

Gesetz: HGB § 346

27

Rechtssatz: Wer sich auf einen Handelsbrauch beruft, muß
dessen Bestehen behaupten und im Streitfall
beweisen.

Aktenzeichen: II ZR 314/55

Urt. des BGH v. 28. Mai 1956

OLG Hamburg

Verkündet

am 28. Mai 1956

Jodas, 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 Schneiderin Edith B [REDACTED] in H [REDACTED],
H [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

die Firma Hans-Otto F [REDACTED], Kommanditgesell-
schaft in H [REDACTED]-L [REDACTED], K [REDACTED]str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1956
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück,
Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 22. Juni 1955 wird zurück-
gewiesen. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt Import-, Export- und Maklergeschäfte. Die Beklagte kauft Stoffe, die sie zu Röcken vernäht und als Fertigware weiterverkauft.

Mit dem Schreiben vom 19. Juli 1954 erteilte die Klägerin der Beklagten drei Aufträge zur Lieferung von Röcken zu fixen Terminen, die später im Einverständnis beider Parteien hinausgeschoben und auf den 18., 24. und 30. September 1954 festgelegt wurden. Ein Verlangen der Beklagten um weitere Hinausschiebung lehnte die Klägerin unter Androhung von Schadensersatzansprüchen ab. Die Beklagte hat zu den vorerwähnten Terminen nicht geliefert.

Die Klägerin beruft sich darauf, daß infolge der Anwendbarkeit des § 376 HGB die Setzung einer Nachfrist nicht erforderlich gewesen sei. Sie behauptet, infolge der Nichtlieferung einen Verdienstausfall erlitten zu haben, und macht von dem behaupteten Schaden einen Teilbetrag von 1100 DM mit Zinsen geltend.

Die Beklagte hat in der Klagebeantwortung vorgetragen, sie habe die Liefertermine nicht einhalten können, weil auch ihr Lieferant nicht rechtzeitig geliefert hätte. Die Klägerin beanstandete dieses Vorbringen als nicht genügend substantiiert. Mit Schriftsatz vom 22. November 1954 trug die Beklagte weiter vor, nach den Gepflogenheiten der Textilbranche und den Einheitsbedingungen für den Textilhandel habe die Vereinbarung eines fixen Liefertermins nur zur Folge, daß bei nicht pünktlicher Lieferung der Käufer vom Vertrage zurücktreten, jedoch keinen Schadensersatz geltend machen könne. Sie erbot sich zur Vorlage der Einheitsbedingungen. Mit einem weiteren Schriftsatz von demselben Tage verkündete sie der Firma A. & E. als ihrer Vorlieferantin den Streit.



Das Landgericht hat den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Nunmehr trat die Firma A [REDACTED] & E [REDACTED] der Beklagten bei und legte ebenso wie diese Berufung ein. In der Berufungsbegründung machte sie unter Beweisantritt nähere Ausführungen darüber, daß und wie sich die Beklagte die rechtzeitige Lieferung der Stoffe gesichert^{geha} habe und wie sie selbst und die Beklagte sich um Ersatzlieferungen bemüht hätten. Die Klägerin bestritt in der Berufsungsbeantwortung den Vortrag der Beklagten sowohl über die Versuche zur Beschaffung der Ware wie über die Gepflogenheiten in der Textilbranche und den Inhalt der "angeblichen" Einheitsbedingungen.

Im Schriftsatz vom 28. Mai 1955 behauptete die Klägerin weiter, Ware der zu liefernden Art habe zu den Kontrakts-terminen in verschiedenen Einzelhandelsgeschäften Hamburgs ausgelegen. Darauf entgegnete die Beklagte mit einem im Termin am 1. Juni 1955 überreichten Schriftsatz von demselben Tage, die Klägerin sei zwecks Herabminderung des Schadens verpflichtet gewesen, von einer solchen Möglichkeit anderweiter Beschaffung der Ware Gebrauch zu machen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen; mit der Revision wiederholt diese ihren Antrag auf Abweisung der Klage, die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Beklagte hat im Berufungsrechtszuge dem Landgericht vorgeworfen, es habe die ihm nach § 139 ZPO obliegende Aufklärungspflicht verletzt, weil es sie nicht auf die Notwendigkeit hingewiesen habe, ihren Vortrag darüber näher zu substantiieren, daß und warum sie an der Einhaltung der Lie-

