

Verkündet am 3. Juni 1964
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Peter R [REDACTED] in I [REDACTED] (Is [REDACTED]), Ic [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Alfred V [REDACTED] in T [REDACTED]/Sch [REDACTED], Ka [REDACTED] A [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Lorschel und Mormann
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 4. April 1962 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Kommanditist, seine Ehefrau persönlich haftende Gesellschafterin der Firma M. R. [REDACTED], Kommanditgesellschaft in Ic [REDACTED]. Unter dieser Firma vertrieb er Einrichtungen für Arztpraxen und Kliniken. Im Jahre 1957 geriet die Kommanditgesellschaft in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Der Beklagte trat in Geschäftsverbindung mit dem Kläger, der mit seiner Frau Inhaber der B. [REDACTED] GmbH. in T. [REDACTED] (Sch. [REDACTED]) war und unter dieser Firma biologische Präparate vertrieb. Der Kläger, der sich für den Vertrieb eines vom Beklagten mitentwickelten diagnostischen Hilfsgeräts "Anthroposkop" interessierte, gewährte dem Beklagten ab Mai 1957 für den Einkauf dieser Geräte ein Darlehen und übernahm eine Bankbürgschaft in Höhe von 100 000 LM bei der Bayerischen Kundenkreditbank (im folgenden: BKKB), die als Teilzahlungsbank den Ankauf der Geräte durch die Kunden finanzieren sollte. Die Geräte sollten durch eine eigens zu diesem Zweck errichtete Zweigstelle Icking der Bioforce GmbH vertrieben werden. Der Kläger ließ sich durch Abtretung von Außenständen der E. [REDACTED] Kommanditgesellschaft und durch Übereignung von persönlichem und betrieblichem Inventar des Beklagten sicherstellen. Im September 1957 ersteigerte er in der - von anderen Gläubigern betriebenen - Zwangsversteigerung den Grundbesitz des Beklagten. Schon im Herbst 1957 kam es zu erheblichen Differenzen zwischen den Parteien. Im Februar 1958 beendete der Beklagte - in einer noch näher zu erörternden Weise - die Geschäftsbeziehungen. Die R. [REDACTED]-KG ging in Konkurs. Der Beklagte wurde in ein umfangreiches Strafverfahren verwickelt. Er leistete am 7. Oktober 1960 den Offenbarungseid.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger vom Beklagten Herausgabe eines Opel Kapitän, Baujahr 1954,

- 3 -

den dieser ihm im Jahre 1957 zur Sicherheit für die Darlehen übereignet hat. In der Berufungsinstanz hat der Kläger außerdem als Teilbetrag seiner Darlehensforderung 7 000 DM verlangt. Der Beklagte rechnet mit umfangreichen Gegenforderungen, insbesondere Schadensersatzansprüchen (bis zu rd. 1,1 Millionen DM) auf. Das Berufungsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte Klagabweisung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Höhe der Forderung des Klägers.

Das Berufungsgericht geht davon aus, am 11. Februar 1958, als die Parteien ihre geschäftlichen Beziehungen abschlossen, habe zugunsten des Klägers ein Saldo von 94 385,33 DM bestanden, wie der Beklagte selbst schriftsätzlich anerkannt habe. Diesen Ausgangspunkt greift die Revision mit einer Verfahrensrüge nach § 286 ZPO an: Das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Beklagte von dem Saldo nur 54 216,01 DM als zu seinen Lasten gehend anerkannt, dagegen immer den Standpunkt vertreten habe, die restlichen rd. 40 000 DM gingen zu Lasten der Zweigstelle Ic [REDACTED] der B [REDACTED] GmbH, die er zwar habe übernehmen sollen, die er aber infolge Vertragsbruchs des Klägers im Februar 1958 nicht habe übernehmen können, weil der Kläger die Firma der Zweigniederlassung im Handelsregister habe löschen lassen.

Die Verfahrensrüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat für seinen Ausgangspunkt hilfsweise unterstellt, daß die 40 000 DM zugunsten des Beklagten abzuziehen seien, und ist



gleichwohl zu dem Ergebnis gelangt, Gegenforderungen des Beklagten seien allenfalls nur in einer solchen Höhe berechtigt oder zu unterstellen, daß dem Kläger immer noch die Klageforderung von 7 000 DM verbleibe.

2. Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Nichtverwertung der Forderung gegen die Erben C [REDACTED].

Der Beklagte leitet Gegenforderungen u.a. daraus her, daß der Kläger die ihm gestellten Sicherheiten nicht oder nicht sachgemäß verwertet habe. Insoweit rügt die Revision in erster Linie, daß das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche des Beklagten im Zusammenhang mit der Abtretung von Forderungen gegen die Erben C [REDACTED] verneint hat. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Arzt Dr. C [REDACTED] betrieb in Ri [REDACTED]/Am [REDACTED] eine Klinik. Er wurde von seiner Witwe und seinen 2 Kindern beerbt. Die Witwe erweiterte die Klinik und nahm dabei die geschäftliche Hilfe des Beklagten bzw. seiner Kommanditgesellschaft in Anspruch. Im Jahre 1955 setzten die Erben sich teilweise auseinander, wobei die Kinder C [REDACTED] das Klinikgrundstück erhielten. Der Beklagte behauptete, aus der Geschäftsverbindung mit den Erben C [REDACTED] eine Forderung von über 500 000 DM zu haben. Streitig blieb außer der Höhe vor allem, ob auch die Kinder C [REDACTED], die jetzt Eigentümer der Klinik waren, dem Beklagten hafteten. Ab Mai 1957 trat der Beklagte mehrmals Teilbeträge seiner Forderung gegen die Erben C [REDACTED] an den Kläger zur Sicherung der von diesem gegebenen Darlehen ab. Der Beklagte bezieht die insgesamt an den Kläger abgetretenen Teilforderungen gegen die Erben C [REDACTED] auf 133 988,63 DM und hält den Kläger in dieser Höhe für schadensersatzpflichtig, weil er seiner vertraglichen Verpflichtung zuwider diese Forderungen nicht

eingeklagt und beigetrieben habe. Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch des Beklagten. Aus den Abtretungsverträgen ergibt sich nach Ansicht des Berufungsgerichts für den Kläger nicht eine Verpflichtung, die Forderungen gegen die Erben C [REDACTED] einzuklagen. Jedenfalls aber habe - so meint das Berufungsgericht - der Kläger von weiteren Maßnahmen schon deshalb absehen dürfen, weil die Witwe C [REDACTED] im Jahre 1957 in Konkurs geraten und ein Armenrechtsgesuch des Beklagten für eine Teilklage gegen die Kinder C [REDACTED] in zwei Instanzen wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung abgelehnt worden war (2 O 1173/57 LG München II). Diese Begründung hält dem Angriff der Revision stand.

Wenn die Revision bezweifelt, daß die Eröffnung des Konkurses im Jahre 1957 den Kläger noch bis zum 7. März 1962 (letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht) berechtigt habe, weitere Schritte gegen die Witwe C [REDACTED] zu unterlassen, so ist das schon deshalb unerheblich, weil der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nichts dafür vorgetragen hat, daß ein Beitreibungsversuch gegen die Witwe C [REDACTED] nach Beendigung des Konkursverfahrens Erfolg gehabt hätte. Demnach hat der Beklagte nicht dargelegt, daß die angeblich pflichtwidrige Unterlassung des Klägers einen Schaden verursacht hat.

Hinsichtlich der Forderung gegen die Kinder C [REDACTED] weist die Revision auf rechtliche Gesichtspunkte hin, aus denen sich ergeben soll, daß eine Rechtsverfolgung entgegen der vom Landgericht - und vom Oberlandesgericht in 2 O 1173/57 LG München II vertretenen Meinung - doch Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Für die Frage, ob der Versuch einer Rechtsverfolgung dem Kläger zumutbar war, kommt es aber weniger auf die objektive Rechtslage als

darauf an, wie der Kläger auf Grund der das Armenrecht ablehnenden Beschlüsse die Aussichten einer Rechtsverfolgung beurteilen mußte. Es ist nicht rechtsiehlerhaft, wenn das Berufungsgericht dem Kläger eine solche nicht mehr zugemutet hat, nachdem das Land- und das Oberlandesgericht in eingehend begründeten Beschlüssen die Rechtsverfolgung für nicht hinreichend aussichtsreich erklärt hatten.

