

Verkündet
am 7. Oktober 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2235 070

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans H in T/M, F
Wi-Straße ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. . . . -

gegen

die Kreissparkasse des Landkreises Z/M, vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Direktor Alois B
und stellvertr. Direktor Fritz Ho, beide wohnhaft in
Z/M,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. . . . -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 18. Juli 1962 aufgehoben.

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

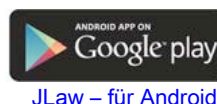
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war früher Weinkaufmann in R■■■■/M■■■■. Die Beklagte gewährte ihm Kredit. Die Parteien schlossen am 25./26. Januar 1954 einen schriftlichen Sicherungsübereignungsvertrag, nach dem der Kläger annähernd 20 000 Flaschen Wein, die in einer Liste aufgeführt waren, der Beklagten zur Sicherheit übereignete. Die Weine lagerten in einem vom Kläger gemieteten Keller der Frau C■■■■ in R■■■■. Mit Zustimmung der Beklagten veranstaltete der Kläger am 4. und 5. März 1954 eine Weinversteigerung. Die zu versteigernden Weine wurden nach Flaschenzahl, Jahrgang und Marke in einer Versteigerungsliste erfaßt. Die Parteien hatten am 24. Februar 1954 vereinbart, daß anstelle der Weine, die in der dem Vertrag vom 25./26. Januar 1954 anliegenden Liste aufgeführt waren, bestimmte in der Versteigerungsliste aufgeführte Weine treten sollten. Bei der Versteigerung wurde nur etwa die Hälfte der Weine abgesetzt. Die Beklagte verschaffte sich am 19. März 1954 den unmittelbaren Mitbesitz an dem Weinkeller des Klägers, indem sie ein zweites Schloß anbrachte. Am 20. April 1954 beantragte der Kläger die Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Am 24. Mai 1954 wurde über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Im Herbst 1954 verschaffte sich die Beklagte auch den zweiten Schlüssel zum Weinkeller des Klägers, in dem auch Weine lagerten, die ihr nicht zur Sicherheit übereignet waren. In der folgenden Zeit veräußerte sie sämtliche Weine, wobei sie an den ihr nicht übereigneten Weinen gemäß ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Pfandrecht in Anspruch nahm, weil sie in ihren Besitz gelangt seien. Am 11. Dezember 1956 wurde das Konkursverfahren aufgehoben, nachdem ein Zwangsvergleich (über 40 %) bestätigt worden war.

In einem ersten Vorprozess (2 O 247/56 LG Koblenz) verklagte der Konkursverwalter die Beklagte auf Schadensersatz wegen unberechtigter Veräußerung der Weine, die ihr nicht sicherungsübereignet worden waren. Nach Aufhebung des Konkursverfahrens trat der Kläger in den Rechtsstreit ein. Die Beklagte wurde durch Urteil des Berufungsgerichts vom 28. Juni 1957 antragsgemäß zur Herausgabe des von ihr erzielten Erlöses von rd. 12 000 DM verurteilt. In einem zweiten Vorprozess (2 O 243/58 LG Koblenz) klagte der Kläger weitere rd. 25 000 DM mit der Begründung als Schadensersatz ein, die Beklagte habe die ihr nicht sicherungsübereigneten Weine unter ihrem Wert verschleudert. Außer den ihm im ersten Vorprozess zuerkannten 12 000 DM seien deshalb weitere 25 000 DM erforderlich, um ihm die Wiederbeschaffung der Weine zu ermöglichen. Die Klage wurde vom Landgericht mit der Begründung abgewiesen, wenn nicht die Beklagte die Weine veräußert hätte, so hätte der Konkursverwalter sie verwertet. Würde dieser einen höheren Erlös als die Beklagte erzielt haben, so wäre das ausschließlich den Konkursgläubigern zugute gekommen, die dann eine höhere Vergleichsquote erhalten hätten. Das Berufungsgericht hat dem Kläger das Armenrecht mit der zusätzlichen Erwägung verweigert, ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers sei verjährt.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Schadensersatz wegen der Weine, die von dem mit der Beklagten geschlossenen Sicherungsübereignungsvortrag erfaßt wurden. Er macht geltend, der Sicherungsübereignungsvertrag sei wegen mangelnder Bestimmtheit des Sicherungsgutes nichtig; übereignet worden sei jeweils nur ein Teil der im Keller lagernden Weine derselben Sorte, ohne daß sie von den übrigen Weinen getrennt worden seien. Die Beklagte sei weder berechtigt gewesen, die Weine in Besitz zu nehmen, noch sie zu ver-



