

1 BGB § 816 Abs.1, §§ 989, 990

Hat ein Besitzer über eine ihm nicht gehörende Sache durch Veräußerung verfügt und genehmigt der Eigentümer die Verfügung, indem er Klage auf Herausgabe des Erlöses wegen ungerechtfertigter Bereicherung erhebt, so ist die Geltendmachung eines über den Bereicherungsanspruch hinausgehenden Schadensersatzanspruches auf Grund der §§ 989, 990 BGB nicht ohne weiteres ausgeschlossen.

2 BGB §§ 166, 865, 989, 990

Ist Besitz durch einen Besitzdiener unrechtmäßig erworben worden, so haftet der Besitzherr dem Eigentümer bei Bösgläubigkeit des Besitzdieners trotz eigener Gutgläubigkeit auf Schadensersatz, wenn er den Besitzdiener im Rechtsverkehr vollkommen selbständig für sich hat handeln lassen und der Besitzdiener im Rahmen der ihm zur freien Entscheidung zugewiesenen Tätigkeit den Besitz für den Besitzherrn erworben hat (Ergänzung zu BGHZ 16,259).

VIII ZR 51/59

Verkündet am 9. Februar 1960
Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Otto G r [REDACTED], Fernseh-, Radio-, Elektro-
und Musikwarengroßhandlung, Inhaber Otto Gr [REDACTED], in St [REDACTED]-
[REDACTED]-N, Fr [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H [REDACTED] & B [REDACTED] Aktiengesellschaft
in F [REDACTED]/M [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Vor-
standsmitglieder Wilfried B [REDACTED], Dr.-Ing. Ernst Bl [REDACTED],
Dipl.-Ing. Eugen W. Ha [REDACTED]-Kl [REDACTED], Dr. Engelbert W [REDACTED] und
Dr. Gerhard He [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Februar 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr.Großmann und der Bundesrichter
Dr.Gelhaar, Dr.Spieler, Dr.Mezger und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 4. Februar 1959 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt elektrotechnische Meßgeräte her, die u.a. die Bezeichnungen Multavi, Pontavi und Inkavi tragen. Zwei Angestellte der Klägerin haben in den Jahren 1950 bis 1953 laufend Meßgeräte dieser Typen gestohlen und zum Teil an einen Heinrich Frö in F/M verkauft. Von Frö hat die Beklagte, die einen Großhandel mit Fernseh-, Radio-, Elektro- und Musikapparaten betreibt, 162 gestohlene Meßgeräte gekauft, darunter 68 Multavi II älterer Fertigung, 62 Multavi II neuerer Fertigung, 25 Multavi V, 3 Inkavi und 1 Pontavi. Für die Geräte, die nach den Listenpreisen der Klägerin einen Wert von 26 700 DM hatten, hat die Beklagte 11 311,60 DM bezahlt. Sie hat die Geräte sodann an ihre Kunden im Rahmen der Kundenbetreuung als Prüfgeräte für den Rundfunk- und Fernsehhandel weiterverkauft und einen Erlös von 14 825 DM erzielt.

Die Verbindung zwischen Frö und der Beklagten war durch deren Angestellten K hergestellt worden. K hatte dem mit der Überwachung des Ein- und Verkaufs betrauten Dipl.-Ing. Sch, dem Schwiegersohn des Alleininhabers der Beklagten, über das Angebot Frö berichtet. Sch, der weder damals Frö persönlich kannte noch ihn später zu Gesicht bekommen hat, erklärte sich mit einem Bezug von Geräten bei Frö einverstanden, worauf bei diesem nach und nach die Geräte gekauft worden waren.

Von dem erlangten Kaufpreis hat die Beklagte der Klägerin einen Betrag von 3513,40 DM erstattet. Zur Zahlung weiterer 10 000 DM ist sie in einem vorangegangenen Rechtsstreit und zur Zahlung der restlichen 1311,60 DM des Kaufpreises vom Landgericht im vorliegenden Rechtsstreit auf Grund der §§ 816, 185 BGB mit der Begründung verurteilt worden, die Klägerin habe durch ihre Klageerhebung die Veräußerung der Geräte genehmigt. Darüber hinaus fordert die Klägerin mit der vorliegenden Klage Schadensersatz in



Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Wert der gestohlenen Geräte von 26 700 DM und dem von der Beklagten herauszugebenden Erlös von 14 825 DM, mithin in Höhe von 11 875 DM. Das Landgericht hat insoweit die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage in Höhe von weiterhin 4803,50 DM nebst Zinsen stattgegeben und im übrigen die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte sei nach §§ 990 Abs.1, 989 BGB der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet. Zwar sei der Inhaber der Beklagten selbst bei dem Erwerb der Meßgeräte nicht bösgläubig gewesen. Dagegen hätten seine Angestellten K. und Sch. seit etwa April 1952, als Frö. Multavi II - Geräte aus der Neufertigung geliefert habe, erkennen müssen, daß die fortan gelieferten Geräte zweifelhafter Herkunft seien. Die Bösgläubigkeit der beiden Angestellten müsse sich die Beklagte zurechnen lassen. Beide hätten bei der Beklagten nicht nur untergeordnete Arbeiten verrichtet, sondern seien von dem Inhaber mit dem Einkauf betraut und daher weitgehend zu selbständiger Arbeit ermächtigt gewesen. Nach seinen eigenen Erklärungen habe der Inhaber der Beklagten wegen des großen Umfanges seines Betriebes gar nicht mehr die Möglichkeit gehabt, sich um Einzelheiten zu kümmern, sondern habe für gewöhnliche Geschäfte wie die Bestellungen bei Frö. selbständige Arbeit der Angestellten erwartet und sich insoweit auch voll auf diese verlassen. Er könne sich daher, auch wenn ihm bei der Auswahl und Überwachung der beiden Angestellten kein Verschulden treffe, nicht darauf berufen, er selbst habe die Bestellungen unterschrieben und sei dabei

gutgläubig gewesen. Wenn ihm schon von der Rechtsordnung gestattet werde, sein Großunternehmen in alleiniger Verantwortung zu führen, so müsse er sich zum Schutze des Verkehrs auch die Kenntnis der Angestellten zurechnen lassen, die er mit selbständiger Verantwortung für die Erwerbshandlungen ausgestattet habe.

