

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 215/63

URTEIL

Verkündet am

20. Januar 1965
Klett, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Medico-Technik, Ernst W. [REDACTED] Kommandit-
gesellschaft, vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Ernst W. [REDACTED] in B., F. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Herbert M. [REDACTED] in B., K. [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 22. April 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat ein Frauenthermometer "Zyklotest" entwickelt, dessen Zweck darin besteht, die empfängnisfreien und empfängnismöglichen Tage bei der Frau festzustellen. Die Beklagte hat sich mit dem Vertrieb dieses Thermometers befaßt. Mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrage vom 20. Dezember 1954 hatte sich die Beklagte zunächst für zwei Jahre verpflichtet, die von ihr zum Verkauf benötigten Frauenthermometer Zyklotest ausschließlich bei der Firma S [REDACTED] und M [REDACTED] herstellen zu lassen. Der Kläger war Mitinhaber der Firma S [REDACTED] und M [REDACTED] und übernahm diesen Betrieb später allein. Das Abkommen über die Bezugsverpflichtung sollte bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Kündigungszeit schriftlich kündbar sein.

Die Beklagte kündigte bereits am 1. März 1955 die Vereinbarung fristlos und nahm von da ab beim Kläger keine

Thermometer mehr ab. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der ihm durch die seiner Ansicht nach ungerechtfertigte Kündigung des Abkommens entstanden ist. Er hat zunächst einen Teilbetrag von 10 000 DM eingeklagt. Diesen Anspruch hat das Landgericht durch rechtskräftiges Urteil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Im Betragsverfahren hat der Kläger den Klagebetrag auf 44 176,58 DM erhöht. Die Beklagte ist durch Teilerkenntnisurteil zur Zahlung von 10 000 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Durch Schlußurteil hat das Landgericht die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an den Kläger weitere 20 615,06 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die von beiden Parteien eingelegten Berufungen hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit ihr nicht in Höhe der anerkannten 10 000 DM nebst Zinsen stattgegeben worden ist. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist unter ausdrücklichem Hinweis auf die Bestimmung des § 287 ZPO der Schadensschätzung des Landgerichts gefolgt. Das Landgericht geht davon aus, daß die Beklagte, wenn sie den Liefervertrag nicht gekündigt hätte, von dem Kläger 40 002 Thermometer zu einem Preise von je 2,50 DM abgenommen hätte. Auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Treuhanddirektors Krausmann unter teilweiser Verwertung des Gutachtens des Sachver-



ständigen Buchprüfers und Steuerberaters Rabe sowie auf Grund des Gutachtens des Gewerbeschulrats Wilhelm der Bundesfachschule für Glasinstrumententechnik nimmt das Landgericht an, daß der Kläger, wenn die Beklagte die 40 CO2 Thermometer für 2,50 DM je Stück von dem Kläger abgenommen hätte, einen Reingewinn von 30 215,06 DM erzielt hätte. Das Berufungsgericht führt aus, es sei nicht zu beanstanden, daß sich das Landgericht dem Obergutachten des Sachverständigen Krausmann, das nach Erstattung der Gutachten der Sachverständigen Rabe und Wilhelm eingeholt worden sei, angeschlossen habe. Der Sachverständige Krausmann habe insbesondere die zahlreichen von beiden Parteien gegen das Gutachten Rabe vorgebrachten Einwendungen berücksichtigt und sachlich beantwortet. Das Berufungsgericht nimmt sodann auf die Erklärung der Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Bezug, wonach sie für den ersten Rechtszug ausdrücklich darauf verzichtet haben, gegen das Obergutachten des Sachverständigen Krausmann Einwendungen vorzubringen. Soweit die Beklagte im Berufungsrechtszuge das Gutachten des Sachverständigen Krausmann mit Tatsachenbehauptungen angreift, läßt das Berufungsgericht diese Tatsachen und Beweismittel nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht zu, weil die Beklagte diesen Vortrag im ersten Rechtszuge aus grober Nachlässigkeit unterlassen habe.

