

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 153/70

URTEIL

Verkündet am
13. Oktober 1971
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Albin W. [REDACTED], Großhandel in Kraftfahr-
zeugen, Inhaber Kaufmann Albin W. [REDACTED] in K. [REDACTED],
Kö. [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Dr. Giovanni F. [REDACTED] in G. [REDACTED]
(Italien), vertreten durch seinen Generalbevoll-
mächtigten Vincenzo F. [REDACTED] in M. [REDACTED], P. [REDACTED]-
straße [REDACTED] und A. [REDACTED]/Lecce (Italien),

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Juli 1970 wird auf Kosten der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der ausgeurteilte Betrag an die Rh[REDACTED] Bank in D[REDACTED] zu zahlen ist.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte hatte amerikanisches Heeresgut erworben, darunter Lastkraftwagen, Kipper und Jeeps, und die gekauften Gegenstände - unverzollt - bei der Speditionsfirma R[REDACTED] in M[REDACTED] eingelagert. In seinem Auftrage führte die BA[REDACTED] an den Kraftfahrzeugen sogenannte Veredelungsarbeiten aus. Die C[REDACTED]bank AG räumte der BA[REDACTED] einen Kredit ein, um die Durchführung der Arbeiten zu ermöglichen. Der G[REDACTED]-Konzern übernahm zugunsten

- 3 -

der BA [REDACTED] eine Zollbürgschaft bis zur Höhe von 130 000 DM. Zur Sicherung der Forderung der C [REDACTED] bank gegen die BA [REDACTED], des Rückgriffsanspruchs des G [REDACTED]-Konzern gegen die BA [REDACTED] und der Ansprüche der BA [REDACTED] gegen den Beklagten übereignete dieser durch Vertrag vom 27. Juni/4. Juli/5. Juli 1960 der Deutschen Wa [REDACTED]-T [REDACTED] AG in M [REDACTED] (im folgenden abgekürzt:DWT) den größten Teil des bei der R [REDACTED] eingelagerten Gutes, der in einem als Anlage zu dem Verträge genommenen Verzeichnis aufgeführt war. In dem Verträge war vereinbart, daß die Ansprüche der BAFAG denen des G [REDACTED]-Konzern und der C [REDACTED] bank im Rang nachgehen sollten. Die DWT war im Falle des Zahlungsverzugs der BA [REDACTED] berechtigt, das Sicherungsgut in erforderlichem Umfang nach pflichtgemäßem Ermessen und nach ihrer Wahl freihändig oder im Wege der Versteigerung für Rechnung der BA [REDACTED] und auf deren Kosten zu verwerten, ohne an die Vorschriften über den Pfandverkauf gebunden zu sein.

Die Parteien schlossen am 20. Oktober 1961 einen Vorvertrag und am 3. November 1961 einen Kaufvertrag, dem die BA [REDACTED] und die C [REDACTED] bank zustimmten. Durch diesen Vertrag verkaufte der Beklagte an die Klägerin aus dem bei der R [REDACTED] liegenden, größtenteils der DWT sicherungsübereigneten Bestand 75 Lastkraftwagen, 5 Kipper und 15 Jeeps zum Gesamtpreis von 560 000 DM. Die Klägerin hatte hiervon als Anzahlung bei Vertragsschluß 342 000 DM durch Scheck und 58 000 DM durch nachträgliche Überweisung seitens der S [REDACTED]-GmbH zu leisten. Der Restbetrag von 160 000 DM war Zug um Zug gegen Übernahme der Fahrzeuge, spätestens jedoch am

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



15. Dezember 1961, zu zahlen. Nach Nr. 3 des Vertrages waren sämtliche Zahlungen auf ein bei der C[REDACTED]-bank AG zu errichtendes Sondersperrkonto des Beklagten zu bewirken. Der Beklagte verpflichtete sich, über dieses Konto erst zu verfügen, wenn sämtliche Ansprüche der C[REDACTED]-bank aus dem Kreditverhältnis mit der BA[REDACTED] sowie alle Ansprüche der BA[REDACTED] gegen den Beklagten und schließlich auch alle Forderungen des G[REDACTED]-Konzern aus der übernommenen Zollbürgschaft befriedigt waren. Nach Nr. 4 des Vertrages sollte die Klägerin die Fahrzeuge unverzollt und unversteuert übernehmen. Sie war verpflichtet, bis spätestens zum 15. November 1961 den G[REDACTED]-Konzern von seiner Zollbürgschaft in entsprechender Höhe freizustellen.

Die 342 000 DM wurden von der Klägerin alsbald gezahlt. Mit Schreiben vom 28. November 1961 mahnte der Generalbevollmächtigte des Beklagten bei der Klägerin die Zahlung der bereits fälligen weiteren 58 000 DM sowie die Übernahme der Zollverpflichtung an und setzte der Klägerin eine Frist bis zum 2. Dezember 1961. Der nunmehr von dem Beklagten beauftragte Rechtsanwalt Dr. We[REDACTED] in M[REDACTED] mahnte die Klägerin erneut unter dem 4. Dezember 1961 an die Erfüllung der von ihr übernommenen Verpflichtungen und setzte ihr eine Frist bis zum 8. Dezember 1961. Die Klägerin antwortete unter dem 7. Dezember 1961, sie habe nach Rücksprache mit Dr. A[REDACTED] von der BA[REDACTED] und Dr. Wu[REDACTED] von der C[REDACTED]-bank einen von der S[REDACTED]-GmbH akzeptierten Wechsel über 98 000 DM an die C[REDACTED]-bank in M[REDACTED] gesandt. Bezüglich der Zollverpflichtung sei mit dem Generalbevollmächtigten des Beklagten und Dr. A[REDACTED] eine neue Regelung getroffen worden.

