

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 23/73

URTEIL

Verkündet am
31. Januar 1975
Z u g ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Malzfabrik V [REDACTED] GmbH in V [REDACTED], vertreten
durch ihre Geschäftsführer August-W [REDACTED] ten H [REDACTED] in
V [REDACTED] und Werner ten H [REDACTED] in Bad Ha [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Münsterische Schiffahrts- und Lagerhaus AG, vertre-
ten durch ihren Vorstand Direktor Dr. D [REDACTED], Zweignieder-
lassung B [REDACTED]/Hafen,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1975 durch die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 31. Januar 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien stehen seit mehr als 2 Jahrzehnten in Geschäftsverbindung. Die Klägerin lagerte bei der Beklagten jährlich zur Erntezeit Braugerste ein, die sie dann nach Bedarf zum Vermälzen abrief. Im August 1962 vereinbarten die Parteien die Einlagerung von 4000 - 5000 to niedersächsischer Braugerste in dem mit einem Vakuumtrockner ausgestatteten Lager der Beklagten in B [REDACTED]-Hafen. Dabei übernahm die Beklagte die Feuchtigkeitsfeststellung im Zuge der Aufnahme, während die Sorten- und Eiweißbestimmung durch den von der Klägerin beauftragten vereidig-

- 3 -

ten Sachverständigen und Probenehmer Plappert vorgenommen werden sollte. Diesem stellte die Beklagte einen Büroraum in ihrem Betrieb zur Verfügung. Es wurden auch nähere Vereinbarungen über die sorten- und feuchtigkeitsmäßige Trennung der Ware, ihre Trocknung und Behandlung nach der Trocknung sowie die Unterrichtung der Klägerin über Umläufe und Temperaturen der Gerste getroffen (Schreiben der Beklagten vom 18. 8. 1962).

Die Braugerste wurde in der Zeit vom 15. August bis 6. September 1962 in zahlreichen einzelnen Partien von Landwirten, Händlern und Genossenschaften zum Lagerhaus der Beklagten angeliefert. Einige Partien wurden durch Plappert als nicht brauchbar zurückgewiesen. Die bei der Beklagten eingelagerte Gesamtmenge betrug insgesamt 4 580,692 to. Mit der Trocknung der in diesem Jahr erhebliche Feuchtigkeitsunterschiede aufweisenden und teilweise besonders feuchten Ware begann die Beklagte am 26. August 1962. Sie führte die Trocknung ohne Unterbrechung Tag und Nacht bis zum 1. Oktober 1962 durch. Bei der Auslieferung der Gerste an die Klägerin stellte sich heraus, daß sie überwiegend nicht mehr die zum Vermälzen erforderliche Keimfähigkeit von mindestens 95 % besaß. Insgesamt sollen 3 637,940 to zum Vermälzen unbrauchbar gewesen sein. Die Klägerin ließ im Januar 1963 Analysen des Staatsinstituts für angewandte Botanik in Hamburg erstellen (grüner Hefter); danach lag die Keimfähigkeit bei 21 untersuchten Partien - nach 120 Stunden - zwischen 42 und 87 %.



