

Verkündet

am 13. Juni 1958

_____, 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 _____ in S _____,
S _____

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ -

gegen

den Kaufmann Joachim S _____ in B _____ N _____,
A _____straße _____,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1958 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und
Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts vom
22. März 1957 aufgehoben. Die Sache wird zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Ent-
scheidung über die Kosten der Revision übertragen
wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber eines Betriebes, der die Herstellung von Fertigwaren aus Kunststoffen zum Gegenstand hat. Während des letzten Krieges erwarb er große Mengen an Igelit-Material. Im Zuge der kriegsbedingten Räumung B[redacted]s verlagerte er im Jahre 1944 seine Bestände an Igelit-Rohstoffen, Halbfertigfabrikaten und Fertigfabrikaten nach K[redacted] an der H[redacted] bei Br[redacted] (jetzt in der Sowjet-Zone). Das eine Lager befand sich in einem Stockwerk des Hauses des Konditormeisters Sch[redacted] (Lager I), das andere im Hause des Bäckermeisters G[redacted] (Lager II). Das Lager II wurde in der Nachkriegszeit von den Parteien nach B[redacted] zurückgebracht. Das Lager I wurde von der damaligen Zwischenmeisterin des Klägers, der Zeugin P[redacted], betreut, die selbst Mieterin im Hause des Bäckermeisters Sch[redacted] war. Nach der Besetzung von K[redacted] ließ der Beklagte, der damals ebenfalls die Kunststofffabrikation betrieb, einen Teil des Lagers I von K[redacted] nach B[redacted] zurücktransportieren. Er lieferte die Stoffe jedoch nicht an den Kläger aus, sondern verarbeitete und veräußerte sie im eigenen Betrieb.

Der Kläger verlangt mit der Klage Ersatz des Wertes der weggenommenen Gegenstände. Nach seiner Darstellung hat der Beklagte das gesamte Lager im heutigen angeblichen Werte von 140 000,- DM an sich genommen. Den Lagerbestand hat der Kläger wie folgt beschrieben:

- "1.) 8.000 kg Isolierfolien aus Igelit, Stärke 0,03 - 0,05 mm bezogen von der Firma Sc[redacted] & Co., Be[redacted]-S[redacted], zu einem Einkaufspreis von 12,90 RM und 13,90 RM für das kg,
- 2.) 3.000 kg Igelitstränge, Typen K 190, 5240, 5225, bezogen von der Firma D[redacted]-AG, T[redacted], Bez.K[redacted] zu einem Einkaufspreis von 4,50 RM für das kg,

- 3.) 3.000 kg Igelit-Platten, Qualität K 190 bezogen zu 1.500 kg von der Firma Sc[REDACTED] & M[REDACTED], jetzt Sc[REDACTED] & Co., Be[REDACTED]-S[REDACTED] sowie 1.500 kg von der D[REDACTED] AG., T[REDACTED], Bez. K[REDACTED], zu einem Einkaufspreis von 5,50 RM für das kg,
- 4.) 1.000 kg genarbte Folien, sogenannte Aalhaut, bezogen von den (früheren) K[REDACTED] L[REDACTED] tuchwerken in C[REDACTED], b. D[REDACTED], zu einem Einkaufspreis von 5,50 - 6,- RM für das kg,
- 5.) 1.500 kg Kappen, Mündungsschoner für Geschütze aus Igelit, bezogen durch den Vertreter Gr[REDACTED] der Firma Sc[REDACTED] & Co., zu einem Einkaufspreis von 2,50 RM

Der Kläger hat zunächst einen Teilbetrag von 25 000,- DM eingeklagt, dann aber die Klage auf 50 000,- DM erhöht und beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 50 000,- DM zu Händen der Ge[REDACTED]-Gr[REDACTED]bank eGmbH in B[REDACTED] zu verurteilen.