Rechtsanwalt Dr. We [REDACTED] erwiderte am 12. Dezember 1961, daß der Beklagte mit der Erfüllung der Verpflichtung der Klägerin durch Übergabe eines Wechsels an die C [REDACTED] bank nicht einverstanden sei. Im übrigen habe auch die C [REDACTED] bank die Hereinnahme des Wechsels abgelehnt. Unter dem 13. Dezember 1961 teilte die BA [REDACTED] der Klägerin mit, daß der Beklagte sich geweigert habe, die Diskontierung des Wechsels zu unterschreiben. Auch habe die C [REDACTED] bank die Diskontierung abgelehnt. Die BA [REDACTED] habe deshalb den Wechsel an die I [REDACTED] bank in M [REDACTED] zum Abkauf gegeben.

Mit eingeschriebenem Brief vom 26. April 1962 mahnte Rechtsanwalt Dr. We [REDACTED] die Klägerin erneut an Zahlung. Er wies sie darauf hin, daß sie auf den fälligen Kaufpreis von 560 000 DM erst 350 000 DM gezahlt habe. Allerdings sei dabei ein erfüllungshalber hereingenommenes Wechselakzept über 50 000 DM nicht berücksichtigt, weil der Wechsel erst im Laufe der nächsten Monate fällig werde. Die Klägerin schulde jedenfalls mindestens 160 000 DM, zu denen noch erhebliche Unkosten kämen. In dem Brief setzte Rechtsanwalt Dr. We [REDACTED] der Klägerin sodann eine letzte Nachfrist zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bis zum 2. Mai 1962. Der Schlußsatz des Schreibens lautet:

"Nach fruchtlosem Ablauf dieser letzten Frist müßte meine Partei die Leistungsannahme ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Nach einer Besprechung in M [REDACTED] am 8. Mai 1962, an der für den Beklagten dessen Generalbevollmächtigter

teilnahm, richtete die Klägerin am selben Tage ein Schreiben an den Beklagten selbst, in dem sie ihm Vorschläge über die Tilgung der Restschuld unterbreitete. Dieser Brief wurde von dem Beklagten nicht beantwortet.

Am 10. August 1962 wurde dem Beklagten ein Betrag von 48 000 DM gutgeschrieben, der aus Zahlungen der S [REDACTED]-GmbH auf den Wechsel stammte.

Mit Brief vom 14. September 1962 teilte die DWT dem Beklagten mit, sie sei beauftragt worden, die ihr von dem Beklagten zur Sicherheit übereigneten Gegenstände zu verwerten. Sie werde nunmehr die Bestände anbieten und zum Meistgebot in dem Umfange verkaufen, der erforderlich sei, um die gesicherten Forderungen zu befriedigen.

Bereits damals war die Su [REDACTED] Trading GmbH an dem Erwerb des dem Beklagten gehörenden amerikanischen Heeresgut interessiert. Nachdem die DWT auf eine von ihr veranlaßte Anzeige in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 21. September 1962, in der die ihr übereigneten Gegenstände zum Verkauf angeboten waren, keine geeigneten Angebote erhalten hatte, machte die durch die Rechtsanwältin L [REDACTED] in M [REDACTED] vertretene Su [REDACTED] Trading GmbH der DWT am 27. September 1962 ein Kaufangebot für die an die Klägerin verkauften Fahrzeuge. Als Kaufpreis waren 150 000 DM zuzüglich 50 % des Nettoveräußerungsgewinnes vorgesehen.

Mit Schreiben vom 28. September 1962, in dem das Angebot der Su[REDACTED] Trading GmbH nochmals wiedergegeben wurde, lehnte die DWT das Angebot ab, weil sie festgestellt hatte, daß ihr die 15 Jeeps nicht übereignet worden waren. Sie erklärte sich jedoch bereit, der Su[REDACTED] Trading die übrigen Fahrzeuge, nämlich 75 Lastkraftwagen und 5 Kipper, für 150 000 DM, die zu dieser Zeit von der Su[REDACTED] Trading bereits bezahlt waren, zuzüglich 50 % des Nettoveräußerungsgewinnes zu verkaufen. Dieses Angebot wurde am 1. Oktober 1962 von der Su[REDACTED] Trading angenommen.

