

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Pokrant und Dr. Büscher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 25. Juni 1997 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Transportunternehmen, macht gegen die Beklagte, eine in Liquidation befindliche Schuhfabrik, eine Ausgleichsforderung in Höhe von 190.950,06 DM für nicht in Anspruch genommene Transportleistungen geltend.

Zwischen den Parteien bestand ein sogenannter Distributionsvertrag vom 8. Mai 1991, in dem es u.a. wie folgt heißt:

§ 1 - Gegenstand der Transportpflicht

1. Der Auftraggeber überträgt hiermit dem Auftragnehmer die gesamte Auslieferung seiner Produkte an seine Kunden. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, auch darüber hinausgehende Transporte des Auftraggebers auszuführen.

...

§ 8 - Dauer des Vertrages, Kündigung

1. Der Vertrag wird zunächst bis zum 31.12.1996 fest abgeschlossen. ...

...

3. Für den Fall der Kündigung des Vertrages bzw. der Nichteinsetzung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber bis zum 31.12.1996 zahlt der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine minimale Pauschalvergütung von 7,1 % des Vorjahresumsatzes pro Monat jeweils zuzüglich gültiger Mehrwertsteuer.

...

Am 5. Mai 1992 beschloß die Gesellschafterversammlung der Beklagten deren Liquidation.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe für die Beklagte in der Zeit von April bis Juni 1991 Transportleistungen erbracht, für die sie insgesamt 32.017,13 DM in Rechnung gestellt und auch erhalten habe. Danach habe die Beklagte keine Transportaufträge mehr erteilt. Sie habe erst im Februar 1993 zuverlässige Kenntnis von der Liquidation der Beklagten und der Einstellung ihres Geschäftsbetriebs erhalten. Deshalb sei es ihr im hier relevanten Zeitraum nicht möglich gewesen, die Fahrzeuge anderweitig einzusetzen. Zur Durchführung der Transporte habe sie langfristige Leasingverträge über die

- 4 -

benötigten Fahrzeuge abgeschlossen; hierfür zahle sie monatliche Leasingraten von 8.144,82 DM.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe aus § 8 Nr. 3 des Distributionsvertrages für die Zeit von Juli 1991 bis März 1993 eine Ausgleichsforderung in Höhe von 190.950,06 DM zu. Ausgehend von dem vierteljährlichen Umsatz in der Zeit von April bis Juni 1991 in Höhe von 32.017,13 DM ergebe sich ein Monatsumsatz von 10.672,37 DM und ein Jahresumsatz von 128.068,44 DM. 7,1 % hiervon seien 9.092,86 DM, so daß sich für die Zeit von Juli 1991 bis März 1993 ein Betrag von 190.950,06 DM errechne.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Auf die Revision der Klägerin hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urt. v. 7.3.1996 - I ZR 68/94, NJW-RR 1996, 1120). Der Senat hat die Ansicht vertreten, daß im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln sei, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn sie den Fall der Produktionseinstellung vorausgesehen hätten.

Das Berufungsgericht hat mit Beschluß vom 7. Februar 1997 die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der wirtschaftlichen Situation und Geschäftsentwicklung der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 8. Mai 1991 und über die Möglichkeiten der Klägerin, Ersatzaufträge zu



akquirieren, angeordnet. Es hat die Einholung des Gutachtens davon abhängig gemacht, daß die Klägerin innerhalb einer ihr gesetzten Frist einen Kostenvorschuß in Höhe von 15.000,-- DM einzahlt.

Nach fruchtlosem Ablauf der (letztmals) bis zum 2. Mai 1997 verlängerten Frist zur Einzahlung des Kostenvorschusses und nach Zurückweisung eines von der Klägerin am 2. Mai 1997 gestellten Prozeßkostenhilfeantrags hat das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen Vertragsanspruch der Klägerin verneint. Dazu hat es ausgeführt:

Das Berufungsgericht sei zwar an die rechtliche Beurteilung des Streitfalls durch den Bundesgerichtshof gebunden, wonach die Regelungslücke, die aufgrund der aus wirtschaftlichen Gründen erfolgten Produktionseinstellung der Beklagten entstanden sei, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden müsse. Eine Schließung dieser Lücke durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens sei dem Senat jedoch verwehrt. Die Klägerin sei mit dem Beweis der für die ergänzende Vertragsauslegung festzustellenden Tatsachen, die sich aus dem Revisionsurteil und dem danach ergangenen Beweisbeschluß vom 7. Februar 1997 ergäben, im vorliegenden Verfahren aus-

geschlossen, weil sie den ihr auferlegten Kostenvorschuß für die Einholung des Sachverständigengutachtens nicht eingezahlt habe und ihr die beantragte Prozeßkostenhilfe versagt worden sei. Die prozessuale Rechtsfolge der Versäumung der Frist zur Einzahlung eines vom Gericht angeordneten Auslagenvorschusses bestehe, wenn nicht vorher Prozeßkostenhilfe bewilligt worden sei, darin, daß die Ladung des Zeugen oder die Beauftragung des Sachverständigen unterbleibe.