2. Dieser rechtlichen Auffassung ist zu folgen.

Das Berufungsgericht macht sich ersichtlich die Auffassung des Landgerichts zu eigen, der auf §§ 990, 989 BGB beruhende Schadensersatzanspruch werde durch den nach § 816 Abs.1 BGB erhobenen Bereicherungsanspruch nicht ausgeschlossen, vielmehr könnten beide Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden. Wenn das Landgericht sich auf die Ansicht von Gramm bei Palandt (jetzt 18.Aufl. § 816 Anm.1 c) beruft, so besagt die dort angeführte Entscheidung des Reichsgerichts WarnRspr 1920 Nr.160 allerdings etwas anderes. Das Reichsgericht führt für einen Fall, in dem die Verfügung eines Nichtberechtigten auf Grund des guten Glaubens des Erwerbers wirksam war, aus, § 816 BGB werde durch die §§ 987 ff BGB nicht berührt. Er bilde eine Ergänzung der Vorschriften der §§ 987 ff, indem er für gewisse Fälle das Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzer als Nichtberechtigten und dem Eigentümer als Berechtigten regele. Die gleiche Auffassung vertritt der Bundesgerichtshof im Urteil vom 20. Oktober 1952 (-IV ZR 44/52 - NJW 1953,58,59). Eine ganz andere Frage ist aber, ob dann, wenn der Berechtigte die Verfügung des Nichtberechtigten genehmigt und den Nichtberechtigten daher auf Herausgabe des erzielten Erlöses in Anspruch nimmt, er nach §§ 990, 989 BGB auch noch geltend machen kann, der Nichtberechtigte habe den Eigentumsherausgabeanspruch durch die - genehmigte - Verfügung schuldhaft vereitelt und sei ihm deshalb zum Schadensersatz verpflichtet. Das Reichsgericht hat in einer nur im Leitsatz veröffentlichten Entscheidung (HRR 1930 Nr.289) gemeint, der Anspruch aus den §§ 990, 989 BGB könne mit demjenigen aus § 816 Abs.1 Satz 1 in Verbin-

dung mit § 185 Abs.2 Satz 1 BGB nicht gleichzeitig verfolgt werden. Wenn das Reichsgericht damit nur hat aussprechen wollen, der Berechtigte könne insoweit nicht Schadensersatz begehren, als er den Erlös für die Sache erlangt habe, wäre das bedenkenfrei. Sollte das Reichsgericht aber der Ansicht gewesen sein, die Genehmigung der Verfügung des bösgläubigen Nichtberechtigten schließe schlechthin die Forderung nach Schadensersatz aus, so könnte dem nicht ohne weiteres gefolgt werden. Die Schadensersatzpflicht setzt allerdings widerrechtliches Verhalten voraus (Zitelmann, AcP 99,25 Note 24). Würde die Genehmigung des Berechtigten die Verfügung des Nichtberechtigten notwendig zu einer rechtmäßigen machen, müßte mit der Genehmigung eine Verpflichtung zum Schadensersatz entfallen. Das ist indessen nicht der Fall. Trotz der Genehmigung bleibt sie im Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verfügenden die Verfügung eines Nichtberechtigten. Es wird nur die Verfügung hinsichtlich ihrer Wirkung zu dem Dritten so angesehen, als ob sie vom Berechtigten getroffen und von Anfang an wirksam gewesen wäre (RGZ 106,44,45; 115,31,35; BGB RGRK, 11.Aufl. § 816 Anm.6; Staudinger, BGB 9.Aufl. § 816 2 a 8; Zitelmann, aaO S.101). Gerade auf diesem Umstand beruht die Anwendung des § 816 BGB, der die Verfügung eines Nichtberechtigten voraussetzt. So erblickt denn auch RGZ 106,44,45 in der Genehmigung nur den Verzicht auf den Eigentumsherausgabeanspruch gegen den besitzenden Dritten. Allerdings kann unter Umständen in der Genehmigung der Verfügung zugleich die Erklärung liegen, die Verfügung des Nichtberechtigten nicht als Eingriff in ein Recht des Berechtigten ansehen zu wollen. Dann enthielte eine solche Erklärung auch den Verzicht auf Schadensersatz gegen den Verfügenden (Zitelmann aaO S.102; siehe auch Haymann LZ 1930,681,686 Fußn.10; a.A. v.Tuhr, Allg.Teil II 2 § 78 Fußn.124, der meint, die Genehmigung hebe die Rechtswidrigkeit auf). Für einen solchen Verzicht auf den Schadensersatzanspruch bietet im vorliegenden Fall

der Sachverhalt aber keinen Hinweis. Im vorausgegangenen Rechtsstreit hat die Klägerin in der Klageschrift Schadensersatzansprüche ausdrücklich vorbehalten, im jetzigen macht sie Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche geltend. Wenn die Klägerin neben der Erstattung des bei der Weiterveräußerung erzielten Erlöses auch Ersatz des über diesen Betrag hinausgehenden Schadens verlangt, so ist das also zulässig.