3. Übertragung der Zweigniederlassung der B [REDACTED] GmbH.

Weitere beträchtliche Schadensersatzansprüche gegen den Kläger leitet der Beklagte daraus her, daß der Kläger ihm im Februar 1958 nicht seine Zweigniederlassung der B [REDACTED] GmbH übertragen hat. Dem liegen folgende Vorgänge zugrunde:

Gegen Ende des Jahres 1957 hatten die Beziehungen der Parteien sich so verschlechtert, daß die Parteien beiderseits die Hilfe von Rechtsanwälten in Anspruch nahmen. Dem Kläger ging es darum, unter Aufgabe der Niederlassung der B [REDACTED] GmbH mit möglichst geringen Verlusten die Geschäftsbeziehungen zum Beklagten zubeenden. Die Parteien und andere Beteiligte vereinbarten am 10. Februar 1958, der Kläger solle, nachdem ihn die BKKB aus der Bürgschaft über 100 000 DM erlassen habe, die Geschäftsanteile an der Zweigniederlassung Ic [REDACTED] für ein Entgelt von 25 000 DM auf einen Dr. Ki [REDACTED] übertragen.

Nach der Behauptung des Beklagten trat dabei Dr. Ki [REDACTED] als sein Strohmann auf, weil er (Beklagter) selbst damals von seinen Gläubigern bedrängt wurde. Am 11. Februar 1958 erklärte die BKKB sich bereit, "die Bürgschaft zu DM 100 000 freizugeben." Als die Beteiligten am 12. Februar 1958 die Vereinbarung bezüglich der Niederlassung der B [REDACTED] GmbH notariell beurkunden lassen

wollten, klärte der Notar sie darüber auf, daß der Kläger nur seine Geschäftsanteile an der B[REDACTED] GmbH, nicht aber an der Niederlassung Ic[REDACTED] übertragen könne, weil es Geschäftsanteile an einer Niederlassung nicht gebe. Der Kläger und Dr. Ki[REDACTED] gründeten dann am selben Tage die "B[REDACTED] Handelsgesellschaft für Medizin und Technik mit beschränkter Haftung" (im folgenden: B[REDACTED] Handels-GmbH) mit einem Stammkapital von 20 000 DM, von dem Dr. Ki[REDACTED] 19 000 DM und der Kläger 1 000 DM übernahmen. Der Kläger übertrug später seinen Geschäftsanteil auf Dr. Ki[REDACTED]. Er erhielt 25 000 DM, von denen der größere Teil von zwei neuen Gesellschaftern, der kleinere von Dr. Ki[REDACTED] aufgebracht wurde. Die neue GmbH übernahm die Niederlassung der B[REDACTED] GmbH mit Aktiven und Passiven, der Beklagte war bei ihr als freier Mitarbeiter tätig. Die Niederlassung Ic[REDACTED] der B[REDACTED] GmbH wurde am 27. August 1958 auf Veranlassung des Klägers im Handelsregister gelöscht.

Der Beklagte macht mit wechselnder Begründung und wechselnder Schadensberechnung den Kläger dafür verantwortlich, daß dieser ihm nicht die Zweigniederlassung Ic[REDACTED] der B[REDACTED] GmbH oder diese selbst (zur Hälfte ?) übertragen habe. Das Berufungsgericht hat Schadensersatzansprüche verneint. Es stellt fest:

Eine etwaige Anwartschaft des Beklagten habe sich allenfalls auf den Erwerb eines Anteils an der Niederlassung Ic[REDACTED] der B[REDACTED] GmbH, nicht aber, wie der Beklagte auch geltend gemacht hat, auf die Hauptniederlassung in Te[REDACTED]/Sch[REDACTED] bezogen. Der Beklagte sei am 11. Februar 1958 damit einverstanden gewesen, daß bei dieser Transaktion Dr. Ki[REDACTED] als sein Strohmann aufgetreten sei (Protokoll vom 11. Februar 1958). Ob der Beklagte auch mit der

am 12. Februar 1958 vorgenommenen Begründung der B [REDACTED] Handels-GmbH einverstanden gewesen sei, könne dahinstehen; denn etwaige Schadensersatzansprüche des Beklagten könnten sich nur gegen Dr. Ki [REDACTED] richten.