Da der Sachverständige nicht beauftragt worden sei, ein Gutachten zur wirtschaftlichen Situation und Geschäftsentwicklung der Beklagten bei Vertragsschluß am 8. Mai 1991 nach dem Übergang von der Planwirtschaft in die Marktwirtschaft zu erstatten, sei die beweisbelastete Klägerin für diejenigen Tatsachen beweisfällig geblieben, die für eine Schließung der im Vertrag vom 8. Mai 1991 enthaltenen Regelungslücke festgestellt werden müßten.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Die Revision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin ohne Durchführung einer Beweisaufnahme erneut zurückgewiesen hat, weil die Klägerin den ihr auferlegten Kostenvorschuß nicht innerhalb der hierfür gesetzten Frist eingezahlt hatte und ihr zuvor auch nicht Prozeßkostenhilfe bewilligt worden war.

Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß die Vorschußanordnung zu Lasten der Klägerin im Beweisbeschluß vom 7. Februar 1997 nicht auf § 379 Satz 1, § 402 ZPO gestützt werden konnte. Nach allgemeiner Auffassung ist

nur diejenige Partei Beweisführer i.S. von § 379 Satz 1 ZPO, die den Beweis angeboten hat (vgl. BGH, Urt. v. 8.1.1964 - VIII ZR 123/62, LM ZPO § 379 Nr. 1; Urt. v. 4.6.1969 - IV ZR 729/68, FamRZ 1969, 477, 478; Zöller/Greger, ZPO, 21. Aufl., § 379 Rdn. 4; MünchKommZPO/Damrau, § 379 Rdn. 2; Thomas/Putzo, ZPO, 21. Aufl., § 379 Rdn. 2). Die materielle Beweislast bestimmt den Vorschußschuldner nur dann, wenn das Beweismittel von beiden Parteien beantragt worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 8.6.1999 - VI ZR 220/98, Umdr. S. 8, m.w.N.). Da die Klägerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht beantragt hat, durfte das Berufungsgericht sie auch nicht gemäß § 379 Satz 1 ZPO mit einem Auslagenvorschuß hierfür belasten.

Auch § 68 Abs. 3 Satz 1 GKG läßt sich nicht als Grundlage für die Vorschußanordnung zu Lasten der Klägerin heranziehen. Nach dieser Vorschrift ist es zwar zulässig, für Handlungen, die von Amts wegen vorgenommen werden, einen Vorschuß zur Deckung der Auslagen zu erheben. Das gilt aber nicht für eine - wie im Streitfall - gemäß § 144 Abs. 1 ZPO von Amts wegen angeordnete Beweisaufnahme (vgl. BGH, Urt. v. 27.11.1975 - X ZR 29/75, MDR 1976, 396; Zöller/Greger aaO § 144 Rdn. 1; Musielak/Stadler, ZPO, § 144 Rdn. 9; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 144 Rdn. 7; MünchKommZPO/Peters, § 144 Rdn. 20). Denn es wäre widersprüchlich, die in § 144 Abs. 1 ZPO enthaltene Durchbrechung des Beibringungsgrundsatzes auf der Ebene des Kostenrechts wieder rückgängig zu machen. Bei der Einzahlung eines nach § 68 Abs. 3 Satz 1 GKG verlangten Auslagenvorschusses für eine von Amts wegen angeordnete Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten handelt es sich mithin nicht um eine Prozeßhandlung, deren Versäumung gemäß § 230 ZPO den Ausschluß der von der Vorschußleistung abhängig gemachten Beweisaufnahme zur Folge hat. Danach war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben:

a) Es wird zunächst zu überprüfen haben, ob der angeordnete Sachverständigenbeweis beim gegenwärtigen Sach- und Streitstand überhaupt ein geeignetes Beweismittel darstellt, um die Lücke im Vertrag im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen.

Das Wesen der nach dem ersten Revisionsurteil erforderlichen ergänzenden Auslegung besteht darin, eine lückenhafte rechtsgeschäftliche Regelung nach Maßgabe des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen. Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Vorhandene Lücken sind im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise auszufüllen, daß die Grundzüge des konkreten Vertrages "zu Ende gedacht" werden (vgl. BGHZ 84, 1, 7; 90, 69, 77; 135, 387, 392). Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ist daher neben dem übrigen Vertragsinhalt und den sonstigen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Umständen vor allem dem tatsächlichen Willen der Parteien, soweit dieser feststellbar ist, wesentliche Bedeutung beizumessen. Denn da eine inhaltliche Abänderung des Vertrages im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nicht erfolgen darf (BGHZ 9, 273, 279), kann das, was dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien widerspricht, nicht als Inhalt ihres hypothetischen Willens gelten (BGHZ 90, 69, 77; BGH, Urt. v. 31.1.1995 - XI ZR 56/94, BGHR, BGB § 157 - Ergänzende Auslegung Nr. 17).