II. Die Angriffe der Revision gegen die Schadensermittlung des Berufungsgerichts müssen scheitern. Die einzelnen Erwägungen des Berufungsgerichts, die es im Rahmen des § 287 ZPO getroffen und ausführlich dargelegt hat, sind als Äußerungen freien Ermessens im Revisionsrechtszuge nur daraufhin nachprüfbar, ob sie gegen Rechtsvorschriften oder Rechtsbegriffe verstoßen, die vorgebrachten

schätzungsbegründenden Tatsachen nicht erschöpfend würdigen, die Grenzen des Ermessens überschreiten oder offenbar unsachlich sind. Von alledem kann nicht die Rede sein.

1. Die Revision meint, die Schätzung des Berufungsgerichts sei schon im Ausgangspunkt fehlerhaft. Der Kläger habe seinen Schaden konkret berechnet; denn er habe geltend gemacht, daß er mehr als im Normalfall verdient hätte. Dann aber könne er sich nicht auf die Gewinnvermutung des § 252 Satz 2 BGB stützen, sondern habe die volle Beweislast. Die Sachverständigen, deren Gutachten nur auf mutmaßlichen Werten beruhten, hätten dagegen die abstrakte Schätzung angewendet. Das sei unzulässig.

Der Revision kann nicht gefolgt werden. Der Kläger hat allerdings seinen Schaden konkret berechnet. Er legt der Berechnung jedoch einen hypothetischen Fall zugrunde. Er fordert eindeutig als Ersatz den Gewinn, den er in dem angenommenen Fall bezogen hätte, daß die Beklagte ihrer Abnahmepflicht nachgekommen wäre. Dieser konkreten Berechnungsweise ist das Landgericht gefolgt. Zutreffend weist es darauf hin, es liege in der Natur der Sache, daß ein Gewinn, der in Wirklichkeit nicht gemacht worden sei, niemals ganz genau festgestellt werden könne. Mit vollem Recht haben das Landgericht und das Berufungsgericht, das die Schadensberechnung des Landgerichts übernimmt, deshalb im Ergebnis darauf abgestellt, welchen Gewinn der Kläger bei Würdigung der Umstände des Falles schätzungsweise erwarten konnte.

2. Weitere Rügen der Revision richten sich gegen die Einzelheiten der Schätzung, die das Berufungsgericht über den Unterschiedsbetrag zwischen den Herstellungskosten und dem Verkaufspreis, also über die Gewinnspanne getroffen

hat. Diese Rügen sind nicht begründet. Wenn das Berufungsgericht dem eingehenden Gutachten des Sachverständigen Krausmann gefolgt ist, so läßt das keinen Verstoß gegen die Vorschrift des § 287 ZPO erkennen. Das Berufungsgericht war im Rahmen dieser Bestimmung nicht verpflichtet, den Angriffen, die die Beklagte gegen das Gutachten erhoben hat, nachzugehen. Soweit es die Erhebung weiterer Beweise nicht für erforderlich hält, weil es den Sachverhalt auf Grund der Gutachten für hinreichend geklärt ansieht, steht das im Einklang mit der Bestimmung des § 287 ZPO. Danach entscheidet über die Frage, wie hoch sich der Schaden beläuft, das Gericht nach freier Überzeugung. Ob und wieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt seinem Ermessen überlassen (§ 287 Abs. 1 ZPO).

Damit müssen alle Angriffe der Revision scheitern, die sich gegen einzelne Rechnungsposten des Gutachtens des Sachverständigen Krausmann richten, oder eine andere Betrachtungsweise als die des Sachverständigen und ihm folgend des Berufungsgerichts angewendet wissen wollen oder bemängeln, daß nicht ein weiterer Sachverständiger gehört worden ist.

3. Keinen Erfolg kann die Revision auch mit ihrem Vorbringen haben, die Schätzung des Berufungsgerichts weise Fehler auf, die ihren Ursprung darin hätten, daß das Berufungsgericht - abgesehen von der Berechnung des Sachverständigen - Tatsachen übersehen oder falsch gewürdigt habe, die Teil des Prozeßstoffes seien.

a) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Beklagte in der Zeit vom 1. März 1955 bis 31. Dezember 1956 insgesamt 40 002 Thermometer anderwärts be-

zogen hat. Es meint, im ersten Rechtszuge habe über die Zahl der Thermometer zuletzt kein Streit mehr bestanden. Soweit die Beklagte im Berufungsrechtszuge bestreite, daß der Schadensermittlung die Zahl von 40 CO2 Thermometern zugrundegelegt werden dürfe, werde dieses neue Verteidigungsmittel wegen Verspätung zurückgewiesen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Erklärung der Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, sie verzichte in dieser Instanz darauf, an dem Obergutachten des Sachverständigen Krausmann Kritik zu üben, um die Sache weiterzubringen, unter Wiederholung des gesamten bisherigen Vorbringens behalte sie sich für die höhere Instanz vor, zu dem Obergutachten Stellung zu nehmen, mit dem Berufungsgericht dahin ausgelegt werden kann, die Beklagte habe vor dem Landgericht gegenüber den vom Sachverständigen bekundeten Tatsachen nichts an abweichenden Tatsachen oder an Beweismitteln vorgetragen, früheres Vorbringen sei insoweit nicht mehr geltend gemacht worden. Es bedarf auch nicht der Entscheidung, ob es als grobe Nachlässigkeit anzusehen wäre, falls die Beklagte Einwendungen, die sie gegen das Gutachten im einzelnen erheben wollte, nicht mehr im ersten Rechtszug vorgetragen hätte.

Die Revision rügt nämlich zu Unrecht, das Berufungsgericht hätte die Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 28. Juni 1960 berücksichtigen müssen, daß sie von anderer Seite nur 37 821 Thermometer bezogen habe. In diesem Schriftsatz hatte die Beklagte allerdings vorgebracht, von ihr seien 44 991 Thermometer in den Jahren 1955, 1956 umgesetzt worden. Davon seien vor der Lösung des Vertrages vom Kläger 4 600 Thermometer geliefert worden, 1 046 seien aus der Fabrikation des Klägers über

die Pfändung des Wollenschläger an die Beklagte verkauft worden, so daß dem Kläger die Lieferung von 37 821 Stück entgangen sei. Dieser Vortrag war aber unschlüssig. Das eigene Zahlenwerk der Beklagten ergibt, daß sie nach der Kündigung des Vertrages einschließlich der von dem Pfändungsgläubiger Wollenschläger erhaltenen (44 991 - 4 600 =) 40 391 Thermometer anderweit bezogen hat. Das Berufungsgericht konnte daher dem Sachverständigen Krausmann folgen, der im Gutachten ausführt, daß im Zeitraum vom 1. März 1955 bis 31. Dezember 1955 die Beklagte 16 290 Thermometer, im Zeitraum vom 1. Januar 1956 bis 31. März 1956 3 990 Thermometer und im Zeitraum vom 1. April 1956 bis 31. Dezember 1956 19 722 Thermometer einschließlich der von W [REDACTED] erworbenen bezogen habe. Das sind insgesamt 40 002 Thermometer.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, ohne Bedeutung für die Schadensberechnung sei, daß die Beklagte 666 Thermometer von einem früheren Gesellschafter der Firma S [REDACTED] und M [REDACTED], späteren Glasbläser K [REDACTED], der die Thermometer beim Beklagten gepfändet hatte, erworben habe. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, ihre Thermometer vom Kläger selbst zu beziehen. Hätte sie die Thermometer von W [REDACTED] nicht bezogen, so hätte sie sie vom Kläger beziehen müssen und dieser hätte - unbeschadet der Pfändung durch W [REDACTED] - andere Thermometer in dieser Zahl herstellen und an die Beklagte liefern können. Entgegen der Ansicht der Revision, die von der Beklagten über W [REDACTED] gekauften 666 Thermometern seien wie eine Lieferung des Klägers zu behandeln, läßt die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei auf Grund des Vertrages vom 20. Dezember 1954 verpflichtet gewesen, ihre Thermometer vom Kläger selbst zu beziehen,

keinen Rechtsirrtum erkennen. In der mündlichen Verhandlung des Revisionsrechtszuges hat die Beklagte vorgetragen, der Kläger sei wegen schlechten Geschäftsganges nicht in der Lage gewesen, die 666 Thermometer selbst zu liefern. Das ist aber eine neue im Revisionsverfahren nicht zu beachtende Behauptung. Die Revision hat auch nicht gerügt, daß das Berufungsgericht ein derartiges Vorbringen übergegangen habe.