Die Klägerin hat vorgetragen, die Braugerste sei während der Lagerung bei der Beklagten durch unsachgemäße Behandlung in ihrer Keimfähigkeit geschädigt worden. Im Hinblick auf die von der Beklagten selbst festgestellten großen Feuchtigkeitsunterschiede sei es erforderlich gewesen, die angelieferten Parteien in mehr als nur zwei Feuchtigkeitsgruppen aufzuteilen. Außerdem habe die Beklagte für eine bessere Durchmischung der einzelnen Gruppen sorgen müssen, weil nur auf diese Weise eine zuverlässige Temperaturkontrolle möglich gewesen wäre. Auf diese sei es deshalb besonders angekommen, weil frisch geerntete Gerste, insbesondere wenn sie feucht und warm sei, zu atmen beginne, sich selbst erhitze und schließlich infolge Sauerstoffmangels ersticke oder doch in ihrer Keimfähigkeit stark beeinträchtigt werde. Die Beklagte habe auch zu spät mit der Trocknung begonnen und sich nicht darum bemüht, die Gerste in der Reihenfolge ihrer Anlieferung wegzutrocknen. Es hätten sich Liegezeiten von anfangs 11, später sogar mehr als 14 Tagen bis zur ersten Trocknung ergeben, was bei der teilweise hohen Feuchtigkeit notwendigerweise zu einer starken Beeinträchtigung der in Silozellen lagernden Gerste habe führen müssen. Ein weiterer Fehler der Beklagten bestehe darin, daß sie die Vortrocknung zu sehr forciert und dadurch die Keimfähigkeit der Gerste zusätzlich beeinträchtigt habe. Hinzu komme, daß die Beklagte nicht für eine hinreichende Auskühlung der Gerste nach der Vortrocknung gesorgt und auch die Temperaturkontrollen nicht sorgfältig genug durchgeführt habe. Schließlich habe die Beklagte eine nach der Trocknung noch hinreichend keimfähige Partie Wisa I mit einer stärker geschädigten

Partie Wisa II vermischt, so daß auch die Partie Wisa I teilweise nicht mehr habe für Brauzwecke verwendet werden können. Den ihr entstandenen Schaden hat die Klägerin auf insgesamt 195 944,16 DM beziffert. Hiervon hat sie einen Teilbetrag von zunächst 20 000,-- DM, im zweiten Rechtszug 30 000,-- DM mit der Klage gefordert. Sie hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie
30 000,-- DM nebst 8 % Zinsen seit
dem 21. Februar 1964 zu zahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Gerste habe schon bei der Anlieferung in erheblichem Umfang nicht mehr eine Keimfähigkeit von 95 % gehabt. Die von dem Sachverständigen P. durchgeführten Kontrollen seien nicht ausreichend gewesen, weil P. Keimfähigkeitsuntersuchungen mit dem Vitameter nur stichprobenartig und in zu geringer Zahl vorgenommen sowie sich hierbei im wesentlichen auf Partien mit geringer Feuchtigkeit beschränkt habe, obwohl auch feuchtere und äußerlich unverdächtige Partien hätten vorgetrocknet und in der Keimfähigkeit geschädigt sein können. Sie habe die Ware vertragsgemäß behandelt und gelagert. Wenn es zu Schwierigkeiten gekommen sei, so beruhe dies darauf, daß die Gerste zunächst nur zögernd, dann aber in so großen Mengen angeliefert worden sei, daß sie die Anlieferungen mit ihrer Trockenanlage nicht habe voll bewältigen können. Es gehe zu Lasten der Klägerin, daß sie sich nicht an die Absprache gehalten habe, täglich nicht mehr als 250 bis 300 to anliefern zu lassen. Keimschädigungen bis zur Trocknung habe sie - die Beklagte - dadurch verhindert, daß sie die Gerste ständig durch Umläufe bewegt habe. Zudem habe sich nachteilig ausgewirkt,

daß die Klägerin in diesem Jahr auf eine Aspiration (Reinigung) verzichtet habe. Die Beklagte hat sich ferner auf die Haftungsbeschränkungen der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen berufen, die, wie sie behauptet hat, Vertragsinhalt geworden seien.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten nach dem zuletzt gestellten Klageantrag. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Klageanspruch in erster Linie deshalb für unbegründet, weil nicht erwiesen sei, daß die Braugerste, soweit sie von der Klägerin als in der Keimfähigkeit geschädigt bezeichnet werde (etwa 3.637 to), im Zeitpunkt der Einlagerung bei der Beklagten - unter Berücksichtigung einer mit der Einlagerung verbundenen zulässigen Vermischung im Lagerhaus der Beklagten - noch eine Keimfähigkeit von mindestens 95 % besessen habe (BU 20, 23, 31). Nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Dr. Seidel seien die von dem Sachverständigen P. bei der Anlieferung der Gerste durchgeführten Keimfähigkeitsuntersuchungen zahlenmäßig unvollkommen gewesen (BU 29). P. habe von insgesamt 347 einzelnen Lieferungen nur 61 (etwa 17 %) mit dem Vitameter auf ihre Keimfähigkeit untersucht. Außerdem habe er bei diesen Untersuchungen die weniger feuchten Partien bevorzugt, die feuchteren aber vernachlässigt; er habe von 69 Anlieferungen mit einer Feuchtigkeit unter 20 %

