Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 254 (G); ZPO §§ 286, 287

Der Beweis für die Umstände, die dem Geschädigten unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB angelastet werden, unterliegt der Vorschrift des § 286 ZPO. Die Ermittlung, wieweit ein so festgestelltes Verhalten oder Unterlassen des Geschädigten von Einfluß auf Entstehen und Höhe des Schadens gewesen ist, hat das Gericht dagegen unter Anwendung des § 287 ZPO zu entscheiden.

BGH, Urt. v. 7. Februar 1968 - VIII ZR 139/66 - OLG Karlsruhe
LG Freiburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 139/66 **URTEIL**

Verkündet am
7. Februar 1968
Blecher, Justizsekretär z.A.
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Wolfgang Sch[redacted] in F[redacted]/B[redacted], O[redacted] als Verwalters im Konkurse über das Vermögen der Firma W[redacted] KG, persönlich haftender Gesellschafter Kaufmann Hans D[redacted] in U[redacted], und über das Vermögen des Kaufmanns Hans D[redacted] in U[redacted],

Beklagten, Revisionsklägers und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

die Mechanische Buntweberei Br[redacted] AG in Br[redacted] Post Sä[redacted], vertreten durch die Vorstandsmitglieder Robert D[redacted] und Albrecht D[redacted] in Br[redacted],

Klägerin, Revisionsbeklagte und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg - vom 2. Juni 1966 insoweit aufgehoben, als die angemeldeten Ansprüche in Höhe von mehr als 811 200,60 DM als nicht bevorrechtigte Konkursforderung festgestellt werden.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Firma W[redacted] KG Hans D[redacted] in U[redacted] (im folgenden "W[redacted]" genannt). Die Klägerin hatte die W[redacted] laufend mit Bettwäsche (Damast), Damast-Meterware, Popeline- und Sportstoffen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

beliefert. Um die Jahreswende 1959/1960 geriet die Wäschetruhe in Zahlungsschwierigkeiten. Bei der Wäschetruhe lagerten damals noch unbezahlte Waren, die die Klägerin unter Eigentumsvorbehalt geliefert hatte (sogenannte Eigentumsvorbehalts-Ware). Diese Waren ließ die Klägerin am 23. Januar 1960 abfahren. Am 23. Februar 1960 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Wäschetruhe und das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters eröffnet. Bei Konkurseröffnung waren umfangreiche der Klägerin erteilte Aufträge der Wäschetruhe noch nicht ausgeführt. Ein Teil der von der Wäschetruhe bestellten Ware war bereits zur Lieferung bereitgestellt. Der Rest befand sich noch in der Produktion, die die Klägerin sofort abbrach. Diese Waren, die Gegenstand der noch nicht erledigten Lieferaufträge waren, bildeten die sogenannte "Abrufware". Bei den Waren, die die Klägerin für die Wäschetruhe bereits hergestellt hatte, handelte es sich teilweise um Waren, die noch im allgemeinen Fertigungsprogramm der Klägerin enthalten waren (sogenannte "Sortimentsware") und zu den noch geltenden Listenpreisen veräußert werden konnten, teilweise um Ware, die aus dem Produktionsprogramm bereits ausgeschieden war (sogenannte "Außersortimentsware"). Die Außersortimentsware kann im allgemeinen nicht mehr zu den Preisen der gültigen Preislisten und Musterkollektionen im gewöhnlichen Geschäftsgang veräußert werden.

Am 10. Mai 1960 hatten die Parteien im Rahmen einer Gläubigerausschußsitzung über die Verwertung der noch vorhandenen Eigentumsvorbehalts- und Abrufware eine Vereinbarung getroffen, die der Beklagte in einem Schreiben

vom 17. Mai 1960 unwidersprochen wie folgt bestätigte:

> "Es verbleibt daher also bei der Vereinbarung, die in der Gläubiger-Ausschußsitzung am 10. Mai 1960 in St[redacted] getroffen wurde, daß die M.B.B. (das ist die Klägerin) die Eigentumsvorbehaltsware genauso wie im übrigen die anderen Waren, hinsichtlich deren die Übernahme diesseits abgelehnt wurde, zum bestmöglichsten Preis verkauft und die Gemeinschuldnerin, bzw. mich für den Fall unterrichtet, daß sie die Ware zu einem ungewöhnlich niedrigen Preis verkaufen will, damit ich in diesem Fall evtl. notfalls gegen eine Verschleuderung intervenieren kann."