Bereits vorher, nämlich am 28. September 1962, hatten der durch seinen Generalbevollmächtigten vertretene Beklagte und die Firma Su[REDACTED] Trading sich dahin geeinigt, daß die 15 Jeeps ohne zusätzliches Entgelt unmittelbar von dem Beklagten an die Su[REDACTED] Trading übereignet werden sollten. Durch einen Vertrag vom selben Tage hatte der Beklagte außerdem das gesamte weitere ihm noch gehörende bei der R[REDACTED] lagernde frühere amerikanische Heeresgut - einen Teil davon hatte der Beklagte bereits im Jahre 1961 an die BA[REDACTED] veräußert - an die Su[REDACTED] Trading verkauft. Als Kaufpreis waren 48 000 DM zuzüglich 50 % des Nettoveräußerungsgewinns vereinbart. Die von dem Beklagten erworbenen Gegenstände verkaufte die BA[REDACTED] für 70 000 DM ebenfalls an die Su[REDACTED] Trading weiter. Diese veräußerte durch Vertrag vom 29. Oktober 1962 das gesamte Heeresgut, das sie von der DWT, der BA[REDACTED] und dem Beklagten erworben hatte, für insgesamt 625 000 DM an die E[REDACTED] in Gi[REDACTED] weiter.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß der Beklagte durch die ungerechtfertigte Verschleuderung der ihr verkauften Fahrzeuge sich schadensersatzpflichtig gemacht habe. Sie hat ihren Schaden auf weit über 440 000 DM beziffert und mit der Klage Zahlung eines Teilbetrages von 330 000 DM nebst Zinsen an die August Th[REDACTED] Bank, an die sie die Forderung abgetreten hatte, verlangt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 144 441,63 DM nebst Zinsen an die Th[REDACTED] Bank verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Auf die nur von dem Beklagten eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht den Beklagten lediglich zur Zahlung von 7 731,87 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte erstrebt, begehrt die Klägerin die Zurückweisung der Berufung des Beklagten in vollem Umfange, jedoch mit der Maßgabe, daß der Betrag nach der Umfirmierung der Th[REDACTED] Bank in Rh[REDACTED] Bank an diese Bank zu zahlen ist.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten verneint. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin, als sie das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. We [REDACTED] vom 26. April 1962 erhielt, sich mit einem erheblichen Teil ihrer vertraglichen Hauptleistung, nämlich der Zahlung von 170 000 DM, in Verzug befunden habe und der Beklagte zur Fristsetzung unter Androhung, er werde die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist verweigern, berechtigt gewesen sei. Allerdings sei die Frist zu kurz bemessen gewesen, sie sei erst am 31. Mai 1962 abgelaufen. Zu der Vornahme des erst später durchgeführten Deckungsverkaufs sei der Beklagte berechtigt gewesen. Den Deckungsverkauf an die Su [REDACTED] Trading hält das Berufungsgericht für ordnungsgemäß. Es legt ihn deshalb der Schadensberechnung des Beklagten zugrunde.

2. Die Revision beruft sich demgegenüber darauf, daß das Berufungsgericht von einem viel zu hohen Zahlungsrückstand der Klägerin ausgegangen sei. Diese sei nämlich zur Zeit des Empfangs des Schreibens vom 26. April 1962 nur mit 60-62 000 DM rückständig gewesen. Mit diesem Vorbringen kann die Revision keinen Erfolg haben.

a) Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Klägerin alsbald nach Abschluß des Vertrages vom 3. November 1961 an den Beklagten 342 000 DM gezahlt hat.

Weiter ist unstreitig, daß die Klägerin der BA [REDACTED] einen von der S [REDACTED]-GmbH akzeptierten Wechsel über 98 000 DM gegeben hat, der auch eingelöst wurde. Von der Wechselsumme sind dem Beklagten am 10. August 1962 48 000 DM gutgeschrieben worden. Die weiteren 50 000 DM hat die BA [REDACTED] für ihr angeblich gegen die Klägerin zustehende Provisionsansprüche einbehalten (BU 26). Hieraus ergibt sich der Betrag von 390 000 DM, den das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin in die Abrechnung eingesetzt hat.

b) Daß Rechtsanwalt Dr. We [REDACTED] als Bevollmächtigter des Beklagten in seinem Schreiben an die Klägerin vom 26. April 1962 die bisherige Zahlung mit 350 000 DM beziffert hatte, beruhte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen hat, ersichtlich auf einem Versehen, denn es waren tatsächlich damals nur 342 000 DM von der Klägerin bezahlt worden. Der Wechsel, der in dem Schreiben ausdrücklich erwähnt ist, wenn Rechtsanwalt Dr. We [REDACTED] als Wechselsumme auch unrichtig 50 000 DM angegeben hatte, war zu jener Zeit noch nicht eingelöst worden.

gs- c) Die Zahlung eines Betrages von 8 000 DM seitens der BA [REDACTED] für die Klägerin an den Beklagten ist in den Tatsachenrechtszügen von der Klägerin nicht vorgetragen worden. Daß sie sich insoweit die Angaben in dem Aktenvermerk des Rechtsanwalts Dr. We [REDACTED] vom 25. September 1962 zu eigen machen wollte, ist aus dem Vorbringen der Klägerin nach Überreichung des Aktenvermerks im Termin vom 22. Juli 1969 nicht zu entnehmen.