insgesamt 37 (53,6 %) und von 278 Anlieferungen mit einer Feuchtigkeit von 20 % und mehr nur 24 (8,6 %) untersucht. Hierbei sei übersehen worden, daß gerade auch feuchte und überfeuchte Partien bei der Anlieferung in der Keimfähigkeit möglicherweise geschädigt gewesen seien. Es sei erforderlich gewesen, jede der insgesamt über 300 Anlieferungen oder doch den größeren Teil von ihnen auf Keimfähigkeit und Güte zu untersuchen (BU 29). Durch bloßen Sinnenbefund hätten sich Keimfähigkeitsmängel nicht mit Sicherheit feststellen lassen (BU 30).

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, daß es bei der Einlagerung von Braugerste auf die Erhaltung der Keimfähigkeit besonders ankommt und in dem Absinken der Keimfähigkeit auf weniger als 95 % (95 % der Körner) eine Beschädigung des Lagergutes im Sinne der §§ 417 Abs. 1, 390 Abs. 1 HGB liegen kann. Es verletzt aber § 286 ZPO, indem es nicht alle für die Beweiswürdigung maßgebenden tatsächlichen Umstände berücksichtigt und auch zu strenge Anforderungen an die Beweisführung der Klägerin stellt. Von besonderer Bedeutung ist zunächst, daß nur Gerste zur Einlagerung gelangte, die der von der Klägerin beauftragte - inzwischen verstorbene - Sachverständige P. [REDACTED] als einwandfrei und für Brauzwecke voll brauchbar ansah. P. [REDACTED] war unstreitig ein erfahrener Sachverständiger. Für ihn traf ersichtlich zu, was der gerichtliche Sachverständige zur Beurteilung nach dem äußeren Sinnenbefund ausgeführt hat, daß man nämlich bei entsprechender Erfahrung aus einer Summe von Teileigenschaften

der Gerste wie Farbe, Form, Größe, Verletzung auf Spelzenfreiheit der Körner, Ausbildung und Beschaffenheit des Keimlings, Geruch der Gerste und Beschaffenheit möglicherweise auftretender grüner Gersten, Hinweise auf die mehr oder weniger gute Eignung der Gerste als Braugerste erhalten kann (Ergänzungsgutachten vom 20.12.1971 S. 8 - Hülle GA 702). Dem Berufungsgericht kann daher nicht zugestimmt werden, wenn es meint, es sei erforderlich gewesen, alle oder doch den größeren Teil der insgesamt über 300 Einzelanlieferungen mit dem Vitameter auf Keimfähigkeit zu untersuchen. Vielmehr entspricht es den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen, daß P. sich im Rahmen des § 286 ZPO darauf beschränken konnte, Keimfähigkeitsuntersuchungen stichprobenartig und nur in Zweifelsfällen durchzuführen, und seine Erklärung, es sei nur einwandfreie, gute und wertvolle niedersächsische Braugerste hereingenommen worden (Gedächtnisprotokoll vom 25.11.1962 - GA 183), darum mehr Gewicht hat, als das Berufungsgericht annimmt. Dies gilt umso mehr, als P. nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin (GA 342, 500) in früheren Jahren noch kein Vitameter zur Verfügung hatte, seine Keimfähigkeitskontrollen zu Beanstandungen aber gleichwohl keinen Anlaß gaben (vgl. zu diesem Verfahren den vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall in HRR 1942 Nr. 764).

Es kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht anerkannt werden, daß es fehlerhaft oder auch nur unzweckmäßig gewesen sei, die weniger feuchten und möglicherweise vorgetrockneten Partien verstärkt mit dem Vitameter zu überprüfen. Die Beklagte muß sich insoweit schon entgegenhalten lassen, daß sie es war, die mit ihrem Schreiben an die Klägerin vom 18. August 1962 anregte, besonderes Augenmerk auf diese

Partien zu richten, weil Landhandel und Genossenschaftslager aufgrund nicht immer vorhandener Fachkenntnisse in der Braugerstentrocknung Ware zur Anlieferung gelangen ließen, die nicht in jedem Falle den gewünschten Qualitäten entspreche. P. [REDACTED] hat sich dem ersichtlich angeschlossen. Der gerichtliche Sachverständige hat dieses Vorgehen nicht mißbilligt, sondern zum Ausdruck gebracht, daß es der allgemeinen Erfahrung entsprochen habe (ErgG S. 5). Außerdem bestätigen die von P. [REDACTED] durchgeführten Keimfähigkeitsuntersuchungen gerade, daß es sinnvoll war, die weniger feuchten Parteien einer verstärkten Kontrolle zu unterziehen. Denn wie der gerichtliche Sachverständige festgestellt hat (ErgG S. 9, 36), ergaben sich nicht befriedigende Ergebnisse nur bei Parteien geringerer Feuchtigkeit, nämlich bei zwei Proben mit einer Feuchtigkeit von 17,5 bzw. 16,7 %; die Keimfähigkeit betrug hier 85 bzw. 90 %. Die feuchteren Parteien erwiesen sich dagegen ausnahmslos als voll oder doch hinreichend keimfähig. Dies legt bei Berücksichtigung der von Flappert angewandten Prüfungsmethode und seiner unbestrittenen Erfahrung den weiteren Schluß nahe, daß die nicht untersuchten feuchteren Parteien erst recht die erforderliche Keimfähigkeit besaßen, und erklärt zugleich, weshalb P. [REDACTED] keine Veranlassung sah, die feuchteren Parteien vermehrt mit dem Vitameter zu untersuchen. Auch begründet bereits der Umstand, daß nur zwei der insgesamt 61 ausgewählten Proben eine etwas verminderte Keimfähigkeit hatten, eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß die entscheidende Schädigung während der Einlagerung bei der Beklagten eingetreten ist.

Ein auch schon für die Beurteilung der Qualität der Gerste im Zeitpunkt der Einlagerung wesentlicher Gesichtspunkt liegt weiter darin, daß der gerichtliche Sachver-

ständige in seinem Gutachten vom 24. Juni 1968 (GA 303) und, aufgrund weiterer Unterlagen und Untersuchungen, besonders eingehend in seinem Ergänzungsgutachten eine Reihe von Umständen aufgezeigt hat, die nach seiner Beurteilung dafür sprechen, daß die Gerste in ihrer Qualität und Keimfähigkeit während der Einlagerung bei der Beklagten ganz erheblich beeinträchtigt worden ist. So hat der Sachverständige unter Hinweis auf das besonders feuchte Erntejahr und die von der Beklagten selbst festgestellten großen Feuchtigkeitsunterschiede ausgeführt, ein Behandlungsmangel liege bereits darin, daß die Braugersteneingänge nicht in mehr als nur zwei Feuchtigkeitsgruppen aufgeteilt worden seien (ErgG S. 40, 46); die Beklagte habe für eine bessere Durchmischung der von ihr gebildeten Teilmengen sorgen müssen, um die Temperatur in den Silozellen - bis zur Trocknung - besser überwachen und Erwärmungen rechtzeitig feststellen zu können (ErgG S. 40, 42 ff); sie habe eher mit der Trocknung beginnen (ErgG S. 54, 55) und die Klägerin von aufkommenden Schwierigkeiten unterrichten müssen (ErgG 60); die Partie Wisa II (978, 547 to) sei aller Wahrscheinlichkeit nach während der Vorlagerung bis zur Trocknung in der Keimfähigkeit geschädigt worden (ErgG S. 49, 52); bei der Mischpartie (2.697,200 to) seien starke Schädigungen und sogar totale Verluste aller Wahrscheinlichkeit nach während der Vorlagerung eingetreten (ErgG S. 50, 51, 52); hinsichtlich des Inhalts einzelner Zellen bezeichnet er solche Schädigungen sogar als höchst wahrscheinlich (ErgG S. 49), als mit größter Wahrscheinlichkeit eingetreten (ErgG S. 50) und als nachgewiesen (ErgG S. 51). Der Sachverständige hat auch darauf hingewiesen, daß die Hereinnahme schon in der Keimfähigkeit geschwächter Partien nur "zögernd" zu einer entscheidenden Schädigung des Gesamtbestandes geführt haben könne (ErgG S. 37, 39).

Nach seinen Berechnungen wäre beispielsweise selbst bei Zumischung von 15 % Gerste mit nur 70 % Keimfähigkeit zu im übrigen voll keimfähiger Gerste immer noch ein Durchschnittswert von 95,5 % erreicht worden (ErgG S.36). Der Sachverständige hat demgemäß zum Ausdruck gebracht, daß die bei der Auslagerung festgestellte starke Minderung der Keimfähigkeit bei den Teilmengen Wisa II und Mischpartie jedenfalls nicht mit der Zulagerung schon geschädigter Partien erklärt werden könne (ErgG S. 39). Das Berufungsgericht meint hierzu (BU 24), diese Worte des Sachverständigen könnten darauf hindeuten, daß er seine früheren Angaben über den möglichen Zustand der Gerste bei der Anlieferung wieder einschränken wolle, nimmt dann aber an, diese Stellungnahme des Sachverständigen habe keine Verbindlichkeit. Wie es zu dieser Beurteilung gelangen konnte, bleibt indessen unklar, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß der Sachverständige mit dieser Schlußfolgerung ersichtlich die Ergebnisse seiner weiteren Untersuchungen zusammenfassen und in diese Zusammenfassung auch seine frühere Stellungnahme einbeziehen wollte. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht den Sachverständigen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO zu dem Ergänzungsgutachten befragen müssen, wenn es seinen Ausführungen gleichwohl entnehmen wollte, der von der Klägerin zu führende Beweis sei nicht erbracht, wie die Revision zutreffend gerügt hat. Keinesfalls durften die Umstände, die für schwerwiegende Beeinträchtigungen der Keimfähigkeit während der Einlagerung der Gerste bei der Beklagten sprechen, außer Betracht bleiben. Sie können ein wesentliches Beweisanzeichen dafür sein, daß die Gerste im Zeitpunkt der Einlagerung die erforderliche Keimfähigkeit noch besaß.

Soweit das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen S. entnimmt (BU 30, 31), P. habe auch Gerste aufgenommen, die einen dumpfen oder sauren Geruch ausgeströmt habe, ist darauf hinzuweisen, daß die fachkundige Beklagte - in anderem Zusammenhang (GA 652) - selbst vorgetragen hat, starker Geruch sei lediglich ein Indiz für eine Gefährdung der Gerste, er bedeute aber nicht, daß diese für Brauzwecke ungeeignet sei. Die Beklagte hat sich hierzu auch auf ein Schreiben der Klägerin vom 8. Dezember 1955 (GA 578) bezogen.

2. Gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts bestehen auch deshalb Bedenken, weil die Kontrolltätigkeit des Sachverständigen P. auf einer Vereinbarung der Parteien beruhte und P. seine Aufgabe nur im Zusammenwirken mit der Beklagten erfüllen konnte. Zwar kann hieraus nicht ohne weiteres entnommen werden, Plappert sei zum Schiedsgutachter bestellt worden und die Beklagte müsse die von ihm getroffenen Feststellungen gemäß § 317 BGB schon deshalb gegen sich gelten lassen. Die Beklagte hätte aber etwaige Bedenken gegen die Kontrolltätigkeit des von der Klägerin beauftragten Sachverständigen so rechtzeitig erheben müssen, daß die Klägerin noch in der Lage gewesen wäre, diesen Bedenken Rechnung zu tragen. Es verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, daß die Beklagte mit ihren Bedenken erst später hervorgetreten ist, obwohl sie, soweit ersichtlich, aufgrund ihrer Sachkunde und ihrer Zusammenarbeit mit P. in der Lage gewesen wäre, konkrete Forderungen bezüglich Zahl und Art der durchzuführenden Untersuchungen rechtzeitig geltend zu machen. Sie hat dadurch die der Klägerin jetzt obliegende Beweisführung erheblich erschwert. Nach dem Gedanken von

Treu und Glauben, der auch das Prozeßrecht beherrscht (vgl. BGH GRUR 1963, 270, 271 - Bärenfang), und aufgrund des in § 444 ZPO enthaltenen allgemeinen Rechtsgedankens muß dieses Verhalten der Beklagten in freier Beweiswürdigung zugunsten der Klägerin berücksichtigt werden (vgl. dazu RGZ 105, 255, 259; RG JW 1930, 1591; RG HRR 1935 Nr. 1009; BGH LM ZPO § 282 Nr. 2).

Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts kann daher nicht aufrechterhalten bleiben (§ 286 ZPO).

II. Bei der Teilmenge Wisa I handelt es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um die ersten Anlieferungen von Wisa-Gerste im Gewicht von 696,885 to (nach der Trocknung 624,182 to), die vom 26. bis 29. August 1962 vorgetrocknet und anschließend sofort fertig getrocknet wurden (vom 29.8. bis 1.9.1962). Die Klägerin erhielt hiervon im November 1962 393 to ausgeliefert, die noch hinreichend keimfähig waren. Schon während der Auslieferung soll diese Partie in der Keimfähigkeit abgesunken sein. Die Klägerin führt das auf eine unzulässige Vermischung dieser Partie mit der stark keimgeschädigten Partie Wisa II zurück. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, nach der Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen gebe es keinen Anhaltspunkt für eine Vermischung (BU 22). Hierin liegt im Hinblick auf die eingehenden Untersuchungen und Berechnungen des gerichtlichen Sachverständigen (ErgG S. 25 - 35), der das Absinken der Keimfähigkeit nach dem zweiten Umlauf auf das Zusammenbringen von Partien hoher Feuchtigkeitsunterschiede zurückführt (ErgG S. 59), kein Rechtsfehler. Entgegen der Auffassung der Revision ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht bei der Beantwortung der hier in Rede

stehenden Beweisfrage die Aussage des Silomeisters der Beklagten (GA 582) außer acht gelassen habe. Auch ist der im Schriftsatz der Klägerin vom 2. Juni 1970 (GA 661) enthaltene Beweisantrag, Vertreter der Klägerin hätten eingeräumt, daß Vermischungen vorgekommen seien, viel zu allgemein gehalten, als daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang hierauf hätte eingehen müssen.

Somit scheidet eine Haftung der Beklagten unter dem besonderen Gesichtspunkt einer ihr vorwerfbaren Vermischung von Gerste der Partien Wisa I und II nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand aus. Die Frage, ob sie hinsichtlich der Restmenge Wisa I wegen zu vermutenden Verschuldens nach Maßgabe der §§ 417 Abs. 1, 390 Abs. 1 HGB haftet, ist damit noch nicht entschieden.

III. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klagabweisung kann nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, die Haftung der Beklagten sei ausgeschlossen, weil der Schaden durch die Speditionsversicherung gedeckt sei (§ 41 a ADSp).

1. Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen sind nach Auffassung des Berufungsgerichts Vertragsinhalt geworden (BU 34). Dies folge aus einem im Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 18. August 1962 enthaltenen Hinweis, dem die Klägerin nicht widersprochen habe, ferner aus der seit über 20 Jahren bestehenden Geschäftsverbindung der Parteien; die Klägerin habe gewußt, daß die Beklagte den Lagerverträgen die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen zugrunde lege.

Diese Ausführungen lassen entgegen der Auffassung der Revision keinen Rechtsfehler erkennen. Die Beklagte brauchte die Klägerin unter den hier gegebenen Umständen nicht besonders darauf hinzuweisen, daß die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen auch für die "Bearbeitung" der Gerste gelten sollten. Gemeint sind damit die Trocknung und Bewegung der Gerste durch Umläufe. Diesen Maßnahmen kam hier zwar eine besondere Bedeutung zu, sie lagen aber doch im Rahmen des für die Braugersteneinlagerung Üblichen und Erforderlichen. Von einer speziell geregelten werkvertraglichen Bearbeitung kann deshalb nicht gesprochen werden.

2. Das Berufungsgericht verneint - in Hilfserwägungen - den Haftungsausschluß nach § 41 a ADSp, indem es ausführt, die Klägerin sei Verbotskunde im Sinne des § 39 a ADSp (BU 39, 36 f); außerdem habe die Beklagte keine Speditionsversicherung für die Klägerin gedeckt (BU 39).

a) Letzteres begegnet rechtlichen Bedenken, weil das Berufungsgericht ersichtlich nicht beachtet hat, daß die Speditionsversicherung eine laufende Versicherung im Sinne von § 187 Abs. 2 VVG ist. Der Spediteur deckt sie unter einer Generalpolice für seinen Betrieb, also in der Regel nicht für einzelne Verkehrsverträge. Mit der Unterzeichnung der Generalpolice sind alle vom Spediteur abgeschlossenen Verkehrsverträge im Rahmen des § 6 SVS ohne sein weiteres Zutun versichert. Der Spediteur hat nur Anmeldepflichten zu erfüllen (§ 6 Nr. 4 SVS). Fehler oder Versäumnisse, die ihm hierbei unterlaufen, beeinträchtigen gemäß §§ 8 Nr. 4, 15 SVS nicht den Versicherungsschutz des Kunden (vgl. Helm, Speditionsrecht 1973, § 415 HGB Anhang I Anm. 2 zu § 40 ADSp; Krien/Hay, ADSp, SVS Vorbem. 5, § 1 Anm. 2 f, § 6 Anm. 1 d, 2 a-c, 3 a; BGH VRS 11, 123, 127).

b) Hat die Beklagte die Generalpolice gezeichnet, wofür insbesondere die vorliegende Korrespondenz mit der Firma Oskar Sc[REDACTED] KG spricht (GA 72, 71, 54, 51, 64, 61), dann ist von Bedeutung, ob die Klägerin die Speditionsversicherung ausdrücklich schriftlich untersagt hat, sie also Verbotskunde im Sinne von § 39 a ADSp ist. Denn dann gilt ihr Interesse am Ersatz des Schadens als nicht versichert und die Haftungsbefreiung der Beklagten entfällt (vgl. Helm aaO Anm. 2 zu § 41 ADSp; Krien/Hay aaO SVS § 6 Anm. 5 a-e). Das Berufungsgericht nimmt an, es sei unstreitig, daß die Klägerin ein solches Verbot erteilt habe. Dabei stützt es sich auf den eigenen Vortrag der Klägerin in der Berufungsinstanz, der insoweit lautet: "Da die Berufungsbeklagte (Klägerin) unstreitig jahrelang keine Prämien für die Speditionsversicherung an die Berufungsklägerin gezahlt hat, wird mit dem angefochtenen Urteil angenommen, daß die Berufungsbeklagte als Verbotskunde i. S. des § 39 a Abs. 1 ADSp anzusehen ist." Die Revision hält dem entgegen, es sei nicht ersichtlich, daß die Klägerin die Eindeckung der Speditionsversicherung hinsichtlich des hier in Rede stehenden Geschäfts durch Mitteilung an die Beklagte oder den Speditionsversicherer ausdrücklich und schriftlich untersagt habe. Hierauf kommt es unter den hier gegebenen besonderen Umständen aber deshalb nicht an, weil jedenfalls unstreitig ist, daß die Klägerin jahrelang keine SVS-Prämien mehr an die Beklagte gezahlt und sie sich auch geweigert hatte, die Belastung mit der Prämie durch die Beklagte anzuerkennen. Dieses Verhalten muß sie sich nach Treu und Glauben als ein wirksames Verbot der Versicherung hinsichtlich des hier in Rede stehenden, nach dieser Weigerung liegenden Auftrags entgegenhalten lassen (so auch Krien/Hay aaO SVS § 6 Anm. 3 c, d, 5 g), woraus folgt, daß die Beklagte nicht nach § 41 a ADSp von der Haftung befreit ist.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben.