Diese Begründung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß die Beteiligten am 12. Februar 1958 den Weg einer Neugründung wählten, war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur darin begründet, daß nicht, wie die Beteiligten es sich vorgestellt hatten, Geschäftsanteile der Zweigniederlassung auf Dr. Ki [REDACTED] übertragen werden konnten. Durch die Neugründung änderte sich der Sache nach nichts an dem am 10./11. Februar 1958 (siehe "Protokoll" vom 10. Februar 1958 und Aktenvermerk der BKKB vom 11. Februar 1958) beschlossenen Vorhaben. Dr. Ki [REDACTED] sollte - nach der als richtig zu unterstellenden Behauptung des Beklagten als dessen Strohmann - die Niederlassung Ic [REDACTED] der B [REDACTED] GmbH erwerben. Das geschah am 12. Februar 1958 in der Weise, daß die Niederlassung mit Aktiven und Passiven auf die neugegründete GmbH überging und Dr. Ki [REDACTED] deren Geschäftsanteile erwarb. Wenn Dr. Ki [REDACTED] dabei Treuhänder des Beklagten war, so kann dieser Ansprüche aus dem Treuhandverhältnis nur gegen Dr. Ki [REDACTED], nicht aber gegen den Kläger herleiten. Entgegen der Meinung der Revision hatte nicht "der Kläger das Seinige dazu zu tun, daß die Weiterübertragung an den Beklagten gesichert wurde". Insoweit für die Wahrung seiner Interessen zu sorgen, insbesondere durch einwandfreie Klarstellung der Verpflichtungen Dr. Ki [REDACTED], war vielmehr Sache des Beklagten selbst. Etwas anderes könnte vielleicht gelten, wenn Dr. Ki [REDACTED] (zugleich) im Auftrag des Klägers tätig geworden und der Kläger deshalb für ihn gemäß § 278 BGB einzustehen hätte, oder wenn der Kläger

und Dr. Ki [REDACTED] einverständlich zur Schädigung des Beklagten zusammengewirkt hätten. Beides hat aber der Beklagte nicht behauptet.

4. Inventar Icking.

Ein Gläubiger des Beklagten, Dr. O [REDACTED], hatte die Wohnungs- und Büroeinrichtung des Beklagten in dessen Hause in Ic [REDACTED] gepfändet. Der Gerichtsvollzieher hatte es angeblich unterlassen, Pfandsiegel anzubringen. Die Parteien unterzeichneten eine vom 14. Juli 1957 datierte "Bestätigung", daß der Beklagte dem Kläger am 22. Mai 1957 die Wohnungs- und Büroeinrichtung zur Sicherung übereignet habe für den Fall, daß die Pfändung unwirksam sei oder aufgehoben werde. Die Einrichtung wurde später größtenteils vom Gerichtsvollzieher fortgeschafft und versteigert. Vorher hatte, wie das Berufungsgericht auf Grund der Aussage des Zeugen Dr. Ki [REDACTED] feststellt, die B [REDACTED] Handels-GmbH einige Büromöbel für einige 100 DM erworben und diesen Betrag dem Kläger gutgeschrieben. Das Berufungsgericht unterstellt, daß sich dadurch die Forderung des Klägers von 54 385,33 DM um 1 000 DM (und um weitere 7 200 DM für entgangene Mieteinnahmen) vermindere, es verbleibe gleichwohl eine den Klagbetrag von 7 000 DM erheblich übersteigende Forderung des Klägers.

Die Revision rügt, die Begrenzung dieses Anspruchs auf einen Betrag von 1 000 DM sei willkürlich; das Berufungsgericht sei gehalten gewesen, den Behauptungen des Beklagten über einen höheren Wert nachzugehen und Beweise zu erheben (§ 286 ZPO). Der Vorwurf der Willkür entbehrt der Grundlage, weil das Berufungsgericht seine Annahme auf die Aussage des Zeugen Dr. Ki [REDACTED] stützt. Die weitere Verfahrensrüge nach § 286 ZPO ist unbeachtlich,

weil sie nicht den Anforderungen des § 554 Abs. 3 Nr. 2 a ZPO entspricht.

