

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2227 079

KO § 237; ZPO § 240

Der Auslandskonkurs entzieht dem Gemeinschuldner nicht die Befugnis, eine im deutschen Inland belegene Forderung bei einem deutschen Gericht einzuklagen. Eine solche Klage wird durch den Auslandskonkurs nicht unterbrochen.

BGH, Urt. v. 30. Mai 1962 - VIII ZR 39/61 - OLG Hamm
LG Essen

VIII ZR 39/61

Verkündet am 30. Mai 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns B. K. [REDACTED] als Alleininhaber der
Firma S. [REDACTED] Import und Export B. K. [REDACTED] in M. [REDACTED] Schweden,
N. V. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Th. G. [REDACTED] Aktiengesellschaft in E. [REDACTED]
H. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den Vorstand: Dr. Hans
D. [REDACTED], Dr. Ing. Curt Ed. [REDACTED] Otto-Heiner Ha. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrich-
ter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten wird unter
entsprechender Aufhebung des Urteils des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Dezem-
ber 1960 das Urteil der Kammer für Handelssachen
des Landgerichts in Essen vom 11. November 1958
hinsichtlich der Widerklage dahin abgeändert, daß
die Klägerin verurteilt wird, an den Beklagten
83,40 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 3. Oktober 1957
zu zahlen.

Im übrigen wird die Revision des Beklagten gegen
das vorbezeichnete Berufungsurteil zurückgewiesen.
Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte verpflichtete sich als Alleininhaber einer schwedischen Firma gemäß Vertrag vom 23. August 1956, an die Klägerin 1200 Tonnen feuerverzinkte Weißblechabfälle (Fabrikationsabfälle oder neue Dosen) zum Preis von 300 skr je Tonne zu liefern. Nach den Vertragsbedingungen waren gebrauchte Konservendosen oder anderes Material, welches nicht zur Entzinnung geeignet ist, ausgeschlossen. Der Kaufpreis war in Höhe von 80 % im Wege des Akkreditivs und in Höhe von 20 % acht Tage nach Eingang und Gutbefund im Werk der Klägerin zu zahlen. Das Material sollte bis zum 31. Dezember 1956 zur Verschiffung bereit stehen. Der Beklagte lieferte bis Ende Oktober 1956 11 Waggon Material. Die 7. Lieferung mit einem Waggon Nr. 880 379 wurde auf Weisung der Klägerin zum Bahnhof Braunschweig-West, der Entladestation für das Zweigwerk der Klägerin in Braunschweig, gesandt und traf dort am 12. Oktober 1956 ein. Der Leiter des Werkes Braunschweig verweigerte die Annahme, weil die Ladung nicht vertragsgemäß erschien und dieser Sendung vorausgegangene Lieferungen des Beklagten nicht befriedigt hatten. Deshalb veranlaßte er, daß der Waggon zum Hauptwerk der Klägerin nach Essen geleitet wurde. In Essen traf der Waggon am 15. Oktober 1956 ein. Er wurde zwecks ordnungsmäßiger Untersuchung der Ware entladen. Am 17. Oktober 1956 beanstandete die Klägerin die Sendung als nicht vertragsgemäß und bemängelte, sie enthalte große Mengen elektrolytisch verzinntes Material, umfangreiche Bestandteile an Schmutz, alte Dosen und ähnliches zur Entzinnung nicht verwertbares Material. Die Klägerin verweigerte aus diesem Grunde die endgültige Übernahme der 7. Sendung. Sie weigerte sich ferner, die Restbeträge von 20 % des Kaufpreises für

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



übernommene Waggonladungen zu bezahlen und verlangte Wandlung hinsichtlich des 7. und des am 27. Oktober 1956 bei ihr eingegangenen 11. Waggons.

Nach einer Besprechung zwischen den Parteien, die am 20. November 1956 in Essen stattfand, machte die Klägerin mit Schreiben vom 26. November 1956 den Beklagten darauf aufmerksam, daß sie trotz vorangegangener Schlechterfüllung am Verträge festhalten wolle; sie forderte ihn auf, die noch ausstehenden rund 1000 Tonnen Weißblechabfälle in der im Vertrag vorgesehenen Qualität zu liefern und bis Ende des Monats seine Lieferbereitschaft zu erklären. Im Schreiben vom 28. November 1956 erstreckte die Klägerin diese Erklärungsfrist bis zum 5. Dezember 1956 und kündigte an, sie werde nach fruchtlosem Ablauf der Frist keine Lieferungen mehr annehmen.

Der Beklagte verlangte mit Schreiben des von ihm beauftragten Rechtsanwalts Dr. X. in Han. vom 30. November 1956 Zahlung der Restforderung von 8212 skr unter Fristsetzung bis zum 6. Dezember 1956. In dem Schreiben heißt es, die Klägerin habe den Vertrag bereits dadurch gebrochen, daß sie mit einer anderen schwedischen Firma Geschäftsverbindungen aufgenommen habe, mit der sie auf Grund der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht habe in Vertragsverbindung treten dürfen. Wegen dieses vertragswidrigen Verhaltens und der Nichtzahlung des ausstehenden Betrages von 8212 skr kündige der Beklagte den Vertrag. Die Aufforderung zur Zahlung bis zum 6. Dezember 1956 solle gleichzeitig als Fristsetzung gemäß § 326 BGB gelten.

