

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 234/73

## URTEIL

An Verkündungs Statt  
zugestellt:  
dem Kläger am 12. Mai 1975  
der Beklagten am 9. Mai 1975

\_\_\_\_\_  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fabrikdirektors a.D. Franz H. \_\_\_\_\_ in L. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_  
straße \_\_\_\_\_,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt \_\_\_\_\_-

g e g e n

Vereinigte Sparkassen H. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_, N. \_\_\_\_\_,  
Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Sitz in H. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch den Verwaltungsrat,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt \_\_\_\_\_-

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Braxmaier, Dr. Hiddemann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 26. September 1973 aufgehoben und das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Ansbach vom 25. November 1970 geändert.

Die Beklagte hat an den Kläger 64 387,31 DM zu zahlen.

Die Beklagte hat 5/6 der Kosten dieses Revisionsverfahrens sowie 5/24 der Kosten des Revisionsverfahrens VIII ZR 221/71 zu tragen.

Im übrigen wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die restlichen Kosten der Revisionsverfahren, an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Der Kläger hatte für eine titulierte Schuld in Höhe von 9 313,09 DM ein dem Maler B. zugewiesenes Bild samt einer Echtheitsexpertise von Professor Sch. der Beklagten verpfändet. Als er im Jahre 1970 das Bild über einen österreichischen Makler für 120 000 sfrs an einen Amerikaner zur Lieferung bis 30. April 1970 verkauft hatte, wandte er sich unter Darlegung des Sachverhalts ergebnislos an die Beklagte mit der Bitte, ihm die genaue Höhe seiner Schuld mitzuteilen und ihm anzugeben, wo er das Bild gegen Bezahlung des geforderten Betrags in Empfang nehmen könne. Nachdem der amerikansiche Käufer wegen nicht rechtzeitiger Lieferung des Bildes wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten war, verlangte der Kläger unter gleichzeitiger Aufrechnung gegen die Forderung der Beklagten von dieser u.a. Schadensersatz. Er hatte zunächst die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihm jeden weiteren Schaden zu ersetzen habe, der ihm durch die nicht erfolgte Zug-um-Zug-Rückgabe des verpfändeten, B. zugewiesenen Ölgemäldes "Karnevalszene mit einem Harlekin und zwei Frauen" entstanden sei und noch entstehe.

Das Landgericht hat die Feststellungsklage abgewiesen. Soweit die Berufung hiergegen zurückgewiesen worden war, hat der Senat mit Urteil vom 10. Januar 1973 - VIII ZR 221/71(= WM 1973, 300) - die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

In der neuerlichen mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 11. Juli 1973 ist der Kläger von der Feststellungsklage zur Leistungsklage übergegangen und hat folgende Anträge aus seinem am 10. Juli 1973 eingereichten Schriftsatz gestellt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 64 387,31 DM nebst 12 % Zinsen aus 80 000 DM vom 1. Mai 1970 bis 10. Januar 1972 und 8 % Zinsen aus 11 387,31 DM vom 1. Mai 1970 bis 10. Januar 1972, sowie 10 % Zinsen aus 91 387,31 DM vom 11. Januar 1972 bis 3. Mai 1973 und 13 % hieraus vom 4. Mai 1973 bis 31. Mai 1973 und ab 1. Juni 1973 14 % Zinsen aus 91 387,31 DM zu bezahlen.

Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung durch das Landgericht wiederum bestätigt.

Hiergegen wendet sich der Kläger erneut mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

Das verpfändete Bild wurde dem Kläger von der Beklagten am 2. August 1973 zurückgegeben.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers führt teils zur Verurteilung der Beklagten, teils zur abermaligen Zurückweisung der Sache.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Behauptung des Klägers, ihm sei durch den nicht zustande gekommenen Verkauf des Bildes am 1. Mai 1970 ein Schaden von 73 080 DM entstanden, den er aus dem Kaufpreis von 100 080 DM (= 120 000 sfrs) unter Abzug seines 1962 aufgewendeten Kaufpreises für das Bild von 15 000 DM und weiterer 12 000 DM für verlorene Zinsen aus diesem Betrag bis zum 20. April 1970 errechnet, sei unzutreffend. Das Bild sei unstreitig Eigentum des Klägers. Er habe daher die Möglichkeit, es jetzt noch zu verkaufen. Auch unter Berücksichtigung eines seit dem 1. Mai 1970 angefallenen Kapitalzinses sei sein entgangener Gewinn derzeit nicht bestimmbar.

Der weiter vom Kläger geltend gemachte Schaden aus Zinsaufwendungen, weil ihm der Kaufpreis von 100 080 DM nicht ab 1. Mai 1970 zur Verfügung gestanden habe, sei aus grober Nachlässigkeit verspätet, nämlich erst am Tage vor dem Verhandlungstermin mit dem Übergang von der Feststellung- zur Leistungsklage vorgetragen worden. Die Beklagte habe sich zu diesem Vortrag nicht äußern können und ihn bestritten.

