

2233 041

VIII ZR 137/61

Verkündet am 19. September 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
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 S [REDACTED] Kommanditgesellschaft in M [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Karl W [REDACTED] in M [REDACTED],
N [REDACTED]straße [REDACTED], als Verwalter im Konkurse über das
Vermögen der Firma B [REDACTED] und I [REDACTED]bedarf Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in M [REDACTED], Wi [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom
27. April 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Firma B- und I-bedarf GmbH in M. Diese kaufte in den Jahren 1957 und 1958 von der Beklagten eine Reihe von Baumaschinen und Baugeräten. Die im Jahre 1957 gelieferten Gegenstände sind voll bezahlt, von dem Kaufpreis der Lieferungen des Jahres 1958 steht noch ein Betrag von 2440,45 DM offen. Die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten, die Inhalt der Verträge sind, enthalten u.a. folgende Bestimmungen:

"Eigentumsrecht: Solange die von mir gelieferten Waren nicht vollständig in bar bezahlt sind, wozu auch die Einlösung von zahlungshalber gegebenen Schecks oder Wechseln gehört, verbleibt mir das Eigentum an der Gesamtlieferung und das Rückforderungsrecht gegen den Besteller/Käufer bzw. zeitweiligen Besitzer...

Wenn trotz Aufforderung Zahlung nicht termingemäß erfolgt, oder bei Zwangsvollstreckung durch Dritte, steht mir, unbeschadet meiner sonstigen Ansprüche, das Recht zu, ohne Inanspruchnahme des Gerichts meine Lieferung zur Sicherung meines Eigentumsvorbehalts wegzuholen und sicherzustellen, bis zur völligen Barzahlung."

Die Firma B- und I-bedarf GmbH hatte am 16. September 1958 von der Firma S-F-GmbH einen Bauauftrag für sechs Reihenhäuser in München erhalten. Auf die Baustelle schaffte sie das von der Beklagten in den Jahren 1957 und 1958 gelieferte Baugerät. Am 16. Dezember 1958 ließ die Beklagte von der Baustelle das gesamte dort liegende Baugerät, soweit es von ihr geliefert war, unter Berufung auf ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen abholen. Darauf kündigte die S-F-GmbH mit Schreiben vom 16. Dezember 1958 fristlos den Bauauftrag, wobei sie unter den mehreren angegebenen Kündigungsgründen an erster Stelle die Abholung der Baugeräte aufführte.

Der Kläger hält die Wegnahme der im Jahre 1957
gekauften Maschinen und Geräte für rechtswidrig und
begehrt mit der Klage die Verurteilung der Beklagten
zur Herausgabe. Für den Schaden, der der Gemeinschuld-
nerin dadurch entstanden sei und noch entstehe, daß die
S- F-GmbH infolge der rechtswidrigen Wegnahme der
Baugeräte den Bauauftrag fristlos gekündigt habe, sei,
so meint der Kläger, die Beklagte ersatzpflichtig. Er
verlangt daher mit der Klage auch die Feststellung der
Schadensersatzpflicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das
Berufungsgericht hat der Herausgabeklage stattgegeben
mit Ausnahme einiger Gegenstände, bei denen es den
Nachweis, daß sie im Jahre 1957 geliefert worden seien,
nicht als geführt ansieht. Ferner hat es die Feststel-
lung getroffen, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem
Kläger denjenigen Schaden zu ersetzen, der der Gemein-
schuldnerin auf Grund der Wegnahme der Gegenstände ent-
standen ist und noch entsteht, zu deren Herausgabe die
Beklagte verurteilt ist.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abwei-
sung der Klage in vollem Umfange. Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision macht geltend, der Klage auf Fest-
stellung der Schadensersatzpflicht stehe die Einrede
der Rechtshängigkeit entgegen. Die Revision beruft
sich darauf, daß der Kläger mit Schriftsatz vom

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



27. Juli 1959 sein Schreiben vom 24. Juli 1959 vorgelegt habe, in dem er der Beklagten mitteilt, daß mit den Schadensersatzforderungen in den schwebenden Rechtsstreitigkeiten aufgerechnet worden sei.

