

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 150/71

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

9. Oktober 1973

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Baustoffhändlers Friedrich S [REDACTED],
[REDACTED] D [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die S [REDACTED] B [REDACTED]-AG,
[REDACTED] K [REDACTED]-D [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch Dr. L [REDACTED] und Reg.-Rat a.D. W [REDACTED], ebendort,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED].

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1973
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die
Richter Sonnabend, Scheffen, Dr. Steffen und Dr. Kullmann

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Hamm vom 24. Juni 1971 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin hatte dem Bauunternehmer St[REDACTED],
über dessen Vermögen im März 1968 das Konkursver-
fahren eröffnet worden ist, umfangreiche Kredite ein-
geräumt und für ihn eine selbstschuldnerische Bürg-
schaft übernommen. St[REDACTED] hatte deswegen durch
Vertrag vom 10. Juli 1964 der Klägerin zur Sicherung
ihrer Ansprüche Baumaschinen übereignet, u.a. auch
zwei Raupenbagger.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe
Anfang des Jahres 1968 einen dieser Bagger vom Bauhof
St[REDACTED]s ohne dessen Zustimmung abgefahren, um
sich wegen einer Forderung gegen St[REDACTED] zu befriedigen.

- 3 -

Der Beklagte, der angegeben habe, der Bagger sei später auf seinem Abstellplatz entwendet worden, hafte dennoch gemäß § 848 BGB auf Schadensersatz. Der Schaden betrage mindestens 45.000 DM.

Der Beklagte hat den Abtransport des Baggers bestritten; er hat behauptet, lediglich im Auftrag der Firma K [REDACTED] Baugeräte bei St [REDACTED] abgeholt zu haben. Im übrigen sei der hier fragliche Bagger bereits vor dem 10. Juli 1964, nämlich schon Ende 1963, von St [REDACTED] dem Landwirt Heinrich K [REDACTED] sen. sicherungsübereignet worden, so daß die Klägerin kein Eigentum mehr habe erlangen können.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 45.000 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurteilt, der Klägerin 29.000 DM nebst Zinsen zu zahlen; wegen des weitergehenden Klaganspruchs ist die Berufung erfolglos geblieben.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte Klageabweisung in vollem Umfang.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin Schadensersatz in Höhe von 29.000 DM nebst Zinsen zugebilligt, weil nach seiner Überzeugung der Beklagte den im Eigen-



tum der Klägerin stehenden Bagger durch verbotene Eigenmacht in Besitz genommen hat; deshalb müsse er auch für die von ihm behauptete nicht verschuldete Entwendung des Geräts einstehen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der in dem zwischen der Klägerin und St[REDACTED] geschlossenen Vertrag vom 10. Juli 1964 mit der Typnummer W 4-5878 aufgeführte Raupenbagger identisch ist mit dem Bagger mit der Typnummer W-7657. Es geht davon aus, daß für diesen Bagger gemäß § 1006 Abs. 2 BGB am 10. Juli 1964 das Eigentum des Sicherungsgebers Steinmeier zu vermuten war, sieht aber nicht als bewiesen an, daß St[REDACTED] vor diesem Zeitpunkt den Bagger dem Landwirt Heinrich K[REDACTED] sen. sicherungsübereignet hatte.

II.

Die Revision stellt nicht in Frage, daß trotz unrichtiger Bezeichnung im Sicherungsübereignungsvertrag vom 10. Juli 1964 die Identität des Raupenbaggers in dem vom Berufungsgericht angenommenen Sinne geklärt ist, sowie daß sich dieses Gerät im Besitz des Beklagten befunden hat und sein Verbleib nicht zu ermitteln ist.

Die Revision erhebt u.a. Verfahrensrügen.

1. Sie beanstandet, daß das Berufungsgericht bei der Würdigung der Aussage des lediglich im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen D[REDACTED] sich in Widerspruch zu der insoweit vom Landgericht vorgenommenen Beweismwürdigung gesetzt habe und daher verpflichtet gewesen wäre, diesen Zeugen nochmals selbst zu vernehmen (§ 398 ZPO).

Ob diese Rüge begründet ist, kann offen bleiben. Denn jedenfalls nötigt die zweite Verfahrensrüge der Revision zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

2. Die Revision rügt nämlich, das Berufungsgericht habe dem in der Berufungserwiderung gestellten Antrag des Beklagten nicht stattgegeben, den Landwirt Heinrich K[REDACTED] sen. als Zeugen darüber zu vernehmen, daß er im Jahr 1963 mit St[REDACTED] einen Vertrag abgeschlossen habe, durch den ihm der gesamte Gerätepark einschließlich der vorhandenen Bagger wegen eines Darlehens von 260.000 DM zur Sicherheit übereignet worden sei.

a) Insofern ergibt sich aus den Akten, daß der gemäß § 272 b ZPO zum Senatstermin vom 27. Mai 1971 geladene Heinrich K[REDACTED] sen. wegen Krankheit nicht erscheinen konnte. Er ist im weiteren Verfahren nicht mehr geladen und vernommen worden. Infolgedessen hat sich das Berufungsgericht mit dem in das Wissen von Heinrich K[REDACTED] sen. gestellten Vorbringen des Beklagten nicht auseinandergesetzt. Das wird von der Revision zu Recht beanstandet. Zwar kann es gerechtfertigt sein, unerledigte frühere Beweisanträge als überholt anzusehen, wenn sie nach der Beweisaufnahme nicht ausdrücklich wiederholt worden sind und wenn das Berufungsgericht eine erkennbar als erschöpfend gewollte Beweisaufnahme durchgeführt hat (BGH Urt.v.9.Januar 1969 - III ZR 174/66 - und 28. Mai 1969 - V ZR 38/66 - LM ZPO § 286 E7 Nr. 12 und 13). So liegt der vorliegende Fall aber nicht. Das Berufungsgericht hat keinen Beweisbeschluß erlassen, sondern hatte die Zeugen nach § 272 b ZPO geladen. Der Beklagte hatte als Berufungs-

beklagter das für ihn günstige landgerichtliche Urteil und die darin enthaltene Würdigung der beschworenen Aussage des Zeugen D[REDACTED] für sich. Er mußte nicht damit rechnen, daß das Berufungsgericht dieser Zeugenbekundung eine andere Wertung zuteil lassen würde, als es das Landgericht getan hatte. Er konnte vielmehr nach der wenig ergiebigen Vernehmung der Zeugen St[REDACTED] und K[REDACTED] jun. der Ansicht sein, daß, wenn dem Berufungsgericht die Aussage des Zeugen D[REDACTED] nicht ausreichen sollte, es dann auf seinen Beweisantrag auf Vernehmung des Landwirts K[REDACTED] sen. zurückkommen würde. Bei dieser Lage der Sache vermag der erkennende Senat nicht festzustellen, daß der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend auf die Vernehmung des Heinrich K[REDACTED] sen. verzichtet hat (§ 295 ZPO). Daß das Vorgehen des Berufungsgerichts vom Beklagten als eine erschöpfend gedachte Beweisaufnahme zu erkennen war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Zwar hatte es im Termin vom 27. Mai 1971 nach Vernehmung der Zeugen St[REDACTED] und K[REDACTED] jun. beschlossen - es kann dahinstehen, ob der als Anordnung gemäß § 272 b ZPO bezeichnete Beschluß in Wahrheit ein Beweisbeschluß war -, die Frage des Verkehrswertes des vom Beklagten in Besitz genommenen Baggers durch ein Sachverständigengutachten zu klären. Diese Anordnung ließ allerdings erkennen, daß der Senat geneigt war, die Haftung des Beklagten dem Grunde nach zu bejahen. Indes hat sodann der Berichterstatter am 7. Juni 1971 in einem den Prozeßbevollmächtigten der Parteien abschriftlich mitgeteilten Schreiben an den Sachverständigen und Zeugen R[REDACTED] die Frage der Identität des vom Beklagten in Besitz genommenen mit dem der Klägerin sicherungsübereigneten Bagger erörtert

und auf insoweit bestehende Zweifel hingewiesen. Das Berufungsgericht hat R. [REDACTED] dann auch im Termin vom 24. Juni 1971 eingehend zu der Frage der Identität, also nicht nur wie ursprünglich vorgesehen, zur Frage des Verkehrswertes vernommen. Der Umstand, daß das Berufungsgericht nach dem Termin vom 27. Mai 1971 doch noch die Frage der Identität für aufklärungsbedürftig hielt, konnte in dem Beklagten den Eindruck verstärken, daß die Beweisaufnahme zum Grund des Anspruchs noch nicht abgeschlossen war: Er hatte deshalb umso weniger Anlaß, auf die Vernehmung des Zeugen Heinrich K. [REDACTED] sen. zu verzichten, wenn es auf dessen Aussage ankommen sollte.

Die in das Wissen des Zeugen Heinrich K. [REDACTED] sen. gestellten Tatsachen waren auch nicht unerheblich. Denn dafür, daß er möglicherweise bei seiner Vernehmung zur Aufklärung des Sachverhalts hätte beitragen können, spricht das Schreiben der Firma Herbert Steinmeier an K. [REDACTED] sen. vom 15. November 1963 (Bl.72 d.A.). Darüber hinaus ist in dem vom Berufungsgericht erwähnten im Strafverfahren gegen Herbert Steinmeier ergangenen Urteil festgestellt worden, daß Steinmeier zur Sicherung einer Forderung von 260.000 DM K. [REDACTED] sen. Geräte und Maschinen sicherungsübereignet hatte; es wird aaO weiter festgestellt, daß Steinmeier mit der Aufnahme von solchen Privatdarlehen schon 1963 begonnen hatte.

b) Das Berufungsgericht hätte angesichts dieser Umstände dem Antrag auf Vernehmung des Landwirts K. [REDACTED] sen. stattgeben müssen, zumal dieser als Dar-

lehnsgeber bzw. als Eigentümer der für die Darlehnsvaluta mit einer Grundschuld belasteten Grundstücke die Vorgänge genau kennen dürfte.

Das Unterlassen der Vernehmung stellt einen Verfahrensmangel dar (§ 286 ZPO). Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das angefochtene Urteil auf diesem Fehler beruht.

III.

Da somit das Berufungsurteil keinen Bestand haben kann, kommt es auf die weiteren Rügen der Revision nicht an. Dem Beklagten ist unbenommen, dieses weitere Vorbringen bei der neuen Verhandlung der Sache vor dem Berufungsgericht vortragen zu lassen.

Dr. Weber

Sonnabend

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Kullmann