Nach §§ 990, 989 BGB haftet der Besitzer, der bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war, von der Zeit des Erwerbs an dem Eigentümer für den Schaden, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache von ihm nicht herausgegeben werden kann. Das Berufungsgericht, das der Beklagten den bösen Glauben ihrer Angestellten K. und Sch. zurechnet, spricht allerdings, wie der Revision zuzugeben ist, nicht ausdrücklich aus, welche Rechtsstellung hinsichtlich des Besitzes es den beiden Angestellten zuerkennen will. Es setzt sich nur mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der Frage, ob der gutgläubige Besitzherr sich die Bösgläubigkeit des Besitzdieners anrechnen lassen müsse, auseinander und meint, dieser Fall liege hier nicht "genau" vor, weil diese Angestellten beim Besitzerwerb selbst nicht mitgewirkt, vielmehr schon den Erwerbsentschluß gefaßt und den Erwerbswillen betätigt hätten. Was das Berufungsgericht damit sagen will, läßt sich nicht einwandfrei erkennen. Zu Unrecht glaubt die Revision dem Berufungsurteil entnehmen zu können, der Inhaber der Beklagten habe ohne Vermittlung dritter Personen unmittelbar den Besitz an den gelieferten Geräten erlangt. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen vielmehr die Annahme, daß die Angestellten der Beklagten K. und Sch. Besitzdiener gewesen sind. Wenn sie den Entschluß zum Erwerb des Besitzes gefaßt und den Willen zum Erwerb sogar betätigt haben, so können sie, da sie eigenen Besitz unstreitig nicht erwerben wollten,

die tatsächliche Gewalt nur für die Beklagte haben erwerben wollen und erworben haben. Damit ist aber der Tatbestand der Besitzdienerschaft erfüllt. Nicht erforderlich ist, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, daß der Besitzdiener bei der Erlangung der tatsächlichen Gewalt körperlich mitgewirkt habe. Es genügt, daß die Sache in seinen Machtbereich verbracht wird, so daß er in der Lage ist, im Rahmen des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses auf sie einzuwirken. Die Besitzdienerschaft ist auch entgegen der in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung der Revision nicht etwa dann ausgeschlossen, wenn die gelieferten Meßgeräte in den Gewahrsam eines Lagerverwalters gekommen sein sollten. Es ist durchaus möglich, daß ein Besitzdiener wiederum unter einem anderen Besitzdiener steht (Staudinger, BGB, 11. Aufl. § 855 Anm. 10). In den Gewaltbereich der Angestellten K. und Sch. waren aber im vorliegenden Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die eingekauften Waren gelangt, sobald sie auf das Lager der Beklagten gekommen waren. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, K. sei als Fachmann für die Abteilung Kundenbetreuung angestellt worden, in der die gekauften Meßgeräte benötigt worden seien. Sch., der Schwiegersohn des Inhabers der Beklagten, war nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils mit der Überwachung des Ein- und Verkaufs betraut. Als Besitzdiener hat die Beklagte bisher auch selbst die Angestellten Sch. und K. angesehen. Sie hat im Schriftsatz vom 26. Oktober 1956 ausgeführt, die Firma der Beklagten sei eine hochangesehene Großhandelsfirma. Es stehe deshalb fest, daß der Inhaber der Beklagten niemals den unmittelbaren Besitz an den erworbenen Geräten ausgeübt habe. Er habe sich vielmehr hierzu seiner Besitzdiener bedient, zu denen auch die Angestellten Sch. und K. gehört hätten. Diese Erklärung stellt nicht eine bloße Rechtsausführung dar, sondern enthält auch einen Tatsachenvortrag. Wenn die Revisionserwiderung meint, das Berufungsgericht habe ausdrück-

lich festgestellt, daß Schmidt und Koch beim Besitzerwerb gerade nicht als Besitzdiener mitgewirkt hätten und nicht als Besitzdiener angesehen werden könnten, so steht das der Auffassung, beide Angestellte seien Besitzdiener gewesen, nicht entgegen. Es handelt sich bei dieser Erörterung in der Revisionserwiderung lediglich um die Wiedergabe einer Rechtsansicht, mit der die Klägerin auf ihre Auffassung zurückkommt, der Inhaber der Beklagten selbst sei bösgläubig gewesen.

3. Die Frage, wieweit der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Besitzherr sich die Bösgläubigkeit seiner Besitzdiener als eigene zurechnen lassen muß, ist streitig. Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in BGHZ 16, 259, 264 die Meinung vertreten, der Grundsatz, daß für die Frage der Gut- oder Bösgläubigkeit auf die Person desjenigen abzustellen sei, der den unmittelbaren Besitz erwerbe, sei für den Fall einzuschränken, daß der Besitz durch einen Besitzdiener erworben werde. Dann könne trotz der Gutgläubigkeit des unmittelbaren Besitzers eine Bösgläubigkeit des Besitzdieners die Haftung begründen, wenn der Besitzherr bei der Auswahl und Überwachung des Besitzdieners nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Das folge aus einer entsprechenden Anwendung der in den §§ 166 und 831 BGB enthaltenen Rechtsgedanken.

An diesem Ausgangspunkt ist festzuhalten. Die angefochtene Entscheidung erweist sich jedoch, auch wenn die Gedankengänge des genannten Urteils zugrunde gelegt werden, im Ergebnis als richtig. Die Frage, ob dem Besitzherrn im Verhältnis zum Eigentümer eine Bösgläubigkeit des Besitzdieners zuzurechnen sei, läßt sich nicht beantworten, ohne von der Natur des in den §§ 990, 989 BGB behandelten Anspruches auszugehen. Er stellt sich als Regelung des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und dem herausgabeverpflichteten unrechtmäßigen Besitzer für den Fall der ver-