äußern. Sie habe sie unter ihrem Wert verschleudert. Als Schadensersatz verlangt der Kläger 24 873,49 DM mit der Begründung, diesen Betrag habe die Beklagte bei ordnungsmäßiger Verwertung mehr erzielen müssen. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Klagegrundlage

Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob die Beklagte aufgrund des Sicherungsübereignungsvertrages Eigentümerin der Weine geworden ist. Es ist der Ansicht, auch wenn der Vertrag im übrigen unwirksam sei, sei doch nach dem Willen der Parteien (§ 139 BGB) Ziff. 5 des Vertrages rechtswirksam, nach der die Beklagte berechtigt gewesen sei, "jederzeit, insbesondere wenn der (Kläger) seinen Verpflichtungen ... nicht nachkomme, die Herausgabe der übereigneten Weine zu verlangen und diese in Besitz zu nehmen", sowie sie "nach ihrem Ermessen zu verkaufen ... und sich damit für ihre Forderung zu befriedigen ...". Die Beklagte hafte deshalb nur aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung, wenn sie die Weine unter Vernachlässigung der Interessen des Klägers schuldhaft zu billig verkauft habe. Aber auch wenn Ziff. 5 des Vertrages als ungültig anzusehen sei, gelte nichts anderes. Dann komme eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff BGB in Frage. Ihr könne aber berechtigterweise nicht vorgeworfen werden, daß sie - wie das Landgericht Trier in dem Prozeß 4 S 301/55 - den Sicherungsübereignungsvertrag für

gültig gehalten habe. Sie hafte deshalb auch in diesem Falle nur, wenn sie die Weine verschleudert habe. Dies aber sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht nachgewiesen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte sich verbotener Eigenmacht schuldig gemacht habe, weil sie ohne den Willen des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters, also eigenmächtig, die Weine an sich genommen habe. Hierzu sei sie auch aufgrund der Ziff. 5 des Vertrages nicht berechtigt gewesen; sie habe allenfalls die Herausgabe verlangen, nicht aber ohne den Willen des Verfügungsberechtigten die Weine an sich nehmen dürfen. Sie habe auch nicht annehmen können, hierzu berechtigt zu sein.

Diese Revisionsrüge scheitert schon daran, daß der Kläger in den Vorinstanzen einen Schadensersatzanspruch aus verbotener Eigenmacht (§§ 992, 858, 823 Abs. 2 BGB) nicht geltend gemacht hat. Er hat zwar gelegentlich darauf hingewiesen, daß der Sicherungsübereignungsvertrag nichtig sei und die Beklagte sich unberechtigt in den Besitz der Weine gesetzt habe. Er hat aber daraus keine rechtlichen Folgerungen gezogen, sondern als den tragenden Grund seines Schadensersatzanspruchs immer, und in der Berufungsinstanz besonders eindeutig (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 22. Juni 1959 S. 19, vom 26. Februar 1960 S. 1), herausgestellt, die Beklagte habe die Weine in unverantwortlicher Weise verschleudert. Dementsprechend hat er im vorliegenden Prozeß nicht dargelegt, worin die verbotene Eigenmacht der Beklagten bestanden habe. Er hat auch - mit dem Mindererlös - nur den Schaden ersetzt verlangt, der ihm durch die angebliche Verschleuderung der Weine entstanden sein soll, nicht aber den Schaden, den er gegebenenfalls wegen verbotener Eigenmacht hätte ersetzt verlangen können. Dieser Schadensersatzanspruch hatte einen anderen Gegenstand als der Scha-

den ersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen Verschleuderung der Weine. Aufgrund der §§ 992, 858, 823 Abs. 2 BGB hätte die Beklagte den Kläger so stellen müssen, wie er gestanden hätte, wenn sie ihm den Besitz nicht entzogen hätte. Dabei hätte es sich um einen Wertersatzanspruch mit der Maßgabe gehandelt, daß möglicherweise ein Schaden des Klägers überhaupt entfiel, weil, wie die Vorinstanzen in dem zweiten Vorprozeß (2 O 243/58 LG Koblenz) angenommen haben, sonst der Konkursverwalter die Weine zur Masse gezogen hätte und dann ein Zwangsvergleich nur zu einer höheren Quote zustandegekommen wäre. Der Kläger hat aber nicht einen solchen Wertersatz (auf welchen Stichtag?), sondern den Mindererlös verlangt, um den die Beklagte die Weine zu billig verkauft habe. Das Berufungsgericht hat deshalb keinen Rechtsfehler begangen, wenn es entsprechend dem Vortrag und der Prozeßführung des Klägers den Klageanspruch auch nur unter diesem Gesichtspunkt geprüft und beschieden hat. Mit der Rüge, das Berufungsgericht habe die Anspruchsgrundlagen nicht erschöpft, insbesondere die Klageforderung nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen verbotener Eigenmacht geprüft, versucht die Revision in Wirklichkeit neue Ansprüche in den Prozeß einzuführen, also die Klage zu ändern, was in der Revisionsinstanz nicht zulässig ist.

2. Beweiswürdigung

Das Landgericht hat ein schriftliches Gutachten des Güterdirektors Dr. D. in T. darüber eingeholt, um wieviel die von der Beklagten erzielten Preise unter den Preisen lagen, die man hätte erzielen können. Entsprechend der Weisung des Gerichts ging dabei der Sachverständige davon aus, die Beklagte habe sämtliche Weine am 23. Februar 1955 durch einheitlichen Kaufvertrag an die Firma Mü. - Lentz und Frau C. für durchschnittlich 1,87 DM je Flasche

veräußert. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, daß unter Berücksichtigung der (ungünstigen) Marktlage im Frühjahr 1955 bei vorsichtiger Ausnützung aller Marktgegebenheiten ein Preis von durchschnittlich 2,25 DM je Flasche hätte erzielt werden können, vorausgesetzt, daß die Weine noch über eine entsprechende Qualität verfügt hätten. Das Landgericht hat aufgrund dieses Gutachtens die Klage abgewiesen, weil ein Mindererlös von etwa 20 % nicht die Feststellung erlaube, die Beklagte habe ihre Sorgfaltspflicht verletzt.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen Schadensersatzanspruch dahin spezifiziert, daß er die Beklagte für den Mindererlös aus 3 Gruppen von Verkäufen in Anspruch nehme, und zwar:

Gruppe A

Vorkäufe einzelner Posten Weine, zusammen
2526 Flaschen, in der Zeit von Herbst 1954 bis
Oktober 1955, Mindererlös 4 999,67 DM

Gruppe B

Verkauf von 8434 Flaschen Wein an die Firma
Mü[REDACTED]-L[REDACTED] und an Frau C[REDACTED] (schriftliche
Verträge datiert vom 23. Februar 1955, angeb-
lich aber später abgeschlossen), Mindererlös 17 463,32 DM

Gruppe C

Verkauf von 2057 Flaschen im Jahre 1956 an
die Firma Mü[REDACTED]-L[REDACTED], Mindererlös 2 410,50 DM
zusammen 13017 Flaschen mit einem Minderer-
lös von 24 873,49 DM
=====