Die Klägerin zahlte hierauf gemäß Schreiben vom 3. Dezember 1956 an den Beklagten 4552,91 skr, während sie 3660 skr für den Waggon Nr. 880 379, hinsichtlich dessen sie das Wandlungsverlangen aufrecht erhielt, zu zahlen ablehnte. Dabei wies die Klägerin darauf hin, daß sie nach Ablauf der dem Beklagten zum 5. Dezember 1956 gesetzten Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen werde. Der Beklagte antwortete hierauf mit Schreiben vom 5. Dezember 1956; er erklärte sich darin lediglich zu Verhandlungen über weitere Lieferungen unter der Voraussetzung bereit, daß er den vollen Gegenwert für den Waggon Nr. 880 379 lediglich gekürzt um 15 % erhalte. Dies lehnte die Klägerin ab.

Der Beklagte veranlaßte später, daß der Inhalt des Waggons Nr. 880 379 an eine Firma SPAJ in Mailand versandt wurde. Die dort angekommene Ware wurde von der Empfängerin beanstandet. Der Beklagte behauptet, dies sei darauf zurückzuführen, daß der in Essen entladene Inhalt des Waggons Nr. 880 379 auf dem Lagerplatz der Klägerin mit fremden Bestandteilen vermengt worden sei. Hierdurch sei ihm erheblicher Schaden entstanden.

Die Klägerin macht geltend, sie habe sich zu höheren Preisen eindecken müssen, und verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Lieferungsvertrages mit dem Beklagten.

Sie hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 75 802,30 DM nebst 6 % Zinsen ab 1. Februar 1957 zu verurteilen.

Der Beklagte hat den Anspruch der Klägerin bestritten und Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Klägerin zur Zahlung von 23 702,30 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Mit der Widerklage hat der Beklagte mehrere Beträge wegen Nichtabnahme des Waggons Nr. 880 379, Schadensersatz wegen auf Materialverwechslung beruhender Schlechtlieferung an die Firma SPAJ, ferner Ersatz von Reisekosten und von Aufwendungen für die Hinzuziehung schwedischer Rechtsanwälte sowie des Rechtsanwalts Dr. X. verlangt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Während des zweiten Rechtszuges wurde über das Vermögen des Beklagten vom Gericht in Malmö das Konkursverfahren eröffnet.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts unter Beschränkung des Zinsanspruches der Klägerin auf die Zeit ab 2. Mai 1957 bestätigt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage und seine Widerklage weiter, während die Klägerin die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Die Tatsache, daß der Beklagte in Schweden in Konkurs geraten ist, hat auf den vorliegenden Rechtsstreit keinen Einfluß.

1. Hinsichtlich der Klage ist eine nach schwedischem Recht durch den Konkurs etwa eingetretene Beschränkung der Rechtsverfolgung gegen den Beklagten schon deshalb nicht zu beachten, weil nach deutschem Konkursrecht (§ 237 Abs.1 KO) die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen des Schuldners, der im Auslande in Konkurs geraten ist, zulässig bleibt. Diese Bestimmung behandelt zwar nur die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Sie setzt aber nicht voraus, daß der Vollstreckungstitel schon bei Eröffnung des Auslands Konkurses vorliegen muß (RGZ 6,400,405; OLG Hamburg OLG Rechtspr 19,53; RGZ 153,200,205). Deshalb ist ihrem Sinn und Zweck zweifelsfrei zu entnehmen, daß die Klage zur Beschaffung eines solchen Schuldtitels im Inland ohne Rücksicht auf die Bestellung des Konkursverwalters im Auslande gegen den Schuldner zu richten ist; eine im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits erhobene Klage wird daher auch nicht durch den Konkurs im Ausland unterbrochen. Das gilt auch für die Geltendmachung von Geldforderungen, für die eine Zuständigkeit im deutschen Inlande aus irgendeinem Grunde gegeben ist. Diese Auffassung ist in Rechtsprechung und Schrifttum herrschend (vgl. Seuffert/Walsmann ZPO (1932) § 240 Anm.8; Stein/Jonas/Schönke ZPO 18.Aufl. § 240 Anm.I 2; Wieczorek ZPO § 240 Anm.A II; Baumbach/Lauterbach ZPO 26.Aufl. § 240 Anm.1 A). Sie wird auch nicht von Hagemann in Frage gestellt, der in Ausarbeitungen über die Handlungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters in Deutschland (Göttinger Dissertation vom 7. Januar 1960 und KTS 1960 S.161) die Ansicht vertritt, aus § 237 KO ergebe sich nur eine relative Unwirksamkeit der Beschlagswirkung des ausländischen Konkurses im deutschen Inland.

2. Meinungsverschiedenheiten sind dagegen in der Frage hervorgetreten, ob und inwieweit die Wirkungen des ausländischen Konkurses in Deutschland anzuerkennen sind, wenn das fremde Konkursrecht den Konkursverwalter berechtigt, auch das ausländische Vermögen zur Masse zu ziehen, und solches im deutschen Inland befindliche Vermögen in Streit ist.

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, was das schwedische Recht über die Erstreckung des schwedischen Konkurses auf Auslandsvermögen des Gemeinschuldners bestimmt. Die Revision hat dies nicht beanstandet und keine Einwendungen dagegen erhoben, daß das Berufungsgericht den Auslandskonkurs auch hinsichtlich der Widerklage für bedeutungslos erachtet hat. Bei Prüfung der Frage, ob der Beklagte legitimiert geblieben ist, die Widerklageforderung trotz des schwedischen Konkursverfahrens geltend zu machen, kann indes unterstellt werden, daß ein schwedischer Konkurs das im Auslande befindliche Vermögen, insbesondere auch Geldforderungen gegen einen ausländischen Schuldner, umfassen soll und daß das schwedische Recht den Konkursverwalter berechtigt, solche Forderungen geltend zu machen und über sie zu verfügen, sie also auch anstelle des Gemeinschuldners einzuklagen. Denn auch in diesem Falle bliebe der schwedische Konkurs ohne Wirkung auf die Widerklage des Beklagten.