Der Beklagte hat vorgetragen, der Kläger habe ihm die Wegnahme von Halbfertigfabrikaten zur Weiterverarbeitung gestattet und ihm deshalb auch zur Vorlage bei dem Bürgermeister in K[REDACTED] dem Zeugen R[REDACTED], eine Bescheinigung hierüber ausgestellt. Er, der Beklagte, habe aber nur den Rest des Materials an sich nehmen können, da der Kläger den Hauptbestand des Lagers schon vorher abtransportiert habe. Den Gegenwert für die Entnahme habe er dem Kläger vergütet. Erst in der letzten mündlichen Verhandlung vom 10. Januar 1956 vor dem Landgericht hat der Beklagte anhand eines Schriftsatzes vom 9. Januar 1956 bestritten, daß der Lagerbestand dem Kläger zu Eigentum gehört habe.



und vorgetragen, der Kläger habe das gesamte Material, welches aus Wehrmachtsbeständen stamme, lediglich zur Verarbeitung erhalten; der Kläger habe die auf diese Weise empfangenen Gegenstände gehortet und unter Verstoß gegen die Kriegswirtschafts-Verordnung zurückbehalten und sei auch wegen eines einschlägigen Verbrechens nach dieser Verordnung mit Zuchthaus bestraft worden. Die gesamten Bestände hätten im Hinblick auf diese Verhältnisse der Beschlagnahme durch die Besatzungsmacht unterlegen und seien auch beschlagnahmt gewesen. Im gleichen Termin hat der Beklagte hilfsweise die Aufrechnung mit einer Gegenforderung in Höhe von 77 000,- DM geltend gemacht, die er damit begründet, daß der Kläger im Jahre 1952 widerrechtlich Plastikabfälle in diesem Werte aus seinem Lager in den N [REDACTED] Kabelwerken in B [REDACTED] entnommen habe.

Das Landgericht hat das gesamte Vorbringen des Beklagten aus dem Schriftsatz vom 9. Januar 1956, einschließlich seiner Aufrechnung gemäß § 279 ZPO mit der Begründung zurückgewiesen, daß eine Beweisaufnahme erforderlich wäre, die den Fortgang des Rechtsstreites verzögere, und daß nach Überzeugung des Gerichts der Beklagte mit den neuen Verteidigungsmitteln nur aus grober Nachlässigkeit zurückgehalten habe. Es hat den Beklagten nach Klageantrag verurteilt.

Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung auf einen Betrag von 16 587,- DM beschränkt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet und muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führen.

I.

Im Gegensatz zum Landgericht, das eine unerlaubte Handlung des Beklagten festgestellt hat, hat das Berufungsgericht angenommen, daß die auf Wertersatz gerichtete Klage aus §§ 985, 989, 990 BGB berechtigt ist. Der Kläger war nach den Feststellungen im Berufungsurteil Eigentümer des in K. lagernden Materials, das der Beklagte, wie das Berufungsgericht ebenfalls festgestellt hat, ohne Erlaubnis und Wissen des Klägers weggenommen und im eigenen Betriebe verarbeitet und veräußert hat. Demnach hat der Beklagte gemäß §§ 989, 990 BGB Wertersatz zu leisten.

1) Die Ausführungen des Beklagten, daß das in der Sowjetzone lagernde Material in der Kriegs- und Nachkriegszeit bewirtschaftet gewesen sei und daher gar nicht zur freien Verfügung des Klägers gestanden habe, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler für unerheblich angesehen. Die Revision hält in dieser Beziehung nicht scharf genug auseinander, daß der Beklagte einerseits geltend gemacht hat, der Kläger habe die der Kriegs- und Nachkriegsbewirtschaftung unterliegenden Rohstoffe und Fabrikate (Igelit) nicht angemeldet und sei wegen eines Verstoßes gegen die Kriegswirtschaftsverordnung sogar mit Zuchthaus bestraft worden, daß er andererseits aber auch vorgebracht hat, es habe sich überhaupt um Wehrmachtsbestände gehandelt, die dem Kläger lediglich im Rahmen von Werkverträgen zur Bearbeitung übergeben worden seien. Von diesen beiden Darstellungen konnte nur die letztere erheblich sein.

Denn, falls es sich wirklich um Wehrmachtsgut gehandelt hätte, wäre die Aktivlegitimation des Klägers für eine Eigentumsklage nach §§ 985 ff BGB nicht gegeben gewesen. Das Berufungsgericht hat jedoch in tatsächlicher Richtung andere Feststellungen getroffen und das Eigentum des Klägers entgegen diesen Behauptungen des Beklagten für nachgewiesen erachtet, wenn es auch zu diesen Feststellungen, was noch zu erörtern sein wird, auf dem Wege über § 529 Abs. 2 ZPO gelangt ist, indem es das Vorbringen des Beklagten als prozessverzögernd zurückgewiesen hat. Der Umstand, daß das im Eigentum des Klägers stehende Material der Bewirtschaftung unterlegen haben mag; kann der Eigentumsklage jedenfalls nicht entgegengehalten werden. Auch die Behauptung des Beklagten, daß früher ein Treuhänder eingesetzt worden sei, ist unerheblich; denn daß eine Treuhänderschaft auch noch in dem hier in Betracht kommenden Zeitpunkte bestanden hätte, hat der Beklagte nicht behauptet. Das Berufungsgericht hat daher diesen unbestimmten und mehr oder minder auf Vermutungen beruhenden Andeutungen des Beklagten mit Recht keine Beachtung geschenkt.