Die Anwendung von § 272 a ZPO zugunsten der Beklagten hätte den Rechtsstreit nach Auffassung des Berufungsgerichts verzögert. Der Vortrag des Klägers ist daher nach §§ 523, 279 Abs. 2, 272 ZPO als verspätet zurückgewiesen worden.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts können gegenüber den Angriffen der Revision keinen Bestand haben.

1. a) Die Schadensersatzpflicht der Beklagten erkennt auch das Berufungsgericht dem Grunde nach an. Sie ist vom erkennenden Senat bereits in dem früheren Revisionsurteil vom 10. Januar 1973 bejaht worden. Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß der Verkäufer einer Ware, der infolge des zum Schadensersatz verpflichtenden, schuldhaften Verhaltens eines Dritten, hier der Beklagten als Pfandgläubigerin, seine Lieferverpflichtungen nicht erfüllen kann, als durch die Vereitelung des Verkaufs entstandenen Schaden auch den ihm konkret entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) verlangen kann (BGH Urt. vom 19. Juni 1951 - I ZR 118/50 = BGHZ 2, 310/313; vom 16. März 1959 - III ZR 20/58 = BGHZ 29, 393/399; Palandt/Heinrichs, BGB 34. Aufl. Anm. 3 b zu § 252).

Mangels entgegenstehender Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, daß der Kläger entsprechend seinem Vortrag für das Bild bei dessen Lieferung bis zum 30. April 1970 nach den besonderen Umständen des Falles 100 080 DM erhalten hätte. Von diesem Kaufpreis, den der Kläger als besonders günstiges Angebot bezeichnet, hat er den von ihm für das Bild aufgewendeten Einstandspreis sowie die hierauf entfallende Verzinsung in Höhe von insgesamt 27 000 DM abgesetzt. Der Kläger geht dabei erkennbar davon aus, daß das Bild heute diesen Verkehrswert repräsentiere, der sich üblicherweise immer bei einem Verkauf erzielen ließe. Weiter hat der Kläger den durch Aufrechnung getilgten Betrag der Forderung der Beklagten gegen ihn mit 8 692,69 DM abgesetzt und danach seinen entgangenen Gewinn auf

64 387,31 DM beziffert. Die Beklagte meint unter Hinweis auf die neue, von ihr erholte Expertise, daß das Bild höchstens 1 000 bis 1 200 DM wert sei.

Die Darlegung des Schadens durch den Kläger ist abweichend von der Meinung des Berufungsgerichts schlüssig. Sein entgangener Gewinn besteht aus der Differenz zwischen dem ihm für das Bild gebotenen Betrag von 100 080 DM zu demjenigen, der, weil ein Marktpreis nicht besteht, üblicherweise für das nach wie vor in seinem Eigentum befindliche Bild bei einem Verkauf im Kunsthandel bezahlt würde. Soweit dabei nur ein unter den Gestehungskosten des Klägers (Einkaufspreis und Verzinsung) liegender Preis zu erzielen wäre, wie die Beklagte gestützt auf die von ihr erholte neue Expertise meint, wäre dies auf die Höhe des dem Kläger durch das Scheitern des Verkaufs im Jahre 1970 entgangenen Gewinns ohne Einfluß.

Welchen Wert das Bild tatsächlich hat und welcher Preis im Falle eines Verkaufes üblicherweise heute erzielt werden könnte, bedarf keiner weiteren Nachprüfung. Die Beklagte hat nämlich den vom Kläger angenommenen Verkehrswert, den der Kläger mit dem von ihm für das Bild aufgewendeten Betrag gleichgesetzt hat, nicht als zu niedrig bezeichnet, sondern diesen Wert aufgrund der neuen Expertise für weit überhöht erachtet. Damit war der Kläger aber der Verpflichtung enthoben, den von ihm ange-

nommenen, heute erzielbaren Verkaufserlös für das Bild zu beweisen; denn nur, wenn ein über das von ihm Aufgewendete hinausgehender Verkaufserlös heute erzielt werden könnte, wäre dem Kläger ein geringerer oder möglicherweise gar kein Schaden aus dem infolge Verschuldens der Beklagten gescheiterten Verkauf im April 1970 erwachsen.

Dafür, daß der Kläger sich bei Durchführung des damaligen Verkaufs gegenüber dem Käufer einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hätte, wie die Beklagte meint, ist nichts ersichtlich; denn der Kläger hatte keinen Anlaß, die Richtigkeit der ihm vorliegenden Expertise in Zweifel zu ziehen. Inwieweit ein Käufer aufgrund der neuen, von der Beklagten erhaltenen Expertise gegen den Kläger Ansprüche nach §§ 459 ff BGB hätte erheben können, braucht nicht untersucht zu werden, weil die Unechtheit des Bildes nicht feststeht.

b) Es wäre Sache der Beklagten gewesen, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß der Kläger durch einen ihm möglichen und zumutbaren Verkauf des Bildes den entstandenen Schaden hätte abwenden oder mindern können (§ 254 Abs. 2 BGB); denn die Beweislast für ein Mitverschulden des Geschädigten i. S. von § 254 BGB hat der Ersatzpflichtige (BGH Urt. v. 23. Dezember 1966 - V ZR 26/64 = BGHZ 46, 260/268; RGZ 159, 257/261; 162, 1/4). Daß die Beklagte hierzu etwas vorgetragen habe, ist nicht festgestellt. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat die Beklagte vielmehr die Echtheit des Bildes aufgrund einer von ihr veranlaßten neuen Expertise bestritten und seinen Wert mit 1 000 bis 1 200 DM angegeben.

