

VIII. AR 35/60

2216 029

Verkündet
am 25. Januar 1961
Vize, 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 Viehhändlers Wilhelm K [REDACTED] in M [REDACTED]-S [REDACTED]
[REDACTED], R [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

den Viehhändler Emil K [REDACTED] in W [REDACTED], Krs. H [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. Januar 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler, Dr. Dor-
schel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe
vom 20. Januar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen dem Be-
klagten zur Last.

Von Rechts wegen

gelesen

Tatbestand:

Im Jahre 1954 betrieben die Zeugen Franz Karl W [REDACTED] und Lina P [REDACTED] in Sasbachried eine Schweinezucht. Die erforderlichen Ferkel bezogen sie in der Hauptsache vom Kläger, der ebenso wie der Beklagte Viehhändler von Beruf ist. Auf Grund eines Kaufvertrages und Schlußscheines vom 10. September 1954 lieferte der Kläger am 13. September 1954 an "Fräulein Lina P [REDACTED]" 53 Mastferkel im Gewicht von 2480 Pfund zum Gesamtpreis (einschließlich Wechselspesen) von 5503,40 DM. Aus der darüber ausgestellten Rechnung vom selben Tage ergab sich, daß ein Betrag von 2003,40 DM durch Nachnahme erhoben, während für die restlichen 3500 DM ein Kundenwechsel in Zahlung gegeben worden war, bis zu dessen Einlösung "das vertraglich vereinbarte Eigentumsrecht" des Klägers bestehen bleiben sollte. Am 30. Oktober 1954 übersandte dieser auf Grund eines Mastvertrages mit der Lina P [REDACTED] vom 20. Oktober 1954, den W [REDACTED] als Bürge mitunterscriben hatte, weitere 55 Mastferkel und 3 Läufer-schweine und erteilte darüber eine Abrechnung vom 1. November 1954 über insgesamt 6040 DM. Auch diese Tiere blieben im Eigentum des Klägers. Ende Oktober 1954 faßten W [REDACTED] und Lina P [REDACTED] den Entschluß, die in verschiedenen Ställen in Sasbachried und Achern untergebrachten Schweine abzustoßen und mit dem Geld ins Ausland zu flüchten. W [REDACTED] fuhr deshalb am 30. Oktober 1954 nach Mannheim zum Beklagten und bot ihm den gesamten Schweinebestand an. Nach Besichtigung der Schweine in Achern und Sasbachried am Sonntag, den 31. Oktober 1954, erklärte sich der Beklagte bereit, die ihm angebotenen 128 Tiere zu einem Gesamtpreis von 6300 DM zu übernehmen, nachdem er die ursprüngliche Forderung W [REDACTED] von zunächst 12 000 DM, dann 9000 DM entsprechend heruntergehandelt hatte. Da W [REDACTED] auf schnellen Abschluß des Geschäfts und Zahlung drängte, überließ der Beklagte es ihm, selbst den Transport der Schweine nach Mannheim durchzuführen. Das geschah in der Nacht vom 1. zum 2. November 1954. An diesem

Tage erschien W [REDACTED] in Begleitung der Lina P [REDACTED], die allgemein für seine Frau gehalten wurde, beim Beklagten in Mannheim. Dort wurde in Gegenwart des von diesem zugezogenen Steuerberaters H [REDACTED] unter Vorlage von Rechnungen, darunter der oben erwähnten vom 13. September 1954 an Lina P [REDACTED], das Verkaufsgeschäft vollzogen. W [REDACTED] erhielt für 126 Tiere - 2 waren auf dem Transport verendet - vom Beklagten 6200 DM bar ausbezahlt. Mit dem Gelde flohen Lina P [REDACTED] und W [REDACTED] ins Ausland. Sie wurden später wegen Unterschlagung, Betruges und Untreue zu Gefängnis- und Geldstrafen verurteilt, während gegen den Beklagten zwar Anklage wegen Hehlerei erhoben, jedoch die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wurde.

Durch Schreiben vom 4. Dezember 1954 ließ der Kläger den Beklagten vergeblich auffordern, ihm 105 Ferkel und 3 Läufer Schweine herauszugeben oder die Rechnungen für Lina P [REDACTED] zu bezahlen. Am 15. März 1955 erhob er mit der Begründung, der Beklagte sei beim Erwerb bösgläubig gewesen, Klage auf Herausgabe von drei Läufer Schweinen und 107 Ferkeln und stellte dazu den Hilfsantrag, den Beklagten für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe zur Zahlung von 15.500 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Nachdem im Laufe des Rechtsstreites der für die vom Kläger im September 1954 gelieferten Schweine in Zahlung gegebene Kundenwechsel schließlich (im Juni 1955) voll eingelöst worden war, beantragte der Kläger, den Rechtsstreit hinsichtlich der 53 Schweine der ersten Lieferung für erledigt zu erklären. Im übrigen wiederholte er seinen Antrag mit der Maßgabe, daß die Hauptsomme im Hilfsantrag um 7800 DM ermäßigt werde. Der Beklagte beantragte Klagabweisung in vollem Umfange. Er bestritt die Identität der vom Kläger an Lina P [REDACTED] gelieferten Schweine mit den durch ihn von W [REDACTED] am 2. November 1954 übernommenen Schweinen und behauptete, jedenfalls bei deren Erwerb gutgläubig gewesen zu sein.



Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos, jedoch erklärte das Berufungsgericht die Hauptsache hinsichtlich der 53 vom Kläger im September 1954 an Lina P. gelieferten Schweine für erledigt. Dieses Urteil wurde vom erkennenden Senat durch Urteil vom 11. März 1958 - VIII ZR 195/57 - aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In dem neuen Berufungsverfahren beantragte der Kläger, den Beklagten zur Zahlung von 7700 DM nebst Zinsen zu verurteilen und im übrigen den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Der Beklagte trat erneut der Erledigungserklärung entgegen. Das Berufungsgericht erkannte unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils neu und verurteilte den Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen antragsgemäß zur Zahlung.

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

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte sei bei dem Erwerb der Schweine bösgläubig im Sinne von § 932 Abs. 2 BGB gewesen, und hält ihn aus § 990 Abs. 1, 2 i.V.m. §§ 987, 989, 287 BGB für schadensersatzpflichtig.

Die Revision, welche sich sowohl gegen den Grund als auch gegen die Höhe des dem Kläger zuerkannten Anspruchs wendet, kann sachlich keinen Erfolg haben.

A. Bösgläubigkeit des Beklagten beim Erwerb der Schweine.

I. Die Revision bekämpft das Berufungsurteil nicht, soweit das Berufungsgericht feststellt, allein W [REDACTED] sei dem Beklagten gegenüber als Verkäufer des Schweinebestandes aufgetreten und unter den am 2. November 1954 übernommenen Schweinen hätten sich die dem Kläger gehörenden an Lina P [REDACTED] gelieferten Schweine befunden mit Ausnahme der drei Läuferschweine, die W [REDACTED] an das Gasthaus "Zur B [REDACTED]" in Sasbach verkauft habe (BU 17). Diese Ausführungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, lassen einen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten nicht erkennen. Geirrt hat sich das Berufungsgericht allerdings rein tatsächlich insoweit, als es aus der Aussage W [REDACTED] entnimmt, unter den 128 an den Beklagten verkauften Schweinen, von denen 2 auf dem Transport verendet sind, hätten sich lediglich 17 nicht vom Kläger stammende Tiere befunden (BU 7); denn, wenn, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, die drei Läuferschweine anderweit verkauft worden sind, können sich unter den 128 Schweinen nur die vom Kläger gelieferten insgesamt 108 (53 und 55) Mastferkel befunden haben, müssen also ursprünglich 20 "fremde" Schweine mitverkauft sein. Das ist jedoch für die Entscheidung selbst unerheblich.

II. Die Revision wendet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, dem Beklagten sei in dem für den Erwerb der Schweine maßgebenden Zeitpunkt am 2. November 1954 vormittags 10 Uhr (BU 7), als er mit W [REDACTED] abschließend verhandelte, infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, daß die Schweine diesem nicht gehörten (BU 13). Dabei geht sie selbst davon aus, daß das Berufungsgericht den Begriff der groben Fahrlässigkeit im Sinne von § 932 Abs. 2 BGB nicht verkannt hat, wenn es dazu ausführt, sie stelle im Verhältnis zur einfachen Fahrlässigkeit nach § 276 BGB nur eine besonders schwere Verletzung der im Ver

mehr erforderlichen Sorgfalt dar, und das bedeute hier, der Beklagte müsse Umstände unbeachtet gelassen haben, die im vorliegenden Falle jedem eingeleuchtet hätten und mit auffallender Deutlichkeit dafür sprächen, daß der Verkäufer nicht der Eigentümer der Schweine gewesen sei (BU 7, 8). Sie ist sich auch bewußt, daß der Umfang der erforderlichen Abweichung von der gewöhnlichen Fahrlässigkeit, d.h. was im Einzelfall "grob" ist, im Revisionsrechtszuge nur im Rahmen von § 286 ZPO nachgeprüft werden kann. Sie meint jedoch zu Unrecht, die Ausführungen des Berufungsgerichts hielten einer solchen Nachprüfung nicht stand.

1. Dieses erblickt die grobe Fahrlässigkeit des Beklagten darin, daß er den Verdachtsmomenten, die sich für ihn aus der Art und den Mitteln ergaben, mit denen W. sein Eigentum an den Schweinen habe beweisen wollen, nicht nachging, obwohl sie sich ihm zwangsläufig hätten aufdrängen müssen (BU 8). Dazu stellt es fest, W. habe dem Beklagten die Rechnungen des Klägers an Lina P. vom 13. September 1954 im Original vorgelegt, aus der eindeutig der Eigentumsvorbehalt des Klägers bis zur (restlosen) Einlösung des in Zahlung gegebenen Wechsels über 3500 DM hervorging und auf der auch die Anschrift und die Rufnummer des Klägers vermerkt waren (BU 8). Es stellt weiter fest, der Beklagte habe diese Rechnung selbst gelesen (BU 10) und selbst geprüft, ob der Verkäufer W. als Eigentümer der angebotenen Schweine daraus "legitimiert" wurde (BU 11). Es führt sodann aus (BU 11), dem Beklagten könne der Vorwurf nicht erspart bleiben, sich hierbei grob fahrlässig gleich über drei ins Auge springende Punkte hinweggesetzt zu haben, die bei ihm den Verdacht hätten aufkommen lassen müssen, daß W. nicht Eigentümer - mindestens eines Teiles - der Schweine gewesen sei. Als solche Verdachtsmomente bezeichnet es die Tatsache, daß die Rechnung nicht auf den Namen W., sondern auf den Namen Lina P. ausgestellt war, der dem Beklagten unbekannt war, daß nicht in bar, sondern

(jedenfalls zum Teil) mit Wechseln bezahlt worden war und weiter, daß im Zusammenhang damit sich aus der Rechnung ein ausdrücklicher Eigentumsvorbehalt bis zur restlosen Wechseleinlösung ergab. Es meint, schon zwei Punkte davon: Die Ausstellung der Rechnung auf eine fremde Person und der ausdrückliche Eigentumsvorbehalt hätten, und zwar auch jeder für sich allein, einen Verdachts- und Zweifelsgrund gebildet, der den Beklagten zu einer weiteren Nachforschung hätte veranlassen müssen. Abschließend führt es hierzu aus, das Zusammentreffen mehrerer Verdachtsgründe in Verbindung damit, daß sie durch eine naheliegende und einfache Maßnahme, wie sie eine fernmündliche Anfrage bei dem auf der Rechnung (mit Rufnummer) angegebenen Kläger als dem Lieferanten bedeutete, auch restlos zu klären gewesen wären, rechtfertige es, das Unterlassen weiterer Aufklärung als grob fahrlässig zu bezeichnen.

Im Gegensatz zur Auffassung der Revision ist es dabei unerheblich, daß der Wechsel, der für die Schweine aus der Lieferung vom 13. September 1954 gegeben wurde, nach Monaten noch voll eingelöst worden ist; denn damit ist nicht ausgeräumt, daß der Beklagte im Zeitpunkt des Erwerbes der Schweine am 2. November 1954 bösgläubig gewesen ist.