5. Gerätelager K[REDACTED].

Der Beklagte unterhielt in K[REDACTED], Ho[REDACTED]straße, ein Gerätelager. Dieses hatte er der BKKB sicherungsübereignet. Durch Vertrag vom 21. Juli 1957 gab die BKKB die Sicherheiten an den Kläger weiter, der dafür 9 000 DM zahlen sollte. Der Beklagte behauptet, der Kläger habe diese 9 000 DM nicht gezahlt. Vielmehr habe der Beklagte selbst 9 000 DM mit der BKKB verrechnet. Der Kläger habe die Gegenstände nach dem 12. September 1958 ohne seine (des Beklagten) Zustimmung wegholen lassen und veräußert. Seinen daraus entstandenen Schaden hat der Beklagte zuletzt (Schriftsatz vom 11. Mai 1961) mit 88 585,10 DM beziffert, wobei allerdings das Inventar Ic[REDACTED] (s. oben unter 5) mit eingerechnet ist.

Der Kläger erklärt, von der Wegschaffung und Veräußerung der Gegenstände nichts zu wissen, und auch Dr. Ki[REDACTED] hierzu nicht veranlaßt zu haben.

Das Berufungsgericht folgt der Aussage des Zeugen Dr. Ki[REDACTED] und stellt fest, die Gegenstände seien im Rahmen der Gesamtübernahme der Aktiven der Zweigniederlassung von der B[REDACTED] Handels-GmbH übernommen worden. Der Beklagte könne deshalb etwaige Schadensersatzansprüche nur gegen diese haben. Das greift die Revision mit der Begründung an, der Beklagte könne sich nur an den Kläger halten, weil dieser auf Veranlassung und im Auftrag des Beklagten die Gegenstände erworben habe. Die Revision hat im Ergebnis Erfolg.

In der Feststellung des Berufungsgerichts, die B[REDACTED] Handels-GmbH habe die Gegenstände (bereits im Februar 1958)

mit der Zweigniederlassung Ic [REDACTED] übernommen, kann möglicherweise als mit eingeschlossen die Feststellung angesehen werden, Dr. Ki [REDACTED] habe sie im Herbst 1958 nicht auf Veranlassung des Klägers, sondern aus eigenem Entschluß als Geschäftsführer der B [REDACTED]-Handels-GmbH veräußert. Ist das Berufungsurteil so zu verstehen, so würde damit zwar die Hauptbegründung des Beklagten für seinen Schadensersatzanspruch - der Kläger habe die Gegenstände weggeschafft und veräußert - entfallen, weil diese Behauptung vom Berufungsgericht als widerlegt angesehen wäre. Der Beklagte stützt jedoch seinen Anspruch nicht nur auf diesen von ihm in erster Linie vorgetragenen konkreten Geschehensablauf, sondern überhaupt darauf, daß die dem Kläger sicherungsweise überlassenen Gegenstände aus dem Lager K [REDACTED] verschwunden seien und der Kläger dafür verantwortlich sei. Dieser Klagegrund kann nicht schon mit der Begründung verneint werden, eine Verantwortlichkeit des Klägers entfalle, weil Dr. Ki [REDACTED] - und nicht der Kläger - die mit der Niederlassung Ic [REDACTED] von der B [REDACTED]-Handels-GmbH übernommenen Gegenstände veräußert habe. Mit dem vom Berufungsgericht angenommenen Sachverhalt stellt sich vielmehr die Frage, wie Dr. Ki [REDACTED] das Lager K [REDACTED] "übernehmen" konnte, wenn es ihm nicht vom Kläger überlassen war, und alsdann die weitere Frage, wieso der Kläger berechtigt war, mit der Zweigniederlassung auch das Lager K [REDACTED] auf die B [REDACTED]-Handels-GmbH zu übertragen.

Nach den Vereinbarungen vom 10. und 11. Februar 1958 sollte der Kläger die Zweigniederlassung Ic [REDACTED] gegen Zahlung von 25 000 DM Dr. Ki [REDACTED] (angeblich für den Beklagten) überlassen. Der Beklagte verzichtete auf alle Ansprüche gegen den Kläger und seine Gesellschaft. Der

Kläger aber behielt seine Forderungen gegen den Beklagten und die von diesem gegebenen Sicherheiten. Er blieb deshalb dem Beklagten auch aus den Sicherungsverträgen weiterhin verpflichtet. Den Bestand des Lagers K[REDACTED] hatte der Kläger sich zwar von der BKKB übereignen lassen, jedoch handelte es sich nach der Behauptung des Beklagten, von der mangels gegenteiliger Feststellung des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz auszugehen ist, nur um die Weitergabe einer Sicherheit im Einverständnis mit dem Beklagten. Es ist nicht ersichtlich, mit welcher Berechtigung der Kläger der B[REDACTED] Handels-GmbH, d.h. Dr. Ki[REDACTED], eine solche Sicherheit hätte überlassen dürfen. Aus den Feststellungen des Berufungsurteils ist insbesondere nicht zu entnehmen, daß der Lagerbestand K[REDACTED] zu den von Dr. Ki[REDACTED] zu übernehmenden Aktiven der Niederlassung Ic[REDACTED] gehört hat. Der Kläger selbst hat sich nicht ^{auch} auf ein solches Recht berufen, vielmehr immer nur eingewandt, er wisse nichts über den Verbleib der Gegenstände. Ein Recht, das Lager K[REDACTED] der B[REDACTED] Handels-GmbH zu überlassen, ergab sich auch nicht, wenn, was der Beklagte behauptet, Dr. Ki[REDACTED] aber abgestritten hat, dieser bei der Gründung der B[REDACTED] Handels-GmbH der "Strohmann" des Beklagten war. Auch dann war die B[REDACTED] Handels-GmbH schon deshalb nicht identisch mit dem Beklagten, weil für Dr. Ki[REDACTED] und damit den Beklagten nur 50 % der Geschäftsanteile, der Rest aber "für die neuen Gesellschafter" (Aktenvermerk der BKKB vom 11. Februar 1958) vorgesehen waren. Der Kläger hätte deshalb die Sicherungsgegenstände nur mit Zustimmung des Beklagten auf die B[REDACTED] Handels-GmbH übertragen dürfen. Wenn er das eigenmächtig tat, so kann er wegen positiver Verletzung des Sicherungsvertrages

dem Beklagten schadensersatzpflichtig geworden sein. Das nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, weil -mangels jeglichen Anhaltspunktes für die Höhe des evtl. gegebenen Schadensersatzanspruchs des Beklagten - nicht auszuschließen ist, daß durch die Aufrechnung auch die vom Kläger geltend gemachte Teilforderung berührt wird.

Falls sich bei der neuen Verhandlung herausstellen sollte, daß Dr. Ki [REDACTED] in Wirklichkeit eigenmächtig über das Lager K [REDACTED] verfügt hat, bliebe noch zu prüfen, ob der Kläger ihm das unter fahrlässiger Verletzung der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag ermöglicht hat. Es wäre zu klären, wie Dr. Ki [REDACTED] sich ohne Wissen des Klägers den Besitz der Gegenstände verschaffen konnte, und ob der Kläger - er trägt insoweit nichts vor - sich in der Zeit von Februar bis Herbst 1958 überhaupt um das Lager Karlsruhe gekümmert hat.

6. Bioklimatik

Der Beklagte war im Besitz eines größeren Postens (mehr als 1 000 Doppelbände) eines medizinischen Werkes "Bioklimatik". Diese Bücher hatte er am 5. Oktober 1955 der BKKB zur Sicherheit übereignet. Als der Kläger am 11. Februar 1958 mit dem Beklagten und der BKKB eine als abschließend gedachte Regelung traf, wurde über die "Bioklimatik" (laut einem Aktenvermerk der BKKB) folgendes vereinbart:

"...DM 15 000 laut Kaufabschluß mit (Kläger) für die Bioklimatik wurden von uns zunächst zu Lasten der Bürgschaft genommen. (Kläger) bestätigt nunmehr seinen Eintritt in den Kaufvertrag, so wie er bisher festgehalten wurde, d.h.: die Bücher werden von ihm übernommen, während wir den Kaufpreis zunächst stunden. Die Bezahlung soll nach einer Stundung

bis Ende Juli 1958 in monatlichen Teilbeträgen von mindestens LM 2 000 erfolgen. Erlöse aus vorzeitigen Verkäufen werden auf die monatlichen Tilgungsleistungen angerechnet.

Der Abtransport der Bioklimatik wird von (Kläger) in nächster Zeit veranlaßt. ..."

Der Beklagte leitet aus diesen Vorgängen eine Gegenforderung von 40 000 LM her: Diesen Betrag schulde der Kläger als Kaufpreis. Das Berufungsgericht verneint eine Gegenforderung des Beklagten. Er habe den Abschluß eines Kaufvertrages nicht bewiesen. Der Kläger habe nach seiner unwiderlegten Einlassung die Bücher lediglich als Sicherheit erhalten, um sie bestmöglichst zu verwerten. Es sei ihm nur gelungen, für einen Teil der Bücher 3 335,60 LM zu erlösen. Damit seien noch nicht einmal die 15 000 LM abgedeckt, die der Kläger gegenüber der BKKB habe bezahlen müssen. Die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe die Bücher verschleudert, sei nicht bewiesen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Vereinbarung der Parteien das Einverständnis der BKKB vorausgesetzt habe, und daß dieses Einverständnis gegeben gewesen sei. Der Kläger habe also das Eigentum unmittelbar von der BKKB erworben; es liege demnach ein fester Kaufvertrag vor. Die Rüge der Revision ist nicht begründet.

Daß bei der Weitergabe der "Bioklimatik" als Sicherheit an den Kläger notwendigerweise die BKKB eingeschaltet werden mußte, war nach der Sachlage selbstverständlich. Das Berufungsgericht hat dies auch nicht übersehen. Aus dieser Tatsache ergab sich aber nichts für den Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Sicherungsvertrages, insbesondere nichts gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe sie nicht zu einem festen Preis übernommen.

7. Warnschreiben

Der Beklagte behauptet, der Kläger habe, nachdem im Herbst 1957 zwischen den Parteien Differenzen entstanden waren, Kunden, die der Beklagte gewonnen hatte, schriftlich gewarnt und sie veranlaßt, ihre Aufträge zurückzuziehen; der Kläger habe auf die gleiche Weise außerdem die vom Beklagten eingeleiteten umfangreichen Auslandsbeziehungen zunichte gemacht. Dem Beklagten sei dadurch ein beträchtlicher Schaden entstanden.

Das Berufungsgericht verneint Schadensersatzansprüche:

Soweit solche Schreiben vor dem 10. Februar 1958 hinausgegangen seien, habe der Beklagte im Vertrag vom 10. Februar 1958 auf etwaige Schadensersatzansprüche verzichtet. Soweit nach der Behauptung des Beklagten der Kläger auch noch nach diesem Zeitpunkt Warnschreiben verschickt habe, habe der Beklagte den ihm angeblich entstandenen Schaden nicht hinreichend substantiiert. Es könne deshalb dahinstehen, ob nicht unmittelbar Geschädigte nur die B[REITENBURG] Handels-GmbH gewesen sei, ferner, ob der Kläger berechtigten Anlaß zu seinen Warnschreiben gehabt habe.

a) Die Revision rügt in erster Linie, das Berufungsgericht habe die Verzichtsklausel des Vertrages vom 10. Februar 1958 nicht soweit auslegen dürfen, daß von ihr auch Schadensersatzansprüche wegen der Warnschreiben erfaßt wurden. Denn mit einem solchen Verhalten des Klägers habe der Beklagte nicht zu rechnen brauchen; es seien vielmehr in der Verzichtsklausel nur Ansprüche "aus dem Geschäftsverkehr der Parteien" gemeint gewesen. Diese Rüge greift nicht durch.