schuldeten Unmöglichkeit der Herausgabe dar. Die gewöhnliche Haftung für Unmöglichkeit nach § 280 BGB würde ebenso wie eine Haftung aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung des Eigentums zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Die Billigkeit verbietet es, dem Besitzer, der sich gutgläubig oder aus leichter Fahrlässigkeit für den Eigentümer hält, eine Einwirkung auf die Sache als Verschulden gegen den Eigentümer anzurechnen. Wenn in § 990 BGB auf den bösen Glauben bei dem Erwerb des Besitzes abgestellt wird, so geht es also im Grunde um die Frage des Verschuldens. Der Gesetzgeber setzt mit der Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis des fehlenden Besitzrechtes ein Tatbestandsmerkmal, das es nach seiner Auffassung erst rechtfertigt, die vom Besitzer vorgenommene Einwirkung auf das fremde Eigentum als schuldhaften und deshalb zu Schadensersatz verpflichtenden Eingriff zu werten. Die Frage, wieweit dabei dem Besitzer das Wissen des Besitzdieners als eigenes zuzurechnen sei, ist deshalb in erster Linie unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, ob eine solche Zurechnung nach der Interessenlage zu einer dem Sinne des § 990 BGB gerecht werdenden Abgrenzung der Verantwortlichkeit des Besitzers gegenüber dem Eigentümer geboten ist. Den Ansatzpunkt bietet die Bestimmung des § 166 BGB. Nach dieser Vorschrift kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen von Umständen beeinflusst werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. Eine echte Stellvertretung, wie sie § 166 BGB voraussetzt, steht allerdings, wenn der Besitzdiener für den Besitzherrn den Besitz einer Sache erlangt, nicht in Frage. Bei dem Besitzerwerb findet im allgemeinen keine Stellvertretung statt, weil er eine reine Tathandlung ist, also nicht auf Willenserklärungen, sondern dem bloßen tatsächlichen Vorgang der Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache beruht (BGH aaO S.263). Bei dem Besitzerwerb durch einen Besitzdiener erlangt der Besitzer mithin den Besitz allein dadurch, daß der Besitzdie-

ner die Sache in den Herrschaftsbereich desjenigen, für den er Besitz erlangt, einfügt. Damit ist indessen nicht gesagt, daß der böse Glaube des Besitzdieners, also die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis, daß der Besitzherr zum Besitze nicht berechtigt sei, schlechthin unbeachtlich sein müsse. Vielmehr ist mit gewissen, noch zu erörternden Einschränkungen eine entsprechende Anwendung des § 166 BGB geboten. Wonn nach dieser Vorschrift die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung des Vertreters sich nach seinem Willen und seiner Kenntnis bestimmen, so beruht es darauf, daß der Vertreter auf Grund der ihm vom Vertretenen erteilten Vertretungsmacht für den Vertretenen handelt, dem Vertretenen also Willen und Kenntnis des Vertreters zugerechnet werden. Für den Besitzerwerb durch einen Besitzdiener ist allerdings die Erteilung einer Vollmacht nicht wesentlich. Als Besitzdiener kann auch Besitz erwerben, wenn hierzu Vollmacht und Auftrag nicht gegeben worden ist. Es genügt, daß zwischen dem Besitzherrn und dem Besitzdiener ein soziales Abhängigkeitsverhältnis besteht. Mit Recht hat deshalb der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes aaO angenommen, daß nicht in jedem Falle das Wissen des Besitzdieners dem Besitzherrn zuzurechnen sei. Wohl aber rechtfertigt es sich, wie in jenem Urteil geschehen ist, das Verhalten des Besitzdieners, nach welchem die Frage seiner Gut- oder Bösgläubigkeit zu beurteilen ist, dann dem Besitzherrn zuzurechnen, wenn es mittelbar auf dessen eigenen Verhalten beruht, der Besitzherr also, ähnlich wie im Falle der Stellvertretung der Vertretene durch seine Vollmacht, die Voraussetzung dafür geschaffen hat, daß der Besitzdiener zugunsten des Besitzherrn tätig geworden ist. Für die Frage, ob der Besitzherr sich dem Eigentümer gegenüber als bösgläubig behandeln lassen muß, tritt dann der Umstand, daß der Besitzerwerb durch den Besitzdiener sich ohne Abgabe einer Willenserklärung und daher ohne eigentliche Stellvertretung vollzieht, in den Hintergrund. In diesem besonderen Fall beruht nach dem tatsächlichen

Verlauf der Dinge der Besitzerwerb nicht mehr nur auf der bloßen Einordnung in den Herrschaftsbereich des Besitzers. Wenn Schultze-v.Lasaulx (bei Soergel/Siebert, BGB 9.Aufl. § 166 Anm.3; § 164 Anm.6) und Westermann (Sachenrecht, 3.Aufl. § 14, 3 S.71) auch die entsprechende Anwendung des § 166 BGB mit der Begründung ablehnen, der Besitzerwerb des Besitzherrn gründe sich nicht auf einer Willensbetätigung des Besitzdieners, so vermag das dann, wenn der Besitzdiener auf Anweisung des Besitzherrn handelt, nicht zu überzeugen. Entscheidend ist vielmehr, daß mit Rücksicht auf die Beziehungen zwischen Besitzherrn und Besitzdiener eine Sachlage besteht, die so sehr dem Falle eigener Bösgläubigkeit des Besitzers entspricht, daß eine gleiche Beurteilung zur Vermeidung von Unbilligkeit erforderlich ist. Darin liegt auch der berechtigte Kern der Entscheidungen des Reichsgerichts SeuffArch 79 Nr.186 = Recht 1925 Nr.1289 und vom 6. November 1931 - VII.157/31 - (angeführt in BGB RGRK 11.Aufl. § 854 Anm.17). Das Reichsgericht wendet in der ersten Entscheidung § 166 Abs.1 BGB auf den Besitzdiener, der für den Besitzherrn nach besonderer oder allgemeiner Anweisung Besitz erwirbt, mit der Begründung an, der Besitzdiener handele insoweit als Stellvertreter des Besitzherrn. Auch das Urteil des IV. Zivilsenats aaO geht im Grunde von der entsprechenden Anwendung des § 166 BGB aus, wenn es davon spricht, der Besitzdiener repräsentiere im gewissen Sinne den Besitzherrn und stelle gleichsam das Organ dar, durch das dieser beim Besitzerwerb handele. Gerade auf dem Begriff der Repräsentation beruht die Rechtseinrichtung der Stellvertretung. Der IV. Zivilsenat stützt die Haftung des gutgläubigen Besitzers bei Bösgläubigkeit des Besitzdieners in dem von ihm behandelten Falle zwar auch auf eine entsprechende Anwendung des in § 831 BGB enthaltenen Rechtsgedankens. Den leitenden Gesichtspunkt findet er aber ersichtlich in der Vorschrift des § 166 BGB. Das ergibt sich aus der weiteren Begründung, § 166 BGB könne nicht schlechthin entsprechend angewendet werden, auch nicht mit der Ein-