Durch Beweisbeschluß vom 16. Juli 1960 ordnete das Berufungs-
gericht zunächst Einholung eines neuen Gutachtens des Sachver-
ständigen Dr. D[REDACTED] darüber an, ob die Beklagte die Weine der
Gruppen A und C zu billig verkauft habe. Die Weine der Gruppe B

waren im Hinblick auf das bereits vorliegende Gutachten von der erneuten Begutachtung ausgenommen. Auf Gegenvorstellungen des Klägers, der sich gegen das in der ersten Instanz erstattete Gutachten des Sachverständigen Dr. D. [REDACTED] wandte, ordnete das Berufungsgericht durch Beschluß vom 28. Oktober 1960 eine Begutachtung der Weine aller drei Gruppen durch einen anderen Gutachter an. Die Einholung des Gutachtens wurde davon abhängig gemacht, daß der Kläger einen Auslagenvorschuß einzahlte. Auf ein Armenrechtsgesuch des Klägers wurde ihm das Armenrecht nur insoweit bewilligt, als er Schadensersatzansprüche aus dem Verkauf der Weine der Gruppe A und Gruppe C geltend machte. Dem entsprechend wurde von ihm ein (geringerer) Auslagenvorschuß für ein Gutachten über die Weine der Gruppe B eingefordert. Da der Kläger diesen Vorschuß nicht zahlte, wurde von dem Sachverständigen Dr. De [REDACTED] nur ein Gutachten über die Weine der Gruppen A und C eingeholt. Der Sachverständige gab in seinem Gutachten lediglich einen allgemeinen Überblick über die Entwicklung der Preise für Moselweine von 1951 bis 1956, erklärte sich aber außerstande, die Weine einzeln - ohne Probe - zu bewerten, weil die Entwicklung auf der Flasche je nach Jahrgang und Herkunft sehr verschieden sei. Das Berufungsgericht wies die Berufung des Klägers zurück, weil es ein Verschulden der Beklagten bei der Verwertung der Weine nicht für erwiesen ansah. Diese Beweiswürdigung greift die Revision mit Verfahrensrügen an.

a) Zeitpunkt des Verkaufs der Weine der Gruppe B.

Über den Verkauf dieser Weine liegt je ein schriftlicher Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der Firma Mü [REDACTED] - L [REDACTED] und der Beklagten und Frau C [REDACTED] mit dem Datum des 23. Februar 1955 vor, nach dem die Käufer zusammen die Weine der Gruppe B kauften. Der Beklagte hat geltend gemacht, die Verträge seien zurückdatiert. In Wirklichkeit seien die Weine erst im Herbst 1955 verkauft worden, als im Hinblick auf die mindere Qualität

des Jahrgangs 1954 die Preise der früheren Jahrgänge im Vergleich zu Frühjahr 1955 stark angezogen hätten. Für die Frage, ob die Weine der Gruppe B zu billig verkauft worden seien, sei deshalb auf die Marktlage im Herbst 1955 abzustellen und nicht, wie der Gutachter Dr. D. [REDACTED] weisungsgemäß getan habe, auf Frühjahr 1955. Auf den Antrag des Klägers hat das Berufungsgericht die Vernehmung des Inhabers der Firma Mü. [REDACTED]-L. [REDACTED] und der Frau C. [REDACTED] angeordnet; den Zeugen wurde aufgegeben, die Kellerbücher für das Jahr 1955 vorzulegen. Beide Zeugen bestätigten bei ihrer ersten Vernehmung vor dem ersuchten Richter, sie hätten die schriftlichen Kaufverträge am 23. Februar 1955 unterschrieben. Die Zeugin G. [REDACTED] hatte ihr Kellerbuch nicht mitgebracht, "weil sie es nicht für notwendig hielt". Der Zeuge Mü. [REDACTED] legte sein Kellerbuch vor. Der vernehmende (ersuchte) Richter vermerkte dazu im Protokoll:

"Das Kellerbuch des Zeugen Mü. [REDACTED] wurde mit dem Verzeichnis der am 23.2.55 an ihn verkauften Weine verglichen und die Eintragungen als richtig befunden. Die Eintragungen stammten vom 5.3.1955."