Die Revision hat auch nicht gerügt, daß entsprechendes Parteivorbringen der Klägerin übergangen worden sei. Im übrigen ergibt der Vermerk zwar, daß nach den bei der Besprechung vom 25. September 1962 gemachten Angaben des Generalbevollmächtigten des Beklagten dieser auf den von der Klägerin geschuldeten Kaufpreis insgesamt 400 000 DM erhalten hatte, jedoch wollte die BA [REDACTED] den Beklagten mit einem Betrage von 10 000 DM ("Storno-Wolke") belasten. Der Beklagte und Rechtsanwalt Dr. We [REDACTED] bestritten allerdings die Berechtigung dieses Postens. Er war aber offensichtlich in dem Betrage von 120 000 DM berücksichtigt, der nach der Schlußabrechnung der DWT von dieser an die BA [REDACTED] zu Lasten des Beklagten gezahlt wurde. Auch der Aktenvermerk des Dr. We [REDACTED] über den Verlauf der Besprechung vom 25. September 1962 spricht daher, wenn er im Zusammenhang gelesen wird, für die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte auf den Kaufpreis im Ergebnis nur 390 000 und nicht 400 000 DM oder sogar mehr von der Klägerin oder für deren Rechnung erhalten hatte.

d) Ob die BA [REDACTED] den Wechsel von 98 000 DM für Rechnung des Beklagten in Empfang genommen hatte, wie die Revision geltend macht, ist für die Entscheidung nicht von Bedeutung. Maßgebend ist vielmehr, daß der Beklagte von der Wechselsumme nur 48 000 DM erhielt, nachdem die BA [REDACTED] 50 000 DM als Provision einbehalten hatte. Daß die BA [REDACTED] im Verhältnis der Parteien zueinander nicht Vertreter des Beklagten war, hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhange (BU 35)

rechtsfehlerfrei angenommen und dabei auch mit Recht verneint, daß die BA [REDACTED] oder deren Vorstandsmitglied Dr. A [REDACTED] kraft Anscheins- oder Duldungsvollmacht den Beklagten verpflichten konnten. Die Revision will Dr. A [REDACTED] deshalb als Vertreter des Beklagten angesehen wissen, weil er - ersichtlich mit Ermächtigung des Beklagten - die Verhandlungen mit dem Inhaber der Klägerin geführt habe. Dabei läßt die Revision außer acht, daß die Ermächtigung zur Führung von Verhandlungen noch nicht die Befugnis zur Entgegennahme von Zahlungen oder von Wechseln enthält. Im übrigen ergibt der Brief der BA [REDACTED] an die Klägerin vom 13. Dezember 1961, daß der Beklagte jedenfalls zunächst sogar eine Mitwirkung bei der Diskontierung des von der S [REDACTED]-GmbH angenommenen Wechsels abgelehnt hatte. Außerdem fehlt es auch an jeder Darlegung darüber, welche Verhandlungen die BA [REDACTED] oder Dr. A [REDACTED] mit Ermächtigung des Beklagten über die Zahlung des Kaufpreises mit der Klägerin geführt haben soll. Eine Zahlung an die BA [REDACTED] befreite die Klägerin von ihrer Schuld gegenüber dem Beklagten mithin nur insoweit, als der gezahlte Betrag an den Beklagten weitergeleitet wurde. Das geschah aber nur in Höhe von 48 000 DM.

e) Die Klägerin hat in den Tatsachenrechten niemals vorgetragen, daß sie außer dem Wechsel über 98 000 DM noch einen weiteren Wechsel über 50 000 DM für den Beklagten an die BA [REDACTED] gegeben habe. Die Bezugnahme der Revision auf das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. We [REDACTED] vom 26. April 1962

kann den fehlenden Vortrag in den Tatsachenrechten nicht ersetzen. Die Behauptung der Revision, daß die BA [REDACTED] für den Beklagten von der Klägerin einen weiteren Wechsel über 50 000 DM erhalten habe, kann daher von dem erkennenden Senat nicht geprüft werden. Im übrigen käme es darauf an, ob die BA [REDACTED] den Wechsel oder den Einlösungsbetrag an den Beklagten weitergeleitet hatte. Auch insoweit fehlt es an jedem tatsächlichen Vorbringen.

f) Auf die weiteren in diesem Zusammenhange von der Revision erhobenen Verfahrensrügen, die der erkennende Senat pflichtgemäß geprüft und sämtlich als unbegründet befunden hat, bedarf es keines näheren Eingehens (Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 15. August 1969 BGBI I 1141).

Das Berufungsgericht ist daher ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß die Klägerin sich nur einen Betrag von 390 000 DM auf den Kaufpreis anrechnen zu lassen brauchte und daß die offen gebliebene Forderung mithin 170 000 DM betrug.

3. Da die Klägerin außerdem noch mit ihrer Verpflichtung, die Lager- und Versicherungskosten ab 1. November 1961 zu übernehmen, in Verzug geraten war und sie den G [REDACTED]-Konzern nicht von seiner Zollbürgschaft befreit hatte, standen für den Beklagten sehr erhebliche Beträge auf dem Spiele. Bei diesem Sachverhalt hat das Berufungsgericht ohne

Rechtsverstoß bejaht, daß der Beklagte nach § 326 BGB vorgehen konnte, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen und ohne die ihm durch § 326 BGB gewährten Rechte unzulässig auszuüben. Wenn die Revision auch in diesem Zusammenhange zugunsten der Klägerin berücksichtigt wissen will, daß die Restforderung des Beklagten in Wahrheit viel geringer gewesen sei, so setzt sich ihr Vorbringen in Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die - wie ausgeführt ist - rechtlich nicht zu beanstanden sind. Daß das Berufungsgericht die gesetzte Nachfrist als zu kurz angesehen hat und zugunsten der Klägerin davon ausgegangen ist, der Beklagte habe erst mit Ablauf des 31. Mai 1962 einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des gesamten Kaufvertrages erworben, beschwert jedenfalls nicht die Klägerin.

Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht den Beklagten auch nicht zur teilweisen Erfüllung des Kaufvertrages für verpflichtet gehalten. Ob die Begründung, mit der das Berufungsgericht seine Ansicht rechtfertigt, den Angriffen der Revision standhalten könnte, braucht nicht entschieden zu werden, denn das gefundene Ergebnis erweist sich schon aus einem anderen Gesichtspunkt als zutreffend. Hätte nämlich der Beklagte der Klägerin einen Teil der verkauften Gegenstände ausgehändigt und übereignet, so hätten sie nicht mehr für einen Deckungsverkauf zur Verfügung gestanden. Unter den gegebenen Umständen war aber die Durchführung eines Deckungsverkaufs für den Beklagten die einzige Möglichkeit, um seinen

Schadensersatzanspruch zu verwirklichen. Wie das Ergebnis des von dem Beklagten vorgenommenen Deckungsverkaufs gezeigt hat, wurden alle, oder doch jedenfalls nahezu alle, an die Klägerin verkauften Fahrzeuge benötigt, um einen ausreichenden Erlös zu erzielen. War aber der Deckungsverkauf ordnungsgemäß durchgeführt worden, was das Berufungsgericht - wie noch aufzuzeigen sein wird, ohne Rechtsverstoß - angenommen hat, so bestand unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben keine Verpflichtung des Beklagten, die gekauften Fahrzeuge teilweise der Klägerin zur Verfügung zu stellen. Das gilt auch für die 15 Jeeps, ohne deren Übereignung die Su[REDACTED] Trading, die allein Interesse für das amerikanische Heeresgut zeigte, den angebotenen Posten, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht gekauft haben würde. Somit wäre ohne die 15 Jeeps der Kaufvertrag mit der Su[REDACTED] Trading überhaupt nicht zustandegekommen, oder es wäre jedenfalls nur ein Kaufpreis erzielt worden, der den Schaden des Beklagten nicht deckte. Im übrigen wußte der Beklagte bei Abschluß des Deckungsverkaufs noch nicht, welcher Nettoveräußerungsgewinn beim Weiterverkauf erzielt werden würde. Da der ziffernmäßig vereinbarte Kaufpreis den Schaden des Beklagten keinesfalls deckte, konnte der Beklagte auch nicht so viele Jeeps, wie dem zuerkannten Betrage von 7 731,87 DM entsprach, von dem Deckungsverkauf ausnehmen und der Klägerin zur Verfügung stellen, ohne befürchten zu müssen, daß sein Schadensersatzanspruch nicht voll befriedigt werden würde. Der Beklagte handelte deshalb nicht arglistig, wenn er alle der Klägerin verkauften Fahrzeuge in den Deckungsverkauf einbezog.

Auf die von dem Berufungsgericht angestellte und von der Revision als irrtümlich bezeichnete Erwägung, daß der Beklagte nicht vorleistungspflichtig gewesen sei, kommt es hiernach nicht an. Daß der Beklagte im Falle der Zahlung der Klägerin in der Lage gewesen wäre, die Ansprüche zu erfüllen, zu deren Sicherung die Fahrzeuge übereignet waren, hat das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt. Die C[REDACTED]-bank war abgefunden und erhob keine Ansprüche mehr. Tatsächlich hat nach der bereits erwähnten Abrechnung der DWT vom 2. Oktober 1962 der zunächst von der Su[REDACTED] Trading gezahlte Betrag von 150 000 DM ausgereicht, um die Ansprüche der BA[REDACTED], die allein noch offenstanden, zu befriedigen. Der Beklagte wäre daher, wenn die Klägerin den von ihr geschuldeten Restkaufpreis gezahlt hätte, auch in der Lage gewesen, ihr die gekauften Fahrzeuge zu übereignen. Die Rüge der Revision, die Fristsetzung nach § 326 BGB durch den Beklagten sei nicht in Ordnung gewesen, weil der Beklagte die ihm obliegende Gegenleistung gar nicht hätte erbringen können, ist somit unbegründet.

Ob der Beklagte gegen Nr. 3 letzter Absatz des Kaufvertrages der Parteien verstoßen hat, ist vom Berufungsgericht mit Recht offen gelassen worden, denn auch dann, wenn dies unterstellt wird, ist jedenfalls der Klägerin kein Nachteil entstanden. Wie bereits erwähnt, waren die Ansprüche der C[REDACTED]-bank von dem Beklagten unstreitig befriedigt worden. Zur Befreiung des Beklagten von der Zollbürgschaft des G[REDACTED]-Konzern war die Klägerin verpflichtet. Hätte sie diese Verpflichtung erfüllt, so hätte der G[REDACTED]-Konzern Ansprüche gegen den Beklagten nicht mehr gehabt. Die mithin allein

noch infrage stehenden Ansprüche der BA [REDACTED] hätten aus dem von der Klägerin geschuldeten Restbetrag beglichen werden können, wie bereits ausgeführt worden ist. Der Beklagte wäre also in der Lage gewesen, der Klägerin lastenfreies Eigentum an den ihr verkauften Fahrzeugen zu verschaffen. Selbst wenn also der Beklagte der Bestimmung in Nr. 3 letzter Absatz des Kaufvertrages zuwidergehandelt haben sollte, war er deswegen nicht gehindert, gemäß § 326 BGB gegen die Klägerin vorzugehen.