schränkung, daß der Besitzer den Entlastungsbeweis in entsprechender Anwendung des § 831 führen müsse. Ebenso verweist Johannsen in seiner Anmerkung zum Leitsatz dieses Urteils (LM BGB § 990 Nr.3) darauf, der Bundesgerichtshof habe in jener Entscheidung § 831 BGB nicht entsprechend angewandt. Es steht auch nicht, wie in den Fällen der §§ 278, 831 BGB, die Haftung für ein von einem anderen ausgehendes Verhalten in Frage, sondern entsprechend § 166 BGB die Zurechenbarkeit des Kennens oder Kennenmüssens. Den Tatbestand, daß das Verhalten des Besitzdieners mittelbar auf dem eigenen Verhalten des Besitzherrn beruht, hat der IV. Zivilsenat in dem von ihm entschiedenen Falle als gegeben erachtet, weil das Verhalten des Besitzdieners gerechterweise als von dem Einfluß des Besitzherrn abhängig angesehen werden könne. Das treffe, so wird ausgeführt, dann zu, wenn der Besitzer den Besitzdiener nicht sorgfältig auswählt und beaufsichtigt habe. Bei dieser Sachlage habe er die Verantwortung für die Handlungsweise des Besitzdieners beim Besitzerwerb zu tragen.

Diese Gedankenführung bedarf aber, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, einer Ergänzung, die zu behandeln der IV. Zivilsenat nach der damaligen Sachlage keine Veranlassung hatte. Der dort behandelte Fall, daß der bösgläubige Erwerb durch fehlende Sorgfalt bei Auswahl und Beaufsichtigung des Besitzdieners verursacht ist, stellt nur einen der möglichen Fälle dar, in denen mittelbar ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Besitzdieners beim Besitzerwerb und einem eigenen Verhalten des Besitzherrn besteht. Auch dann hat der Besitzherr den bösgläubigen Erwerb des Besitzdieners in einer Weise veranlaßt, die ihm eine Verantwortung aufbürdet, wenn er den Besitzdiener vollkommen selbständig im Rechtsverkehr für sich handeln läßt, so daß die Besitzergreifung durch den Besitzdiener im Rahmen einer ihm vom Besitzherrn zur freien Entscheidung zugewiesenen Tätigkeit geschah, wenn also der

Besitzdiener die wirtschaftliche Funktion des Besitzherrn erfüllt und an dessen Stelle tritt (vgl. Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. § 13 II S. 45). Wer als Unternehmer im Wirtschaftsleben zur Erlangung von Eigentum den Besitz einer Sache mittels seiner Angestellten als der Besitzdiener erwirbt, ohne sich um die Berechtigung zum Besitz zu kümmern, vielmehr den Angestellten die Prüfung überläßt, kann sich, wenn diese bösgläubig sind, dem wirklichen Eigentümer gegenüber nicht darauf berufen, er habe sich berechtigterweise für den Eigentümer gehalten.

Der Senat verläßt mit diesem Gedankengang nicht den Boden der vom IV. Zivilsenat vertretenen Auffassung, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt: Die Haftung aus § 831 BGB ist eine Haftung für vermutetes eigenes Verschulden und vermuteten ursächlichen Zusammenhang bei Verursachung eines Schadens durch einen Verrichtungsgehilfen. Was die Entlastung betrifft, so sind aber nach ständiger Rechtsprechung bei Großbetrieben die allgemeinen Aufsichts- anordnungen regelmäßig Aufgabe des Geschäftsherrn selbst. Der Oberaufsicht kann er sich nicht entledigen. Fehlt es an einer Aufsicht über die, wenn auch sorgfältig ausgewählten Angestellten, so liegt darin ein Mangel der Organisation, für den der Geschäftsherr, wenn die Angestellten eine unerlaubte Handlung begehen, unmittelbar einzustehen hat. Wird in einem Großunternehmen die Führung des Betriebes den leitenden Angestellten zur eigenen Erledigung überlassen, so daß diese völlig selbständig schalten können, so entfällt für den Inhaber des Unternehmens jede Entlastungsmöglichkeit (RGZ 78, 107, 109; 87, 1, 4; RG JW 1938, 1651; vgl. auch BGHZ 4, 1, 3). Hat, wie der IV. Zivilsenat annimmt, der Besitzherr sich das Wissen des Besitzdieners anrechnen zu lassen, wenn er bei Auswahl und Beaufsichtigung nicht die nötige Sorgfalt ausgeübt hat, so muß das bei Großbetrieben aus der vorstehend angeführten Rechtsprechung heraus umsomehr der Fall sein, wenn der Besitzherr

dem Besitzdiener bei dem Besitzerwerb völlig freie Hand gelassen hat. Auch wenn im vorliegenden Fall der Inhaber der Beklagten sich um Einzelheiten des Einkaufs nicht kümmern konnte, hätte er zur Vermeidung eigener Verantwortung sicherstellen müssen, daß ihm von einem so weitreichenden Entschluß, wie es der Einkauf wertvoller Meßgeräte bei einem unbekannten Einzelhändler statt bei dem Erzeuger war, Mitteilung gemacht und seine vorherige Einwilligung zu solchen Maßnahmen eingeholt werde. Etwas Derartiges ist aber unstreitig nicht geschehen.