Der Kläger beanstandete, daß die Zeugin C. [REDACTED] das Kellerbuch überhaupt nicht, der Zeuge Mü. [REDACTED] nicht das richtige Kellerbuch für 1955, sondern ein altes Kellerbuch vorgelegt habe, in das er den Eingang der hier streitigen Weine nachträglich eingetragen habe. Der Kläger beantragte deshalb, den Zeugen erneut aufzugeben, die Kellerbücher vorzulegen. Das Berufungsgericht beschloß, die Zeugen zu beeidigen, und gab der Zeugin C. [REDACTED] erneut auf, ihr Kellerbuch vorzulegen. Die Zeugin C. [REDACTED] erklärte bei ihrer zweiten Vernehmung, sie habe den Einkauf vom 23. Februar 1955 nicht in ihrem Kellerbuch eingetragen, weil dies ihr erster Einkauf von Flaschenweinen gewesen sei; wohl habe sie ein Kellerbuch über Fuderweine geführt. Die Zeugin beschwor ihre Aussage. Vor dem Termin zur erneuten Vernehmung des Zeugen Mü. [REDACTED] bat der Kläger das ersuchte Amtsgericht, den Zeugen ausdrücklich anzuweisen, die Keller-

bücher für 1955 im Termin vorzulegen. Der ersuchte Richter lehnte das ab, weil das Amtsgericht nicht befugt sei, einen Beweisbeschluß des Oberlandesgerichts zu ergänzen; außerdem habe das Kellerbuch des Zeugen vorgelegen. Im Termin bestätigte der Zeuge Mü[REDACTED] - mit hier nicht interessierenden Ergänzungen - seine frühere Aussage und beschwor sie. Der Kläger erstattete gegen die Zeugen Strafanzeige wegen Meineides und beantragte, den vorliegenden Rechtsstreit bis zum Ausschluß der Ermittlungsverfahren auszusetzen. Das Berufungsgericht zog die Strafakten, bei denen sich auch zwei Kellerbücher befanden, bei und lehnte den Aussetzungsantrag - ohne mündliche Verhandlung - ab. Das angefochtene Urteil hält den Kläger hinsichtlich des Zeitpunktes des Verkaufs der Weine der Gruppe B für beweisfällig: Die Zeugen C[REDACTED] und Mü[REDACTED] hätten ihre Aussage beschworen. Der Zeuge Mü[REDACTED] habe es zwar unterlassen, das Kellerbuch bei seiner Vernehmung vorzulegen. Es sei jedoch kaum denkbar, daß der Zeuge unter Eid Erklärungen der Wahrheit zuwider abgegeben habe, die ihm anhand des Kellerbuches sofort hätten widerlegt werden können.

Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO.

Die Begründung des Berufungsurteils ist unklar. Einmal ist nicht ersichtlich, ob die Zeugin C[REDACTED] ihr Kellerbuch vorgelegt hat. Das ist weder im Urteil festgestellt, noch gibt das Protokoll über die zweite Vernehmung der Zeugin darüber Aufschluß. Soweit das Berufungsurteil ausführt, der Zeuge Mü[REDACTED] habe es unterlassen, das Kellerbuch vorzulegen, steht dies - nimmt man die Ausführungen des Berufungsurteils wörtlich - in Widerspruch dazu, daß der Zeuge, wie aktenkundig ist, bei seiner ersten Vernehmung ein Kellerbuch vorgelegt hat. Das Berufungsurteil ist deshalb - möglicherweise - dahin zu verstehen, daß der Zeuge bei seiner zweiten Vernehmung die Vorlegung unterlassen habe (die ihm allordings bei

dieser Vernehmung auch nicht aufgegeben war). Richtig ist nach den Akten, was die Revision besonders rügt, dass das Berufungsgericht die Strafakten mit zwei Kellerbüchern zwar beigezogen (sic offensichtlich für die Entscheidung über den Aussetzungsantrag des Klägers verwertet) und alsdann zurückgesandt hat, ohne dem Kläger Gelegenheit zu geben, sie einzusehen.

Das Verfahren des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerhaft. Der Kläger, der glaubte, mehrere Anhaltspunkte dafür zu haben, daß die Verträge vom 23. Februar 1955 zurückdatiert seien - u.a. sollen die Käufer Wechsel auf den Kaufpreis erst im Herbst 1955 gegeben haben - wollte durch die Kellerbücher, in die die Zeugen den Ankauf der Weine einzutragen hatten, nachweisen, daß ihre Aussage, sie hätten die Weine im Februar 1955 gekauft, unrichtig war. Die Kellerbücher waren dafür ein geeignetes Beweismittel. Der Kläger hatte bei der Zeugin C. [REDACTED] insoweit einen gewissen Teilerfolg, als diese bei ihrer zweiten Vernehmung einräumte, sie habe den ihr fraglichen Einkauf nicht ins Kellerbuch eingetragen. Gegen die Beweiskraft des vom Zeugen M. [REDACTED] bei seiner ersten Vernehmung vorgelegten Kellerbuchs hatte der Kläger eingewandt, der Zeuge habe nicht das richtige Kellerbuch vorgelegt. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand nicht beschieden. Möglicherweise hat es ihn aufgrund der Einsichtnahme in die bei den Strafakten befindlichen Kellerbücher für unbegründet gehalten. Selbst wenn dies so wäre, hätte es das bei der Beweiswürdigung nicht verwerten können, weil dieses Ergebnis - wie die Revision mit Recht rügt - nicht aufgrund der mündlichen Verhandlung gewonnen war. Als nachprüfbare Begründung für die Nichtberücksichtigung der Kellerbücher bleibt danach allein die Erwägung des Berufungsgerichts, "es sei kaum denkbar, daß der Zeuge M. [REDACTED] unter Eid Erklärungen der Wahrheit zuwider abgegeben habe, die ihm anhand des Kellerbuches sofort widerlegt werden könnten". Diese Erwägung ersetzte aber, so nahe sie liegen mag,

nicht eine ordnungsmäßige und nachprüfbar begründete Auswertung der Kellerbücher - und zwar einschließlich des Kellerbuchs der Zeugin C [REDACTED] -, die, wie angenommen werden muß, sich zeitweise bei den Prozeßakten befunden haben. Da nicht auszuschließen ist, daß dieser Verfahrensfehler die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts im Ergebnis beeinflußt hat, kann in der Revisionsinstanz nicht davon ausgegangen werden, daß die Weine der Gruppe B schon im Februar 1955 an die Zeugen verkauft worden sind. Dies nötigt zur Aufhebung des Urteils, soweit der Kläger mit seinem Schadensersatzanspruch wegen zu billiger Veräußerung dieser Weine abgewiesen worden ist.

b) Bewertung der Weine.

Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO, weil das Gericht den Sachverständigen keine tragfähige Unterlage für ihre Gutachten geschaffen oder zur Verfügung gestellt habe.

aa) Ohne Erfolg bleibt insoweit die Rüge, das Berufungsgericht habe zwei Mappen mit dem Weinblatt 1954 und 1955 und Marktberichten, die der Kläger zu den Akten gegeben habe, vorzeitig wieder an die Staatsbibliothek Trier zurückgegeben, so daß sie dem Sachverständigen Dr. De [REDACTED], als er sein Gutachten erstattete, nicht mehr zur Verfügung gestanden hätten. Abgesehen davon, daß nach dem Anforderungsschreiben der Stadtbibliothek diese die Unterlagen mit dem Einverständnis des Klägers zurückgefordert hat, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß annehmen, der Sachverständige benötigte diese Unterlagen nicht, weil er die Marktentwicklung selbst kannte. Die Revision greift auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. De [REDACTED], das nur einen Überblick über die allgemeine Marktentwicklung gibt, inhaltlich nicht an.

bb) Die Revision rügt ferner, daß die Vorinstanzen nicht entsprechend den Anträgen des Klägers die von ihm angebotenen Kontrollweine dem Sachverständigen zur Verfügung gestellt hätten. Sie hätten eine über eine generelle Bewertung hinausgehende Einzelbewertung der Weine ermöglicht. Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