2. Es ist aber auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht zur Feststellung der Bösgläubigkeit des Beklagten hinsichtlich sämtlicher Schweine aus dem Schweinebestand der Lina P., soweit sie dem Kläger gehörten, die schwerwiegenden Bedenken, die sich aus der Rechnung vom 13. September 1954 gegen das Eigentum des Veräußerers W. in Bezug auf die darin bezeichneten 53 Mastferkel ergaben, mit verwertet hat. Dabei hat es nicht übersehen, daß W. hinsichtlich der restlichen Schweine erklärt hatte, er habe sie ohne Rechnung in kleinen Partien einzeln von Bauern erworben, und daß eine derartige Handhabung den Bräuchen im Viehhandel entsprach (BU 12).

Das Berufungsgericht hat deshalb nicht, wie die Revision meint, gegen § 286 ZPO verstoßen. Es hat auch nicht als erwiesen angesehen, wie die Revision annimmt, der Beklagte habe die Erklärung W [REDACTED] tatsächlich geglaubt. Das hat es vielmehr offen gelassen, aber festgestellt, er habe sie nicht ohne grobe Fahrlässigkeit für glaubhaft halten dürfen. Dazu hat es ausgeführt, den Beklagten habe die Behauptung W [REDACTED], er habe kurz vor dem 2. November 1954 in nicht unerheblichem Umfang Schweine gegen bar zusammengekauft, stutzig machen müssen, weil er W [REDACTED] kaum oder nur flüchtig kannte, weil W [REDACTED] (zur Begründung des schleunigen Verkaufs) dringende Wechselverbindlichkeiten vorschützte und weil er um dieselbe Zeit keine finanzielle Möglichkeit mehr zum Futterankauf sah. Das ist jedenfalls der Sinn seiner Begründung (BU 12), der es noch hinzugefügt hat, daß der Beklagte über diese, jedem Unbefangenen als unwahrscheinlich erscheinende Erklärung W [REDACTED] (gemeint über den Bareinkauf) ohne jede weitere Nachforschung hinweggegangen sei, stelle eine weitere grobe Fahrlässigkeit dar, die den schlechten Glauben des Beklagten an das Eigentum W [REDACTED] aufzeige. Damit hält sich das Berufungsgericht im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung des ihm unterbreiteten Sachverhalts. Soweit die Revision rügt, es habe nicht festgestellt, daß dem Beklagten die Tatsache bekannt gewesen sei, W [REDACTED] habe keine finanzielle Möglichkeit mehr zum Futterankauf gesehen, ist ihr nicht zu folgen. Diese Feststellung ist vielmehr seinen Ausführungen zu entnehmen. Sie entsprach im übrigen der eigenen Einlassung des Beklagten, wie sie sich aus der Anlage zum Protokoll des Einzelrichters des Berufungsgerichts vom 22. Oktober 1958 S. 15 ergibt, W [REDACTED] habe von Wechselverbindlichkeiten gesprochen, aber auch erklärt, er müsse die Schweinemästerei "unbedingt sofort" aufgeben, weil er ab 1. November (1954) kein Futter mehr ankaufen könne.