Der von der Revision hervorgehobene Umstand, daß die Beteiligten, insbesondere die für Su [REDACTED] Trading handelnde Rechtsanwältin L [REDACTED], Zweifel daran gehabt hätten, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des § 326 BGB vorlagen, ist für die Entscheidung ersichtlich ohne Bedeutung. Es kommt nicht darauf an, ob die Beteiligten Zweifel hatten, sondern allein darauf, ob der Beklagte berechtigt war, gemäß § 326 BGB gegen die Klägerin vorzugehen, was das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß bejaht hat.

4. Das Berufungsgericht hat die Überzeugung gewonnen, daß der unter Mitwirkung des Beklagten vorgenommene Deckungsverkauf nicht zu beanstanden sei. Der Beklagte habe weder gegen Treu und Glauben verstoßen noch die Interessen der Klägerin schuldhaft außer acht gelassen. Demgegenüber vertritt die Revision die Auffassung, daß dem Beklagten der Vorwurf zu machen sei, die Fahrzeuge schuldhaft verschleudert zu haben, ohne den berechtigten Belangen der Klägerin Rechnung zu tragen.

a) Die Revision beanstandet zunächst, daß das Berufungsgericht den Verkauf als "Notverkauf" behandelt hat, und meint, eine Verlängerung der Zollbürgschaft sei ohne weiteres möglich gewesen. Dabei läßt die Revision außer acht, daß der Beklagte nicht verpflichtet war, die am 30. September 1962 ablaufende Zollbürgschaft auf seine Kosten verlängern zu lassen, selbst wenn er hierzu in der Lage gewesen sein sollte. Vielmehr war es allein Sache der Klägerin, für eine Verlängerung der Zollbürgschaft Sorge zu tragen, um sich von Nachteilen zu bewahren. Daß es zu den Schwierigkeiten mit der Zollbürgschaft gekommen war, lag allein an der Klägerin, und sie konnte nicht verlangen, daß der Beklagte sie von den Folgen freistellte, die auf ihren Verzug zurückzuführen waren. Gerade mit Rücksicht auf den Ablauf der Zollbürgschaft hatte die DWT bereits Verhandlungen mit Su[REDACTED] Trading wegen der Verwertung des Sicherungsgutes aufgenommen und am 21. September 1962 eine entsprechende Anzeige in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung erscheinen lassen. Angesichts der Säumnis der Klägerin, die sich unstreitig um die ihr verkauften Fahrzeuge nicht gekümmert und den Beklagten ohne Nachricht gelassen hatte, des bevorstehenden Ablaufs der Zollbürgschaft und des Verhaltens der DWT, die eine baldige Verwertung des Sicherungsgutes wünschte, ist der vom Berufungsgericht gebrauchte Ausdruck "Notverkauf" nicht zu beanstanden. Mit Rücksicht auf die erwähnten Umstände sowie darauf, daß der Winter herannahte und die Fahrzeuge im Freien standen, schließlich auch

im Hinblick auf die ständig wachsenden Lagerkosten und die sonstigen dem Beklagten entstehenden Kosten, ist es dem Beklagten auch nicht zum Vorwurf zu machen, daß er sich nicht bemühte, den Verkauf weiter hinauszuschieben, zumal irgendeine günstigere Verwertungsmöglichkeit nicht erkennbar geworden war.

b) Entgegen der Darstellung der Revision wurden die Fahrzeuge bei dem Deckungsverkauf auch nicht für 20 000 DM verschleudert. Vielmehr sind der Klägerin aus dem Deckungsverkauf der bezifferte Kaufpreis von 150 000 DM und außerdem der Anteil am Nettoveräußerungsgewinn, der auf die Fahrzeuge entfiel, mit 51 793,55 DM, zusammen also 201 793,55 DM, bei der Endabrechnung gutgebracht worden. Überdies hatte die Käuferin den G-Konzern von der Zollbürgschaft freizustellen, was ihr offenbar gelungen ist, denn in der Endabrechnung der DWT vom 2. Oktober 1962 sind Forderungen des G-Konzern nicht mehr enthalten. Irgendwelche Zollschulden wurden mithin aus dem Erlös nicht befriedigt, so daß die Angriffe der Revision, die einen anderen Sachverhalt zugrunde legen, ins Leere gehen.

c) Dem Gutachten des Sachverständigen Oberingenieur B, der den Verkehrswert der infrage stehenden Fahrzeuge für Ende September 1962 auf 415 000 DM beziffert hatte, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es führt aus, der vom Sachverständigen angegebene Betrag sei nur ein ungefährender Anhaltspunkt. Er könne nicht als Ausgangspunkt genommen werden, weil konkret bewiesen worden sei, daß

er hier nach den gegebenen Umständen nicht zu erzielen war (BU 53). Die Revision hält diese Erwägungen des Berufungsgerichts zu Unrecht für unzulässig. Das Berufungsgericht war zu freier Würdigung des Sachverständigengutachtens berufen (BGH Urt. vom 7. März 1951 - II ZR 67/50 - LM ZPO § 286 (B) Nr. 2) und nicht an das Ergebnis des Gutachtens gebunden (BGH Urt. vom 10. März 1954 - IV ZR 123/52 - VersR 1954, 531 = VRS 7, 323). Seiner Pflicht, ausreichend zu begründen, weshalb es dem Gutachten nicht folgt, ist das Berufungsgericht nachgekommen. Ob die Überzeugung, die das Berufungsgericht erlangt hat, richtig ist, hat der erkennende Senat nicht zu prüfen (BGH Beschluß vom 10. Februar 1960 - IV ZB 7/60 - LM ZPO § 411 Nr. 3).

Auch die Würdigung der Aussage des als sachverständiger Zeuge vernommenen Kaufmanns Kurt Lü über die Höhe des im September 1962 für die Fahrzeuge erzielbaren Kaufpreises bei einem "Mußverkauf" wird von der Revision zu Unrecht beanstandet. Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, den Angaben des Zeugen zu folgen. Es hat ausreichend dargelegt, weshalb ihm die Bekundungen des Zeugen nicht die Überzeugung verschafft haben, daß bei dem Deckungsverkauf ein höherer Kaufpreis zu erzielen gewesen wäre. Einen Rechtsfehler lassen diese Ausführungen entgegen der Ansicht der Revision nicht erkennen. Auch insoweit kann der Senat nicht nachprüfen, ob die Überzeugung des Berufungsgerichts richtig ist und tatsächlich ein höherer Preis erzielbar gewesen wäre.

d) In den Tatsachenrechtszügen ist nicht aufgezeigt worden, daß dann, wenn die Fahrzeuge in Einzelposten veräußert worden wären, sich ein höherer Gesamtpreis ergeben hätte. Auch die Revision macht nicht geltend, daß entsprechendes Vorbringen übergangen worden sei. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der DWT und dem Beklagten angesichts der Vielzahl der zu dem Heeresgut gehörenden Gegenstände ein Einzelverkauf überhaupt zuzumuten gewesen wäre.

e) Daß bei dem Weiterverkauf der Fahrzeuge durch die Su[REDACTED] Trading an die Evauge ein höherer Kaufpreis erzielt wurde, hat das Berufungsgericht nicht übersehen, sondern es befaßt sich eingehend mit diesem Verkauf (BU 54). Es hat dabei auch nicht verkannt, daß die von dem Beklagten genannten Zahlen "mit Vorbehalt" zu bewerten seien, erblickt jedoch in dem Weiterverkauf eine einmalige, dem Beklagten nicht zugänglich Möglichkeit. Auch insoweit handelt es sich um eine Würdigung des Berufungsgerichts, die einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt und für den erkennenden Senat bindend ist.

f) Den Beweis für die Ordnungsmäßigkeit des Dekungsverkaufs hält das Berufungsgericht für geführt. Auf die Frage der Beweislast kommt es daher entgegen der Ansicht der Revision nicht an.

g) Wie die Revision zu der Annahme gelangt ist, die 15 Jeeps seien in Wahrheit nicht veräußert worden, bleibt unverständlich. Vielmehr ergibt sich aus dem Vertrag zwischen dem Beklagten und Su[REDACTED] Trading

vom 28. September 1962, daß auch die 15 Jeeps auf die Su[REDACTED] Trading übertragen wurden, die sie dann mit dem gesamten amerikanischen Heeresgut an die Evauge weiterveräußerte. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß feststellt, waren die 15 Jeeps in dem von der Su[REDACTED] Trading gebotenen Kaufpreis berücksichtigt worden, so daß Su[REDACTED] Trading die Jeeps nicht ohne Gegenleistung erhielt.

h) Das Berufungsgericht wertet das Ergebnis der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme dahin, daß die Klägerin vor dem Deckungsverkauf von dem beabsichtigten Vorgehen unterrichtet worden sei, daß zumindest aber der Beklagte ohne Verschulden habe glauben können, eine derartige Verständigung der Klägerin sei erfolgt. Auch diese Ausführungen, gegen die sich die Revision wendet, enthalten keinen Rechtsirrtum. Insoweit handelt es sich ebenfalls um eine den erkennenden Senat bindende tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts. Die Revision läßt überdies außer acht, daß der Steuerbevollmächtigte der Klägerin, Heinz U[REDACTED], wie er als Zeuge bekundet und wie die Klägerin auch nicht in Abrede gestellt hat, von dem Anruf der Rechtsanwältin L[REDACTED] dem Inhaber der Klägerin alsbald nach dessen Rückkehr in das Geschäftslokal Mitteilung gemacht hat. Wenn der Inhaber der Klägerin weitere Einzelheiten erfahren wollte, hatte er die Möglichkeit, nunmehr seinerseits die Rechtsanwältin L[REDACTED] anzurufen, die ausdrücklich um einen Rückruf durch den Inhaber der Klägerin gebeten hatte. Daß bei dem Telefongespräch zwischen der Rechtsanwältin L[REDACTED] und U[REDACTED] von einem bestimmten Kaufpreis nicht die Rede gewesen sein mag, worauf die

Revision hinweist, kann unterstellt werden. Jedenfalls mußte der Inhaber der Klägerin aufgrund des Anrufs der Rechtsanwältin L. [REDACTED] aus M. [REDACTED] damit rechnen, daß die Verwertung der von ihm gekauften Fahrzeuge drohte, und es wäre nunmehr an ihm gewesen, sich um die Angelegenheit zu kümmern, zumal er seit Mai 1962 nichts mehr hatte von sich hören lassen. Daß der Inhaber der Klägerin nichts unternehmen hat, um seine Interessen zu wahren, geht notwendigerweise zu seinen Lasten. Überdies legt das Berufungsgericht entscheidenden Wert auf eine Telefonnotiz vom 26. September 1962 (BU 58), aus der sich ergibt, daß der Inhaber der Klägerin durch den Geschäftsführer der Su. [REDACTED] Trading, den als Zeugen vernommenen Kaufmann Ka. [REDACTED], vor dem Deckungsverkauf von der Absicht der Su. [REDACTED] Trading, die Fahrzeuge zu erwerben, unterrichtet worden war. Auch wenn weder Ka. [REDACTED] noch die Rechtsanwältin L. [REDACTED] den Inhaber der Klägerin über die Höhe des von der Su. [REDACTED] Trading gebotenen Kaufpreises unterrichtet haben, kann hieraus nichts zugunsten der Klägerin hergeleitet werden. Der Inhaber der Klägerin hätte es in der Hand gehabt, sich zu erkundigen und alle Einzelheiten zu erfahren, die er wissen wollte. Wenn er von dieser ihm offenstehenden Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, so begründet dies keinen Vorwurf gegen den Beklagten.

U. [REDACTED] ist als Zeuge vernommen worden, so daß die auf die angebliche Übergehung eines entsprechenden Beweisantrags gestützte Verfahrensrüge der Revision (Revisionsbegründung S. 27) keinen Erfolg haben kann. War aber der Inhaber der Klägerin über die beabsichtigte

Verwertung der ihm verkauften Fahrzeuge ausreichend unterrichtet, so bedarf es keiner Erörterung der Rechtsfrage, ob eine Benachrichtigung der Klägerin vor der Durchführung des Deckungsverkaufs überhaupt erforderlich war. Außerdem hat die Revision auch nicht aufgezeigt, daß der Klägerin durch die angeblich unzureichende Aufklärung über den beabsichtigten Deckungsverkauf ein Nachteil verursacht wurde. Insbesondere ist nicht dargetan, daß die Klägerin ausreichende Mittel zur Verfügung hatte, um ihrerseits die Ansprüche des Beklagten zu erfüllen.

i) Auf die Vorgänge vom 15. Oktober 1962 kommt es schon deshalb nicht an, weil in diesem Zeitpunkt der Deckungsverkauf bereits durchgeführt worden war. Es kann daher unterstellt werden, daß Dr. A. [REDACTED] und der Generalbevollmächtigte des Beklagten der Klägerin gegenüber damals unaufrichtig gewesen sind und ihr den bereits vorgenommenen Deckungsverkauf verheimlicht haben. Für die rechtliche Beurteilung der Sache sind diese Vorgänge ohne Bedeutung. Die Klage ist nicht darauf gestützt, daß durch dieses Verhalten der Klägerin ein Schaden entstanden sei. Es ist auch nicht ersichtlich, welcher mit der Klage verlangte Schaden hierauf zurückgeführt werden könnte.

Die Rügen der Revision, mit der sie die Ordnungsmäßigkeit des Deckungsverkaufs bekämpft, sind mithin sämtlich unbegründet.

5. Zu Unrecht erhebt die Revision auch Bedenken gegen einzelne der in die Endabrechnung des Berufungsgerichts (BU 64) eingesetzten Posten. Der erkennende Senat hat sämtliche Beträge, die das Berufungsgericht in die Aufstellung aufgenommen hat, nachgeprüft. Wenn die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht die Klägerin mit verschiedenen Gebühren und Kosten belastet hat, so beruht das darauf, daß die Revision zu Unrecht den Deckungsverkauf als nicht ordnungsgemäß ansieht, während in Wirklichkeit der Deckungsverkauf zu den vereinbarten Bedingungen durchgeführt werden durfte. Die entsprechenden Rügen der Revision sind mithin von vornherein unbegründet.

Auch die Gebühren des Rechtsanwalts Dr. We [REDACTED] sind richtig berechnet. Daß der zugrunde gelegte Geschäftswert nicht zu hoch angenommen worden ist, hat das Berufungsgericht (BU 63) eingehend begründet. Rechtsfehler sind insoweit nicht erkennbar. Die Revision hat nicht aufgezeigt, weshalb der zugrunde gelegte Geschäftswert zu hoch sein soll.

Die Revision erweist sich mithin in vollem Umfange als unbegründet, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden muß, jedoch mit der Maßgabe, daß der ausgerichtete Betrag an die Rh[REDACTED] Bank in Düsseldorf zu zahlen ist, weil die Th[REDACTED] Bank inzwischen entsprechend umfirmiert hat.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Braxmaier

Dr. Hiddemann