Im Hinblick auf die erforderliche Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens wird das Berufungsgericht daher zunächst festzustellen haben, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Die Klägerin hat zu ihrer Gewinnerwartung eingehend unter Beweisantritt vorgetragen (vgl. Schriftsatz v. 30.6.1993, Schriftsatz v. 16.9.1996). Diesem Vorbringen wird das Berufungsgericht in erster Linie nachzugehen haben. Dabei obliegt der Klägerin die Beweislast für den von ihr behaupteten Sachverhalt, da sie aus dem Nachweis einer möglichst großen berechtigten Gewinnerwartung eine für sie günstige Ergänzung der vertraglichen Regelungslücke erstrebt. Der Beklagten obliegt demgegenüber die Darlegungs- und Beweislast für die von ihr geltend gemachte schlechte wirtschaftliche Prognose, da sie sich darauf beruft, die Gewinnerwartung der Klägerin sei von vornherein illusorisch gewesen.

Die objektive Prognose der wirtschaftlichen Situation und der Geschäftsentwicklung, die das Berufungsgericht zum Thema des von ihm angeordneten Sachverständigenbeweises gemacht hat, ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung - wie aus den Darlegungen im ersten Revisionsurteil deutlich wird (Seite 14) - nur insoweit von Bedeutung, als sie geeignet erscheint, den Wert der von der Klägerin mit dem Abschluß des Distributionsvertrages verbundenen Gewinnerwartung zu beeinflussen. Die mutmaßliche vertragliche Regelung des Falles einer aus wirtschaftlichen Gründen erforderlichen Produktionseinstellung ist daher in erster Linie durch Anknüpfung an die individuelle Gewinnerwartung beider Parteien zu ermitteln, die ihrerseits durch eine objektive Prognose der Geschäftsentwicklung der Beklagten beeinflusst, nicht jedoch ersetzt werden kann. Nur dann, wenn sich die von der Klägerin behauptete Zusicherung der Beklagten nicht feststellen läßt, kommt es maßgeblich auf die objektive Prognose an. Denn in diesem Fall gibt es keine andere Bezugsgröße für die Bestimmung der berechtigten Gewinnerwartung der Klä-

gerin; hierbei wird das Berufungsgericht gegebenenfalls von § 287 ZPO Gebrauch zu machen haben.

b) Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des zweiten Beweisthemas im Beweisbeschuß vom 7. Februar 1997, zu dem allein die Beklagte Sachverständigenbeweis angeboten hat, die Beweislast ersichtlich der Klägerin auferlegen wollen. Dies erscheint nicht frei von rechtlichen Bedenken. Die Möglichkeit, den Ausfall von Aufträgen der Beklagten durch die Akquisition von anderen Transportaufträgen zu kompensieren, stellt einen für die Beklagte günstigen Umstand dar, für den ihr nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast obliegt. Diese Beweislastverteilung folgt überdies aus dem in § 649 Satz 2 Halbs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken. Danach muß sich der Werkunternehmer im Falle der Kündigung des Werkvertrages durch den Besteller dasjenige auf seinen Vergütungsanspruch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 649 Satz 2 Halbs. 2 BGB hat der Besteller zu beweisen (vgl. BGHZ 131, 362, 365). Gleiches ergibt sich auch aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift muß der Schadensersatzschuldner - und nicht der Gläubiger - grundsätzlich diejenigen Umstände beweisen, die zu einer Minderung oder Beseitigung seiner Ersatzpflicht führen sollen (vgl. BGHZ 91, 243, 260).

Bei der Feststellung, innerhalb welchen Zeitraums die Liquidation der Beklagten durch Akquisition von Drittaufträgen hätte kompensiert werden können, wird es zunächst darauf ankommen, mit welcher Anzahl von Fahrzeugen die Klägerin im Raum Magdeburg präsent war. Diese Anknüpfungstatsache ist zwischen den Parteien unstreitig, da die Beklagte dem Vorbringen der Klä-

rin, in Magdeburg elf Fahrzeuge im Einsatz gehabt zu haben, nur insoweit entgegengetreten ist, als sie in Abrede stellt, daß die Klägerin allein vier der elf Fahrzeuge nur zur Erfüllung des streitgegenständlichen Distributionsvertrages angeschafft habe. Ferner werden die konkrete Marktsituation und die Marktchancen der Klägerin, die möglicherweise ohne sachverständige Hilfe nicht verläßlich bestimmt werden können, zu berücksichtigen sein.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Pokrant

Büscher