

Nachschlagewerk: ja  
Amtliche Sammlung: nein

2212 100

ZPO §§ 253, 322, 521

Ist ein Teil eines mit einer Teilklage geltend gemachten Anspruchs rechtskräftig abgewiesen worden und wird später Anschlußberufung eingelegt, um die Klage zu erweitern, so hängt die Zulässigkeit der Anschlußberufung davon ab, daß der mit ihr erhobene Anspruch einen Teil der Forderung erfaßt, der bisher noch nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen ist.

Fehlt es in der Begründung der Anschlußberufung an dem Vortrag entsprechender Tatsachen, die sich allerdings im Einzelfall auch aus dem bisherigen Prozeßstoff ergeben können, so ist die Anschlußberufung unzulässig.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1961 - VIII ZR 121/60 - KG Berlin

Verkündet am 14. Juli 1961  
offmeister, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinz W [REDACTED] in S [REDACTED], Schweiz,  
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Joachim S [REDACTED] in T [REDACTED], Kanada,  
I [REDACTED], c/o Peter von Z [REDACTED],  
Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1961 unter Mitwirkung  
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel,  
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurück-  
weisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des  
6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom  
12. April 1960 hinsichtlich der Kostenentscheidung  
und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zah-  
lung eines höheren Betrages als 16 587 DM nebst 4 %  
Zinsen seit dem 22. März 1957 verurteilt ist.

Der Antrag des Klägers, den Beklagten zur Zahlung  
von weiteren 13 413 DM nebst Zinsen zu verurteilen,  
wird als unzulässig zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges  
tragen der Kläger 5/9 und der Beklagte 4/9. Die  
Kosten des ersten Revisionsverfahrens trägt der  
Beklagte. Die Kosten des zweiten Revisionsverfah-  
rend werden dem Kläger zu 3/11 und dem Beklagten  
zu 8/11 auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte während des letzten Krieges seine Bestände an Igelit-Rohstoffen nach Ketzin an der Havel (jetzt Sowjet-Zone) verlagert. Zumindest einen Teil dieser Vorräte hat der Beklagte von dort abgefahren, in seinem Betrieb verarbeitet und die daraus hergestellten Waren veräußert. Der Kläger hat Wertersatz in Höhe von zunächst 25 000 DM und später 50 000 DM eingeklagt.

Das Landgericht hat den Beklagten nach Klageantrag verurteilt, das Kammergericht hat der Klage durch Urteil vom 22. März 1957 nur in Höhe von 16 587 DM stattgegeben und die Klage im übrigen abgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten hat der erkennende Senat durch Urteil vom 13. Juni 1958 - VIII ZR 203/57 - das Urteil des Kammergerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe dieses Urteils wird Bezug genommen.

In der sich anschließenden Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger seinen ursprünglichen Klageantrag zunächst nur wegen eines Betrages von 16 587 DM weiter verfolgt. Er hat jedoch dann in der letzten mündlichen Verhandlung den Antrag gestellt, "die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Beklagte an den Kläger zu Händen der Genossenschaftsgrundkreditbank eGmbH in B. nur noch 30 000 DM, allerdings nebst 4 % Zinsen seit dem 22. März 1957 zu zahlen hat".

Das Kammergericht hat nunmehr den Beklagten zur Zahlung von 23 250 DM nebst Zinsen an die vom Kläger benannte Bank verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange.



Entscheidungsgründe:

1. Die Revision vertritt die Auffassung, das Berufungsgericht treffe der Vorwurf eines Verfahrensverstosses, weil es den Beklagten zur Zahlung eines höheren Betrages als 16 587 DM verurteilt hat. Sie meint, die im ersten Berufungsurteil hinsichtlich des 16 587 DM übersteigenden Betrages ausgesprochene Klageabweisung sei, weil der Kläger keine Revision eingelegt habe, in Rechtskraft erwachsen. Deshalb sei das Berufungsgericht gemäß § 322 ZPO gehindert gewesen, von dem in seinem früheren Urteil enthaltenen Ausspruch über die Klageabweisung zum Nachteile des Beklagten abzugehen.

Die Ansicht der Revision ist - abgesehen von den dem Kläger zuerkannten Zinsen aus 16 587 DM - im Ergebnis zu billigen.

Sie läßt zwar außer acht, daß, worauf die Revisionserwiderung hinweist, rein äußerlich betrachtet das erste Berufungsurteil durch das Urteil des erkennenden Senats in vollem Umfange aufgehoben worden zu sein scheint. Die von der Revisionserwiderung und ersichtlich auch von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht, daß nämlich eine Aufhebung des ersten Urteils in vollem Umfange erfolgt sei, ist indes nicht richtig. Auch ein Urteilsausspruch unterliegt der Auslegung. Hier ergibt sich aus den Entscheidungsgründen des Revisionsurteils mit aller Deutlichkeit, daß der Urteilsausspruch nur dahin verstanden werden kann, lediglich der von der Revision des Beklagten angegriffene Teil des Berufungsurteils sei aufgehoben und die Sache nur in diesem Umfang an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Die Entscheidungsgründe lassen keinen Zweifel darüber, daß der erkennende Senat in dem in Rechtskraft erwachsenen Teil des ersten Berufungsurteils nicht eingreifen wollte. Deshalb kann der Urteilsausspruch ungeachtet dessen, daß eine ausdrückliche Beschrän-

kung der Aufhebung auf den angefochtenen Teil des Berufungsurteils unterblieben ist, nur in dem gekennzeichneten Sinn verstanden werden.

Aber selbst dann, wenn der Urteilsausspruch im Sinne der Revisionserwiderung verstanden werden müßte, könnte sich die Beurteilung nicht ändern. Denn nach der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretenen Ansicht, der sich der erkennende Senat anschließt, ist es zulässig, daß das Revisionsgericht bei Verfahrensverstößen das Berufungsurteil auch dann in seinem ganzen Umfange aufhebt, wenn sich der Revisionsantrag nur auf den dem Revisionskläger ungünstigen Teil beschränkt (JW 1916, 495, 498; RGZ 58, 248, 256; Wieczorek ZPO § 564 Anm. 8 II b). Ist das Revisionsgericht so verfahren, so darf jedoch das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung zurückverwiesen worden ist, in der von ihm zu treffenden sachlichen Entscheidung nicht zu Ungunsten desjenigen Teiles, der das Berufungsurteil allein angefochten hat, von seiner früheren Entscheidung abweichen (RGZ 58, 248, 256).

Ein Abweichen zum Nachteile des Revisionsklägers, hier des Beklagten, zu dessen Gunsten die Klage in Höhe des Unterschiedsbetrages von (50 000 DM weniger 16 587 DM =) 33 413 DM durch das Urteil des Berufungsgerichts vom 22. März 1957 rechtskräftig abgewiesen worden ist, hätte nur dann keinen gegen die Rechtskraft der Klageabweisung verstoßenden Verfahrensmangel bedeutet, wenn der Kläger mit seinem Antrage vom 29. März 1960 im Wege der Anschlußberufung durch gleichzeitige Erweiterung seiner Klage einen neuen Anspruch, hier einen neuen Teilanspruch, in den Rechtsstreit eingeführt haben würde, über den bisher noch nicht entschieden worden war. Die Revisionserwiderung hält ei-

nen solchen Fall für gegeben. Ihr Rechtsstandpunkt ist zwar hinsichtlich der zu dem Urteilsbetrage von 16 587 DM begehrten Zinsen, nicht aber hinsichtlich der Hauptsumme von (30 000 weniger 16 587 DM =) 13 413 DM nebst Zinsen gerechtfertigt.

Der Revisionserwiderung ist zuzugeben, daß hinsichtlich des vorstehend gekennzeichneten Zinsbegehrens keine verfahrensrechtlichen Bedenken dagegen bestehen, den Antrag vom 29. März 1960 als eine zulässige Anschlußberufung anzusehen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß eine Anschlußberufung auch dann noch eingelegt werden kann, wenn das Berufungsgericht nach Aufhebung seines Urteils durch das Revisionsgericht wieder in die mündliche Verhandlung eintritt (RGZ 110,231,233). Der Antrag ist schriftlich eingereicht und in der mündlichen Verhandlung vom 29. März 1960<sup>1</sup>verlesen worden, so daß auch insoweit gegen die Zulässigkeit einer Anschlußberufung keine Bedenken bestehen (RGZ 156,291,299,300). Daß er dem Gegner nicht zugestellt worden ist, steht der Zulässigkeit des Rechtsmittels ebensowenig entgegen (JW 1938,895; WarnRspr 1940,7) wie der Umstand, daß der Kläger durch das mit der Berufung angefochtene Urteil des Landgerichts nicht beschwert ist. Zulässig ist auch eine Anschlußberufung, die nur eine Klageerweiterung bezweckt (RGZ 86,235,239 ff). Da auch sachlichrechtlich keine Bedenken gegen Grund und Höhe dieses Teiles des Zinsbegehrens bestehen, und, wie noch erörtert wird, das Berufungsgericht den Hauptanspruch in Höhe von 16 587 DM zu Recht bejaht hat, ist es kein Rechtsfehler, wenn es dem Kläger aus dem genannten Betrage 4 % Zinsen seit dem 22. März 1957 zugesprochen hat.

Der Geltendmachung des oben genannten Unterschiedsbetrages von 13 413 DM im Wege der Anschlußberufung

hat indes von vornherein der Umstand entgegen gestanden, daß die Schadensersatzklage in Höhe eines Betrages von 33 413 DM rechtskräftig abgewiesen worden war. Dabei ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob überhaupt der Rechtsstandpunkt der Revisionserwiderung gebilligt werden kann, der Antrag des Klägers vom 29. März 1960 sei auch hinsichtlich des mit diesem Antrage geltend gemachten Unterschiedsbetrages von (30 000 DM weniger 16 587 DM =) 13 413 DM als eine zulässige Anschlußberufung anzusehen. Der Antrag ist wie jede Prozeßerklärung einer Auslegung zugänglich. Das Berufungsgericht hat ihn im Hinblick auf seine Fassung, mit der der Kläger die Zurückweisung der Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil mit der Einschränkung begehrt hat, daß der Beklagte zur Zahlung von insgesamt 30 000 DM verurteilt werden solle, ersichtlich dahin ausgelegt, der Kläger wolle auf seinen ursprünglichen Antrag (Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 50 000 DM) zurückgreifen, diesen aber nur noch in Höhe von 30 000 DM aufrecht erhalten. Daß das Berufungsgericht in diesem Antrage keine Klageerweiterung gesehen hat, ergibt sich auch daraus, daß es ausweislich des Verhandlungsprotokolls ohne nähere Erläuterung eine Erklärung des Beklagten entgegen genommen hat, dieser sei mit der Klagerücknahme in Höhe von 20 000 DM einverstanden, und daß es, wie seine Ausführungen in den Entscheidungsgründen erkennen lassen, den Antrag auch als eine teilweise Klagerücknahme gewürdigt hat. Die Revisionserwiderung, die ihre Auffassung, es liege eine Anschlußberufung vor, nicht näher begründet hat, hat keinen Gesichtspunkt aufgezeigt, der gegen die Auslegung des Berufungsgerichts sprechen könnte. Die Frage, ob der Revisionserwiderung ungeachtet der gegenteiligen Auslegung des Berufungsgerichts gefolgt werden kann, bedarf indes keiner abschließenden Erörterung. Denn der Antrag des

Klägers vom 29. März 1960 ist in dem hier allein noch zu behandelnden Umfange in jedem Falle unzulässig und daher durch Prozeßurteil zurückzuweisen.

Geht man mit dem Berufungsgericht davon aus, der Kläger habe nicht einmal beabsichtigt, mit dem Antrag vom 29. März 1960 hinsichtlich des Unterschiedsbetrages von 13 412 DM Anschlußberufung einzulegen und damit einen neuen bisher noch nicht rechtshängig gewesenen vom Kläger aber vorbehaltenen Teilanspruch auf Ersatz seines schon in der Klageschrift mit mindestens 142 450 DM bezifferten Schadens einzuführen, sondern nur auf den ursprünglichen Klageanspruch zurückgreifen wollen, so steht fest, daß der mit dem Antrage geltend gemachte Anspruch bereits rechtskräftig abgewiesen worden war; der Kläger konnte also diesen Betrag nicht mehr geltend machen (BGH Urt. v. 15. Juli 1954 - LM ZPO § 323 Nr.4).

Will man aber mit der Revisionserwiderung in dem Antrage vom 29. März 1960 auch insoweit eine Anschlußberufung sehen, als der Kläger über den ihm im ersten Berufungsurteil zugesprochenen Betrag von 16 587 DM hinaus weitere 13 483 DM verlangt, so würde dies nichts daran ändern, daß der Antrag insoweit unzulässig ist.

Es ist allerdings davon auszugehen, daß der Kläger nicht gehindert gewesen wäre, einen bisher noch nicht geltend gemachten Teilanspruch trotz der rechtskräftigen Teilabweisung zu verfolgen. Dieses Ergebnis entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, von der abzugehen keine Veranlassung besteht (vgl. insbesondere RGZ 120,317,319). Denn der objektive Umfang der Rechtskraft reicht nur so weit, als über Klage oder Widerklage entschieden ist (Baumbach/Lauterbach, ZPO 25.Aufl. § 322 Anm.2 A). Die im rechtskräftigen Urteil getroffenen Feststellungen und die vom Gericht angestellten Erwägungen werden, soweit sie

über den entschiedenen Teilanspruch hinausreichen, von der Rechtskraft nicht erfaßt. Deshalb ist es für die hier zu entscheidende Frage unerheblich, daß das Berufungsgericht im ersten Urteil nicht für nachgewiesen angesehen hat, der Beklagte habe mehr als 4 to Igelit an sich gebracht. Vorausgesetzt, daß mit der Anschlußberufung ein noch nicht anhängiger weiterer Teilanspruch geltend gemacht werden sollte, war das Berufungsgericht daher an die von ihm im ersten Urteil zugrunde gelegten Beweisergebnisse nicht gebunden.

Eine nähere Betrachtung ergibt indes, daß der Kläger mit dem Anspruch auf diesen Unterschiedsbetrag von 13 483 DM in Wirklichkeit keinen neuen Teilanspruch in den Rechtsstreit eingeführt hat, sondern daß er auch bei einer Beurteilung des Antrages vom 29. März 1960 als Anschlußberufung nichts anderes als einen Teil des Klageanspruchs geltend gemacht hat, der bereits rechtskräftig abgewiesen worden war. Aber nur die Einführung eines neuen Teilanspruchs in den Rechtsstreit, d.h. eine Erweiterung des Klageanspruchs über den bisher den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Anspruch hinaus hätte den Antrag, auch wenn man ihn als Anschlußberufung deuten will, als zulässig erscheinen lassen. Handelt es sich aber, wie vorliegend, nur darum, daß der Kläger auf den bereits rechtskräftig abgewiesenen Teil des Klageanspruchs zurückgreifen will, so nutzt es ihm auch nichts, wenn man in dem Antrage eine Anschlußberufung sehen will. Der Geltendmachung des Anspruchs steht auch in diesem Falle die teilweise Rechtskraft des ersten Berufungsurteils entgegen.

Eine Begründung seines erst in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingereichten Antrags, aus der sich dafür hätte etwas entnehmen

lassen können, daß der Kläger einen neuen Teilanspruch in den Rechtsstreit einführen wollte, hat der Kläger nicht gegeben. Aus dem bisherigen Prozeßstoff läßt sich ebenfalls die Begründung für einen neuen Teilanspruch nicht entnehmen.

Der auf Zahlung von 50 000 DM gerichtete Klageanspruch wird damit begründet, der Beklagte habe bestimmte Mengen des Igelit-Materials aus dem Lager I des Klägers in Ketzin abgefahren. Das Berufungsgericht hat im ersten Urteil nur als erwiesen angesehen, der Kläger habe aus einer Menge von 12,5 to Igelit 4 to an sich gebracht und hat auch hinsichtlich des Wertes bestimmte Feststellungen getroffen. Auf alle Fälle hat es entschieden, daß dem Kläger im Hinblick auf diese Feststellungen aus dem geltend gemachten Teilschadensersatzanspruch von 50 000 DM nur ein Anspruch in Höhe von 16 587 DM zustehe, während es einen weiteren Anspruch bis zu 50 000 DM für nicht begründet angesehen hat. Da es sich um einen einheitlichen Schadensersatzanspruch handelt, dessen Höhe nur nach Menge und Wert des weggenommenen Materials sich bestimmen läßt, ist auch eine Individualisierung einzelner Teilansprüche nur nach diesen Merkmalen möglich. Diese Betrachtungsweise führt aber denkwortwendig zu dem Ergebnis, daß ein neuer, von dem bisher in Höhe von 50 000 DM geltend gemachten verschiedener Teilanspruch nur damit begründet werden könnte, daß dem Kläger ein höherer Schaden als der bisher geltend gemachte Teilschaden von 50 000 DM entstanden sei. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob behauptet wird, es sei eine größere Menge des Materials weggenommen worden, oder ob dargetan wird, daß die vom Berufungsgericht angenommenen Werte zu niedrig bemessen seien. Entscheidend ist aber, daß die Begründung klar erkennen läßt, der Kläger wolle nunmehr einen Schaden geltend machen, der über den bisherigen Schadensbetrag

hinausgreift. Tatbestand und Entscheidungsgründe des Berufungsurteils lassen nicht nur jeden Anhaltspunkt dafür vermissen, daß der Kläger seinen Antrag in dieser Weise habe begründen wollen, sie weisen vielmehr, wie bereits ausgeführt, in die entgegengesetzte Richtung, daß nämlich der Kläger nur auf den ursprünglichen Klageanspruch zurückgreifen wollte. Auch die Revisionserwiderung weiß keine anderen Gesichtspunkte aufzuzeigen.

Ist somit davon auszugehen, daß dem Begehren des Klägers, ihm einen Schadensersatzanspruch zuzusprechen, der den ihm im ersten Berufungsurteil zuerkannten Anspruch von 16 587 DM übersteigt, die teilweise Rechtskraft des ersten Berufungsurteils entgegensteht, so ist das angefochtene Urteil, welches ihm einen Teil des Mehrbetrages (23 250 DM - 16 587 DM = 6663 DM) zugesprochen hat, aufzuheben. Der Antrag des Klägers vom 29. März 1960 ist hinsichtlich des gesamten Unterschiedsbetrages von 13 413 DM und den dazugehörigen Zinsen als unzulässig zurückzuweisen.

II. Ohne Rechtsirrtum und unbeanstandet von der Revision ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Kläger - und nicht etwa die frühere deutsche Wehrmacht - Eigentümer der vom Beklagten aus dessen Ausweichlager des Klägers in Ketzin weggenommenen Igelitvorräte (Feinfolien-Stränge und Kappen) gewesen ist, die der Beklagte dann in seinem eigenen Betriebe verarbeitet und veräußert hat.

III. Rechtsirrtumsfrei sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagte habe nicht bewiesen, daß der Kläger mit der Wegnahme des Igelit-Vorrates einverstanden gewesen sei, oder daß der Kläger ihm zumindest einen Teil des Lagerbestandes zur Verarbeitung überlassen und er, der Beklagte, den Rest des Bestandes an den Kläger bezahlt habe. Bei dieser Sach-

lage bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht für die auf Wertersatz gerichtete Klage eine Stütze in den §§ 985, 989, 990 BGB gefunden hat. Dem Berufungsgericht ist vielmehr darin beizutreten, daß der Beklagte als bösgläubiger Besitzer anzusehen ist und daher dem Kläger für den Verlust der Igelit-Vorräte Schadensersatz zu leisten hat. Daß sich der Beklagte dieser Schadensersatzpflicht nicht mit der Einwendung entziehen kann, er habe durch die Wegnahme der Vorräte verhütet, daß das Lager den Russen in die Hände gefallen wäre, ist bereits im ersten Revisionsurteil des erkennenden Senats erörtert worden. Auf diese Ausführungen wird Bezug genommen. Damit erübrigt es sich, auf die im Berufungsurteil enthaltenen neuerlichen Erörterungen dieser Frage einzugehen, gegen die die Revision im übrigen auch keine rechtlichen Bedenken erhoben hat.

IV. Hinsichtlich der Höhe des vom Kläger begehrten Wertersatzes hatte der Beklagte in erster Reihe geltend gemacht, der gesamte Igelit-Vorrat des Lagers I in Ketzin, um den es sich hier handele, habe einen Zusatz an Trikresylphosphat, einem sogenannten Weichmacher, enthalten und sei damit gesundheitsgefährlich gewesen. Der Beklagte hatte im Hinblick auf diesen Umstand darzutun versucht, daß der ganze Igelit-Bestand wertlos gewesen sei. Das Berufungsgericht hat diese Einwendung indessen nicht gelten lassen. Es hat sich auf das Sachverständigengutachten des Dipl.Chemikers Dr. Bodenbender vom 22. Oktober 1959 bezogen, in welchem ausgeführt wird, daß ein mit Trikresylphosphat versehenes Igelit-Material immer noch zur Verarbeitung von solchen Gegenständen brauchbar gewesen sei, die nicht mit dem menschlichen Körper in Verbindung gebracht würden. Aus diesen Erwägungen heraus hat es die vom Kläger bestrittene Be-

hauptung des Beklagten, dem gesamten Igelit-Bestand sei ein solcher Weichmacher zugesetzt gewesen, dahingestellt sein lassen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen Dr. Bodenbender nicht erschöpfend gewürdigt. Es habe nicht beachtet, daß der Sachverständige in der "Zusammenfassung" am Schluß seines Gutachtens zum Ausdruck gebracht habe, soweit noch ältere Kunststoffe Trikresylphosphat als Weichmacher enthielten, dürften sie heute nicht mehr auf den Markt gebracht werden und insbesondere nicht für Lebensmittel oder für Gegenstände verwendet werden, die mit dem menschlichen Körper in Berührung kämen. Sie vertritt die Auffassung, das Berufungsgericht hätte bei richtiger Würdigung des Sachverständigengutachtens nicht von der Verkäuflichkeit des Igelits ausgehen dürfen.

Die Rüge bleibt erfolglos, weil die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung des Sachverständigengutachtens keinen Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen läßt. Der Sachverständige hat auf Blatt 4 seines Gutachtens eindeutig ausgeführt, Kunststoffe, denen ein technisches Trikresylphosphat als Weichmacher zugesetzt sei, könnten ohne Bedenken zu solchen Fabrikaten verarbeitet werden, die mit dem menschlichen Körper nicht in Berührung kämen. Auch der oben wiedergegebene in der Zusammenfassung enthaltene Satz enthält den Hinweis auf Gegenstände, die mit dem menschlichen Körper in Berührung kommen. Bei dieser Sachlage ist es aber kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht die Ausführungen des Sachverständigen in einem anderen Sinne gewürdigt hat, als sie die Revision aufgefaßt haben will. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß es ersichtlich der Bemerkung des Sachverständigen, ältere mit giftigem

Trikresylphosphat versehene Kunststoffe dürften nicht mehr auf den Markt gebracht werden, nicht die Bedeutung beigemessen hat, daß Verbotsbestimmungen bestünden, wonach auch Gegenstände, die nicht mit dem menschlichen Körper in Berührung kommen, dem Markte ferngehalten werden müßten, und daß das Igelit-Material aus diesem Grunde zum mindesten vom Zeitpunkte der Gutachtenerstattung ab als unverkäuflich und wertlos anzusehen gewesen sei.

V. Das Berufungsgericht hat ebenso wie in seinem ersten Urteil vom 22. März 1957 auf Grund der neuerlichen Beweisaufnahme und insbesondere der Bekundung der Zeugin M. [REDACTED] für erwiesen erachtet, der Zeuge F. [REDACTED] habe mit einem Tempo-Dreiradwagen Igelit-Material aus dem Ausweichlager I des Klägers abgefahren und dem Kläger übergeben. Es hat in der Annahme, daß das Fahrzeug ein Fassungsvermögen von ungefähr  $3/4$  Tonnen gehabt habe, festgestellt, der Beklagte habe auf diese Weise ungefähr fünfmal  $3/4$  Tonnen oder ungefähr vier Tonnen Igelit des Klägers erhalten. Außerdem habe der Kläger noch  $1\frac{1}{2}$  Tonnen, so hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, an sich genommen, die ihm auf einem LKW zugeführt worden seien. Das Berufungsgericht kommt dann zu der abschließenden Feststellung, daß der Beklagte im ganzen aus den Igelit-Vorräten des streitigen Lagers I eine Menge von  $5\frac{1}{2}$  Tonnen an sich genommen und verarbeitet habe.

Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO. Sie führt aus, das Berufungsgericht habe ausdrücklich offen gelassen, ob der Zeuge F. [REDACTED] vier- oder fünfmal gefahren sei; deshalb habe es nur die geringere Zahl von Fahrten und damit nur eine Ladung von drei Tonnen als bewiesen ansehen dürfen.

Es mag dahinstehen, ob es im Hinblick auf die Erörterungen unter I überhaupt darauf ankommen kann, ob der Beklagte von den Igelit-Vorräten des Klägers 5 1/2 Tonnen oder nur 4 1/2 Tonnen an sich gebracht hat, da das Berufungsgericht nicht der Vorwurf trifft, gegen § 286 ZPO verstoßen zu haben. Es hat es entgegen der Behauptung der Revision nicht offen gelassen, wieviele Male der Zeuge F. mit dem Tempo-Dreiradwagen gefahren sei. Es hat, wie seine Ausführungen eindeutig ergeben, der Bekundung der Zeugin M. entnommen, daß der Zeuge F. vier- bis fünfmal gefahren sei und hat diese Bekundung dahin gewürdigt, es seien fünf Fahrten gewesen. Mit dieser Würdigung bleibt es im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens.

VI. Der Beklagte hatte sich im zweiten Rechtszuge darauf berufen, ihn treffe deshalb keine Verpflichtung zum Schadensersatz, weil ihm der Kläger eine Menge von 1,2 bis 1,4 to des aus dem Lager I des Klägers entnommenen Igelitbestandes zur Verarbeitung überlassen und er, der Beklagte, darüber hinaus die nicht verarbeiteten Vorräte bezahlt habe. Das Berufungsgericht hat indes den Beweis für dieses Vorbringen des Beklagten nicht als geführt angesehen. Es hat dabei insbesondere erwogen, daß der Beklagte den angeblichen Lohnarbeitsvertrag, der nach seiner Darstellung schriftlich niedergelegt worden ist, nicht vorgelegt habe. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, daß sich ein solcher Vertrag, wenn er überhaupt geschlossen worden sei, auf Bestände des vom Kläger seinerzeit ebenfalls in Ketzin eingerichteten Lagers II bezogen habe. Das Berufungsgericht hat dabei auch die Aussage der Zeugin H., die im Jahre 1947 in den Betrieb des Beklagten eingetreten war, gewürdigt und aus ihr entnommen, der Beklagte habe in der Tat aus Igelitmate-

terial des Klägers Regenmäntel herstellen lassen. Es hat auch auf die weitere Bekundung der Zeugin verwiesen die vom Kläger an den Beklagten gelieferten Ballen hätten sich in einem solchen Zustande befunden, daß nur die Zuschneidearbeiten hätten vorgenommen zu werden brauchen; die Ballen seien nach ihrer Erinnerung aus dem Betrieb des Klägers in der Ackerstraße abgeholt worden. Die Zeugin habe aber, so hat das Berufungsgericht hervorgehoben, keine Angaben darüber machen können, ob dieses ausgewalzte Igelitmaterial aus dem Lager I des Klägers hergerührt habe und ob sich der Beklagte dem Kläger gegenüber schriftlich verpflichtet habe, hieraus für die sen entsprechend der Behauptung des Beklagten Regenmäntel zum Preise von 25 DM bis 28 DM je Stück anzufertigen. Auch der wiederholt vernommene Zeuge T. [REDACTED] habe, so hat das Berufungsgericht weiter erwogen, keine Auskunft darüber geben können, aus welchem Bestande das zu den Regenmänteln verarbeitete Igelitmaterial gekommen sei.

Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe die Grundsätze der Beweislast verkannt. Da es festgestellt habe, der Beklagte habe in der Tat aus Material des Klägers Regenmäntel hergestellt und auch an den Kläger geliefert, so habe es dem Beklagten nicht die Beweislast dafür aufbürden dürfen, daß hierzu Material aus dem Lager I benutzt worden sei. Nach Ansicht der Revision habe der Kläger beweisen müssen, daß das Material aus einem anderen Bestand als dem des Lagers I entnommen worden sei. Sie meint auch, der vom Berufungsgericht vermißte Lohnarbeitsvertrag habe gegebenenfalls vom Kläger erfordert werden müssen.

Ein dem Berufungsgericht vorzuwerfender Verstoß gegen Beweislastregeln ist indes nicht festzustellen. Soweit der Beklagte behauptet, er habe einen Teil des aus dem Lager I entnommenen Igelitbestandes bezahlt, trifft ihn die Beweislast für diese rechtsvernichtende Tatsache. Insoweit sind auch keine Umstände ersicht-

lich, aus denen das Berufungsgericht einen Schluß auf die Richtigkeit dieser Behauptung hätte ziehen müssen, die es also dazu hätten veranlassen müssen, vom Kläger den Gegenbeweis zu fordern. Der Beklagte hatte aber auch die Beweislast für seine weitere Behauptung, er habe nach der Wegnahme des Igelits eine Vereinbarung mit dem Kläger getroffen, daß er die 1,2 bis 1,4 Tonnen Igelitmaterial für den Kläger verarbeiten dürfe, und er habe die auf Grund dieser Vereinbarung (schriftlicher Lohnarbeitsvertrag) angefertigten Regenmäntel an den Kläger ausgeliefert. Denn auch insoweit handelt es sich, was die Revision ersichtlich auch nicht verkennt, um die Behauptung eines nachträglichen vereinbarungsgemäßen Untergangs des dem Kläger bereits erwachsenen Eigentumsherausgabeanspruchs. Die Ansicht der Revision, der Umstand, daß der Beklagte in der streitigen Zeit aus Igelitmaterial des Klägers überhaupt einmal Regenmäntel angefertigt hat, habe den Beklagten eines weiteren Beweises enthoben, kann nicht gebilligt werden. Es ist nicht anzuerkennen, daß durch diese Sachlage nach allgemeiner Lebenserfahrung die für einen Nachweis ausreichende hohe Wahrscheinlichkeit dafür begründet worden wäre, dieser Vertrag über die Anfertigung von Regenmänteln aus Igelitmaterial des Klägers sei nun auch identisch mit dem vom Beklagten behaupteten Lohnarbeitsvertrag, durch den der Herausgabeanspruch des Klägers habe geregelt werden sollen. Die vom Berufungsgericht gewürdigte Sachlage, daß die Parteien in Geschäftsverbindung standen und daß der Beklagte auch Material des Klägers aus dessen Ketziner Lager II entnommen hatte, ließ eine Reihe von anderen Möglichkeiten offen, aus denen sich der vom Berufungsgericht angenommene Vertrag über die Verarbeitung zu Regenmänteln erklären ließ. Deshalb ist es kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungs-

gericht in Ausübung der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung dem Abschluß und der Durchführung dieses Vertrages nicht die Beweiskraft beigemessen hat, die ihm nach Ansicht der Revision zukommt.

Ebensowenig liegt ein Verfahrensverstoß darin begründet, daß das Berufungsgericht ersichtlich für den Beklagten nachteilige Schlüsse daraus gezogen hat, daß er den schriftlichen Lohnarbeitsvertrag nicht vorgelegt hat, dessen Inhalt es ohne Rechtsirrtum besondere Bedeutung beimessen durfte, weil sich aus ihm möglicherweise Anhaltspunkte über die Herkunft des zu verarbeitenden Materials ergeben hätten. Mit ihrem Vorbringen, das Berufungsgericht hätte bei der oben erörterten Sachlage den Vertrag vom Kläger erfordern müssen, will die Revision ersichtlich die Berechtigung dieser vom Berufungsgericht vorgenommenen Würdigung in Abrede stellen. Daß aber die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht hätte vom Kläger den Gegenbeweis gegen eine vom Beklagten bereits ausreichend nachgewiesene Sachdarstellung fordern müssen, nicht richtig ist, ist bereits ausgeführt worden.

Nach alledem bestehen keine verfahrensrechtlichen Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, das Vorbringen des Beklagten über einen nachträglichen Untergang des Anspruches des Klägers sei unbewiesen geblieben.

VII. Das Berufungsgericht hat bei der Bemessung des Wertersatzes die von dem Sachverständigen Burmeister in seinem Gutachten vom 10. Januar 1957 angegebenen Preise unter Abzug eines ebenfalls vom Sachverständigen angegebenen Satzes von 30 % (Minderwert als Altmaterial) zugrunde gelegt. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dabei übersehen, daß die vom Sachverständigen

digen angegebenen Preise zumindest hinsichtlich der Folien und Stränge auf Material zugeschnitten seien, die den Giststoff Trikresylphosphat nicht enthielten. Da der Sachverständige hinsichtlich der mit dem Giftstoff versetzten Teile eine erheblich eingeschränkte Verwendungsmöglichkeit angenommen habe, sei es ein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht für die Stränge und Folien die im Gutachten aufgeführten Preise übernommen habe.

Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Bei den sogenannten Kappen hat der Sachverständige den Preis unter Berücksichtigung aller von der Revision gerügten Umstände ermittelt, so daß hier schon aus diesem Grunde keine Bedenken gegen den vom Berufungsgericht angesetzten Preis von 1,50 DM je Kilogramm zu erheben sind. Im übrigen kann dahingestellt bleiben, ob der Sachverständige die Preise für Folien und Stränge niedriger angesetzt hätte, wenn er von der Annahme ausgegangen wäre, auch dieses Material sei mit einem giftigen Weichmacher versetzt gewesen. Die Revision berücksichtigt bei ihrer Rüge nicht, daß das Berufungsgericht seine Feststellung über die Höhe des Schadens, wozu es auch berechtigt war, im Wege der in § 287 ZPO vorgesehenen Schätzung getroffen hat, bei der es erheblich freier gestellt war als bei Feststellungen, die im Rahmen des § 286 ZPO getroffen werden müssen. Ein Verstoß gegen § 287 ZPO ist auch unter Berücksichtigung des Umstandes nicht festzustellen, daß sich das Berufungsgericht bei seiner Schätzung in erster Reihe von den Ausführungen des Sachverständigen Burmeister hat leiten lassen. Denn das Berufungsgericht hat, wie seine gerade im Zusammenhang mit der Verwendung des giftigen Weichmachers gemachten Ausführungen zeigen, den von der Revision als übersehen gerügten Gesichtspunkt,

daß die Igelitbestände einen giftigen Weichmacher enthalten hätten, in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen und hat angenommen, daß dem Material, weil es immer noch für gewerbliche und technische Zwecke verwenbar sei, ein gewisser Wert zukomme.

VIII. Die Revision hat somit nur in dem im Urteilsauspruch zum Ausdruck gekommenen Umfange Erfolg. Sie ist im übrigen zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dr.Gelhaar

Dr.Spieler

Bundesrichter  
Dr.Dorschel  
ist beurlaubt,  
ortwabwesend  
und daher an  
der Beifügung  
seiner Unterschrift ver-  
hindert.  
Dr.Gelhaar

Dr.Mezger

Dr.Messner