Diesem Vorbringen der Revision muß der Erfolg versagt bleiben. Der Klageantrag ist dahin zu vorstehen, daß der Kläger die Verpflichtung der Beklagten, den eingetretenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen, nur insoweit festgestellt wissen will, als der Schadensersatzanspruch noch nicht durch Aufrechnung getilgt ist. Daß dieser Anspruch, dessen der Kläger sich im Schriftsatz vom 14. Juni 1961 in Höhe von mindestens 40 000 DM berührt, über etwaige Kaufpreisforderungen der Beklagten hinausgeht, ist offensichtlich. Etwas Gegenteiliges hat auch die Beklagte niemals geltend gemacht. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Kläger in einem anderen Rechtsstreit aufgerechnet hat, und es bedarf keiner Erörterung, ob überhaupt die Aufrechnung gegenüber der hier erhobenen Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht die Einrede der Rechtshängigkeit begründet. Das Berufungsgericht, an das, wie im folgenden ausgeführt wird, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, mag aber auf eine eindeutige Klärung, in welchem Umfang der Kläger den Feststellungsantrag verfolgt, hinwirken. Sollte der Kläger etwa in dem weiteren Verfahren die Feststellung auch begehren, soweit er aufgerechnet hat, wird sich das Berufungsgericht mit der Frage der Rechtshängigkeit und gegebenenfalls des Feststellungsinteresses zu befassen haben.

B.

Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagten habe ein Recht, die im Jahre 1957 gelieferten Maschinen und Geräte wieder an sich zu nehmen, nicht zugestanden. Das Berufungsgericht hat im einzelnen ausgeführt:

I. Nach den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten sei ihr das Eigentum an einer Gesamtlieferung bis zu deren vollständiger Bezahlung geblieben. Die streitigen Baugeräte seien teils im Jahre 1957, teils im Jahre 1958 geliefert worden. Schon in der Klageschrift habe die spätere Gemeinschuldnerin vorgetragen, daß es sich bei den Lieferungen aus dem Jahre 1957 und bei den aus dem Jahre 1958 jeweils um gesonderte "Sukzessivlieferungen" gehandelt habe. Sie habe damit erklärt, daß sowohl die Lieferungen aus dem Jahre 1957 als auch die aus dem Jahre 1958 für sich als "Gesamtlieferung" im Sinne der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen anzusehen seien. Bei diesem Vortrag sei der Kläger auch im Berufungsrechtszuge geblieben. Die Beklagte habe ihre ursprüngliche Behauptung, alle Lieferungen an die Gemeinschuldnerin seien ohne Rücksicht auf ihren Zeitpunkt als eine einzige Gesamtlieferung zu behandeln, schon im ersten Rechtszuge nicht mehr ernstlich aufrecht erhalten, jedenfalls im zweiten Rechtszuge nicht mehr aufgenommen. Es sei somit unstrittig, daß die Lieferungen aus dem Jahre 1957 und die aus dem Jahre 1958 je für sich eine Gesamtlieferung darstellten. Daraus hat das Berufungsgericht den Schluß gezogen, an den bereits im Jahre 1957 gelieferten und voll bezahlten Geräten und Baumaschinen habe die spätere Gemeinschuldnerin Eigentum erlangt.