Die herrschende Lehre steht seit Jahrzehnten weit überwiegend auf dem Standpunkt, daß die Beschlagswirkung des ausländischen Konkurses sich nicht auf das deutsche Inland erstrecke und der ausländische Konkurs daher die Befugnis des ausländischen Gemeinschuldners,

über im deutschen Inland befindliches Vermögen zu verfügen, nicht beeinträchtigen könne. Diese Auffassung wird allerdings in sehr verschiedener Weise begründet (vgl. Kleinfeller, Die Universalität der Wirkungen des Konkurseröffnungsbeschlusses in Niemeyers Zeitschrift Bd.13 S.549 ff; Seuffert/Walsmann ZPO § 240 Anm.8; Jaeger KO 6.u. 7.Aufl. § 237 Anm.3; Mentzel/Kuhn KO 7.Aufl. § 237 Anm.1; Kuhn in MDR 1960 S.578; Böhle-Stamschräder 6.Aufl. § 237 Anm.1 u. 3; vgl. auch Bley JW 1937,1507). In der Rechtslehre wird eine hiervon abweichende Meinung namentlich von Nußbaum (Deutsches Internationales Privatrecht S.453 ff) und Raape (Internationales Privatrecht 5.Aufl. (1961) S.678) vertreten. Danach sollten ausländische Konkursverwalter als legitimiert angesehen werden, Rechte, die zur Konkursmasse gehören, im deutschen Inlande geltend zu machen, soweit nicht der durch § 237 KO Abs.1 gewährte Gläubigerschutz in Frage gestellt wird. Hagemann (aaO) spricht sich ebenfalls dafür aus, die Verfügungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters über inländisches Vermögen des Gemeinschuldners anzuerkennen und auch seine Berechtigung, Forderungen des Gemeinschuldners gegen Drittschuldner im Auslande einzuziehen.

Auch in der Rechtsprechung sind entgegengesetzte Auffassungen in dieser Frage vertreten. Einige Gerichte haben die genannte Befugnis des ausländischen Konkursverwalters für das deutsche Rechtsgebiet anerkannt (vgl. KG v. 6.4.1910 SeuffArch 65,426), andere Oberlandesgerichte und Landgerichte haben sie dagegen abgelehnt (so OLG München vom 9.11.193 JLP RSpr 1932 Nr.160; OLG Köln vom 9.12.1931 JFRspr 1932 Nr.161; LG Danzig vom 9.4.1934 - Recht Bd.38 Nr.6893). Der VII. Zivilsenat des Bundes-

gerichtshofs hat die Streitfrage ebenfalls dahin entschieden, daß der Auslandskonkurs dem Gemeinschuldner für das deutsche Inland weder die Verfügungs- noch die Prozeßführungsbefugnis hinsichtlich einer Forderung entzieht, die im deutschen Inland belegen ist (BGH Urt. v. 4. Februar 1960 - VII ZR 161/57 - WM 1960,347 = KTS 1960,74 = MDR 1960,578 mit Anm. Kuhn). Der erkennende Senat tritt dieser Entscheidung aus folgenden Erwägungen bei.

Die Vorschrift des § 237 Abs.1 KO bestimmt zwar ausdrücklich nur, daß beim Auslandskonkurs die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig ist. Das bedeutet aber nicht, daß der ausländische Konkurs hinsichtlich sonstiger Wirkungen von der deutschen Rechtsordnung für das Inland anerkannt werde. Die Vorschrift stellt sich auch nicht als Ausnahmeregel eines aus anderen Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung zu entnehmenden Grundsatzes dar. Es ist insbesondere nicht richtig, daß der deutsche Staat die Beschlagswirkungen des ausländischen Konkurses und die hiervon abzuleitende Legitimation des ausländischen Konkursverwalters für das deutsche Inland stillschweigend anerkannt habe, wie Hagemann annimmt. Es besteht demnach auch keine Notwendigkeit, den § 237 KO nach den Grundsätzen über die Auslegung von Ausnahmebestimmungen eng auszulegen. Das Reichsgericht mag zwar in einigen älteren Entscheidungen diese Bestimmung als Ausnahmeregel gesehen haben (RGZ 14,424; 16,337). Es hat jedoch in der späteren Rechtsprechung eine derartige Betrachtungsweise ersichtlich aufgegeben. Denn das Reichsgericht hat in dem Urteil vom 21. Oktober 1920 (RGZ