Für die vorstehende Auffassung spricht schließlich eine weitere Erwägung: Wer einen Angestellten beauftragt, für ihn Eigentum zu erwerben, erlangt das Eigentum an Sachen, die dem Veräußerer nicht gehören - von abhanden gekommenen Sachen abgesehen - nach §§ 932, 166 BGB kraft guten Glaubens nur, wenn auch der Angestellte gutgläubig ist. Die Vorschrift des § 166 BGB findet hier Anwendung, da die Einigung beim Eigentumserwerb in Willenserklärungen besteht. Weiß also der Angestellte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist, so muß der Geschäftsherr sich die Bösgläubigkeit des Angestellten entgegenhalten lassen mit der Wirkung, als sei er selbst bösgläubig gewesen, und erlangt er kein Eigentum, mag er auch den Angestellten noch so sorgfältig ausgewählt haben. Veräußert aber der Geschäftsherr die fremde Sache, würde er sich bei wörtlicher Anwendung des in BGHZ 16, 259, 264 gefundenen Rechtsgedankens, obwohl ihm bei dem Eigentumserwerb die Bösgläubigkeit des Angestellten wie eine eigene zugerechnet wird, darauf berufen können, er sei von Haftung frei, da er sich für den Eigentümer habe halten und deshalb als Verfügungsberechtigt habe ansehen dürfen. Das würde darauf hinauslaufen, unterschiedliche Voraussetzungen für den bösen Glauben aufzustellen, je nachdem es sich um die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs oder um die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer handelt. Ein solches Ergebnis erschiene wenig sinnvoll.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts bei der Beurteilung des Verhaltens der Angestellten Schmidt und Koch lassen auch entgegen der Auffassung der Revision einen Rechtsirrtum über den Begriff der groben Fahrlässigkeit nicht erkennen. Die Rechtsprechung versteht unter grobfahrlässigem Verhalten im allgemeinen ein Handeln, das die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich großem Maße verletzt und bei dem dasjenige unbeachtet bleibt, was im gegebenen Falle jedem hätte einleuchten müssen (BGHZ 10, 14, 16; Urteil des erkennenden Senats vom 2. Dezember 1958 - VIII ZR 212/57 - = LM BGB § 932 Nr. 12). Daß sich das Berufungsgericht dessen nicht bewußt gewesen wäre, ist aus den Entscheidungsgründen nicht ersichtlich. Irrig ist die Ansicht der Revision, die Fassung "was jedem hätte einleuchten müssen" schließe die Berücksichtigung solcher Erkenntnismöglichkeiten aus, deren Voraussetzungen sich erst auf Grund besonderer Sachkunde ergäben. Der Sorgfaltsmaßstab ist zwar im bürgerlichen Recht objektiv bestimmt, verbietet es aber nicht, das Maß an Sorgfalt für bestimmte Gruppen von Personen verschieden zu beurteilen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht berücksichtigt, daß Sch. und K. technische Fachleute waren, und dabei ersichtlich meint, jedem Fachmann auf dem Gebiet des Elektrowarenhandels hätte die unrechtmäßige Herkunft bei der erforderlichen Sorgfalt nicht verborgen bleiben können. Unter diesen Umständen unterliegt es keinen sachlichrechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht bei beiden Angestellten eine grobe Fahrlässigkeit seit dem Zeitpunkt als gegeben ansieht, von dem an Frö. aus der Neufertigung stammende Geräte Multavi II sowie Multavi V geliefert hatte; denn es geht ersichtlich davon aus, Sch. und K. hätten von der Lieferung dieser neuen Meßgeräte Kenntnis erlangt. Die Revision hat diese Annahme allerdings mit Verfahrensrügen angegriffen. Sie werden unten in Abschnitt IV 2 abgehandelt.

II.

Die Revision macht ferner geltend, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 8. Januar 1959 auseinandergesetzt, die Klägerin trage an der Entstehung des Schadens ein Mitverschulden, da sie sich das Verschulden ihrer Angestellten, die sich die Meßgeräte zugeeignet hatten, anrechnen lassen müsse. Diese Rüge ist indessen nicht begründet. Die Beklagte hat sich in den ersten beiden Rechtszügen auf ein Mitverschulden der Klägerin nicht ausdrücklich berufen. In dem angeführten Schriftsatz hat die Beklagte nur ausgeführt, mit dem Vorwurf, der Inhaber der Beklagten habe seine Überwachungspflicht verletzt, sollte die Klägerin vorsichtiger sein, da sie selbst nicht in der Lage gewesen sei, die jahrelangen Unterschlagungen ihrer eigenen Angestellten zu verhindern. Gerade dieser Umstand zeige, daß ein Unternehmer, der keinen bestimmten Anlaß habe, an der Zuverlässigkeit seines Personals zu zweifeln, nicht jede Einzelheit überwachen und überprüfen könne. Wolle man den von der Klägerin geforderten Maßstab anlegen, müßte diese sich ebenfalls den Vorwurf machen lassen, durch mangelnde Überwachung ihrer Angestellten der Beklagten einen Schaden insofern zugefügt zu haben, als die Beklagte die der Klägerin abhanden gekommenen Meßgeräte gutgläubig aufgekauft und verkauft habe und deswegen den Verkaufserlös an die Klägerin abführen müsse. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anwendung des § 254 BGB eine ausdrücklich erhobene Einrede voraussetzt, oder ob es sich um einen von Amts wegen zu beachtenden Einwand handelt (vgl. BGHZ Urteil vom 8. Juli 1954 - IV ZR 31/58 - LM HGB § 366 Nr.4). Selbst wenn eine Einrede nicht erhoben zu werden braucht, so müßte der auf Schadensersatz in Anspruch Genommene doch wenigstens die Tatsachen vortragen und unter Beweis stellen, die ein Mitverschulden des Geschädigten begründen sollen. Daran fehlt es aber bei dem Vorbringen der Beklagten. Sie verteidigt sich gegen den

Vorwurf schuldhaften Verhaltens gerade damit, daß auch die Klägerin bei der Art der ihr möglichen Überwachung nicht die Diebstähle und Unterschlagungen habe verhindern können. Die Beklagte behauptet also nicht, daß die Klägerin ein Verschulden treffe, sondern meint, sie müßte sich einen Vorwurf machen lassen, wenn man den von der Klägerin geforderten, von der Beklagten aber gerade abgelehnten Maßstab anlegte. Hätte die Beklagte in dieser Richtung Tatsachen vortragen wollen, so wäre ihr das ohne weiteres möglich gewesen, da die Strafacten gegen die Angestellten der Klägerin Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind. Selbst wenn, wie die Revision meint, die Klägerin für ein Mitverschulden ihrer Angestellten in entsprechender Anwendung des § 831 BGB eintreten müßte und ihr deshalb der Entlastungsbeweis obläge, fehlte es an dem erforderlichen schlüssigen Vorbringen der Beklagten. Der Revision kann in ihrer Auffassung, allein dadurch, daß Angestellte der Klägerin die Meßgeräte gestohlen haben, hätten sie in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtung der Beklagten widerrechtlich Schaden zugefügt, nicht gefolgt werden.

III.

Zu Unrecht glaubt die Revision, die Beklagte habe notfalls nur Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche gegen die Täter, die die Diebstähle ausgeführt haben, und den Abnehmer Fröber verurteilt werden dürfen. Der Beklagten hätte allenfalls nach § 255 BGB bis zur Abtretung der der Klägerin auf Grund ihres Eigentums zustehenden Rechte ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden (RGZ 59,367,371; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearb. § 17 II 2 S.87; Soergel/Siebert, BGB 9.Aufl. § 255 Anm.5). Das Zurückbehaltungsrecht wird jedoch nicht von Amts wegen berücksichtigt, es bedarf vielmehr seiner Geltendmachung. Nur wenn der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht geltend macht, hat das nach § 274 BGB die Wirkung, daß er zur Leistung Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche zu verurteilen ist. Eine sol-

che Verurteilung hat im vorliegenden Fall das Berufungsgericht zutreffend nicht ausgesprochen, weil die Beklagte ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht hat. In dem bloßen Antrag auf Klageabweisung liegt eine solche Geltendmachung noch nicht. Auch im übrigen unterliegt die Verurteilung der Beklagten in sachlichrechtlicher Hinsicht keinen Bedenken.

IV.

Die Revision greift die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts mit einer Reihe von Verfahrensrügen an. Sie können aber keinen Erfolg haben.

1. Die Revision macht geltend, der Inhaber der Beklagten habe nach dem Tatbestand des Berufungsurteils die Einkäufe bei Frö[REDACTED] als eigene Maßnahme getroffen, er habe nämlich die Bestellung selbst unterschrieben. Dieser Umstand, dem das Berufungsgericht ausdrücklich Beachtung schenkt, schließt aber die Feststellung des Berufungsgerichts nicht aus, der Entschluß, bei Frö[REDACTED] zu bestellen und die Meßgeräte zu erwerben, sei von den Angestellten K[REDACTED] und Sch[REDACTED] jeweils selbständig gefaßt und durch Ausschreibung der betreffenden Bestellung betätigt, die Unterschrift des Inhabers der Beklagten habe nur noch eine Förmlichkeit dargestellt. Wenn die Revision darüber hinaus vorträgt, der Inhaber der Beklagten habe ohne vermittelnde Tätigkeit anderer Personen unmittelbar Besitz an den ihm von der Post in das Geschäft gelieferten Waren erlangt, und weiter die Feststellung vermißt, daß die Angestellten Sch[REDACTED] und K[REDACTED] für den Inhaber der Beklagten die tatsächliche Gewalt über die eingehenden Waren ausgeübt hätten, so geht das fehl. Die Beklagte hat, wie schon erwähnt, selbst vorgetragen, daß der Inhaber der Beklagten niemals den unmittelbaren Besitz (gemeint ist offenbar die Sachherrschaft unmittelbar) ausgeübt, sondern

sich hierzu seiner Besitzdiener bedient habe. Das ist in den Tatsacheninstanzen unstreitig gewesen.

2. Die Revision wendet sich ferner gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Angestellten Sch[REDACTED] und K[REDACTED] hätten infolge grober Fahrlässigkeit die unrechtmäßige Herkunft der angekauften Meßgeräte nicht erkannt.

Das Berufungsgericht geht, wie schon ausgeführt, ersichtlich von der Annahme aus, Sch[REDACTED] und K[REDACTED] hätten davon, daß Frö[REDACTED] seit April 1952 der Beklagten Multavigeräte II aus der Neuproduktion und die erst seit 1950 hergestellten Geräte Multavi V geliefert habe, Kenntnis erhalten. Die Revision rügt einmal, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Bekundung dieser beiden als Zeugen vernommenen Angestellten auseinandergesetzt. Sch[REDACTED] habe bekundet, er habe sich nur die erste Lieferung von Multavigeräten der alten Fertigung angesehen, K[REDACTED] habe nach seiner Aussage mit dem Eingang der Apparate nichts zu tun gehabt. Das Berufungsgericht berücksichtigt indessen ausdrücklich die Aussagen beider Zeugen. Es hat ihnen aber erkennbar in diesen Punkten keinen Glauben geschenkt. Wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, spielte für die Würdigung des Berufungsgerichts eine Rolle, daß Sch[REDACTED] unstreitig mit der Überwachung des Ein- und Verkaufs betraut gewesen war. Gegen den Zeugen K[REDACTED] verwertet es weiter die Tatsache, daß eine Postkarte des Frö[REDACTED] vom 8. April 1952, in der die Lieferung eines Multavigeräts V angekündigt wird, das Handzeichen des Zeugen trägt. Zu Ungunsten beider Zeugen würdigt das Berufungsgericht schließlich den Umstand, daß ihnen als Fachkundigen der niedrige Preis des hochmodernen Modells Multavi V habe auffallen müssen. Diese Erwägungen lassen verfahrensrechtliche Verstöße nicht erkennen. Wenn die Revision sich darauf beruft, das Berufungsgericht hätte die Erklärung des Zeugen Sch[REDACTED], ihm sei ein Angebot der Klägerin über Multavi V "wahrscheinlich" unter die Hände gekommen, nicht dahin würdigen dürfe, daß dem Zeugen das

Gerät Multavi V als neues Gerät bekannt gewesen sei, so stellt sich das als unzulässiger Angriff gegen die Beweiswürdigung dar. Das Berufungsgericht sieht, wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben, als erwiesen an, daß der für die Kalkulation zuständige Zeuge Sch[REDACTED] und auch der Zeuge K[REDACTED] als Fachleute die technische Art und den Preis des Geräts Multavi V gekannt haben. Das Berufungsgericht war auch nicht genötigt, sich, soweit die Aussagen der Zeugen dem entgegenstehen, mit jeder Einzelheit ihrer Bekundung auseinanderzusetzen.

Fehl geht ferner die Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht verwertet, daß die Karte des Frö[REDACTED] vom 8. April 1952 mit plumpen Fehlern behaftet gewesen sei, weil auch Personen mit einfacher Schulbildung sich vielfach im Handel betätigten. Die Ansicht, daß derartig ungewandte Kleinkaufleute nicht mit größeren Mengen fabrikneuer Elektromarkenwaren zu handeln pflegen, läßt einen Verstoß gegen die Erfahrungssätze indessen nicht erkennen. Das Berufungsgericht setzt sich damit entgegen der weiteren Rüge der Revision auch nicht in Widerspruch zu seinen Ausführungen, für K[REDACTED] habe, da Frö[REDACTED] in seiner Wohnung eine kleine Werkstatt eingerichtet hatte, zunächst kein triftiger Anlaß bestanden, der Herkunft der Multavigeräte zu mißtrauen. Diese Erwägung bezieht sich auf die Besuche des Koch im Jahre 1950, bei denen es um den Verkauf alter Multavigeräte II gegangen war, die einen gebrauchten Eindruck gemacht hatten.

Nicht zu beanstanden ist weiter, daß das Berufungsgericht aus der Tatsache, daß Frö[REDACTED] die Geräte in Originalkartons der Klägerin geliefert hat und fehlende Gebrauchsanweisungen bei der Abteilung "Einkauf" reklamiert wurden, ungünstige Schlüsse gezogen hat. Mit den Rügen, die sich gegen diese Erwägungen wenden, begibt sich die Revision auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachenwürdigung. Da Sch[REDACTED] mit der Überwachung des Ein- und Verkaufs betraut, K[REDACTED] Einkäufer war und nach den eigenen Angaben der Beklagten sich ihr Inhaber beider An-

gestellten bedient hat, um den Besitz an den erworbenen Gegenständen auszuüben, läßt die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts einen Verfahrensverstoß nicht erkennen.

Weshalb das Berufungsgericht schließlich, wie die Revision meint, daraus, daß der Zeuge Schmidt die von Frö eingekauften Geräte normal, also auf Grund der niedrigen Einkaufspreise weit unter den Listenpreisen der Klägerin kalkuliert hat, den Schluß hätte ziehen müssen, der Zeuge habe keinerlei Argwohn geschöpft, ist nicht ersichtlich.

V.

Auch soweit die Revision sich gegen die Höhe der Schadensberechnung wendet, kann sie keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht geht von dem Listenpreis der Klägerin aus, hat aber als Schaden nicht den vollen Listenpreis angesetzt, sondern von ihm einen Mengenrabatt von 15 % abgezogen. Das Berufungsgericht meint, ein Schaden sei der Klägerin insoweit entstanden, als ihr der von der Beklagten im ordentlichen Geschäftsverkehr zu entrichtende Kaufpreis entgangen sei. Die Revision vermißt eine Feststellung, daß die Beklagte, wenn sie nicht die gestohlenen Geräte von Frö zu billigen Preisen hätte erwerben können, überhaupt von der Klägerin Geräte gekauft hätte, oder daß die Klägerin die entwendeten Geräte anderweit hätte verkaufen können. Diese zweite Erwägung könnte, so meint die Revision, nur Platz greifen, wenn die Klägerin bei Ausschöpfung der Kapazität ihre Produkte restlos hätte absetzen können. Derartige Feststellungen brauchte das Berufungsgericht aber nicht zu treffen. Nach § 287 ZPO entscheidet das Gericht, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Wenn das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 252 BGB davon ausgeht, daß unter gewöhnlichen Umständen der Schaden der Klägerin in dem ihr entgangenen Käufer-

lös besteht, so hat es der Vorschrift des § 287 ZPO gemäß sein Ermessen in einer nicht zu beanstandenden Weise walten lassen.

VI.

Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Großmann Dr.Gelhaar Dr.Spieler Dr.Mezger Dr.Messner