Nachdem der Sachverständige Dr. D. [REDACTED] mit der Erstattung des Gutachtens beauftragt war, fragte er beim Landgericht zurück, ob die Weine nur generell (nach Herkunft und Jahrgang) oder speziell nach ihrer konkreten Qualität bewertet werden sollten. Er wies darauf hin, daß eine spezielle Bewertung gegenüber einer generellen ihre sachlichen Vorteile habe, aber nur aufgrund fachmännischer Probe erfolgen könne. Der Kläger behauptete, zum Teil noch Probeflaschen stellen zu können. Das Landgericht ordnete generelle Bewertung an und begründete dies im Urteil damit, eine spezielle Bewertung hätte sich nur für einige wenige Sorten durchführen lassen, weil der Kläger nur mehr einige - teilweise erst später gekaufte - Probeflaschen zur Verfügung stellen könne, bei denen zudem die Feststellung der Identität Schwierigkeiten gemacht hätte. In der Berufungsbegründung beanstandete der Kläger das Verfahren des Landgerichts und erklärte sich in der Lage und bereit, für 7 der zu begutachtenden Weine Proben zur Verfügung zu stellen. Das Berufungsgericht ist hierauf nicht eingegangen. Bezüglich der Weine der Gruppe B wertet es das in der ersten Instanz erstattete Gutachten des Sachverständigen Dr. D. [REDACTED] aus, bezüglich der Weine der Gruppe A und C, die von Dr. D. [REDACTED] begutachtet worden sind, stellt es fest, daß Proben dieser Weine nicht mehr zur Verfügung ständen.

Diese letztere Feststellung entbehrt, jedenfalls in dieser Allgemeinheit, der Grundlage. Von den vom Kläger angebotenen Kontrollweinen waren 2 aus der Gruppe A und 3 aus

der Gruppe C. Das Berufungsgericht hätte deshalb begründen sollen, warum es auch insoweit von dem Angebot des Klägers, diese Proben dem Sachverständigen zu überlassen, keinen Gebrauch gemacht hat. Das Fehlen dieser Begründung ist jedoch unschädlich. Denn tatsächlich konnte das Berufungsgericht, ohne gegen das Verfahrensrecht zu verstoßen, aus dem gleichen Grunde wie das Landgericht davon absehen, den Sachverständigen eine Weinprobe machen zu lassen. Von 10 Sorten der Gruppe A konnte der Kläger nur 2 und von 20 Sorten der Gruppe C nur 3 Kontrollweine dem Sachverständigen anbieten, deren Gleichheit mit den zu bewertenden Weinen zudem teilweise noch streitig war (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 27. Dezember 1958 S. 3); das Berufungsgericht verletzte nicht sein Ermessen, wenn es unter diesen Umständen sich mit einer generellen Begutachtung begnügte.

c) Zur Entkräftung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. D. [REDACTED] berief der Kläger sich in der Berufungsinanz u.a. auf eine abweichende Schätzung, die im August 1954 der Weinkommissionär Nikolaus W. [REDACTED] und ein Regierungsrat W. [REDACTED] vom Finanzamt Saarb. nach Probe aufgestellt hatten. Diese Schätzung legte für den 25. August 1954 den Versteigerungpreis für Weine fest, die das Finanzamt Saarb. beim Kläger gepfändet hatte. Es handelte sich dabei zu einem beträchtlichen Teil um die gleichen Weine wie die im vorliegenden Prozeß zu begutachtenden. Der Kläger bezog sich für die Richtigkeit der Schätzung auf das Zeugnis bzw. das Gutachten des Weinkommissionärs W. [REDACTED]. Der Sachverständige Dr. D. [REDACTED] wies in seinem Gutachten, das sich einer Einzelbewertung der Weine enthielt, darauf hin, daß, "wenn die Preise im einzelnen erfaßt werden sollten, eine Stellungnahme durch W. [REDACTED], der den größten Teil der in Frage stehenden Weine bewertet habe, abgegeben werden könne".