100,241) aus § 237 KO gefolgert, daß das im Ausland eröffnete Konkursverfahren nur das ausländische, nicht aber das im Inlande befindliche Vermögen des Schuldners erfaßt, daß also die Wirkungen des ausländischen Konkursverfahrens nicht in das Inland übergreifen, sondern auf das Gebiet beschränkt sind, in dem das ausländische Gesetz gilt. Nach Auffassung des Reichsgerichts (so RGZ 114,82) stellt § 237 KO klar, daß das im Ausland eröffnete Konkursverfahren nicht das im Inland befindliche Vermögen des Gemeinschuldners ergreift. Diese Entscheidungen betreffen zwar nicht einen Streit über die Sachlegitimation des ausländischen Konkursverwalters zur Geltendmachung einer Forderung des ausländischen Gemeinschuldners. Ihre Begründungen zeigen aber doch, daß das Reichsgericht hiermit die frühere namentlich in RGZ 14,424 ausgesprochene Ansicht aufgegeben hat, die deutsche Konkursordnung habe sich auf den freieren Standpunkt gestellt und grundsätzlich anerkannt, daß der ausländische Konkurs auch für das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners Wirkung habe und der Verwalter jenes Konkurses die Auslieferung solchen Vermögens zur Konkursmasse fordern dürfe. In Übereinstimmung mit jener älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts haben auch Oberlandesgerichte und Landgerichte in § 237 KO eine Ausnahmeregel gesehen und mit dieser Begründung den ausländischen Konkursverwalter als berechtigt angesehen, Ansprüche geltend zu machen, welche zum Aktivvermögen des Gemeinschuldners gehörten (vgl. OLG Dresden vom 17. Mai 1889 Böhms Z 1,215 und vom 16. Mai 1900 Niemeyers Z 12,451; KG SeuffArch 65,426; LG Hamburg vom 18.3.1894 Niemeyers Z 5,180 = HansGerichts Ztg 15. Jahrgang Beibl. S.33 ff). Demgegenüber ist jedoch in Über-

einstimmung mit der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts in § 237 Abs.1 KO keine Grundlage für die Annahme zu finden, daß der deutsche Gesetzgeber die Wirkungen des Auslandskonkurses grundsätzlich für das deutsche Rechtsgebiet anerkannt habe. Der Bestimmung ist vielmehr sogar zu entnehmen, daß Auslandskonkursen die Beschlagnahmekraft auf in deutschem Inland befindliches Vermögen des Gemeinschuldners versagt sein soll und daß jedenfalls insoweit der Grundsatz der Territorialität der Beschlagnahmewirkung des Auslandskonkurses für das Inlandsvermögen gilt. Daraus ergibt sich aber weiter, daß nach deutscher Rechtsauffassung der Auslandskonkurs dem Gemeinschuldner für in Deutschland befindliches Vermögen weder die Verwaltung noch die Verfügung entzieht. Er bleibt somit auch berechtigt, vor deutschen Gerichten Geldforderungen einzuklagen, die als in Deutschland befindlich zu betrachten sind (vgl. Jaeger KO § 237 Anm.3). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das von der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Auffassung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs aus § 237 KO abgeleitete konkursrechtliche Territorialitätsprinzip auch noch darauf gestützt werden kann, daß nach deutschem internationalem Privatrecht ausländische Hoheitsakte, die eine Vermögensbeschlagnahme zum Gegenstand haben, nicht über den Machtbereich der Staatsgewalt hinauswirken, ein Argument, auf das auch Kuhn in seiner Anmerkung MDR 1960,579 hingewiesen hat. Es kommt auch nicht darauf an, ob in der konkursrechtlichen Beschlagnahme ein Vorgang des Prozeßrechts oder jedenfalls ein Akt der Zwangsvollstreckung zu sehen ist und ob auch aus diesem Grunde die auslän-

dische Konkursbeschl. gnahme einer besonderen staatlichen Anerkennung im Inland bedarf. Jedenfalls ist dem deutschen Konkursrecht aus den oben dargelegten Gründen zu entnehmen, daß die Beschlagswirkung des Auslandskonkurses hinsichtlich der Verfügungs- und Prozeßführungsberechtigung des ausländischen Konkursverwalters im deutschen Inland keine Anerkennung finden kann. Es ist daher auch kein Raum für eine Prozeßunterberechnung nach § 240 ZPO; der Beklagte ist daher als befugt anzusehen, die Widerklage weiterzuverfolgen.

II. Die vertraglichen Beziehungen der Parteien sind nach deutschem Recht zu beurteilen. Die Parteien haben in dem Vertrag vom 23. August 1956 vereinbart, daß Essen für beide Teile Gerichtsstand sein soll. Das Berufungsgericht hat dieser Vereinbarung ohne Rechtsirrtum entnommen, die Parteien hätten damit stillschweigend den Vertrag deutschem Recht unterstellt. Sie haben zudem in dem Rechtsstreit selbst die Auffassung vertreten, daß deutsches Recht anzuwenden sei. Hier- von ist deshalb auszugehen.

III. Das Berufungsgericht sieht die Rechtsgrundlage für die Schadensersatzforderung der Klägerin darin, daß der Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, die Weiterbelieferung der Klägerin einzustellen und sie von weiteren Verhandlungen mit ihr abhängig zu machen. Er habe in dem Schreiben an die Klägerin vom 5. Dezember 1956 klar zu erkennen gegeben, daß er nicht bereit sei, ohne Bezahlung des Waggon 880 379, also der 7. Lieferung, die Klägerin weiterhin zu beliefern. Diesem Schreiben sei überdies zu entnehmen, daß der

Beklagte überhaupt nicht imstande gewesen sei, den Vertrag bis Ende des Jahres 1956 oder auch nur Anfang 1957 zu erfüllen. Es enthalte nicht nur die unberechtigte Weigerung, die Klägerin ohne Bezahlung des Waggon Nr. 880 379 weiter zu beliefern, sondern auch sinngemäß die eindeutige Erklärung, zu den vertragsmäßigen Bedingungen nicht liefern zu können. Diese Verhaltensweise des Beklagten habe den Vertragszweck in einer für die Klägerin unzumutbaren Weise gefährdet. Sie sei daher berechtigt gewesen, schon mit dem Zugang des Schreibens des Beklagten vom 5. Dezember 1956 ohne dessen Verzug und ohne eine Nachfristsetzung gemäß § 326 BGB "ihr Erfüllungsinteresse geltend zu machen". Das Berufungsgericht meint hiermit ersichtlich die Berechtigung der Klägerin, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Diese rechtliche Beurteilung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht enthält keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten, wie noch näher darzulegen sein wird. Sie ist auch verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob der Schadensersatzanspruch der Klägerin selbst dann zu bejahen wäre, wenn ihr Wandlungsbegehren hinsichtlich der Waggonladung Nr. 880 379 nicht gerechtfertigt gewesen wäre.

Die Revision meint, das Berufungsurteil schon deshalb erschüttern zu können, weil das Berufungsgericht die Mangelhaftigkeit der 7. Teillieferung nicht einwandfrei festgestellt habe. Sie macht ferner geltend, die Klägerin habe die Ware nicht rechtzeitig beanstandet, sie sei schon deshalb als genehmigt zu behandeln.

Diese Rügen greifen nicht durch.

1. Die Revision macht in diesem Zusammenhang geltend, zur Zeit des Vertragsschlusses hätten die "Verkaufs- und Lieferungsbedingungen bei Schrottabschlüssen, herausgegeben vom Verband des deutschen Schrott-Zubringerhandels e.V." in Düsseldorf vorgelegen. Nach Nr. 3 b dieser allgemein geltenden Bedingungen seien die Beanstandungen durch den Empfänger dem Absender sofort zur Kenntnis zu bringen; die Entladung einer beanstandeten Lieferung könne zudem erst nach Zustimmung des Verkäufers erfolgen. Hätte das Berufungsgericht die Geltung dieser Bedingungen auch für das vorliegende Vertragsverhältnis nach § 139 ZPO aufgeklärt, dann würde der Beklagte nach dem Vortrag der Revision die Bedingungen vorgelegt und unter Sachverständigenbeweis gestellt haben, daß sie als Handelsbrauch gelten, und unter Zeugenbeweis und Parteivernehmung der Klägerin, daß die Bedingungen ihr bekannt gewesen und von ihr in anderen Fällen angewandt worden seien sowie ferner, daß sie sich auch selbst vor Abschluß des Vertrages mit dem Beklagten anderen Zulieferfirmen gegenüber hierauf berufen habe.

Diese Rüge aus § 139 ZPO ist offensichtlich unbegründet. Denn es war Sache des Beklagten, einen Handelsbrauch vorzutragen und zu behaupten, wenn er sich auf einen solchen berufen wollte. Es handelt sich dabei um tatsächliches Vorbringen. Das Berufungsgericht hatte keine Veranlassung, von sich aus darauf hinzuwirken, daß die Parteien sich über einen etwa anzuzwendenden Handelsbrauch erklärten.

Die Klägerin hat auch keine sonstigen Rechtspflichten gegenüber dem Beklagten dadurch verletzt, daß sie den Waggon in Essen ausladen ließ, ohne vorher seine Zustimmung einzuholen. Diese Maßnahme war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zweckmäßig, um den Inhalt der Ladung zu untersuchen.

2. Die Revision meint, die Klägerin habe die ihr nach § 377 HGB obliegende Pflicht, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen, dadurch verletzt, daß der Waggon von Braunschweig nach Essen weitergeleitet worden sei, um die Entscheidung dem Werk in Essen zu überlassen. Deshalb sei die Mängelanzeige nicht rechtzeitig abgesandt worden und die Ware daher als genehmigt zu behandeln.

Mit den Ausführungen der Revision ist jedoch nicht dargetan, daß die Klägerin die Untersuchung der Ware schuldhaft verzögert hat. Die Klägerin durfte es als tunlich ansehen, die Untersuchung der Ware in Essen vornehmen zu lassen, um dort die Entscheidung über die Vertragsmäßigkeit der Ware zu treffen. Durch die Weiterleitung des Waggons, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 12. Oktober 1956 in Braunschweig und bereits am 15. Oktober 1956 in Essen eintraf, ist auch im Hinblick auf die Art der Ware und die zu berücksichtigenden Verhältnisse keine erhebliche Verzögerung der abschließenden Untersuchung der Ware eingetreten. Das Berufungsgericht durfte daher unter diesen Umständen die Mängelanzeige vom 17. Oktober 1956 noch als rechtzeitig im Sinne des § 377 HGB ansehen.

3. Weitere Angriffe der Revision richten sich dagegen, daß das Berufungsgericht seine Feststellungen über die Mangelhaftigkeit der 7. Lieferung auch auf das Gutachten des Sachverständigen Ende gestützt hat, der im Beweissicherungsverfahren zunächst ein schriftliches Gutachten erstattet hat und dann hierüber vom Amtsgericht in Essen vernommen und beeidet worden ist.

Nach § 392 Abs.2 ZPO ist der Beweisführer zur Benutzung einer Beweisverhandlung, die in einem gerichtlich angeordneten Beweissicherungsverfahren stattgefunden hat, nur dann berechtigt, wenn der Gegner rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei. Als Beweisverhandlung im Sinne dieser Vorschrift ist die Vernehmung des Sachverständigen in dem Termin am 12. April 1956 anzusehen. Ob der Beklagte zu diesem Termin rechtzeitig geladen war oder ob das Beweissicherungsverfahren an einem sonstigen verfahrensrechtlichen Mangel leidet, ist in diesem Rechtsstreit nicht mehr zu prüfen. Der Beklagte kann sich nämlich auf einen etwaigen Verfahrensmangel deshalb nicht mehr berufen, weil er einen solchen Mangel des Beweissicherungsverfahrens weder im ersten Rechtszuge noch gegenüber dem Urteil des Landgerichts, das das Sachverständigengutachten ebenfalls verwertet hat, gerügt hat (§ 295 ZPO). Der Beklagte hatte sich gegenüber dem Amtsgericht und gegenüber dem Sachverständigen gegen die Durchführung des Beweissicherungsverfahrens schriftlich gewendet und insbesondere geltend gemacht, daß die zu besichtigende Ware von der Klägerin ihm zur Verfügung gestellt worden und daher von ihr darüber nicht mehr zu verfügen sei. Damit

ist aber § 295 ZPO nicht ausgeräumt. In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Beklagte zwar Einwendungen gegen die Maßgeblichkeit der Feststellungen des Sachverständigen Ende insbesondere hinsichtlich der Identität der von ihm besichtigten Ware mit dem Inhalt der 7. Lieferung vorgetragen, jedoch hiermit nicht die Verletzung von Verfahrensvorschriften gerügt, die in dem Beweissicherungsverfahren zu beachten gewesen wären. Deshalb steht die etwaige Verletzung einer das Beweissicherungsverfahren betreffenden Vorschrift der Benutzung der Beweisverhandlung vom 12. April 1957 in diesem Rechtsstreit nicht entgegen.

4. Weitere Angriffe der Revision beziehen sich darauf, daß das Berufungsgericht es unterlassen hat, den von dem Beklagten benannten Zeugen Olaf F. [REDACTED] zu vernehmen. Der Beklagte hatte sich auf diesen Zeugen auch zum Beweis dafür bezogen, daß er den ausgeladenen Inhalt des Waggon bei der Klägerin am 20. November 1956 in Essen besichtigt habe. Das Beweisangebot des Beklagten, so führt die Revision aus, sei dahin zu verstehen, daß schon am 20. November 1956 durch Verschulden der Klägerin eine Vermischung der Lieferung des Beklagten mit anderen Abfällen der Klägerin vorgelegen haben müsse. Der von dem Sachverständigen besichtigte Haufen sei also nicht identisch mit dem von dem Beklagten gelieferten Waggoninhalt gewesen.

Diese Rüge kann keinen Erfolg haben.

Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung Seite 13 unter Bezugnahme auf früheres Vorbringen vorgetragen, er habe zusammen mit Direktor B. [REDACTED] von der Klägerin und F. [REDACTED] den abgeladenen Materialhaufen

in Essen besichtigt; auch F [REDACTED] sei es aufgefallen, daß Material beigemischt gewesen sei, das der Beklagte nicht mitgeliefert habe, F [REDACTED] habe ihm deshalb am Ort der Besichtigung sofort erklärt, daß das doch nicht seine Ware sei.

Das Berufungsgericht hat die hiermit unter Beweis gestellte Behauptung über die Beimengung fremden Materials ersichtlich dahin aufgefaßt, F [REDACTED] habe bemerkt, daß sich in der Warenpartie Schokoladenformen mit der Aufschrift "Novesia" befanden, und allein daraus gefolgert, daß das besichtigte Material nicht mit dem Inhalt der siebenten Lieferung an die Klägerin übereinstimme. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Beklagte hatte nämlich in der Klagebeantwortung vom 2. Oktober 1957, auf die sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich bezieht, unter Beifügung einer schriftlichen Erklärung des Ingenieurs F [REDACTED] vom 1. März 1957 nur diese Behauptung unter Beweis gestellt. Daraus ergab sich aber nicht, daß F [REDACTED] noch sonstiges fremdes Material in dem besichtigten Haufen bemerkt haben soll. Das Berufungsgericht durfte daher die wiederholte Benennung F [REDACTED] als Zeugen dahin verstehen, daß er die Wahrnehmungen gemacht habe, die im ersten Rechtszuge in sein Wissen gestellt waren. Das ist umso weniger zu beanstanden, als das Berufungsgericht dem Beklagten Gelegenheit gegeben hat, sein Vorbringen darüber, was F [REDACTED] in dieser Beziehung bekunden könne, zu verdeutlichen, worauf der Beklagte in dem Schriftsatz vom 1. Oktober 1960 jedoch nur erklären ließ, F [REDACTED] könne nicht mehr bekunden, als mit der Berufungsbegründung Seite 13 in sein Wissen gestellt worden sei.

Unter diesen Umständen ist kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht nur unterstellt hat, F [REDACTED] habe am 20. November 1956 und später in Mailand bei der beanstandeten Weißblechlieferung Schokoladenformen mit der Aufschrift "Novesia" vorgefunden.

Danach war eine Vernehmung des Ingenieurs F [REDACTED] nicht erforderlich.

5. Auf die Frage der Beweislast hinsichtlich des mit dem Wandlungsbegehren geltend gemachten Mangels kommt es nicht an, weil die Tatsachen, aus denen das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß die Mangelhaftigkeit der Lieferung an die Klägerin folgert, festgestellt sind.

Unbegründet sind auch die weiteren Rügen der Revision aus § 286 ZPO. Was die Revision hierzu vorträgt, läuft darauf hinaus, daß sie die von ihr für richtig gehaltene Würdigung des Sachverhalts an die Stelle der von dem Berufungsgericht vorgenommenen setzen will. Damit kann sie aber in der Revisionsinstanz nicht gehört werden.

Soweit die Revision geltend macht, der Inhalt des Waggons müsse von der Entladung bis zum Versand nach Mailand mehrfach seinen Standplatz gewechselt haben, kann diese Behauptung schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil es sich um tatsächliches Vorbringen handelt, das in den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Stütze findet und nicht dargetan ist, daß das Berufungsgericht hierfür wesentliches Vorbringen des Beklagten übergangen habe.

6. Ist sonach davon auszugehen, daß die 7. Teillieferung des Beklagten so mangelhaft war, wie das Berufungsgericht es festgestellt hat, so liegt auch keine Vertragsverletzung der Klägerin darin, daß sie den Kaufpreis für diese Teillieferung auch insoweit, als er bereits auf Grund eines nach dem Vertrag zu stellenden Akkreditivs in Höhe von 80 % bezahlt war, im Wege der Aufrechnung mit Ansprüchen des Beklagten aus anderen Lieferungen einbehielt und den nach dem Vertrag zu zahlenden Barbetrag von 20 % des Kaufpreises nicht zahlte. Der Beklagte war infolgedessen nicht berechtigt, weitere Lieferungen an die Klägerin davon abhängig zu machen, daß sie den Gegenwert der 7. Waggonlieferung abzüglich von 15 % des Kaufpreises dem Beklagten zukommen ließ.

Der Kläger hat sich durch die unberechtigte Verweigerung weiterer Lieferungen, die er hätte vornehmen müssen, selbst in Verzug gesetzt. Sein Verhalten, verstieß jedenfalls in so hohem Maße gegen seine Vertragspflichten, daß die Klägerin nicht mehr damit rechnen konnte, von dem Beklagten rechtzeitig weiterbeliefert zu werden. Sie war daher berechtigt, ohne weitere Fristsetzung nach § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und sich anderweit einzudecken.

Die Ansicht der Revision, die Klägerin könne aus der Vertragsuntreue des Beklagten deshalb keine ihm nachteiligen Rechtsfolgen herleiten, weil sie genaue Feststellungen des Waggoninhalts auch der Menge nach unmöglich gemacht habe, ist mit den Feststellungen des Berufungsgerichts über die Mangelhaftig-

keit der 7. Lieferung, die keinen Rechtsverstoß enthalten, nicht vereinbar.

Aus diesen Gründen muß die Revision des Beklagten zur Klage ohne Erfolg bleiben.

IV. Die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Widerklage ist im wesentlichen ebenfalls begründet.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind die Ansprüche des Beklagten zu b, e, h, i und j in dem Schriftsatz vom 2. Oktober 1957 davon abhängig, ob die Klägerin die 7. Lieferung zu Recht gewandelt hat. Dieser Auffassung stimmt die Revision zu mit Ausnahme eines Teilbetrages der Anwaltskosten, die mit dem Schadensposten zu j aaO gefordert werden. Da die Wandlung hinsichtlich der 7. Lieferung von der Beklagten mit Recht verlangt worden ist, bedürfen insoweit die oben angeführten Schadensposten (abgesehen von den noch zu erörternden Anwaltskosten) keiner weiteren Prüfung.

Auch der Schadensposten zu a der den Kaufpreis für die 7. Lieferung betrifft, ist wegen der Begründetheit der Wandlung mit Recht abgelehnt worden.

Mit dem Schadensposten zu c hat der Beklagte eine Gewichts Differenz bei dem Weiterversand des Materials nach Mailand geltend gemacht. Auch insoweit enthält die Revisionsbegründung keine Angriffe. Deshalb kann dieser Posten unerörtert bleiben.

Wie die Revision einräumt, ist auch der Schadensposten zu d, mit dem der Beklagte einen Preisnachlaß an die Firma SPAJ wegen Beimischung von Abfällen in dem weiterbeförderten Material in Höhe von 1489,35 skr geltend gemacht hat, davon abhängig, ob die 7. Lieferung an die Beklagte wirklich mangelhaft war. Da dies bejaht werden muß, fehlt es auch insoweit an einem weiteren Revisionsangriff, auf den noch einzugehen wäre.

2. Die Revision glaubt, der Beklagte könne den Schadensposten zu f der Aufstellung in Höhe von 1000 Dollar = 4200 DM unabhängig davon geltend machen, wer die Mangelhaftigkeit der "Essener Lieferung" zu vertreten hat. Das ist jedoch rechtsirrig. Der Beklagte hat diesen Betrag mit der Begründung gefordert, die Mailänder Firma habe auf Grund der Schlechtlieferung (gemeint ist das an sie aus Essen versandte Material) einen Lieferungsvertrag mit ihm über eine größere Menge Blechabfälle gekündigt. Er habe der Mailänder Firma Schadensersatz leisten müssen. Wenn nun die Mangelhaftigkeit der Essener Lieferung von der Klägerin deshalb nicht zu vertreten ist, weil sie selbst mangelhafte Ware erhalten und diese weitergeliefert hatte, so ist kein Rechtsgrund für eine Haftung der Klägerin für den geltend gemachten Schadensposten ersichtlich. Die Ausführungen der Revision sind nicht geeignet, das Berufungsurteil insoweit zu erschüttern, als es davon ausgegangen ist, daß die Klägerin für die Weiterlieferung nach Mailand im we-

sentlichen das ihr von dem Beklagten angelieferte Material zur Verfügung gestellt hat. Das Berufungsurteil ist daher auch hinsichtlich dieses Schadenspostens zu bestätigen.