Die Verzichtsklausel des Vertrages vom 10. Februar 1958 lautet: "... erklärt (Beklagter) ..., daß ... von ihm ... keine irgendwie gearteten Ansprüche aus irgendwelchem Rechtsgrund wie immer, seien es Ansprüche bekannter oder unbekannter Art, mehr geltend gemacht werden ...". Demnach war, was auch die Revision nicht verkennt, eine Generalbereinigung zwischen den Parteien beabsichtigt. Der Beklagte kannte die Vorwürfe, die der Kläger gegen ihn erhoben hatte. Das Berufungsgericht konnte deshalb den Verzicht des Beklagten ohne Rechtsfehler so weit auslegen, wie es getan hat.

b) Die Revision rügt ferner, zu Unrecht vermisse das Berufungsgericht die schlüssige Darlegung eines Schadens des Beklagten. Auch diese Rüge hat keinen Erfolg. Der Beklagte hatte in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 7. März 1962 erklärt, er lege (hinsichtlich der Warnschreiben) nur noch Wert auf die Vernehmung eines Zeugen Dr. W. Lieser sollte bekunden, der Kläger habe an Dr. W. wenigstens 3 Warnbriefe geschrieben, davon einen Ende März/Anfang April 1958. Durch diese Briefe sei der Zeuge abgehalten worden, eine Bestellung über 17 378 DM aufrecht-zu-erhalten, wodurch dem Beklagten Schaden entstanden sei.

Den Fall Dr. W. behandelt das Berufungsgericht zunächst bei der Erörterung der vor dem 10. Februar 1958 versandten Warnschreiben und verneint insoweit einen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Verzichts. Daß nach dem letzten Beweisantrag des Beklagten eines der Warnschreiben an Dr. W. erst Ende März/Anfang April 1958 versandt sein sollte, hält das Berufungsgericht für unerheblich, weil insoweit der Beklagte die Entstehung eines (weiteren) Schadens nicht dargelegt habe. Insoweit erhebt die Revision keine Verfahrensrüge.

c) Das Berufungsgericht hatte in der letzten mündlichen Verhandlung dem Beklagten nachgelassen, einen Schriftsatz einzureichen, um zu den vom Kläger erst im Termin vorgelegten Urkunden Stellung zu nehmen. In diesem nachgebrachten Schriftsatz vom 20. März 1962 bezog sich der Beklagte auf einen Zeugen We [REDACTED] zum Beweise dafür, daß auch dieser noch nach dem 12. Februar 1958 ein solches Schreiben des Klägers erhalten habe. Der Beklagte bat zugleich, trotz seines grundsätzlichen Verzichts auf weitere Beweisaufnahme diesen Beweisantrag zuzulassen, weil er von diesem Sachverhalt erst nach der letzten mündlichen Verhandlung erfahren habe. Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag im Urteil ablehnend beschieden: Er sei nicht schlüssig, weil nicht angegeben sei, daß und in welcher Höhe dem Beklagten ein Schaden entstanden sei. Die von der Revision dagegen erhobene Verfahrensrüge ist nicht begründet. Denn für den Fall We [REDACTED] hat der Beklagte in der Tat über Schaden und Schadenshöhe nichts vorgetragen. Es kann deshalb dahinstehen, ob das Berufungsgericht den nachträglich und nur schriftsätzlich gestellten Beweisantrag überhaupt berücksichtigen durfte.

8. Ersteigerung des Grundstücks

Der Beklagte behauptet, der Kläger habe das Grundstück in Ic [REDACTED], dessen Zwangsversteigerung im Herbst 1957 andere Gläubiger betrieben, als sein (des Beklagten) Beauftragter ersteigert, um das Haus für die Familie R [REDACTED] zu erhalten. Der Kläger leugne diese Verpflichtung und wolle das Grundstück veräußern. Er würde damit einen Gewinn von 140 000 DM erzielen, was einen entsprechenden Schaden für den Beklagten bedeute.

Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch des Beklagten, weil nicht erwiesen sei, daß der

Kläger dem Beklagten verbindlich versprochen habe, ihm das Haus zurückzuübertragen; es könne allenfalls angenommen werden, daß der Kläger dies unverbindlich für den Fall in Aussicht gestellt habe, daß der Beklagte seine Schuld tilge. Das Vorbringen der Revision, die einen Auftrag im Rechtssinne zwischen den Parteien annimmt, setzt sich mit den das Revisionsgericht bindenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch und ist deshalb unbeachtlich.

Da aus den unter 5 erörterten Gründen eine neue Sachentscheidung des Berufungsgerichts erforderlich wird und von ihr die Kostenentscheidung abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Lorschel

Mormann