3. Nicht rechtsirrig sind auch die Erwägungen des Berufungsgerichts, dem Beklagten habe auffallen müssen,

daß der kleinere Teil der von W [REDACTED] verkauften Schweine (nämlich 53 von insgesamt 126 oder zunächst 128) allein im Einkauf 5503,40 DM gekostet hatte und daß diese Mastferkel überdies durch die mindestens sechswöchentliche Mastung bei W [REDACTED] noch an Wert gewonnen haben mußten, sowie es habe ihm verdächtig erscheinen müssen, daß er in verhältnismäßig kurzer Zeit den ursprünglich geforderten Kaufpreis von 12000 DM um fast die Hälfte, nämlich auf 6300 DM, habe herunterdrücken können. Auch diesen beiden Umständen legt das Berufungsgericht im übrigen entscheidendes Gewicht nur in Verbindung mit den schwerwiegenden Bedenken bei, die sich aus der Rechnung vom 13. September 1954 (wegen des Eigentumsvorbehalts usw.) ergaben. Weiter verweist es auf die Eile, mit der W [REDACTED] das Geschäft zum Abschluß brachte, indem er nicht einmal wartete, bis der Beklagte die Schweine abholte, sondern selbst den Transport an einem Feiertag und auch noch nachts durchführte, und auf die unglaublichen Angaben W [REDACTED] über die Herkunft der übrigen Schweine. Aus der Häufung dieser Verdachtsmomente, die der Beklagte nicht einfach habe übersehen dürfen, ohne sich dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit auszusetzen (BU 13), sei, so meint das Berufungsgericht, mit Sicherheit auf bösen Glauben des Beklagten zu schließen.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang ausführt, der Kaufpreis von 6300 DM habe den damaligen Preisen entsprochen; denn das Berufungsgericht stelle selbst fest, solche Ferkel seien damals zu 51 bis 65 DM je Stück gehandelt worden (BU 17); es könne aber den Beklagten nicht belasten, wenn er einen überhöhten Preis auf den üblichen heruntergedrückt habe, und rügt, § 286 ZPO sei deshalb verletzt, kann ihr nicht gefolgt werden.

Der Begründung des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß es meint, dem Beklagten habe verdächtig erscheinen müssen, daß W [REDACTED] 53 Stück noch nicht voll bezahlte Mast-

Ferkel der ersten Lieferung, die nach der dem Beklagten bekannten Rechnung vom 13. September 1954 damals rund 5500 DM gekostet hatten und in der Zwischenzeit (13. September 1954 bis 31. Oktober 1954) noch über sechs Wochen gemästet waren, mit weiteren 75 Tieren zu einem Gesamtpreise von 6300 DM verkaufte, der kaum oder nicht einmal die Gestehungskosten für die (ersten) 53 Tiere decken konnte. Das ist eine im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung des Sachverhalts liegende Schlußfolgerung. Das Gleiche gilt, soweit es als verdächtig - aber nur in Verbindung mit den übrigen Umständen - wertet, daß W. sich in ganz kurzer Zeit von seiner ursprünglichen Forderung von 12000 DM für 128 Tiere auf 6300 DM "herunterdrücken" ließ. Letzteres brauchte es nicht, wie die Revision meint, als ein Herabdrücken auf den üblichen Preis anzusehen. Es spricht allerdings, worauf die Revision verweist, in einem anderen Zusammenhang davon, nach dem Gutachten der landwirtschaftlichen Hochschule in Hohenheim habe der "Preis für solche Ferkel zwischen 51 bis 65 DM gelegen". Einmal unterstellt, die vom Beklagten am 31. Oktober 1954 gekauften 128 Tiere wären "solche Ferkel" gewesen, so würde das schon nicht die Auffassung der Revision zu stützen vermögen und könnte vor allem nicht die Verdachtsmomente, die das Berufungsgericht im übrigen erwähnt und zusammenfassend gewürdigt hat, entkräften; denn 128 Tiere für einen Gesamtpreis von 6300 DM bedeutet einen Durchschnittspreis von nicht einmal 49,25 DM je Stück. Der Beklagte würde schon danach alle Tiere unter dem niedrigsten Preis gekauft haben. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts waren aber auch nicht alle Tiere "solche Ferkel", die in dem erwähnten Gutachten vom 2. März 1959 auf S. 3 mit einem Notierungspreis von 51 bis 65 DM auf dem Ferkelmarkt in Ilshofen gemeint gewesen sind. Dieser Preis galt allenfalls für die 55 erst am 30. Oktober 1954 gelieferten Ferkel, die nach der Wiegebescheinigung vom 28. Oktober 1954 = 1270 kg gewogen haben sollen, d.h. ein Durchschnittsgewicht von rund 23 kg gehabt hätten. Wie das Berufungsgericht festgestellt