Das gilt auch hinsichtlich des Schadenspostens zu g der Aufstellung, mit dem der Beklagte einen Betrag von 5000 DM als entgangenen Gewinn aus dem Geschäft mit der Firma SPAJ geltend macht.

3. Mit der Position zu j der Aufstellung hat der Kläger einen Betrag von 375 DM gefordert, der ihm an Aufwendungen für Anwaltskosten durch Hinzuziehung des Rechtsanwalts Dr. X. in Han. entstanden sei. Rechtsanwalt Dr. X. hatte mit Schreiben vom 30. November 1956 im Auftrage des Beklagten die Klägerin zur Zahlung von 8212,- skr und der in diesem Schreiben auf 123,05 DM berechneten Anwaltskosten aufgefordert.

Die Revision wendet sich gegen die Abweisung dieses Anspruchs mit der Begründung, die Beklagte habe auf Grund dieses Aufforderungsschreibens 4552,91 skr an den Beklagten bezahlt. Sie habe damit eine schon vorher bestehende Zahlungspflicht anerkannt. Deshalb sei der Beklagte jedenfalls berechtigt, Ersatz der Anwaltskosten zu fordern, die auf den gezahlten Betrag entfielen, mit dem die Klägerin im übrigen schon vor der Aufforderung des Rechtsanwalts in Verzug geraten sei.

Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage auseinandergesetzt. Es ist der Auffassung, der Beklagte habe einen Verzug der Klägerin hinsichtlich des von ihr nach dem Aufforderungsschreiben vom 30. November 1956 gezahlten Betrages nicht genügend dargetan. Verzug setze nämlich eine ordnungsmäßige Mahnung voraus, diese müsse sich auf die geschuldete Leistung beziehen. Der Beklagte habe allenfalls Anspruch auf die Bezahlung von 4552,91 skr gehabt. Er habe diesen Betrag wenige Tage später von der Klägerin erhalten. Deshalb sei anzunehmen, daß bei Anforderung nur dieses Betrages die Klägerin sogleich bezahlt hätte. Die unberechtigte auf ein Zuviel gerichtete Mahnung des Beklagten sei deshalb wirkungslos gewesen.

Dieser Begründung kann nicht zugestimmt werden. Die Mahnung des Beklagten auf einen höheren Betrag als er von der Klägerin geschuldet wurde, wäre allenfalls nur dann als wirkungslos anzusehen, wenn anzunehmen wäre, daß der Beklagte die geschuldete mindere Leistung nicht annehmen würde (vgl. BGH Urt. v. 19. April 1955 - I ZR 66/53 - S.7/8). Die Klägerin hat aber nichts dafür vorgetragen, was für eine solche Annahme im vorliegenden Fall sprechen könnte. Der Beklagte hat im Gegenteil die durch Übersendung eines Schecks geleistete Zahlung von der Klägerin angenommen.

Es kommt daher darauf an, ob die Klägerin mit dem von ihr gezahlten Betrage in Verzug war. Der

von ihr insoweit vorgetragene Sachverhalt reicht nicht aus, eine weitere Prüfung darüber zu veranlassen, ob die Klägerin auf Grund anderer Schlechtlieferungen des Beklagten berechtigt war, die Zahlung insoweit zurückzuhalten. Es ist daher davon auszugehen, daß die Klägerin in Höhe der dann geleisteten Zahlungen mit ihrer Zahlungspflicht in Verzug war, als sie von Rechtsanwalt Dr. X mit dem Schreiben vom 30. November 1956 zur Zahlung aufgefordert wurde. Deshalb sind dem Beklagten auf Grund der Widerklage die Gebühren und Auslagen als Schadensersatz gemäß § 286 Abs.1 BGB zuzusprechen, die durch Inanspruchnahme des Rechtsanwalts Dr. X hinsichtlich des Betrages von 4552,91 skr entstanden sind.

Die Revision legt der Berechnung des Ersatzanspruchs einen Gegenstandswert von 4010 DM zugrunde und berechnet die Gebühr nach §§ 9, 14 RAGebO in der Fassung des Gesetzes vom 5. August 1952 mit 79,40 DM zuzüglich Porti und anteiliger Umsatzsteuer. Unter Hinzurechnung dieser Zuschläge von 0,80 DM und 3,20 DM ergibt sich danach ein Ersatzanspruch des Beklagten in Höhe von 83,40 DM. Dieser Betrag war ihm mit 5 % Zinsen seit dem 5. Oktober 1957 unter entsprechender Aufhebung und Änderung der mit den Rechtsmitteln angegriffenen Urteile zuzusprechen. Ein höherer Zinssatz ist von dem Beklagten nicht ausreichend dargetan. Mit dieser Maßgabe war die Revision im übrigen zurückzuweisen.

Für die Kostenberechnung ist es bei dem hohen Streitwert ohne Bedeutung, daß der Beklagte mit dem geringen Teilbetrag auf Grund der Widerklage obgesiegt hat. Es erschien daher gerechtfertigt, ihn mit den gesamten Kosten des Rechtsstreits zu belasten.

Dr.Haidinger	Dr.Gelhaar ist wegen seines Urlaubes an der Unterzeichnung verhindert. Dr.Haidinger	Artl	Dr.Mezger	Mormann
--------------	--	------	-----------	---------