Das Berufungsgericht führt bei der Erörterung der Weine der Gruppe A aus, es sei nicht angebracht gewesen, wie es

der Kläger wünsche, den Nikolaus W. mit der Erstattung eines Gutachtens zu beauftragen. Der Weinkommissionär W. besitze keine größere Sachkunde als der Sachverständige Weinbaudirektor Dr. De. Als Zeuge könne er im günstigsten Fall für den Kläger bestätigen, daß er seine Schätzungen nach bestem Wissen und Gewissen abgegeben habe. Das Urteil vergleicht dann die Schätzwerte W. mit den von der Beklagten erzielten Verkaufspreisen und kommt zu dem Ergebnis, die Differenzen seien nicht so groß, daß sich daraus auf eine Verschleuderung durch die Beklagte schließen lasse (was die Revision mit weiteren Verfahrensrügen angreift). Das Entsprechende gilt für die Ausführungen des Berufungsurteils zu den Weinen der Gruppe C. Hinsichtlich der Weine der Gruppe B, die zum Teil mit denen der Gruppen A und C identisch sind, enthält das Berufungsurteil keinen gesonderten Vergleich mit den Schätzwerten W., sondern beschränkt sich auf eine Auswertung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. D. Die Verfahrensrüge des Klägers (§ 286 ZPO) greift durch.

Schon der Sachverständige Dr. D. hatte darauf hingewiesen, daß einer generellen Bewertung der Weine notwendig gewisse Mängel und Fehlerquellen anhafteten. Der Sachverständige Dr. De. hatte sich sogar einer generellen Bewertung enthalten, stattdessen nur eine Übersicht über die Preisentwicklung gegeben und darauf aufmerksam gemacht, daß eine Einzelbewertung nur durch den vom Kläger als Zeugen und Sachverständigen benannten Weinkommissionär Wagner erfolgen könne. Das Berufungsgericht war gleichwohl in der Auswahl des Sachverständigen frei. Es ist deshalb nicht rechtsfehlerhaft, wenn es nicht den Nikolaus W. zum Sachverständigen bestellt hat, weil es dies - anscheinend weil der Kläger ihn als Sachverständigen benannt hatte - nicht für angebracht hielt. Das Berufungsgericht mußte aber dem Sachverständigen die Unterlagen verschaffen, die ihm überhaupt erst die Erstattung eines Gutachtens ermöglichten.

11

Dafür mußten die konkreten Erkenntnisse, die Nikolaus W. über die Qualität der Weine durch eigene Proben gewonnen hatte, dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden. Das konnte das Berufungsgericht, wenn es nicht schon Wagner als Sachverständigen nehmen wollte, dadurch, daß es ihn entsprechend dem Antrag des Klägers als sachverständigen Zeugen über das Ergebnis seiner Weinprobe vernahm. Auf diese Weise konnte der Sachverständige, wenn er dazu noch die von W. geschätzten Werte als Anhaltspunkt nahm, den Wert der Weine zunächst für August 1954, und darauf aufbauend unter Berücksichtigung der Entwicklung der Weinpreise ihren Wert für den Zeitpunkt des Verkaufs durch die Beklagte jedenfalls annähernd bestimmen. Da nicht auszuschließen ist, daß ein solches Gutachten zu einem dem Kläger günstigeren Ergebnis gelangt wäre als die lediglich abstrakten Bewertungsversuche des Berufungsurteils, und dessen Beweiswürdigung im Ergebnis beeinflußt hätten, mußte das Berufungsurteil seinem ganzen Umfange nach gemäß § 565 ZPO aufgehoben werden.

3. Aufgrund der erneuten mündlichen Verhandlung wird zunächst zu klären sein, wann die Beklagte die Weine der Gruppe B verkauft hat. Die Darlegungs- und Beweislast hat insoweit - entgegen der Meinung der Revision - der Kläger. Alsdann sind neue Feststellungen darüber zu treffen, welchen Wert die Weine im Zeitpunkt (oder in dem zu unterstellenden Zeitpunkt) ihres Verkaufs durch die Beklagte hatten.

Das Berufungsgericht wird dabei erneut zu prüfen haben, ob der Weinkommissionär Nikolaus W. als Sachverständiger geeignet ist und zur Verfügung steht, oder ihn als sachverständigen Zeugen hören und einen anderen Sachverständigen bestellen müssen.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Mo