Schließlich macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 22. März 1963 übergangen, die Beklagte sei nur bis zum 20. Dezember 1956 zur Abnahme von Thermometern verpflichtet gewesen. Die Beklagte meint offenbar, die Frist von zwei Jahren, binnen deren sie nach dem Vertrage vom 20. Dezember 1954 zur Abnahme von Thermometern verpflichtet habe, habe mit dem 20. Dezember 1954 begonnen. Im ersten Rechtszuge sind die Parteien, soweit ersichtlich, übereinstimmend davon ausgegangen, daß die Frist von zwei Jahren am 1. Januar 1955 zu laufen begonnen hat. Das Berufungsgericht hat zwar keine ausdrückliche Würdigung vorgenommen. Es ist aber offenbar der gleichen Ansicht. Diese tatrichterliche Auslegung des Vertrages begegnet auch keinen Bedenken. Der Kläger war nämlich vor Abschluß dieses Vertrages persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten gewesen. Zur Beilegung verschiedener Streitigkeiten war der Vertrag vom 20. Dezember 1954 geschlossen worden. Er sah vor, daß der Kläger mit Wirkung vom 1. Januar 1955 aus der Beklagten ausschied. Das Berufungsgericht konnte deshalb sehr wohl der Auffassung sein, daß mit dem Zeitpunkt des Ausscheidens die anderweitige Regelung begann, nämlich die Verpflichtung der Beklagten, die zum Verkauf benötigten Thermometer ausschließlich im Betriebe des Klägers herstellen zu lassen.

b) Der Sachverständige Krausmann und ihm folgend das Berufungsgericht haben der Schadensberechnung zugrunde gelegt, daß die Beklagte dem Kläger für jedes Thermometer einen Preis von 2,50 DM hätte zahlen müssen. Die Beklagte wendet ein, sie habe ab April 1955 die Thermometer von einer anderen Firma zum Preise von 2,40 DM statt, wie bei dem Kläger, zum Preise von 2,50 DM bezogen. Das gehe zu Lasten des Klägers, da dieser nach dem Vertrage vom 20. Dezember 1954 in Konkurrenzangebote eintreten müssen. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Beklagte habe für ihre Behauptung, daß sie ab April 1955 die Thermometer zum Preise von 2,40 DM bezogen habe, erst im Berufungsverfahren Beweis durch Zeugnis des Inhabers der Firma U [REDACTED] angetreten. Dieses Beweisanerbieten sei als verspätet zurückzuweisen, weil es infolge grober Nachlässigkeit nicht schon im ersten Rechtszuge vorgebracht worden sei und seine Berücksichtigung zu einer Prozeßverzögerung führen würde. Zu einer Ladung des Zeugen U [REDACTED] zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 25. März 1963 habe keine Möglichkeit bestanden, da die Anschrift des Zeugen nicht rechtzeitig (nämlich erst mit Schriftsatz vom 22. März 1963) mitgeteilt worden sei.

Die Rüge der Revision, eine Zurückweisung hätte nicht erfolgen dürfen, ist im Ergebnis nicht begründet. Die Beklagte hatte vor Erstattung des Gutachtens des Sachverständigen Krausmann in ihrem Schriftsatz vom 4. Februar 1961 vorgetragen, es sei anzunehmen, daß sie sich, wenn sie dem Kläger nicht gekündigt hätte, Konkurrenzangebote beschafft und den Kläger zu einer Herabsetzung des Preises veranlaßt hätte. Spätestens kurzfristig nach der Vertragskündigung sei daher ein Preis von je 2,40 DM zugrunde zu legen. Als Beweismittel hatte sie angegeben: "Auskunft