Mit Schreiben vom 14. Mai 1960 lehnte der Beklagte schließlich die Abnahme weiterer Eigentumsvorbehaltsware und mit Schreiben vom 17. Mai 1960 die weitere Erfüllung sämtlicher noch nicht abgewickelter Verträge ab.

In der Folgezeit verkaufte die Klägerin sowohl den Rest der sichergestellten Eigentumsvorbehaltsware als auch die zur Lieferung bereitgestellte Abrufware. Dabei will sie erhebliche Verluste erlitten haben. Für diese und den entgangenen Gewinn bei der noch nicht angefertigten Abrufware begehrt sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Ihre gesamten Forderungen hat die Klägerin zunächst unter dem [redacted]. [redacted] 1960 mit einem Betrag von 1.058.255,20 DM zur Konkurstabelle unter Nr. [redacted] angemeldet. Die Klägerin hat sodann in Berichtigung der nur vorläufigen Anmeldung vom [redacted]. [redacted] 1960 endgültig einen Betrag von 940.478,59 DM angemeldet. Darin ist ein Schadensersatz-

anspruch von 149.226,26 DM enthalten. Von der unter Nr. [redacted] in der Konkurstabelle eingetragenen Gesamtforderung hat der Beklagte schließlich den Schadensersatzanspruch bestritten, den Rest von 791.252,33 DM anerkannt.

Mit der Klage erstrebt die Klägerin die Feststellung des bestrittenen Schadensersatzanspruches. Das Landgericht hat die bestrittene Forderung der Klägerin auf 131.135,02 DM festgestellt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufungen beider Parteien die unter Nr. [redacted] und [redacted] eingetragenen Ansprüche zum Betrage von insgesamt 905.955,71 DM als nicht bevorrechtigte Konkursforderungen festgestellt. Der Betrag von 905.955,71 DM setzt sich wie folgt zusammen:

I. Schaden	
1. Außersortimentsware	
a) Eigentumsvorbehaltsware und schon angefertigte Abrufware	94.755,11 DM
b) noch nicht angefertigte Abrufware	7.696,-- DM
2. Sortimentsware	
a) Eigentumsvorbehaltsware	3.093,-- DM
b) Abrufware	8.847,-- DM
3. Aufwendungen	312,27 DM
	114.703,38 DM
II. Anerkannter Betrag	791.252,33 DM
	905.955,71 DM

Mit der Revision greift der Beklagte den Feststellungsbetrag zuletzt nur noch in Höhe von 94.755,11 DM an. Er beantragt, auch insoweit die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Ihre Anschlußrevision hat sie zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit die von der Klägerin aufgrund ihres Eigentumsvorbehalts zurückgenommene Ware und die für die Wäschetruhe bereits angefertigte Abrufware aus Artikeln bestand, die die Klägerin nicht mehr in ihrem Sortiment führte, berechnet das Berufungsgericht den der Klägerin durch Nichterfüllung entstandenen Schaden in konkreter Weise nach dem Unterschied zwischen den mit der Wäschetruhe vereinbarten Vertragspreisen und den bei den Deckungsverkäufen erzielten Erlösen in Höhe von 94.755,11 DM. Hiergegen wendet die Revision sich nicht. Im Revisionsverfahren geht es nur noch um das Vorbringen der Beklagten, der Schadensersatzanspruch entfalle oder mindere sich, weil die Klägerin bei Einhaltung der am 10. Mai 1960 über die Verwertung der Waren getroffenen Abrede oder bei Beobachtung der gebotenen Sorgfalt höhere Erlöse hätte erzielen können. Das Berufungsgericht meint hierzu, die von dem Beklagten erhobenen Einwendungen griffen nicht durch. Es fehle schon an einem der Klägerin zuzurechnenden eigenen Verhalten, das als mitwirkende Ursache für den ihr zu ersetzenden Schaden in Betracht komme:

1. Nachdem der Beklagte nach § 17 KO die Erfüllung abgelehnt habe, hätten, so führt das Berufungsgericht aus, Deckungsverkäufe grundsätzlich eine eigene Angelegenheit der Klägerin gebildet. Von ihnen habe sie den Beklagten nicht zu benachrichtigen brauchen. Daß die Parteien noch am 10. Mai 1960 eine Benachrichtigungspflicht der Klägerin und ein Interventionsrecht des Beklagten vereinbart hätten, rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Denn auch die Absprache vom 10. Mai 1960

sei durch die Erklärung des Beklagten vom 17. Mai 1960 hinfällig geworden, worauf die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 3. Juni 1960 sinngemäß hingewiesen habe.