hat, befanden sich aber unter den vom Beklagten gekauften 128 Tiere außer "fremden" Tieren, d.h. von anderen Lieferanten an Lina P. oder W. gelieferten Tieren, vor allem die 53 Tiere der ersten Lieferung des Klägers vom 13. September 1954; diese haben nach der Rechnung von diesem Tage und dem Wiegeschein schon bei der Lieferung rund 2450 Pfund, also je rund 46 bis 47 Pfund gewogen. Sie müssen nach dem erwähnten Gutachten während der 48 Tage langen Mast in der Zwischenzeit sämtlich zu sog. Mastläufern zwischen 80 und 100 Pfund herangewachsen sein, deren Preis je Pfund Lebendgewicht normal zwischen 1,10 und 1,20 DM lag. Selbst bei Anrechnung des niedrigsten Gewichts und des niedrigsten Preises von 80 Pfund zu je 1,10 DM = 88 DM müßten diese 53 Tiere danach am 31. Oktober 1954 allein schon einen Wert von abgerundet 4600 DM gehabt haben, so daß von dem Gesamtkaufpreis von 6300 DM auf die übrigen 75 Tiere noch ein Betrag von 1700 DM entfiel. Das bedeutet für diese Schweine einen Durchschnittspreis von nicht einmal 23 DM je Tier d.h. weit unter Marktpreis. Unerheblich ist, daß das Berufungsgericht diese Erwägungen tatsächlicher Art nicht selbst ausdrücklich in seinem Urteil angestellt hat. Sie sollen in diesem Zusammenhang nur verdeutlichen, daß das Berufungsgericht jedenfalls nicht gegen § 286 ZPO verstoßen hat, wenn es dem erwähnten Gutachten - angesichts der getroffenen tatsächlichen Feststellungen - nichts zugunsten des Beklagten im Hinblick auf eine etwaige Gutgläubigkeit entnommen hat.

B. Höhe des Schadens.

I. War der Beklagte aber beim Erwerb der Schweine von W., d.h. bei der Erlangung des (unmittelbaren) Besitzes an ihnen am 2. November 1954, nicht in gutem Glauben, dann haftet er dem Kläger als ihrem Eigentümer, nach § 930 BGB schon von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989 BGB. Das bedeutet, daß er ihm seitdem für den Schaden

verantwortlich ist, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem sonstigen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§ 989 BGB), daß er aber auch die gezogenen Nutzungen an ihn herauszugeben hat (§ 987 BGB). Darüber hinaus hat das Berufungsgericht aber auch festgestellt, daß der Kläger den Beklagten durch das Schreiben vom 7. Dezember 1954 in Verzug gesetzt hat, und dazu rechtsirrtumsfrei ausgeführt, daß ihn nunmehr die besondere und noch weitergehende Haftung des bösgläubigen im Verzug befindlichen Besitzers gemäß §§ 990, 987, 989, 287 BGB getroffen hat, mit der Folge, daß er nach den genannten Bestimmungen auch für den zufälligen Untergang der Schweine einzustehen hatte.

II. 1. Bei seiner Schadensberechnung, die von der Revision beanstandet wird, geht das Berufungsgericht davon aus, daß die 55 Mastferkel aus der Lieferung vom 30. Oktober 1954 nicht verkauft, sondern auf Grund eines Mastvertrages an "Frau Lina P." gegeben worden seien. Es meint, deshalb könne der dieser gegenüber eingesetzte Wert von 100 DM je Ferkel nicht einfach mit den damals geltenden Verkaufspreisen für solche Ferkel (nach den Feststellungen im Gutachten der Hochschule Hohenheim zwischen 51 und 65 DM) in Beziehung gebracht werden; denn es handele sich um den von den Parteien des Mastvertrages vom 20. Oktober 1954 vereinbarten "Einlagewert". Diesen könne der Kläger bei seiner Schadensberechnung für den Verlust der 55 Ferkel der letzten Lieferung deshalb mit 5500 DM veranschlagen. Es fährt fort, nehme er dann bei völliger Ausmast dieser Ferkel für sich selbst lediglich einen Zuwachsgewinn von 44 DM an, so habe er mit einer Einnahme von 7920 DM nach Durchführung des Mastvertrages rechnen können, und erwägt weiter, da mit einem Gewicht von sicherlich 220 Pfund je Schwein habe gerechnet werden können, ergebe sich ein weit höherer Wert dieser Tiere als die eingeklagten 7700 DM. Damit sei den

Fütterungskosten und sonstigen Aufwendungen ebenso Rechnung getragen wie einem etwaigen vorzeitigen Abgang einiger Tiere vor der vollen Ausmast durch Krankheit oder als Kümmerlinge. Nach alledem ergebe sich, daß der mit dem Hilfsantrag geforderte Schadensersatzanspruch des Klägers in Höhe von 7700 DM auch nach Absetzung der drei Läuferschweine gerechtfertigt sei.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten entgegen der Auffassung der Revision im Ergebnis einer Nachprüfung stand.

Die Revision beschränkt sich auf die Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagte nicht verpflichtet sei, dem Kläger den aus dem Mastvertrag mit Lina P. entgangenen Gewinn zu ersetzen, sondern nur den Schaden, den er dadurch erlitten habe, daß der Beklagte die 55 Ferkel auf Anforderung nicht herausgegeben habe. Dabei beachtet sie nicht hinreichend, daß der Beklagte als bösgläubiger, im Verzuge befindlicher Besitzer dem Kläger in vollem Umfange, auch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, haftet (BGB RGPK 11. Aufl. § 989 Anm. 5, 8, § 990 Anm. 23, Staudinger BGB 11. Aufl. § 990 Nr. 3) und daß das Berufungsgericht bei der Schadensschätzung im Rahmen von § 287 ZPO weitgehend freigestellt ist. Angesichts seiner tatsächlichen Feststellung, die hier mit Rücksicht auf die Vorlage der Rechnung vom 13. September 1954 gebotene Rückfrage beim Kläger hätte unweigerlich auch ergeben, daß die übrigen Ferkel der Lina P. auf Grund eines Mastvertrages übergeben waren (BU 16), ist es daher aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn es als Anhaltspunkt für die Schätzung des Schadens des Klägers infolge der Nichtherausgabe der Ferkel durch den Beklagten nach der Aufforderung vom 7. Dezember 1954 von dem auf Grund des Mastvertrages zu erzielenden Gewinn ausgeht, den es nach unten abgerundet hat. Denn auch bei Herausgabe der Schweine auf das erwähnte Schreiben brauchte der Kläger sie

nicht etwa zum damaligen Tagespreis zu veräußern, sondern konnte sie selbst weiter mästen oder anderweit weiter mästen lassen. Daß dies möglich gewesen sein würde, hatte der Kläger ausdrücklich behauptet (Schriftsatz vom 6. April 1959 S. 19, 20). Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht erkennbar mitberücksichtigt, wenn es auf S. 18 seines Urteils von "Ausmast" schlechthin spricht. Zur Verwertung dieses Vortrags ist das Berufungsgericht bei seiner freien Schätzung des Schadens im Rahmen des § 287 ZPO berechtigt gewesen. Bei der gegebenen Sachlage hätte der Beklagte deshalb mindestens näher dartun müssen, daß der Kläger bei einer Weitermästung der Tiere und bei einem Verkauf mit dem vom Berufungsgericht als leicht erreichbar angenommenen, angemessenen Schlachtgewicht von 220 Pfund je Tier nicht den von ihm errechneten Gewinn von mindestens 7700 DM (unter Berücksichtigung der Futterkosten usw.) hätte erzielen können. Das hat der Beklagte unterlassen. Insoweit fehlt es auch an entsprechenden Revisionsrügen. Dabei mag bemerkt werden, daß der vom Beklagten selbst eingereichten Entschädigungsrechnung des Regierungspräsidiums Nordbaden vom 26. April 1955 für bei ihm in der Zeit vom 23. Februar 1955 bis 8. März 1955 wegen Tötung an Schweinepest erkrankter Schweine ein Lebendgewichtpreis von 2,80 DM je kg zugrunde gelegt worden ist, von dem ihm allerdings nur 80 % erstattet worden sind.

C.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteile des Beklagten erkennen läßt, ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Messner