der Lieferfirmen der Beklagten". Dieser Vortrag der Beklagten war mangels jeglicher näherer Angaben darüber, von welchen Firmen und in welcher Weise sie Angebote mit einer Preisforderung von 2,40 DM erhalten habe, unzulänglich. Außerdem enthielt das Vorbringen keinen tauglichen Beweisantritt. Das Landgericht brauchte daher, als es das Gutachten des Sachverständigen Krausmann einholte, die Behauptungen der Beklagten nicht zu berücksichtigen. Erst im Berufungsrechtszuge hatte die Beklagte mit Schriftsatz vom 30. November 1962 unter Berufung auf das Zeugnis des Inhabers der Firma U■■■■, dessen ladungsfähige Anschrift noch mitgeteilt werde, vorgetragen, im Gutachten sei unberücksichtigt geblieben, daß sie die Thermometer statt zum Preise von 2,50 DM für 2,40 DM bezogen habe. Dieses Vorbringen war somit im Berufungsrechtszuge neu. Das Berufungsgericht hat es auch wegen Verspätung zurückgewiesen, ohne dabei gegen Verfahrensvorschriften zu verstoßen. Selbst wenn der Vorsitzende nach Eingang des Schriftsatzes vom 30. November 1962 die Beklagte aufgefordert hätte, den Namen und die Anschrift des Inhabers der Firma U■■■■ anzugeben, und selbst wenn er ihn zur mündlichen Verhandlung vom 25. März 1963 als Zeugen geladen hätte, so wäre es damit nicht getan gewesen. Der Kläger hat gegenüber dem Vortrag der Beklagten im Berufungsrechtszuge mit Schriftsatz vom 3. März 1963 erwidert, ihm sei während der Zeit des Bestehens des Lieferanspruches niemals ein Konkurrenzangebot unterbreitet worden. Davon abgesehen hätte er eine Preisminderung geringen Ausmaßes leicht anderweitig abfangen können, so daß sich seine Gewinnspanne nicht vermindert hätte. Die Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten hätte also, wie das Berufungsgericht annimmt, eine Prozeßverzögerung erwarten lassen.

c) Der Kläger ist durch Umsatzsteuerbescheid 1960 vom Finanzamt zur Zahlung einer Umsatzsteuer von 400 DM für den von der Beklagten auf Grund des Anerkenntnisses gezahlten Schadensteilbetrag von 10 000 DM herangezogen worden mit der Begründung, die Entschädigung für entgangene Einnahmen unterliege der Umsatzsteuer. Der Sachverständige Krausmann hat bei der Feststellung des Gewinns, den der Kläger bei vertragsgerechtem Verhalten der Beklagten gezogen hätte, den errechneten Betrag vorher um die Umsatz- und Gewerbesteuer gekürzt, die der Kläger alsdann hätte zahlen müssen. Er hat daher bei der endgültigen Berechnung die vom Kläger tatsächlich gezahlte Umsatzsteuer von 400 DM den von ihm als entgangen festgestellten Gewinn wieder hinzugerechnet. Dem folgt das Berufungsgericht.

Wenn demgegenüber die Revision unter Verweisung auf den Schriftsatz der Beklagten vom 28. Juni 1960 geltend macht, ein Schadensersatzanspruch wegen der Zahlung von Umsatzsteuer sei schon im ersten Rechtszuge bestritten worden, so mißversteht die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts. Die Beklagte hatte im Schriftsatz vom 28. Juni 1960 vorgetragen, der Kläger hätte bei Lieferung von Thermometern Umsatzsteuer zahlen müssen, die seinen Gewinn, der hier als umsatzsteuerfrei verlangt werde, gemindert hätte. Gerade das hat das Berufungsgericht aber berücksichtigt. Es hat nur den Sachverständigen folgend durch Hinzufügen der gezahlten Umsatzsteuer zu dem von ihm errechneten, um die Umsatzsteuer gekürzten Beträge eine doppelte Belastung des Klägers mit Umsatzsteuer vermieden.

Die Revision meint weiter, der Kläger habe nachträglich Umsatzsteuer vom empfangenen Schadensersatz nicht zu zahlen brauchen, weil er keinen Gewerbebetrieb mehr ausge-

übt habe. Auch dieser Angriff kann keinen Erfolg haben. Im Berufungsrechtszuge hat die Beklagte lediglich im Schriftsatz vom 22. März 1963 erklärt, der Kläger möge die Rechtsprechung "zitieren", aus der sich ergebe, daß der Betrag von 10 000 DM der Umsatzsteuer unterliege, obwohl der Kläger keinen Gewerbebetrieb mehr habe. Diese Bemerkung brauchte das Berufungsgericht bei seiner Schätzung nach § 287 ZPO nicht zu der Prüfung zu veranlassen, ob der Kläger etwa, anstatt die geforderte Umsatzsteuer zu entrichten, im Verhältnis zu der schadensersatzpflichtigen Beklagten verpflichtet gewesen wäre, gegen den Umsatzsteuerbescheid Rechtsmittel einzulegen. Daß der Kläger im Jahre 1960 überhaupt keinen Gewerbebetrieb mehr ausgeübt habe, ist von der Beklagten im übrigen nicht schlüssig unter Beweisantritt behauptet worden. Auch die Revision hat nicht angegeben, wo die Beklagte derartiges vorgebracht habe. Im Gegenteil wird im Berufungsurteil der Kläger als Kaufmann bezeichnet und im Tatbestand wird wiedergegeben, er befasse sich mit dem Vertrieb des Frauenthermometers "Zyklotest".