Die Revision hält diese Würdigung für unmöglich, weil im Schreiben vom 17. Mai 1960 gerade ausgesprochen worden sei, daß es bei der in der Gläubigerausschußsitzung getroffenen Vereinbarung verbleiben solle. Diese Rüge wird dem Gedankengang des Berufungsgerichts nicht gerecht. Es meint offenbar, die Abrede vom 10. Mai 1960 sei getroffen worden, bevor der Beklagte die Erfüllung abgelehnt habe. Bei der in der Gläubigerausschußsitzung getroffenen Vereinbarung sei es noch darum gegangen, daß die Klägerin für den Beklagten die verkauften Waren verwerten solle. Das ist auch der Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 8. Januar 1962. Die Abrede vom 10. Mai 1960 sei aber gegenstandslos geworden, nachdem der Beklagte mit Schreiben vom 17. Mai 1960 die Erfüllung abgelehnt habe und nunmehr die Klägerin in eigener Verantwortung und für eigene Rechnung die Deckungsverkäufe vorgenommen habe. Der Beklagte habe deshalb im Schreiben vom 17. Mai 1960 zu Unrecht die Vereinbarung vom 10. Mai 1960 bestätigt und sich auf sie berufen.

Diese Würdigung ist allerdings nicht bedenkenfrei. Im unstreitigen Schreiben vom 13. Mai 1960 erklärt nämlich die Klägerin, sie habe abgesehen von den Waren, die der Beklagte noch zu erhalten wünsche, alle übrigen Artikel zur günstigsten Verwertung inzwischen in den Verkauf gegeben, nachdem dafür bereits der Rücktritt von den Verträgen stattgefunden habe. Außerdem bezieht sich

die Vereinbarung vom 10. Mai 1960 nach ihrem Wortlaut auf "die Eigentumsvorbehaltsware genauso wie im übrigen die anderen Waren, hinsichtlich deren die Übernahme diesseits abgelehnt wurde". Das legt die Annahme nahe, daß der Beklagte schon am 10. Mai 1960 die Erfüllung der noch nicht abgewickelten Kaufverträge zum Teil abgelehnt hatte und die Vereinbarung auch die von der Klägerin vorzunehmenden Deckungsverkäufe solcher Waren betreffen sollte, deren Abnahme der Beklagte ablehnte. Diesen Umstand hat das Berufungsgericht möglicherweise übersehen. Da die Sache ohnehin zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, hat das Berufungsgericht Gelegenheit, seine Würdigung zu überprüfen.

Wenn die Revision aus der Vereinbarung allerdings entnehmen will, der Beklagte habe bei allen Verkäufen "unter Preis" vorher sein Einverständnis erteilen müssen, so irrt sie. Auch nach der Vereinbarung vom 10. Mai 1960 brauchte die Klägerin den Beklagten nur zu unterrichten, wenn sie Waren zu einem "ungewöhnlich niedrigen" Preis verkaufen wollte. Ob die Klägerin die Außersortimentswaren ganz oder wenigstens teilweise zu einem ungewöhnlich niedrigen Preis verkauft hat, hat das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus nicht behandelt. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß die Vereinbarung auch für die Zeit nach Erfüllungsablehnung Geltung haben sollte, so wird es auch dieser Frage und der Behauptung des Beklagten nachgehen müssen, er hätte Waren, die die Klägerin zu ungewöhnlich niedrigen Preisen verkauft habe, zu höheren Preisen abgenommen. Dabei könnte übrigens selbst ein Verkauf zu ungewöhnlich niedrigen Preisen dann

noch als zweckmäßig erscheinen, wenn etwa zum Ausgleich dafür der Käufer für andere Waren einen sonst nicht zu erzielenden Kaufpreis bewilligt haben sollte.

Soweit die Klägerin gegen die Vereinbarung vom 10. Mai 1960 verstoßen haben sollte, könnte sie zum Ersatz eines daraus der Konkursmasse entstandenen Schadens verpflichtet sein. Eine andere, im folgenden zu erörternde Frage ist, ob der Klägerin als mitwirkendes Verschulden nach § 254 BGB anzurechnen ist, daß sie sich nicht der Hilfe des Beklagten bei den Deckungsverkäufen bedient hat.

2. Wird infolge der Konkurseröffnung ein Vertrag nicht erfüllt, so untersteht die dem Gegner nach § 26 Satz 2 KO zustehende Forderung wegen Nichterfüllung den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts und damit auch der Bestimmung des § 254 BGB (Mentzel/Kuhn KO 7. Aufl. § 17 Anm. 37). Das Berufungsgericht führt aus, eine Minderung oder ein völliger Ausschluß des Ersatzanspruches könne sich nach § 254 BGB allenfalls dann ergeben, wenn die Klägerin die ihr mögliche Schadensabwendung böswillig unterlassen, insbesondere also die Ware verschleudert hätte. Gegen diese Annahme spreche aber nicht nur die Bekundung des Zeugen R[redacted], sondern vor allem auch die Interessenlage. Die Klägerin hätte sich nämlich durch Verschleuderung der Ware selbst geschädigt, weil sie für einen etwaigen Schadensersatzanspruch ohnehin nur Befriedigung in Höhe der Konkursquote zu erwarten habe. Sie sei also von vornherein erheblich daran interessiert gewesen, ihren Ausfall durch günstige Verwertung

der Warenposten so gering wie möglich halten. Schließlich fehle es auch an einem hinreichend substantiierten Vortrag des Beklagten über Einzelfälle, in denen die Klägerin gegen die Verpflichtung aus § 254 BGB verstoßen haben solle, und über den Schaden, der der Konkursmasse daraus jeweils erwachsen sei.

Diese Auffassung greift die Revision zu Recht an.

a) Es ist unrichtig, daß ein sogenanntes Mitverschulden nur bestehen könne, wenn die Klägerin eine ihr mögliche Schadensabwendung böswillig unterlassen, insbesondere die Ware verschleudert habe. Der Verkäufer hat bei Vornahme eines Deckungsverkaufes nach § 254 BGB für jedes Verschulden, also auch für leichte Fahrlässigkeit, einzustehen (RG Recht 1926 Nr. 1937). Die in der Revisionsbeantwortung vertretene Auffassung, das Berufungsgericht habe in Wahrheit sagen wollen, der Klägerin sei auch Fahrlässigkeit nicht vorzuwerfen, findet im Wortlaut des Berufungsurteils keine Stütze. Von seinem unrichtigen Ausgangspunkt kann auch die Erwägung des Berufungsgerichts beeinflußt sein, es sei nicht anzunehmen, daß die Klägerin sich durch Verschleuderung der Ware selbst geschädigt habe. Es ist denkbar, daß die Klägerin durch fahrlässige Verkennung der Möglichkeit eines günstigen Deckungsverkaufes oder durch ein ihr zuzurechnendes kaufmännisches Ungeschick einen unzureichenden Preis erzielt hat, ohne erkannt zu haben, daß sie sich durch ihr Verhalten selbst schädige.

b) Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, es fehle an einem hinreichend substantiierten Vortrag des Beklagten über Einzelheiten, begegnet rechtlichen Bedenken. Zu dem unter Anwendung des § 287 ZPO zu entscheidenden Streit über Entstehen und Höhe des Schadens gehört auch die Frage des "mitwirkenden Verschuldens". Das nehmen im Schrifttum Baumbach/Lauterbach (ZPO 29. Aufl. § 287 Anm. 2 Ab) und Stein/Jonas/Schönke (ZPO 18. Aufl. § 287 I 2 c) ohne nähere Begründung an. Wieczorek (ZPO § 287 C II d) nennt unter Hinweis auf den im Nachschlagewerk des Reichsgerichts zu § 287 ZPO Nr. 106 veröffentlichten Urteilsleitsatz den Fall des Mitverschuldens einen Grenzfall. BGB RGRK (11. Aufl. § 254 Anm. 118) meint demgegenüber unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 5. März 1957 (V ZR 59/56 - LII BGB § 847 Nr. 11 a), der Richter müsse im Rahmen des § 286 ZPO die volle Überzeugung von der Mitursächlichkeit des Verschuldens des Geschädigten haben, einfache Wahrscheinlichkeit genüge nicht. Der Leitsatz des Urteils des Reichsgerichts berührt indessen die Frage des § 287 ZPO nicht. Er besagt nur, daß die Abwägung in der Regel nur möglich sei, wenn die Sachlage soweit wie möglich geklärt sei, und mit Unterstellungen in aller Regel eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung des ursächlichen Verschuldens beider Teile nicht zu gewinnen sei. Was das Urteil des V. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes betrifft, so ging es darum, ob der Geschädigte sich vorwerfbar verhalten habe. Insoweit bedurfte es allerdings des vollen Beweises nach § 286 ZPO. Wenn nach ständiger Rechtsprechung § 287 ZPO nicht nur für die Schadenshöhe, sondern auch für die Frage des ursächlichen Zusammenhangs gilt, so ist nämlich zu unter-

scheiden zwischen dem Geschehen, das zum Schaden führt und den sogenannten "konkreten Haftungsgrund" bildet, und dem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem konkreten Haftungsgrund als solchem und dem Eintritt des Schadens. Nur die Ermittlung dieses zweiten Ursächlichkeitsverhältnisses vollzieht sich nach Maßgabe des § 287 ZPO, während der Beweis des konkreten Haftungsgrundes selbst den strengeren Anforderungen des § 286 ZPO unterliegt (BGHZ 4, 192, 196; 7, 287, 295; Urteil vom 2. Oktober 1963 - V ZR 204/61 - LM ZPO § 286 /B/ Nr. 19 = BGHWarn 1963 Nr. 195). Nichts anderes kann bei der Beurteilung gelten, wenn in Frage steht, ob eine Handlung des Geschädigten die Entstehung eines Schadens mitverursacht oder eine Unterlassung des Geschädigten es bewirkt hat, daß ein Schaden sich nicht vermindert hat. Die Feststellung, ob ein Sachverhalt vorliegt, aus dem heraus dem Geschädigten zuzumuten ist, einen Schaden ganz oder teilweise selbst zu tragen, hat unter Anwendung des § 286 ZPO zu erfolgen. Die weitere Frage, ob und wieweit ein so festgestelltes Verhalten oder Unterlassen von Einfluß auf Entstehen und Höhe des Schadens gewesen ist, hat das Gericht unter Anwendung des § 287 ZPO zu entscheiden.

Daß das Berufungsgericht sich dieses Ausgangspunktes bewußt gewesen ist, lassen seine Ausführungen nicht erkennen. Es ist möglich, daß seine Annahme, es fehle an einem hinreichend substantiierten Vortrag des Beklagten über Einzelfälle, sich nur auf den zweiten Teil der nach § 254 BGB anzustellenden Untersuchung bezieht. Dann läge ein Verfahrensfehler vor; denn für diesen Teil hätte das Berufungsgericht den § 287 ZPO

anwenden müssen. § 287 ZPO ist dazu gegeben, dem Geschädigten den Nachweis eines Schadens zu erleichtern, indem diese Bestimmung an die Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung das freie Ermessen des Gerichts setzt. Das Gericht darf nicht von der Zubilligung jeglichen Ersatzes mit der Begründung absehen, es fehle an ausreichenden Anhaltspunkten für die Schätzung des vollen Schadens. In diesem Fall ist zu prüfen, ob und wieweit eine ausreichende Grundlage für die Ermittlung eines gewissen Mindestschadens vorhanden ist (BGH Urteil vom 16. Dezember 1963 - III ZR 47/63 - LM ZPO § 287 Nr. 33 = BGHWarn 1964 Nr. 17). Das muß gerade im vorliegenden Fall gelten. Das Berufungsgericht führt hinsichtlich der Außersortimentsware aus, für die Zeit bis Ende September 1960 seien die erzielten Verkaufserlöse zum Teil durch Einzellisten belegt. In der Folgezeit habe die Klägerin ein "mehr summarisches" Verfahren angewandt, bei dem die in den Entnahmelisten und Lagerkarteien aufgeführten Verkäufe zusammengefaßt und von jeweiligen Restbeständen bis zum vollständigen Verkauf dieses Warenbstands abgezogen worden seien. Die in dieser Richtung angestellten Untersuchungen des Sachverständigen hat das Berufungsgericht zur Grundlage für eine nach § 287 ZPO vorgenommene Schätzung genommen. Hat das Berufungsgericht aber bei der Feststellung des der Klägerin entstandenen Schadens nach § 287 ZPO von der Ermittlung aller Einzelfälle Abstand genommen, weil die Klägerin die Veräußerungen nicht mehr bis ins Einzelne belegt hat, so kann dem Beklagten nicht zugemutet werden, die Einzelfälle substantiiert vorzutragen, in denen die Klägerin gegen ihre Obliegenheit aus § 254 BGB verstoßen haben soll.

c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts würden sich allerdings im Ergebnis als zutreffend erweisen, wenn es schon an einem schlüssigen Vortrag des Beklagten darüber fehlen würde, daß ein Sachverhalt vorgelegen habe, der die Klägerin verpflichtete, die Deckungsverkäufe in anderer Weise vorzunehmen. Es kommt mithin darauf an, ob der Beklagte einen Tatbestand vorgetragen hat, nach dem die Klägerin bei Vornahme der Deckungsverkäufe es, wenn auch nur fahrlässig, unterlassen hat, die Möglichkeit eines ihr zuzumutenden Verkaufes zu günstigeren Bedingungen, als sie tatsächlich vereinbart worden sind, auszunutzen.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht in dieser Hinsicht die Behauptungen des Beklagten nicht erschöpfend gewürdigt hat.

Der Beklagte hat in den Schriftsätzen vom 15. Dezember 1961, 30. November 1962 und 10. Dezember 1963 vorgetragen, die Gemeinschuldnerin habe noch Aufträge im Gesamtwerte von 1,6 Millionen DM auszuführen gehabt. Ihr hätten zur Abwicklung dieser Aufträge die von der Klägerin verkauften Außersortimentswaren gefehlt. Sie habe zur Ausführung vorliegender Aufträge von dritter Seite Meterware einkaufen müssen, während die Klägerin die bereits fertigen Waren anderweit zu geringeren Preisen verkauft habe. Er, der Beklagte, hätte, wenn die Klägerin seinem Angebot gefolgt wäre, ihr die gesamten Außersortimentswaren zu regulären Preisen abnehmen können. Zum Beweise hat er sich auf das Zeugnis des früheren Prokuristen der Gemeinschuldnerin S[redacted] bezogen.

Der Beklagte hat auch behauptet, die Klägerin sei im Sommer 1960 gebeten worden, ihm die benötigten Waren in Kommission zu geben, sie habe es aber abgelehnt. Nach Darstellung des Beklagten im Schriftsatz vom 15. Dezember 1961 soll der Angestellte der Klägerin Be[redacted] als Mitglied des Gläubigerausschusses von dieser Möglichkeit, daß der Beklagte die Waren übernehme, Kenntnis gehabt haben. Dieser Vortrag muß als ausreichend substantiiert angesehen werden. Die bloße Bekundung des Zeugen R[redacted], bei der Klägerin habe kein Interesse bestanden, die von der Gemeinschuldnerin zurückgenommenen Waren zu verschleudern, enthob das Berufungsgericht nicht der Verpflichtung, den Behauptungen des Beklagten nachzugehen.

Das Urteil des Berufungsgerichts kann daher in Höhe von 94.755,11 DM keinen Bestand haben. Sollte das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ist, zu dem Ergebnis kommen, daß die Klägerin unterlassen hat, bei Vornahme der Deckungsverkäufe von einer ihr zuzumutenden Gelegenheit Gebrauch zu machen, Waren zu einem günstigeren Preise zu verkaufen, so wird das Berufungsgericht in Anwendung des § 287 ZPO alsdann zu schätzen haben, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe sich der Schaden der Klägerin bei Ausnutzung dieser Möglichkeit gemindert hätte.

II. Das Urteil war daher in Höhe von 94.755,11 DM aufzuheben. Die unter Nr. 351 und 412 eingetragenen Ansprüche der Klägerin werden deshalb zur Zeit nur in Höhe von insgesamt (905.955,71 DM - 94.755,11 =) 811.200,60 DM als nicht bevorrechtigte Forderungen festgestellt. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, weil sie vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt. Schon jetzt über die Kosten zu entscheiden, die der Beklagte zu tragen hat, weil er die von ihm eingelegte Anschlußrevision zurückgenommen hat, erschien untunlich.

Dr. Haidinger Artl Dr. Mezger

Dr. Messner Braxmaier