Die Revision hält die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei unstreitig, daß die Lieferungen aus dem Jahre 1957 und die aus dem Jahre 1958 zwei Gesamtlieferungen darstellten, für tatbestandswidrig. Die Rüge ist unbegründet. Wenn das Berufungsgericht davon spricht, die Beklagte habe ihre Behauptung nicht ernstlich aufrecht erhalten, so meint es ersichtlich, sie habe bestimmte Tatsachen nicht mehr behauptet. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe ihre ursprünglich gegebene Darstellung schon bei Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht aufrecht erhalten, steht mit dem Inhalt des Tatbestandes nur in scheinbarem Widerspruch. Es ist zu unterscheiden zwischen der zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung und dem zu ihrer Begründung vorgetragenen Tatsachenhergang. Vorgebracht hätte die Beklagte in der Klagebeantwortung: Da in den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen das Eigentumsrecht an der Gesamtlieferung bis zur Barzahlung vereinbart worden sei und die Geschäftsbedingungen auch bei Nachbestellungen Gültigkeit hätten, die Klägerin jedoch die Nachbestellungen unstreitig nicht voll bezahlt habe, ständen der Beklagten das Eigentums- und Sicherstellungsrecht an den früher gelieferten Waren zu. Zumindesten sei der Eigentumsvorbehalt wieder aufgelebt. Als Tatsachenbehauptung ist demnach dem Vortrag der Beklagten nur zu entnehmen, die Parteien hätten vereinbart, daß die Bestellungen des Jahres 1958 lediglich Nachbestellungen zu der Bestellung des Jahres 1957 seien. Eine solche Behauptung, für die die Beklagte keinen Beweis angetreten hatte und die im Wortlaut der eingereichten Bestellschreiben vom 14. Juni 1958, 26. September 1958 und 6. Oktober 1958 keinerlei

Stütze findet, hat die Beklagte ersichtlich schon im ersten Rechtszuge nicht aufrecht erhalten. Die Rechtsansicht, der Eigentumsvorbehalt sei, nachdem die im Jahre 1957 gelieferten Maschinen und Geräte voll bezahlt worden seien, auf Grund neuer im Jahre 1958 aufgebener Bestellungen nachträglich wieder wirksam geworden, mag die Beklagte weiter vertreten haben. Ob über diese Rechtsansicht Streit besteht, hat mit der Frage, welche Tatsachen zwischen den Parteien unstreitig sind, nichts zu tun.

Ebensowenig kann die Revision daraus etwas herleiten, daß das Berufungsgericht im Tatbestand berichtet, die Beklagte habe im wesentlichen ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszuge wiederholt, und zur Wiedergabe des gesamten Parteivorbringens auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug nimmt. Derartige allgemeine Bezugnahmen im Tatbestand haben nicht die Bedeutung, das, was schon im ersten Rechtszuge nicht mehr behauptet worden ist und was in den Entscheidungsgründen ausdrücklich als unstreitig bezeichnet worden ist, trotzdem als streitig wiederzugeben. Die Bezugnahmen können nur mit der Einschränkung verstanden werden, daß nicht vorgetragen werden soll, was durch das spätere Prozeßvorbringen überholt ist.

Das Berufungsgericht war allerdings gehalten, die ihrem Wortlaut nach unstreitigen Bestellscheine daraufhin zu prüfen, ob die in ihnen wiedergegebenen Bestellungen etwa derart eine Einheit bilden, daß die Lieferungen der Jahre 1957 und 1958 als Gesamtlieferungen zu werten sind. Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, daß das Berufungsgericht zu einer solchen

Auslegung nicht gelangt ist. Einsachlichrechtlicher Fehler ist insoweit nicht zu erkennen. Rügen hat die Revision in dieser Hinsicht nicht angebracht.

II. Das Berufungsgericht prüft sodann, ob die Beklagte entsprechend ihrem Vorbringen mit der Firma B- und I- bedarf eine Vereinbarung geschlossen habe, nach der die im Jahre 1957 gelieferten und etwa schon in das Eigentum der Klägerin gelangten Maschinen und Geräte der Beklagten nach § 930 BGB zur Sicherung übereignet wurden.

1. Es handelt sich hierbei um folgendes: Die Beklagte behauptet, bei einer Besprechung des Geschäftsführers der Firma B- und I- bedarf K- und des Angestellten der Beklagten D- am 26. November 1958 habe D- erklärt, daß die Beklagte mit der Beitreibung ihrer Forderungen nur dann noch warten werde, wenn die Firma B- und I- bedarf sofort Teilzahlungen leiste, das Eigentum der Beklagten an sämtlichen von ihr gelieferten Gegenständen anerkenne und K- die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft übernehme. Vorsorglich sei ein Sicherungsübereignungsvertrag nach Maßgabe eines Schreibens der Firma B- und I- bedarf vom 15. Oktober 1958 vorbereitet worden. Dieses Schreiben lautet auszugsweise:

"Sofern etwa schon Eigentum an früheren Lieferungen auf uns übergegangen sein sollte, übertragen wird hiermit ferner vorsorglich dasselbe an allen früher von Ihnen gelieferten Maschinen und Gerätschaften und zwar u.a.:
(es folgen die Bestellungen des Jahres 1957)
bis zur vollständigen Abdeckung unseres Kontos bei Ihnen in bar, wobei wir ausdrücklich an

Eidesstatt versichern, daß von uns die Maschinen zwischenzeitlich nicht anderweitig übereignet wurden, auf Sie.

Wir sind uns über den Eigentumsübergang von uns auf Sie einig. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, daß Sie uns diese Maschinen unentgeltlich leihweise überlassen."

Der Geschäftsführer K [REDACTED] habe, so trägt die Beklagte weiter vor, seine Zustimmung zu diesen Bedingungen in Aussicht gestellt. Er habe vorher nur noch mit seinem Anwalt sprechen wollen. Die Beklagte habe diesen Vorschlag der Firma B [REDACTED] und I [REDACTED] bedarf mit Schreiben vom 27. November 1958 bestätigt. Am 3. Dezember 1958 habe der Geschäftsführer K [REDACTED] der Beklagten fernmündlich erklärt, daß er mit den Bedingungen einverstanden sei. Man sei dabei verblieben, daß auf Grund dieses Ferngespräches die Ratenzahlungsvereinbarung und das besprochene Eigentumsrecht der Beklagten und die Schuldmitübernahme des K [REDACTED] sofort in Kraft treten sollten und daß nur zur Vervollständigung der Akten noch eine schriftliche Erklärung der Firma B [REDACTED] und I [REDACTED] bedarf erfolgen werde. Am 4. Dezember 1958 hat die Beklagte der Firma B [REDACTED] und I [REDACTED] bedarf unstreitig ein Schreiben folgenden Inhalts übersandt:

"Wir bestätigen das gestrige Telefongespräch, bei dem Sie erklärten, seit unserer Rücksprache vom 26.11.58 inzwischen mit Ihrem Anwalt verhandelt zu haben und wir ein Schreiben erhalten, worin unser Eigentumsvorbehalt an sämtlichen Maschinen, lt. Schreiben vom 16.11.58 anerkannt wird. Ferner, daß Herr K [REDACTED] die persönliche Haftung der Verbindlichkeiten der Fa. B [REDACTED] und I [REDACTED] bedarf bei uns übernimmt."

Mit Schreiben vom 15. Dezember 1958 erklärte der Anwalt der Firma B [REDACTED] und I [REDACTED] bedarf, er werde sich noch zu den Ausführungen der Schreiben der Beklagten eingehend äußern, und bitte daher, sich noch drei Tage zu gedulden.

[REDACTED]

Der Angestellte der Beklagten D. [REDACTED] ist von dem Landgericht als Zeuge zu diesen Vorgängen vernommen worden. Er hat die Behauptungen der Beklagten bestätigt. Das Landgericht hat auf Grund seiner Aussage den von der Beklagten vorgetragenen Abschluß der Vereinbarung als erwiesen angesehen.

2. Das Berufungsgericht führt aus, das Schreiben der Beklagten vom 4. Dezember 1958 enthalte überhaupt noch nicht die Bestätigung einer abgeschlossenen Vereinbarung. Aus dem Schreiben ergebe sich, daß der Geschäftsführer K. [REDACTED] lediglich ein entsprechendes Schreiben über einen Eigentumsvorbehalt in Aussicht gestellt habe und daß auch nach Ansicht der Beklagten die Vereinbarung erst mit dem Eingang dieses Schreibens bei ihr habe zustandekommen sollen. Außerdem hätte die bloße Vereinbarung, daß die bereits zur Volleigentümerin gewordene Käuferin die Gegenstände in Zukunft wieder als Vorbehaltskäuferin besitzen solle, das für eine gültige Rücküberceignung der Gegenstände an die Beklagte erforderliche Besitzmittlerverhältnis nicht begründen können. Eine andere Vereinbarung habe die Beklagte selbst nicht behauptet.

3. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussage des Zeugen D. [REDACTED] übergangen, nach der bereits am 26. November 1958 ein Sicherungsübereignungsvertrag unter Vereinbarung einer Leihe geschlossen worden sei.

Die Rüge ist begründet. Das Berufungsgericht würdigt allein das Schreiben vom 4. Dezember 1958 und legt es dahin aus, daß beide Parteien davon ausgegangen

seien, ein Vertrag sei am 26. November 1958 noch nicht zustande gekommen. Diese Würdigung läßt es an der erforderlichen Berücksichtigung des Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme fehlen und verstößt daher gegen § 286 ZPO. Zwar bedarf es für eine einwandfreie Würdigung nicht eines ausdrücklichen Eingehens auf jede einzelne Zeugen- aussage und einer Auseinandersetzung mit ihr; die Ent- scheidungsgründe müssen nur erkennen lassen, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat. Das ist hier aber nicht der Fall. Das Berufungs- gericht gründet seine Feststellung nur auf den Wort- laut des Schreibens vom 4. Dezember 1958, ohne sich mit der Aussage des Zeugen über den Gang der Verhand- lungen zu befassen, und läßt jede Abwägung des Inhalts des Schreibens mit der Aussage des Zeugen vermissen. Das wäre aber erforderlich gewesen, da das Landgericht die Aussage des Zeugen für glaubhaft hält und da der Inhalt des Schreibens vom 4. Dezember 1958 jedenfalls auch eine andere Deutung zuläßt, als das Berufungsge- richt ihm gibt. Daß das Berufungsgericht es an einer ausreichenden Würdigung der Aussage des Zeugen und des gesamten Sachverhalts hat fehlen lassen, zeigt auch seine Annahme, die Beklagte habe über die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nichts vorgetragen. Nach der Aussage des Zeugen D. [REDACTED] soll der Ge- schäftsführer K. [REDACTED] erklärt haben, daß er die vor- bereitete Vereinbarung (gemeint ist das Schreiben vom 15. Oktober 1958) anerkenne. Dieses Schreiben enthält aber gerade die Vereinbarung, daß die Übergabe durch eine Leihe ersetzt werde. Die Aussage des Zeugen hat die Beklagte sich im Schriftsatz vom 8. Februar 1960 zu eigen gemacht. Begründet ist daher auch die weitere gegen die Hilferwägung des Berufungsgerichts gerichtete-

te Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den entsprechenden Vortrag der Beklagten über die Verabredung eines Besitzmittlungsverhältnisses übergangen.

4. Falls das Berufungsgericht bei der erneuten Entscheidung zu der Auffassung gelangen sollte, zumindest der Vertreter D. [REDACTED] der Beklagten habe eine Einigung als erfolgt angesehen, wird es das Schweigen der Firma B. [REDACTED] und I. [REDACTED] bedarf auf das Bestätigungsschreiben vom 4. Dezember 1958 neu würdigen müssen. Wenn diese nämlich aus dem Zusammenhang, in dem das Bestätigungsschreiben mit den mündlichen Besprechungen möglicherweise gestanden hat, hätte erkennen können, daß die Beklagte glaubte, eine Vereinbarung sei geschlossen, so hätte sie, falls sie dieser Auffassung entgegentreten wollte, dem Bestätigungsschreiben widersprechen müssen. Tat sie das nicht rechtzeitig, so müßte sie sich den Inhalt des Bestätigungsschreibens entgegenhalten lassen.

Sollte sich ergeben, daß D. [REDACTED] und K. [REDACTED] sich über eine Sicherungsübereignung geeinigt hatten, so wird das Berufungsgericht bei der Würdigung der Aussage des Zeugen D. [REDACTED] weiter zu prüfen haben, welche Bedeutung dem in Aussicht gestellten Schreiben über die Anerkennung des Eigentums an sämtlichen Maschinen und Geräten zukommen sollte. Dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 4. Dezember 1958 entnimmt das Berufungsgericht, die Vereinbarung habe erst mit dem Eingang des in Aussicht gestellten Schreibens wirksam werden sollen. Nach § 154 Abs.2 BGB ist allerdings, wenn eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden ist, im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist. In einem solchen Fall ist

zwar die Einigung erfolgt, die Beurkundung ist aber nach dem Parteiwillen Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages, so daß der Vertrag trotz Willensübereinstimmung nicht vor der Beurkundung geschlossen ist. Da die Vorschrift nur im Zweifel gilt, können die Vertragsparteien aber auch übereinkommen, daß der Vertrag schon vor der Beurkundung zustande gekommen sein solle. Insbesondere kann die Beurkundung nach dem Willen der Beteiligten nur die Bedeutung eines Beweismittels für einen nach dem Parteiwillen bereits als zustande gekommen angesehenen Vertrag haben. So hat es die Beklagte in den Schriftsätzen vom 16. Februar 1959 und 8. Februar 1960 behauptet und hat es der Zeuge D. [REDACTED] bestätigt. Er hat ausgesagt, der Geschäftsführer K. [REDACTED] habe erklärt, er erkenne die vorbereitete Vereinbarung an, zusätzlich werde dieses Einverständnis schriftlich an die Beklagte gehen. Auch insoweit ist eine Würdigung dieser Zeugenaussage nötig.

5. Die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe kann daher keinen Bestand haben. Die Angriffe der Revision entziehen auch der Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei verpflichtet, dem Kläger denjenigen Schaden zu ersetzen, der der Gemeinschuldnerin auf Grund der Wegnahme der Gegenstände entstanden ist und noch entsteht, den Boden.

III. Für den Fall, daß das Berufungsgericht auch bei erneuter Würdigung zu der Auffassung gelangt, daß die Beklagte an den im Jahre 1957 gelieferten Geräten kein Eigentum gehabt habe, sei noch bemerkt: Das Berufungsgericht begründet seine Feststellung der Schadensersatz-

pflieht mit der Erwägung, die unberechtigte Wegnahme der im Jahre 1957 gelieferten Geräte stelle eine widerrechtliche und fahrlässige Verletzung des Eigentums im Sinne des § 823 Abs.1 BGB dar. Es stehe zur Überzeugung des Senats fest, daß der Gemeinschuldnerin aus der Handlungsweise der Beklagten auf jeden Fall ein Schaden entstanden ist. Dabei führt das Berufungsgericht zur Begründung an, auf Grund des Kündigungsschreibens der Firma S- F-GmbH vom 16. Dezember 1958 in Verbindung mit der Aussage des Zeugen K- stehe fest, daß die Entfernung der Baugeräte durch die Beklagte von der Baustelle jedenfalls den letzten Anlaß zu dieser fristlosen Kündigung gegeben und diese mindestens entscheidend mitverursacht habe. Diese Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Wegnahme der Geräte mitursächlich für die Entziehung des Auftrages und nach der Darstellung des Klägers für den wirtschaftlichen Zusammenbruch der Firma B- und I- bedarf gewesen sei, greift die Revision mit Recht an.

Daß die Wegnahme von Baugeräten für ein Bauunternehmen irgend einen Schaden herbeiführt, liegt allerdings auf der Hand. Zur Begründung dafür, daß ein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz bestehe, hätte das Berufungsgericht auf die Kündigung der Firma S- F-GmbH nicht zurückzugehen brauchen. Diese Ausführungen sollten ersichtlich das Feststellungsinteresse des Klägers dartun; denn jeden anderen Schaden, etwa Verdienstausschlag oder Kosten der Beschaffung anderer Geräte, hätte der Kläger betragsmäßig errechnen und mit der Leistungsklage geltend machen können. Das Berufungsgericht führt denn auch aus, das Feststellungsinteresse sei zu bejahen, da die Berechnung des Scha-

dens durch den Kläger als Konkursverwalter erst umfangreicher Vorarbeiten und Ermittlungen bedürfen werde. Gemeint ist damit offenbar die Errechnung des durch die Kündigung des Auftrages entstandenen Schadens.

Ob die Überzeugung des Berufungsgerichts, daß sich die S- und F-GmbH erst durch die Wegnahme der Baugeräte zu sofortigen Schritten in Richtung auf eine Auflösung des Bauvertrages veranlaßt gesehen habe, unangreifbar getroffen ist, mag dahingestellt bleiben. Der Beklagten bleibt es überlassen, in der neuen mündlichen Verhandlung ihre Bedenken vorzutragen. Ein Irrtum ist dem Berufungsgericht jedenfalls unterlaufen, wenn es ausführt, die Firma B- und I- bedarf hätte das Bauvorhaben weiterführen können, wenn die Beklagte nur die im Jahre 1958 gelieferten Geräte, zu deren Wegnahme Sie berechtigt gewesen sei, abgeholt hätte. Denn hierbei habe es sich nur um einen von insgesamt vier Mischern sowie um einen einzigen Schubkarren und eine Schittersäge gehandelt. Das Berufungsgericht ist also der Überzeugung, die Firma B- und I- bedarf hätte die Bauarbeiten mit den übrigen Baugeräten und Baumaschinen ohne weiteres fortsetzen können, so daß es nicht zu der sofortigen fristlosen Kündigung gekommen wäre. Das Berufungsgericht übersieht, wie die Revision zutreffend geltend macht, daß es sich bei den wenigen vom Berufungsgericht genannten Geräten um diejenigen handelt, deren Herausgabe der Kläger mit der Klage verlangt hatte, weil sie nach seiner Ansicht im Jahre 1957 geliefert waren, hinsichtlich deren die Klage aber abgewiesen worden ist, weil der Kläger nicht nachgewiesen habe, daß die Lieferung im Jahre 1957 erfolgt sei. Abgeholt hat die Beklagte aber auch eine größere Zahl von unstreitig im

Jahre 1958 gelieferten Geräten, deren Herausgabe der Kläger überhaupt nicht begehrt. Das zahlenmäßige Verhältnis zwischen den Geräten, zu deren Herausgabe die Beklagte verurteilt ist, und den Geräten, die sie berechtigterweise an sich genommen hat, ist also völlig anders, als das Berufungsgericht es annimmt. Schließlich wird das Berufungsgericht, wenn es untersucht, ob die Wegnahme der im Jahre 1957 gelieferten Geräte den Zusammenbruch der Firma B- und I- bedarf verursacht hat, auch dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten nachgehen müssen, daß die Firma sich im Zeitpunkt der Wegnahme der Geräte bereits in finanziell aussichtsloser Lage befunden hat. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht dieses Vorbringen übergangen hat. Möglicherweise würde es sich, die Richtigkeit des Vortrages der Beklagten unterstellt, hierbei um einen Fall der sog. überholenden Kausalität handeln, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beachtlich sein könnte. Die wirtschaftlich ausweglose Lage, in der sich die B- und I- bedarf GmbH befunden haben soll, würde einen Umstand bilden, der schon zur Zeit des schädigenden Eingriffs der Beklagten in der Person der Geschädigten begründet war und auch ohne die schädigende Handlung zum Zusammenbruch und damit zum Verlust weiterer Erwerbsmöglichkeit geführt hätte (BGHZ 10,6; vgl. auch BGHZ 20,279).

C.

Das angefochtene Urteil kann entgegen der Ansicht des Klägers nicht nach § 563 ZPO aus anderen Gründen aufrechterhalten werden. Der Kläger hat in der mündli-

chen Verhandlung geltend gemacht, die Beklagte sei auch deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise das gesamte Baugerät weggenommen habe, obwohl dessen Wert das noch geschuldete Restkaufgeld weit überstiegen habe und deshalb die in Anspruch genommene Sicherung im Mißverhältnis zur gesicherten Forderung gestanden habe. Dieses Vorbringen enthält neue in den ersten beiden Rechtszügen nicht vorgetragene Behauptungen. Es kann daher im Revisionsrechtszuge nicht berücksichtigt werden. Es steht dem Kläger frei, in der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen wird, seinen Tatsachenvortrag zu ergänzen.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Dr.Mezger Dr.Messner Mormai