Das Berufungsurteil kann deshalb schon wegen Verkennung der Darlegungs- und Beweislast des Klägers nicht bestehen bleiben.

c) Mit Recht rügt die Revision auch eine Verletzung von § 139 ZPO. Selbst wenn der Kläger erst unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache von der früher vom Berufungsgericht rechtsirrig für unzulässig gehaltenen Feststellungsklage zur Leistungsklage übergegangen ist, was zulässig war (§ 268 Nr. 2 ZPO), enthob dieser schon aus dem Antrag des Klägers erkennbare Umstand das Berufungsgericht nicht der Verpflichtung zu dem Hinweis, daß es zu dieser Zeit ausschließlich eine Feststellungsklage und keine Leistungsklage für möglich hielt.

2. Auch die Abweisung der Forderung des Klägers auf Ersatz von Zinsaufwendungen durch das Berufungsgericht hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht sieht in diesem Punkte den Vortrag des Klägers für schlüssig an (S. 12 BU). Von dieser nicht zu beanstandenden, ihr günstigen Feststellung geht auch die Revision aus. Das Berufungsgericht hat weiter selbst ausgeführt (S. 8 f BU), daß der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage im Hinblick auf § 268 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung war (RGZ 171, 202/203) und nicht nach § 279 ZPO als verspätet und den Rechtsstreit verzögernd zurückgewiesen werden durfte (BGH Urt. vom 18. Januar 1955 - I ZR 119/53 = NJW 1955, 707). Mit Recht rügt die Revision, daß bei dieser Sachlage des Berufungsgericht auch nicht den das zulässige Leistungsbegehren des Klägers begründenden Sachvortrag hätte zurückweisen dür-

fen (vgl. Urt. vom 18. Januar 1955 aaO; RG JW 1937, 2223); denn es handelte sich hier nicht um ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel des Klägers, sondern um die sachliche Begründung des Angriffs selbst. Das Berufungsgericht hätte der Beklagten eine Schriftsatzfrist nach § 272 a ZPO zur Erklärung auf den nicht rechtzeitig vom Kläger mitgeteilten Sachvortrag einräumen können, wie es selbst erkannt hat (S. 12 BU), wenn es eine Vertagung vermeiden wollte. Daß es dies unterlassen hat, beruht auf der Verkennung des Umstandes, daß § 272 a ZPO keine bloße Ermessungsvorschrift ist, das Gericht vielmehr vertagen oder von § 272 a ZPO Gebrauch machen muß (Baumbach/Lauterbach, ZPO 32. Aufl. Anm. 1 zu § 272 a), weil sonst das verfassungsmäßige Recht auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt würde. War der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage für den Kläger bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung zulässig und der Verspätungseinwand (§ 279 ZPO) hiergegen ausgeschlossen, dann konnte ein diesen Übergang begründender Sachvortrag nicht als verspätet zurückgewiesen werden. Desgleichen mußte in diesem Falle dem Prozeßgegner Gelegenheit zur Abgabe einer in der mündlichen Verhandlung ihm nicht möglichen Erklärung zu diesem Vortrag nach § 272 a ZPO gegeben oder die Verhandlung vertagt werden. Die Zurückweisung des Vorbringens des Klägers läßt sich auch nicht mit einem Hinweis auf die Gepflogenheiten des Berufungsgerichts rechtfertigen; denn das Bestreben einer zügigen Abwicklung von Verfahren in der mündlichen Verhandlung kann nicht dazu führen, daß Normen der Zivilprozeßordnung aus diesem Grunde für nicht anwendbar erklärt werden.

III. Hinsichtlich des vom Kläger als entgangenen Gewinn geforderten Betrags von 64 387,31 DM kann der Senat aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts und des Vortrags der Parteien in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Insoweit war der Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts stattzugeben.

Wegen der Ansprüche aufgrund von Zinsverlusten dagegen sieht sich der Senat deshalb an einer Sachentscheidung gehindert, weil die Beklagte hierzu bisher noch nicht in einer mündlichen Verhandlung ausreichend Stellung nehmen konnte. Insoweit mußte der Rechtsstreit wiederum an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, dem auch die Entscheidung über die Verfahrenskosten einschließlich der Kosten

der Revisionen zu übertragen war, soweit hierüber vom Senat noch nicht endgültig entschieden worden ist.

Dem Senat schien es angezeigt, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz