlichen Leistungen oder Fähigkeiten dessen beruht, der den Gewinn erzielt hat (BGHZ 7, 208, 218), oder sie kann, z.B. bei Benutzung eines Ladens, lediglich im Ersatz des objektiven Gebrauchswerts (RG Recht 1909 Nr. 1792), bei der vertragslosen Benutzung einer Fabrikanlage in der Höhe des Pachtwerts (RGZ 97, 252) bestehen.

Da das Berufungsgericht die Frage der Herausgabe von Nutzungen nicht unter diesem Gesichtspunkt geprüft hat, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Dem Anspruch auf Nutzungen kann der Beklagte nicht mit dem Hinweis begegnen, er mache sich, wenn er die aus den Genehmigungen gezogenen Nutzungen an die Klägerin abführe, der Beihilfe zum ungenehmigten Güterfernverkehr schuldig; denn der Anspruch kann nach den dargelegten Grundsätzen keinesfalls darauf gerichtet sein, daß der Beklagte den

gesamten Gewinn seines Güterfernverkehrunternehmens herauszugeben hätte, soweit es unter Ausnutzung der im Zuge des Erwerbs des Unternehmens O. erlangten Genehmigungen betrieben wird. Das Berufungsgericht wird vielmehr in tatrichterlicher Würdigung festzustellen haben, welcher Teil des Gewinns dafür herauszugeben ist, daß der Beklagte den in den Genehmigungen verkörpertem Wert des O.'schen Unternehmens weiterhin nutzen konnte und ob dieser Betrag die vom Beklagten erbrachte Gegenleistung in Höhe von 15.000,-- DM, die ihm bislang von O. nicht zurückgewährt wurde, übersteigt.

c) Dabei wird weiterhin zu erwägen sein, ob etwa eine Rückübertragung des ganzen Unternehmens an O. durch Erklärung eines bedingten Verzichts durch den Beklagten (vgl. oben I 2 c) deshalb unmöglich gewesen wäre, weil die Genehmigungsbehörde im Zeitpunkt des Rücktritts des Beklagten vom Kaufvertrage die Genehmigung nicht mehr hätte an O. erteilen dürfen, da wegen dessen Überschuldung die Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 GÜKG (Leistungsfähigkeit des Betriebs) nicht mehr vorlag. Stünde dies, etwa aufgrund einer Auskunft der Genehmigungsbehörde, fest, so hätte das Berufungsgericht zu prüfen, ob O. nicht schon im Zeitpunkt des Rücktritts an Stelle des auch den Anspruch auf Nutzungen umfassenden Herausgabeanspruchs lediglich einen Anspruch auf Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) hätte geltend machen können, so daß der Beklagte den Wert der Genehmigungen - abzüglich der bereits geleisteten 15.000,-- DM - zu vergüten hätte. Soweit dieser Wertersatz nicht vom Klageantrag umfaßt sein sollte, wäre gegebenenfalls auf eine zweckentsprechende Fassung hinzuwirken.

II. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Beklagte andere Gegenstände, die ihm aufgrund des Kaufvertrages übergeben wurden, nicht genutzt hat; unstreitig habe O. ihm nur einen Krupp-Lastwagen übergeben, den aber die Klägerin aufgrund ihres Eigentumsvorbehaltes nach einer bei ihr durchgeführten Überprüfung einbehalten habe.

Demgegenüber dringt die Revision nicht mit der Rüge durch, das Berufungsgericht habe den § 286 ZPO dadurch verletzt, daß es den unwidersprochenen Vortrag des Streit Helfers übergangen habe, der Beklagte benutze den in Rede stehenden Lastwagen "in irgendeiner Weise, wenn auch nicht in Verbindung mit den beiden Konzessionen". Dabei ist übersehen, daß entgegen diesem weder substantiierten noch mit Beweisantritt versehenen Vorbringen der Beklagte schon in der Klageerwiderung vorgetragen hatte, die Klägerin habe den Lastwagen einbehalten, und daß er in der Berufungserwiderung mit eingehenden Darlegungen den Vortrag des Streit Helfers nachdrücklich bestritten hat. Abgesehen davon hat der Streithelfer selbst diesen Vortrag als irrig zurückgenommen.

Die tatsächliche Feststellung des Berufungsrichters ist danach rechtlich unangreifbar.

III. Die Revision wendet sich ferner dagegen, daß das Berufungsgericht die Widerklage des Beklagten für zulässig gehalten hat; sie meint, für die Feststellungswiderklage fehle es am Rechtsschutzbedürfnis, da sie sich nur auf die Ansprüche der Klägerin aus dem Pfändungsbeschluß, nicht

dagegen auf ihre Ansprüche aus der im zweiten Rechtszug vorgelegten Abtretungserklärung des Konkursverwalters beziehe; die Rechtskraft eines der Widerklage stattgebenden Urteils würde deshalb nicht verhindern, daß die Klägerin die den eingelegten Betrag von 6.100,-- DM übersteigenden Beträge aufgrund der Abtretung in einem neuen Rechtsstreit geltend machen könnte. Dem kann nicht beigelegt werden.

Die Klägerin hatte sich mit der Klage berührt, daß ihr aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten vom 8. April 1960 der Rückgewähranspruch O. [REDACTED] gegen den Beklagten in Höhe von 42.625,56 DM zur Einziehung überwiesen worden sei, von dem sie mit der Klage einen Teilbetrag von 6.100,-- DM geltend machte. Der Beklagte hat daher ein rechtliches Interesse daran, daß festgestellt wird, der Klägerin stünden weitere Ansprüche nach dem Pfändungs- und Überweisungsbeschuß nicht zu. Dieses rechtliche Interesse entfällt nicht deshalb, weil die Klägerin im Laufe des Verfahrens ihre Klagansprüche nicht nur auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschuß, sondern auch auf die Abtretung durch den Konkursverwalter gestützt hat.

Im übrigen hat sich die Klägerin erst in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 14. November 1961, an deren Schluß das Berufungsurteil verkündet wurde, zum ersten Male auch auf die Abtretung der geltend gemachten Forderung berufen und die Abtretungserklärung des Konkursverwalters überreicht, nachdem der Beklagte seinen Widerklageantrag bereits gestellt hatte. Da das angefochtene Urteil ohnehin keinen Bestand hat, wird in der erneuten mündlichen Verhandlung Gelegenheit sein, die Widerklage gegebenenfalls dem gesamten Klagevorbringen anzupassen.

IV. Aus den unter I dargelegten Gründen ist das Berufungsurteil aufzuheben; die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Krüger-Nieland

Pehle

Spengler

Sprenkmann

Mösl