2) Das Berufungsgericht hat bei seiner Feststellung, daß der Kläger Eigentümer des Materials gewesen sei, auch nicht etwa gegen Beweislastregeln verstoßen. Es hat das gesamte Vorbringen des Beklagten, soweit es sich auf das Bestreiten des Eigentums bezog, unberücksichtigt gelassen. Hierzu war es an sich nach § 529 ZPO befugt, da nicht nur Angriffs- und Verteidigungsmittel, sondern auch das bloße Bestreiten gemäß § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden können (BGHZ 12, 49). Überdies ist festgestellt, daß der Kläger bis zum Tage der Wegnahme Besitzer des Lagers war, so daß auch die Eigentumsvermutung aus § 1006 Abs. 2 BGB für ihn streitet.

3) Das Berufungsgericht hat das Vorbringen des Beklagten mit Recht auch für unerheblich angesehen; der Kläger müsse sich darauf verweisen lassen, daß er das ganze Lager eingebüßt hätte, wenn sich der Beklagte nicht um dessen Freigabe bemüht hätte. In tatsächlicher Beziehung ist zunächst davon auszugehen, daß das Lager nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Zeitpunkte der Wegnahme durch den Beklagten nicht beschlagnahmt gewesen ist. Es würde daher schon aus diesem Grunde unerheblich sein, wenn der Beklagte oder seine Schwester Schritte zur behördlichen Freigabe unternommen haben sollten. Auch daß eine Beschlagnahme drohte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Aber selbst dann, wenn der Beklagte durch eigenes Dazwischentreten eine drohende Beschlagnahme verhütet hätte, könnte er aus dieser Tatsache nicht das Recht herleiten, das Material für sich zu behalten und zu verwerten. Der Gesichtspunkt der überholenden Kausalität, auf den sich der Beklagte in den beiden vorangegangenen Rechtszügen berufen hat, und auf den wohl auch die Revision mit ihrer Rüge verweisen möchte, ist in diesem Zusammenhang nicht verwertbar. Er kann dem Eigentumsanspruch nicht entgegengehalten werden, wenn derjenige, der sich in den Besitz der Sache setzt, diese gerade dadurch vor drohendem Untergang bewahrt. Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit ihm etwa schuldrechtliche Ansprüche aus einer solchen Handlung, die die Interessen des Eigentümers zu wahren geeignet ist, gegen diesen erwachsen. Zur Herausgabe, gegebenenfalls gegen Erfüllung seiner Gegenansprüche bliebe er trotzdem verpflichtet.

Auch der Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs, auf den sich der Beklagte ebenfalls berufen hatte, ist vorliegend ohne Bedeutung. Durch eine unbefugte Verwertung des Materials im Betriebe des Beklagten

sind dem Kläger keinerlei Vorteile zugeflossen.

4) Es ist auch kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht die Erklärung des Beklagten, daß er mit einer Gegenforderung auf Schadensersatz in Höhe von 77 000.- DM aufrechne, als unsubstantiiertes und widerspruchsvolles Vorbringen nicht berücksichtigt hat. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobene Rüge kann keinen Erfolg haben. Im Schriftsatz vom 27. Dezember 1955 hatte der Beklagte vorgetragen, der Kläger habe aus seinem, des Beklagten, Lager im Amerikanischen Sektor B██████s 14 Tonnen Rohstoffe abgefahren und im Verrechnungswege habe eine Firma, der dieses Material geliefert worden sei, 8 000,- DM vergütet, ohne in diesem Zusammenhang die Widerrechtlichkeit zu erwähnen. In späteren Schriftsätzen, so schon in dem unmittelbar nachfolgenden Schriftsatze vom 9. Januar 1956 hat er dann behauptet, der Kläger habe dieses Material im Gesamtwerte von 77 000.-DM widerrechtlich abgefahren. Die beiden Vorbringen sind nicht miteinander zu vereinen. Der Beklagte hat es jedoch unterlassen, eine Erklärung dafür abzugeben, daß er zunächst vorgebracht hatte, das Material sei vergütet worden. Gerade im Hinblick darauf, daß zunächst eine Verrechnung des Gegenwertes behauptet worden war, waren an die Substantiierungspflicht für den widersprechenden Vortrag einer widerrechtlichen Wegnahme ohne Vergütung strenge Anforderungen zu stellen, denen der Beklagte, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nicht genügt hat.