ferfrist kein Verschulden treffe. Das Berufungsgericht hat diese Verfahrensrüge als unbegründet und die im Berufungsverfahren vorgebrachte Ergänzung nach § 529 Abs 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Es mag zwar zweifelhaft sein, ob die Verfahrensrüge mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung zurückgewiesen werden konnte, denn es handelt sich hier nicht, wie im Falle der Entscheidung BGHZ 7, 208 [211] um Unterlassung eines zweckdienlichen Antrags oder wie in den vom Berufungsgericht angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 157, 228 [2347]) und des Bundesgerichtshofs (Urt v 30. Januar 1953 - VI ZR 32/52, VerkRSlg 5, 176) um einen nach § 831 BGB möglichen, aber nicht angetretenen Entlastungsbeweis. Es könnte daher nahe liegen, hier die in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. Mai 1942 (RGZ 169, 353 [3567]) entwickelten Grundsätze anzuwenden. Aber der Vortrag der Beklagten, ihre Lieferanten hätten sie trotz Hinweises auf die Wichtigkeit der Liefertermine und trotz Mahnung nicht rechtzeitig beliefert, ist auch nach dem Vortrag von Einzelheiten noch nicht schlüssig, denn es lag im Vertragsrisiko der Beklagten, für diese rechtzeitige Lieferung zu sorgen, und die Voraussetzungen einer Unmöglichkeit der Lieferung (§ 279 BGB) wären auch dann nicht erfüllt, wenn der Vortrag der Beklagten hierüber und über ihre vergeblichen Bemühungen der Beschaffung von Ersatz bei einigen Hamburger Händlern als richtig unterstellt werden.

II. Auch der Hinweis der Beklagten auf einen von der Regel des § 376 HGB abweichenden Handelsbrauch steht dem Klageanspruch nicht entgegen. Der Revision kann zwar darin gefolgt werden, daß es zur Abweichung von einem bestehenden Handelsbrauch einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft hätte (Urteil des erkennenden Senats vom 14. November 1951, II ZR 41/51, MDR 1952, 155). Die Feststellung eines solchen

Handelsbrauchs als solchen ist aber, wie der Senat in derselben Entscheidung ausgeführt hat, ausschließlich Sache des Tatrichters und in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbar (Baumbach-Duden 12. Aufl Anm 3 D zu § 346 HGB). Daraus folgt zwingend, daß eine Partei, die sich auf einen Handelsbrauch beruft, dessen Bestehen behaupten und beweisen muß (v. Godin Grossk. 2. Aufl Anm 7 und 13 zu § 346 HGB). Die insoweit mißverständliche Äußerung bei Baumbach-Duden (aaO) beruft sich auf die Entscheidung RGZ 131, 149 1507, die aber nicht einen Handelsbrauch, sondern ein nicht revisibles Landesgesetz behandelt. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, die Klägerin habe einen entsprechenden Handelsbrauch nicht mit hinreichender Substantiierung vortragen. Entgegen der Meinung der Revision liegt darin kein Verstoß gegen sachliches Recht.

III. In dem Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe es unterlassen, sich rechtzeitig einzudecken, sieht das Berufungsgericht zutreffend den Einwand eines mitwirkenden Verschuldens. Es sieht aber mit Recht ein Verschulden der Beklagten darin, daß sie von der Möglichkeit einer solchen Eindeckung keinen Gebrauch machte, wenn sie möglich war. Es trifft zu, daß die Klägerin zunächst einmal abwarten durfte, ob die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Lieferung nachkommen würde. Das Berufungsgericht vermißt auch mit Recht einen Vortrag darüber, zu welchem Preise eine solche Eindeckung vor Ablauf der Lieferfrist möglich gewesen wäre und den Schaden hätte mindern können.

Da weitere Verfahrensrügen nicht erhoben sind, so war

die hiernach unbegründete Revision mit der sich aus § 97 ZPO
ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Haager