IV. Das Berufungsgericht wird nunmehr das gesamte Vorbringen der Klägerin unter Berücksichtigung der Aufhebungsgründe unter I und II dieses Urteils erneut zu würdigen haben. Kann die Klägerin den ihr obliegenden Beweis erbringen, wird sich die Beklagte gemäß §§ 417 Abs. 1, 390 Abs. 1 HGB bzw. § 51 a Satz 2 Halbsatz 1 ADSp entlasten müssen. Soweit das Berufungsgericht gemeint hat, die Klägerin müsse gemäß § 51 a Satz 2 Halbsatz 2 ADSp auch das Verschulden der Beklagten und dessen Ursächlichkeit für den Schadenseintritt beweisen (BU 38), kann nicht anerkannt werden, daß es sich um Schäden handle, die äußerlich nicht erkennbar gewesen seien (vgl. OLG Karlsruhe aaO). Darüber hinaus wird es heute allgemein für unbillig gehalten, dem Vertragspartner die Darlegungs- und Beweislast für Umstände aufzubürden, die im Verantwortungsbereich des anderen Teils liegen (vgl. BGHZ 41, 151, 153 zu § 1 Abs. 1 der Allgemeinen Lagerbedingungen des Deutschen Möbeltransports; 48, 310, 312 zu § 635 BGB; BGH NJW 1973, 1192 f zu § 34 Nr. 2 der Betriebsordnung der Bremer Lagerhausgesellschaft). Das Berufungsgericht wird auch seine Ausführungen zur Frage der Haftungsbeschränkung nach § 54 a ADSp (BU 40/48) überprüfen müssen. Es sprechen gewichtige Gründe für die Auffassung, daß ein leitender Angestellter der Beklagten grob schuldhaft gehandelt habe und die Beklagte sich deshalb nach Treu und Glauben nicht auf die Haftungsbeschränkung berufen könne (vgl. BGHZ 20, 164, 167). Da die Braugersteneinlagerung im Jahre 1962 mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war, hätte sich jedenfalls ein leitender Angestellter der Beklagten darum kümmern, sie überwachen und die für die weitere Behandlung erforderlichen Anweisungen er-

teilen müssen. Dabei kommt als schwerwiegender Fehler in Betracht, daß große Mengen teilweise sehr feuchter und darum in der Keimfähigkeit besonders gefährdeter Gerste unverhältnismäßig lange in geschlossenen Silozellen blieben, bis sie zur Trocknung kamen. Mit der Unregelmäßigkeit der Anlieferungen kann sich die Beklagte nicht entlasten. Sie hätte Mengen, die sie nicht alsbald trocknen konnte, zurückweisen oder doch die Klägerin auf den Umfang der bei ihr lagernden noch nicht vorgetrockneten Mengen hinweisen müssen, als die Anlieferungen immer mehr zunahmen. Daß sie das getan habe, ist nicht ersichtlich. Ihre Hinweispflicht erstreckte sich gegebenenfalls auch auf die Erforderlichkeit einer Aspiration (Reinigung). Von einem Lagerhalter muß erwartet werden, daß er die zur Erhaltung des Lagergutes erforderlichen Maßnahmen trifft, auch wenn sich unvorhergesehene Schwierigkeiten ergeben.

Das Berufungsgericht hat auch über die Kosten dieses Revisionsverfahrens zu entscheiden.

Alff

Sprenkmann

RiBGH Dr. Merkel
ist beurlaubt und
daher verhindert
zu unterschreiben

Schönberg

Frhr. v. Gamm

Alff