II.

Das Berufungsurteil konnte jedoch nicht aufrechterhalten werden, da die Revision mit Erfolg gerügt hat, das Berufungsgericht habe bei mehreren Beweiserbieten von seiner Befugnis, das Vorbringen gemäß § 529 ZPO zurückzuweisen, einen rechtsirrtümlichen Gebrauch gemacht.

1) Zwar sind nicht alle Verfahrensrügen in dieser Richtung begründet.

a) Ob die Rüge berechtigt ist, das Berufungsgericht habe das Vorbringen des Beklagten, daß nicht der Kläger, sondern die frühere deutsche Wehrmacht, also das frühere Deutsche Reich, Eigentümer der Lagerbestände gewesen sei, nicht zurückweisen dürfen, weil im zweiten Rechtszuge ohne dies eine Beweisaufnahme stattgefunden habe, kann dahingestellt bleiben. Das Berufungsgericht konnte dieses Vorbringen aber schon deshalb unberücksichtigt lassen, weil den Behauptungen des Beklagten nicht zu entnehmen ist, daß die Wehrmacht und nicht der Kläger Eigentümer des Lagermaterials gewesen sei. Im Schriftsatz vom 9. Januar 1956 werden die Zeugen St. [REDACTED] und O. [REDACTED] dafür benannt, daß Wehrmachtsaufträge vorgelegen hätten, nicht aber für die Tatsache, daß die Wehrmacht das Material selbst geliefert und der Kläger nur im Wege eines Werkvertrages verpflichtet worden sei. Im Schriftsatz vom 5. März 1956 wird sogar eingeräumt, daß der Kläger nach außen hin als Käufer des Materials aufgetreten sei, eine Tatsache, die noch weniger auf das Eigentum der Wehrmacht schließen läßt. Ebenso wenig läßt die durch Antrag auf eidliche Vernehmung des Klägers unter Beweis gestellte Behauptung im Schriftsatz vom 30. April 1956, der Kläger habe die restlichen Stoffe an die Wehrmacht abliefern und mit der Wehrmacht abrechnen müssen, einen zwingenden Schluß darauf zu, daß der Kläger nur Lohnarbeit zu leisten gehabt habe. Im Hinblick darauf, daß der Kläger Schreiben seiner Lieferfirma vorgelegt hatte, aus denen sich ergab, daß er von diesen während des Krieges in erheblichem Umfange Igelit-Material bezogen hatte, ging die Substantiierungspflicht des Beklagten zum mindesten dahin, daß er zu diesen Schreiben Stellung nehmen und im einzelnen Angaben machen mußte, wieso die Verhältnisse hinsichtlich des streitigen Materials anders gelegen haben.