In der mündlichen Verhandlung des Revisionsrechtszuges hat die Beklagte noch vorgetragen, der vom Kläger im Jahre 1960 insgesamt erzielte Umsatz sei so gering gewesen, daß er die Umsatzsteuer - Freigrenze nicht überschritten habe. Dieser Tatsachenvortrag ist neu und kann im Revisionsrechtszug nicht mehr beachtet werden. Das weitere Vorbringen, der in Rede stehende Steuerbetrag von 400 DM sei nicht nur für die anerkannten 10 000 DM Schadensersatz, sondern für die gesamte darüber hinaus vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzforderung geschuldet worden, ist irrig und wird durch den bei den Akten befindlichen Umsatzsteuerbescheid widerlegt.

d) Schließlich macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, der Kläger hätte seine Arbeitskraft, die dadurch, daß die Beklagte die Thermometer nicht abgenommen hat, frei geworden sei, anderweit zur Schadensminderung gewinnbringend einsetzen müssen und habe sich anzurechnen, was er in der Zeit, als er die Thermometer nicht hergestellt habe, anderweit verdient habe. Diese Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, während der vereinbarten Vertragsdauer von zwei Jahren eine andere Tätigkeit zu ergreifen, um die Beklagte von ihrer Schadensersatzpflicht zu entlasten. Die Entstehungsursache des dem Kläger erwachsenden Schadens liegt darin, daß die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Abnahme der Thermometer nicht nachgekommen ist. Infolgedessen hat der Kläger nicht den Gewinn ziehen können, den er gezogen hätte, wenn die Beklagte den Abnahmevertrag erfüllt hätte. Darin besteht sein Schaden. Es kann keine Rede davon sein, daß bei der Entstehung dieses Schadens ein Verschulden des Klägers mitgewirkt habe. Dafür, daß aus der Verletzung der Abnahme- und Zahlungsverpflichtung der Beklagten dem Kläger ein Gewinnausfall entstand, ist sein Verhalten nicht ursächlich. Anders ist die Rechtslage, wenn ein Gläubiger Schadensersatz verlangt, weil er durch eine Handlung des Schuldners nicht in der Lage ist, seine Arbeitskraft zu verwerten oder dem Gegner, wie vereinbart, zur Verfügung zu stellen. Dann muß sich der Gläubiger (vgl. § 615 BGB) den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge Freiwerdens seiner Arbeitskraft erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Kräfte erwirbt oder zu erwerben schuldhaft unterläßt. Davon, daß ein Kaufmann, dessen Betrieb stillliegt,

weil der Hauptabnehmer seine Abnahmepflicht verletzt, dem Schädiger gegenüber verpflichtet wäre, einen anderen Beruf zu ergreifen, um die Schadensersatzpflicht zu mindern, kann keine Rede sein. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht von der beantragten Einholung des Gutachtens eines Berufsberaters darüber abgesehen, ob der Kläger seine Arbeitskraft anderweitig gewinnbringend hätte einsetzen können.

e) Wenn die Revision vorsorglich beanstandet, daß der Sachverständige Krausmann vor Erstattung seines Gutachtens den Kläger aufgesucht habe, ohne die Beklagte zu unterrichten, so ist nicht ersichtlich, was die Revision daraus herleiten will. Dieses Verhalten hatte die Beklagte zwar schon mit Schriftsatz vom 22. März 1963 "gerügt". Die Ablehnung des Sachverständigen als befangen war damit aber offensichtlich nicht gemeint. Die Rüge findet sich im Zusammenhang mit einem Angriff gegen die Feststellungen des Sachverständigen über die Buchführung des Klägers. Anscheinend wollte die Beklagte insofern das Gutachten bemängeln. Wenn das Berufungsgericht dem Sachverständigen auch in diesem Punkt gefolgt ist, so ist das in seinem freien, nicht nachprüfbaren Ermessen.

III. Die Revision der Beklagten war daher auf ihre Kosten (§ 97 ZPO) zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Artl

Mormann

Dr. Mezger