b) Zum Beweise dafür, daß der Beklagte bei der Wegnahme des Materials im Besitze einer schriftlichen Erlaubnis des Klägers gewesen sei, hatte sich der Beklagte schon im ersten Rechtszuge auf das Zeugnis des Bürgermeisters R. von K. berufen. Das Berufungsgericht hat die Beweiserhebung im Wege der Rechtshilfe angeordnet, jedoch nicht durchgeführt, weil der Beklagte den ihm auferlegten Auslagenvorschuß nicht fristgemäß gezahlt hatte. Es ist der Revision zwar zugegeben, daß der Beklagte nicht schon nach fruchtlosem Ablauf der Einzahlungsfrist mit dem Beweismittel auszuschließen war. Denn § 379 ZPO sieht vor, daß die Ladung eines Zeugen nur dann unterbleibt, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens durchgeführt werden kann. Dieser Fall war jedoch hier gegeben, weil die Zeit zwischen Nachweis der Einzahlung des Vorschusses (22. Februar 1957) und Termin zur mündlichen Verhandlung (8. März 1957) wie das Berufungsgericht festgestellt hat, nicht ausgereicht hätte, um die angeordnete Beweiserhebung im Wege der Rechtshilfe in der Sowjetzone durchzuführen. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, daß der Zeuge zum Termin vom 8. März 1957 vor das Prozeßgericht hätte geladen werden müssen. Dieses Verlangen konnte der Beklagte nicht stellen (Baumbach ZPO 25. Aufl. § 379 Anm. 2), zumal er die Einzahlung des Auslagenvorschusses von 10.- DM fast vier Monate hinausgezögert hatte. Bei dieser Sachlage wäre es seine Pflicht gewesen, den Zeugen zum Termin vom 8. März 1957 mitzubringen. Zu Unrecht rügt hier die Revision, das Berufungsgericht hätte den Beklagten auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen müssen, nachdem er noch am 4. März 1957 die Ladung des Zeugen zum Verhandlungstermin beantragt hatte. Bei der Kürze der Zeit, die noch bis zum Termin blieb, und im Hinblick auf seine eigene grobe Nachlässigkeit konnte der Beklagte jedoch nicht mehr mit einer Bescheidung seines Antrages rechnen und mußte sich daher selbst um eine gerichtliche Anordnung kümmern oder doch unabhängig davon für das Erscheinen des Zeugen besorgt sein.

c) Zur Rüge der Revision, verschiedene Zeugen seien nicht wiederholt vernommen bzw. beeidigt worden, ist zu sagen, daß sowohl die Beeidigung als auch die nochmalige Vernehmung der Zeugen von einer durch den Tatrichter zu treffenden und nicht nachprüfbaren Ermessensentscheidung hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 391, 398 ZPO abhängig ist.

2) Mit Erfolg hat jedoch die Revision geltend gemacht, das Berufungsgericht habe das Beweiserbieten hinsichtlich des Zeugen Bo[REDACTED] und der Zeugen We[REDACTED], De[REDACTED] und Kl[REDACTED] nicht zurückweisen dürfen.

Die Zeugen We[REDACTED], De[REDACTED] und Kl[REDACTED] waren dafür benannt, daß zwischen den Parteien ein Lohnverarbeitungsvertrag bestanden habe, auf Grund dessen der Beklagte das Material für den Kläger zu Fertigfabrikaten zu verarbeiten gehabt habe. Der Zeuge Bo[REDACTED] sollte bekunden, daß er eine Bescheinigung des Klägers gelesen habe, wonach der Beklagte zum Abtransport der Vorräte aus K[REDACTED] berechtigt gewesen sei. Die Übernahme des Materials zur Verarbeitung für den Kläger könnte den Beklagten zwar gegen einen Herausgabeanspruch und ebenso gegen einen Anspruch auf Wertersatz vorbehaltlich etwaiger Gegenansprüche nicht schützen. Dennoch erscheinen die Beweisanträge nicht von vornherein unerheblich, denn der Beklagte hatte bereits im ersten Rechtszuge behauptet, er habe dem Kläger das Material später, nachdem sich die Umstimmigkeiten ergeben hätten, bezahlt. Irgendwelche Feststellungen hat das Berufungsgericht in dieser Richtung nicht getroffen. Es wäre daher bei dieser Sach- und Rechtslage auf die Zeugen angekommen. Von dieser Ansicht ist das Berufungsgericht auch ersichtlich ausgegangen.

Wenn auch die Erwägungen, die das Berufungsgericht dazu geführt haben, diese Beweisanträge als verspätet nicht zuzulassen, in diesem Rechtszuge nur beschränkt nachprüfbar sind, so ist jedenfalls die Frage, ob eine Verzögerung im Sinne des Gesetzes eintreten würde, der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht entzogen (BGH Urt. vom 11. November 1954 - III ZR 100/53, LM ZPO § 272 b Nr. 2). Die Gefahr einer Prozessverzögerung hätte das Berufungsgericht jedoch hinsichtlich aller hier erörterten Beweiserbieten verneinen müssen. Zwischen dem Beweisbeschluß vom 13. Juli 1956 und dem Termin der letzten mündlichen Verhandlung liegen fast acht Monate, eine Zeitspanne; deren Notwendigkeit im Hinblick auf die gerichtsbekannten Schwierigkeiten, zu einem schriftlichen Sachverständigengutachten zu gelangen, das der Beweisbeschluß vom 13. Juli 1956 angeordnet hatte, auch vorausgesehen werden konnte. Dieser Zeitraum hätte aber ohne weiteres ausgereicht, die angebotenen Beweise zu erheben. Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Vernehmung des Zeugen Bo[REDACTED] habe bis zum Eintreffen der Aussagebeurkundung hinsichtlich des Zeugen R[REDACTED] zurückgestellt werden müssen, vermag das Fehlen einer Verzögerungsgefahr nicht auszuräumen. Denn diese Erwägung ist keineswegs stichhaltig. Das Berufungsgericht übersieht, daß auf diese Weise die Aussage des Zeugen Bo[REDACTED] ganz unterblieb, ein Umstand, der keineswegs zweckmäßiger sein konnte als die zeitlich frühere Vernehmung vor derjenigen des Zeugen R[REDACTED]. Aber selbst die Zweckmäßigkeit dahingestellt, müssen doch im Rahmen der Prüfung, ob sich eine Beweiserhebung prozeßverzögernd auswirkt, bloße Zweckmäßigkeitsgründe hinsichtlich des Zeitpunktes der Vernehmung hinter dem Bedürfnis der Wahrheitserforschung zurücktreten. Diesem Bedürfnis konnte aber nur dadurch entsprochen werden, daß das Berufungsgericht innerhalb des bei weitem ausreichenden Zeitraumes für die Vernehmung beider Zeugen Sorge trug.

Da hinsichtlich der Zeugen We[REDACTED], De[REDACTED] und Kl[REDACTED] entsprechende Bedenken nicht einmal vorlagen, durfte ihre Vernehmung erst recht nicht unterbleiben.

III.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der neuerlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht folgende Gesichtspunkte zu beachten haben:

1.) Hinsichtlich des angeblichen Lohnverarbeitungsvertrages wird der Beklagte zunächst zu einer zusammenfassenden und erschöpfenden Darstellung seines bisher nicht einheitlichen Sachvertrages zu veranlassen sein. Sollte alsdann das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme feststellen, daß der Beklagte das Material nicht selbst übernommen und dem Kläger nicht bezahlt hat und daß es bei einem Werkvertrag geblieben ist, so würde dem bisherigen Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen sein, aus welchem Grunde er dem Kläger als Besteller nicht zur Herausgabe des verarbeiteten Materials, des Werks, bzw. zum Wertersatz als Werkunternehmer verpflichtet sein sollte.

2.) Der Beklagte hat vorgebracht, daß er mit einem Anspruch auf Erstattung der Transportkosten aufrechnen könne. Mit der Begründung des Berufungsgerichts läßt sich jedoch die Zurückweisung dieses Anspruchs, der allerdings bisher nach Grund und Höhe unsubstantiiert geblieben ist, nicht aufrecht erhalten. Der Umstand allein, daß der Beklagte die Transportkosten in seinem eigenen Interesse aufgewendet haben mag, nimmt ihm nicht ohne weiteres das Recht, Erstattung dieser Kosten zu verlangen. Denn nach §§ 994, 683, 684 BGB stehen dem Besitzer, wenn die Voraus-

setzungen des § 683 BGB nicht gegeben sind, etwaige Bereicherungsansprüche zu. Eine Bereicherung des Klägers, der vollen Wertersatz fordert, könnte sich daraus ergeben, daß er eigene Transportkosten erspart hat.

3) Für die vom Berufungsgericht bei seiner neuerlichen Entscheidung zu treffende Kostenentscheidung ist der Hinweis angebracht, daß diejenige des angefochtenen Urteils den Grundsätzen des § 92 ZPO nicht entspricht. Die Entscheidung, daß die gesamten Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben werden, wäre nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn die Parteien zu gleichen Teilen obgesiegt hätten und unterlegen wären. Das ist aber gerade nicht der Fall. Bei einem Streitwerte von 50 000.- DM, der für den ganzen zweiten Rechtszug maßgebend ist, ist der Beklagte nur zu einem Drittel unterlegen, der Kläger dagegen zu zwei Dritteln. Dasselbe gilt grundsätzlich für den ersten Rechtszug. Der Umstand, daß Beweis im ersten Rechtszug nur wegen eines Anspruchs von 25 000.- DM erhoben worden ist, vermochte es allein nicht zu rechtfertigen eine Aufhebung der Kosten beider Rechtszüge auszusprechen.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner