

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

BGB §§ 326 H, 362

Zur Frage der Beweislast für die nicht gehörige Erfüllung beim Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung.

BGH, Urt. v. 11. März 1964 - VIII ZR 90/62 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

Verkündet am 11. März 1964
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Peter H [REDACTED] & Co., Kommandit-
gesellschaft, Kohलगroßhandlung in W [REDACTED]
F [REDACTED]-Allee [REDACTED], persönlich haftender Gesell-
schafter: Bau- und Transportgesellschaft mit beschränkter
Haftung in N [REDACTED] über H [REDACTED], diese vertreten
durch ihren Geschäftsführer Dipl.-Kaufmann Wilhelm A [REDACTED]
[REDACTED] in G [REDACTED]

Beklagten, Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Ludwig W [REDACTED], Inhaber einer Kohlen-
großhandlung, in K [REDACTED], K [REDACTED] Weg [REDACTED]

Kläger, Revisionsbeklagten und Anschluß-
revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. Januar 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Mess-
ner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision
des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. März 1962 wer-
den zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden zu zwei
Dritteln der Beklagten und zu einem Drittel dem
Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Vertragshändlerin der Zeche "Petrus Segen" in N [REDACTED] (Ruhrgebiet). Diese Zeche ist eine sogenannte Stollenzeche, die Kohle in der Nähe der Erdoberfläche abbaut. Sie verfügt über keine Waschanlage zur Trennung der Kohle von Ballaststücken; sie bereitet vielmehr die von ihr geförderte Kohle nur durch eine Siebanlage mit einem Lesebandsystem auf, wobei gröbere Steine mit der Hand aus der Kohle herausgelesen werden.

Die Beklagte bot dem Kläger ungewaschene Kohle an, die von "Petrus Segen" geliefert werden sollte. Sie fügte dem Angebot ein Schriftstück bei, in dem es über die hier in Frage stehende Kohlensorte heißt:

"Mager/Ess-Kohlen in der Körnung von 6-50 mm
ca. 20 % Gesamtballast bei ca. 5-4 % H₂O, ca.
10-14 % flüchtige Bestandteile
Der Preis beträgt 72,50 DM.
Die angegebenen Werte sind mittlere Werte
und gelten lediglich als Hinweise..."

Der Kläger bestellte auf Grund dieses Angebots ab Mitte September 1955 laufend Kohle bei der Beklagten. Diese lieferte sie unmittelbar an seine Abnehmer.

Am 6. Oktober 1955 erteilte der Kläger der Beklagten einen Auftrag zur Lieferung von monatlich 1000 to Mager/Ess-Kohlen 6-50 mm für die Monate Oktober, November und Dezember 1955. Diese Kohlen sollten an die Aktien-Zuckerfabrik "W [REDACTED]" in F [REDACTED] versandt werden.

Die Zuckerfabrik beanstandete schon im Oktober 1955 mehrfach gegenüber dem Kläger, daß einzelne Waggons der gelieferten Kohle einen zu hohen Gehalt an Ballaststoffen hätten. Der Kläger teilte dies der Beklagten mit und bat, den Versand der Kohlen sofort einzustellen. Die Be-

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



klagte antwortete, ihr sei dies zur Zeit nicht möglich, sie müsse auf Abnahme der bestellten Mengen bestehen. Während die Parteien noch über die weitere Abwicklung der Bestellung verhandelten, weigerte sich die Zuckerfabrik, die bei ihr in der Zeit vom 2. bis 7. November 1955 angelieferten acht Waggons mit 186,55 to Kohle abzunehmen. Der Kläger ersuchte die Beklagte am 8. November 1955 erneut, die Lieferung einzustellen, und teilte ihr am 9. November mit, es sei ihm nicht möglich, die auf dem Bahnhof F██████ stehenden Waggons anderweitig unterzubringen. Die Beklagte rief daraufhin die acht Waggons zurück und erklärte mit Schreiben vom 9. November 1955, sie erwarte, daß der Kläger für eine anderweitige Unterbringung der ihr in Auftrag gegebenen Kohlenmengen Sorge trage und diese fristgemäß abrufe. Auch die Mengen, mit deren Abnahme er bereits im Verzuge sei, stelle sie hiermit ausdrücklich zur Verfügung mit der Maßgabe, daß er die Kohlen spätestens bis 17. November 1955 abberufen haben müsse. Falls er ihrem Verlangen nicht entspreche, sei sie gezwungen, gemäß § 326 BGB nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Abnahme durch den Kläger abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Der Kläger erwiderte mit Schreiben vom 11. November 1955, er müsse die Aufforderung ablehnen. Zur Weiterlieferung von Kohle ist es nicht mehr gekommen.

Die Beklagte hat die zurückgesandten Kohlen zu einem Preise von 12 019,41 DM anderweit verkauft.

Der Kläger hatte den Kaufpreis für die acht von der Beklagten zurückgenommenen Waggons in Höhe von 13 462,95 DM im voraus bezahlt. Er verlangt mit der Klage Rückzahlung dieses Betrages und Schadensersatz. Den Schadensersatz berechnet er wie folgt: Ihm sei ein

Gewinn in Höhe von 3 % des Einkaufspreises entgangen. Aus dem Verkauf der von der Zuckerfabrik nicht abgenommenen Kohlen hätte er einen Gewinn von 405,75 DM und aus dem Weiterverkauf des ihm nicht gelieferten Restes von 1533,26 to einen Gewinn von 2928,96 DM erzielt. Der Kläger hat, nachdem er im ersten Rechtszuge weitergehende Anträge gestellt hatte, im zweiten Rechtszuge Zahlung von 13 868,70 DM und 2928,96 DM nebst Zinsen und die Feststellung verlangt, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle Beträge zu ersetzen, die er an einen seiner Abnehmer, die Firma S [REDACTED] & U [REDACTED] KG, infolge der schlechten Lieferungen der Beklagten zahlen müsse oder um die die Firma S [REDACTED] & U [REDACTED] seine Kaufpreisforderung kürzen werde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat im Berufungsrechtszuge ihrerseits Schadensersatzansprüche geltend gemacht, weil der Kläger die bestellten Kohlen vertragswidrig nicht abgenommen habe. Sie behauptet, sie habe die insgesamt nicht abgenommenen 1533,2 to nur mit einem Mindererlös von 11,50 DM je Tonne anderweit verkaufen können. Sie habe daher einen Schaden von 17 632,49 DM erlitten. Ferner seien ihr durch die Rücknahme der acht Waggons, die an die Zuckerfabrik W [REDACTED] gegangen waren, Unkosten von 7543,40 DM entstanden. Sie hat mit der Widerklage Zahlung des Betrages von 17 632,49 DM für Mindererlös abzüglich des Betrages verlangt, der auf die 186,55 to der acht Waggons mit angeblich 2145,33 DM entfallen sei. Sie hat danach die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 15 487,15 DM nebst Zinsen beantragt.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Beklagte verurteilt, 4476,01 DM nebst Zinsen zu bezahlen.

Die Berufung des Klägers ist zurückgewiesen worden, soweit sie sich gegen die Abweisung des Zahlungsbegehrens in Höhe von 1849,29 DM und 2928,96 DM jeweils mit Zinsen und gegen die Abweisung des Feststellungsantrages richtet. Die mit der Anschlußberufung verfolgte Widerklage hat das Berufungsgericht abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, soweit sie verurteilt ist, und verfolgt ihre Widerklage weiter. Der Kläger erstrebt mit der Anschlußrevision die Verurteilung der Beklagten, soweit die im Berufungsrechtszuge gestellten Anträge abgewiesen worden sind. Beide Parteien beantragen wechselseitig die Zurückweisung der Revision des Gegners.

Entscheidungsgründe:

A. Ansprüche des Klägers.

Das Berufungsgericht hält die Ansprüche des Klägers auf Rückzahlung des an die Beklagte gezahlten Kaufpreises und auf Ersatz entgangenen Gewinns nicht für gegeben. Es ist der Auffassung, die Voraussetzungen des § 480 Abs.2 BGB lägen nicht vor. Denn die Beklagte habe keine Zusicherungen über die Eigenschaften der Kohle gemacht. Der Kläger habe auch nicht den Beweis dafür erbracht, daß die Beklagte Fehler der Kohle arglistig verschwiegen oder arglistig das Vorhandensein besserer Eigenschaften vorgespiegelt habe. Eine Schadensersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung durch die Beklagte bestehe ebenfalls nicht. Der Kläger habe nicht bewiesen, daß die Beklagte wiederholt mangelhafte Ware geliefert und sich unbegründet ge-

weigert habe, einen berechtigten Wandlungsanspruch anzuerkennen. Daher habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Rückgabe des im voraus gezahlten Kaufpreises auf Grund Wandlung oder irgend welcher anderen Gewährleistungen nach § 459 BGB.

Die Beklagte habe jedoch mit dem Weiterverkauf der von der Zuckerfabrik W [REDACTED] nicht abgenommenen acht Waggons Kohle ein Geschäft des Klägers besorgt und sei daher verpflichtet, ihm das erlangte Entgelt von 12 019,41 DM herauszugeben. Der Kläger könne daher allenfalls von der Beklagten Zahlung dieses Betrages verlangen. Wegen des darüber hinausgehenden Teiles seines Klageantrages in Höhe von (13 868,70 - 12 019,41 =) 1849,29 DM sei seine Klage abzuweisen. Auf den Betrag von 12 019,41 DM müsse der Kläger sich die Frachtkosten und Standgelder anrechnen lassen, die der Beklagten durch die Rücknahme der acht Waggons entstanden seien. Nach der Behauptung der Beklagten betrügen diese Auslagen allenfalls 7543,40 DM. Der Kläger habe deshalb in jedem Falle Anspruch auf Zahlung von (12 019,41 - 7543,40 =) 4476,01 DM. Insoweit sei die Beklagte zu verurteilen. Im übrigen sei die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif, weil nicht feststehe, ob der Beklagten die behaupteten Aufwendungen tatsächlich entstanden sind.

Mit der Anschlußrevision verfolgt der Kläger die Ansprüche weiter, die er aus der Schlechtlieferung der Beklagten herleitet.

I. 1. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß die Beklagte keine Zusicherungen über Eigenschaften der Kohle gegeben und den Kläger nicht arglistig getäuscht habe, greift die Anschlußrevision nicht an. Sie wendet

sich aber gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht nachgewiesen, daß die an die Zuckerfabrik W [REDACTED] gelieferten Kohlen von vertragswidriger Beschaffenheit gewesen seien. Die Anschlußrevision meint, da der Kläger die Kohlen nicht abgenommen habe, sei die Beklagte beweispflichtig dafür, daß die angebotene Ware mangelfrei gewesen sei, so daß sie als Erfüllung hätte angenommen werden müssen.

Diese Ansicht ist unrichtig. Es kann dahingestellt bleiben, ob etwa nach den Lieferungsbedingungen der Beklagten die Kohlen schon als abgenommen zu gelten hatten, nachdem sie die Zeche verlassen hatten. Auch wenn eine solche Abnahme, die als Erfüllungsannahme im Rechtssinne angesehen werden könnte, nicht erfolgt ist, hat das Berufungsgericht mit Recht den Kläger als beweispflichtig dafür angesehen, daß die Kohlen mangelhaft gewesen seien.

Allerdings hat grundsätzlich der Schuldner die Erfüllung zu beweisen, es sei denn, daß der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung angenommen hat. Daraus folgt, daß der Verkäufer, wenn er aus dem Kaufvertrage Rechte herleitet, insbesondere den Kaufpreis verlangt, auch beweisen muß, die von ihm angebotene Leistung sei vertragsgemäß. Erhebt gegenüber der Kaufpreisklage der Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, so ist also der Verkäufer zum Beweise der Erfüllung gezwungen (RGZ 95,116,119; 106,294,299). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Beklagte beansprucht nicht als Verkäuferin den Kaufpreis, und der Kläger macht nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend. Vielmehr verlangt der Kläger Schadensersatz mit der Begründung, daß er auf Grund der wiederholten Schlechterfül-

lung wegen positiver Vertragsverletzung der Beklagten berechtigt sei, die Annahme der Leistung abzulehnen. Die Voraussetzungen dieses Anspruches, also die positive Vertragsverletzung, d.h. die nicht gehörige Erfüllung, hat der Kläger als derjenige, der Rechte geltend macht, zu beweisen. Das Reichsgericht (RGZ 66,279, 285) hat in einem ähnlich liegenden Fall, in dem der Käufer als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Erstattung eines dem bezahlten Kaufpreise entsprechenden Betrages verlangte, ausgeführt, zur Rechtfertigung eines solchen Anspruches treffe den klagenden Käufer die Beweislast dafür, daß die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft nicht habe. Den Standpunkt, daß der den Kaufpreis unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen ungenügender Erfüllung zurückfordernde Käufer der beweispflichtige Teil sei, hat das Reichsgericht auch im Urteil RGZ 95,116,119 gebilligt. Ebenso hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 28,251,253) für den Schadensersatzanspruch des Auftraggebers aus einem Architektenvertrago wegen positiver Vertragsverletzung ausgesprochen, den Auftraggeber treffe die Beweislast, daß der Architekt objektiv die ihm obliegende Leistung nicht gehörig erfüllt habe. Daran ist festzuhalten.

Dieselbe Verteilung der Beweislast tritt auch ein, wenn der Käufer Gewährleistungsansprüche, insbesondere die Wandlung geltend macht, weil ihm dann ein besonderes Recht zusteht, das seine Grundlage in der Fehlerhaftigkeit der Sache hat. Der Beweis dieses Rechtsgrundes liegt demjenigen ob, der das Recht für sich in Anspruch nimmt (RGZ 95,116,119; BGB RGRK 11.Aufl. § 459 Anm.30).

2. Unbegründet sind auch die Angriffe der Anschlußrevision gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger sei den Beweis schuldig geblieben, daß die der Zuckerfabrik W■■■■■■■ angelieferten Kohlen nicht vertragsgemäß gewesen seien.

a) Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung der Parteien unter Berücksichtigung der Ausführungen in dem Gutachten des Sachverständigen Professor Dr. Rühl über die Auswirkungen eines höheren Ballastgehaltes dahin aus, daß nach Treu und Glauben jedenfalls keine über 20 bis 30 % der von der Beklagten ^{an}/gegebenen mittleren Gesamtballastmenge von 20 % hinausgehenden Abweichungen zulässig gewesen seien. Das Berufungsgericht folgert daraus, die Beklagte hafte dafür, daß die von ihr gelieferten Waggons keinen höheren Ballastgehalt als allenfalls 24 bis 26 % der Gesamtmenge enthielten. Die Anschlußrevision will der Bekundung des Sachverständigen entnehmen, der Ballaststoff habe höchstens 25 % betragen dürfen. Damit greift die Anschlußrevision aber in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung und Auslegung des Tatrichters an. Im übrigen stellt die Entscheidung des Berufungsgerichts es auch nicht auf den Unterschied zwischen 25 und 26 % ab. Es nimmt vielmehr in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen an, der Ballastgehalt einer Kohle der hier in Betracht kommenden Art könne nach einem längeren Bahntransport nur dann zuverlässig ermittelt werden, wenn die Proben aus dem Lade- oder Entladestrom genommen würden. Das beruhe darauf, daß die Stollenkohle verhältnismäßig weich und mürbe sei, beim Transport in aller Regel ballastarme Glanzkohle abgerieben werde und sich dieser aschenarme Gries in die unteren Lagen des Waggons absetze. Bei der Entnahme von Proben aus dem stehenden Waggon könne infolgedessen der tatsächliche Durchschnitts-

Ballastgehalt nicht hinreichend sicher ermittelt werden. Das sei vielmehr nur bei Entnahmen aus dem fließenden Kohlestrom der Fall. Unstreitig sind auf diese Weise aber allenfalls die vor der Versendung angefertigten Analysen der Beklagten und des von ihr zugezogenen Chemikers Dr. Schreiber vorgenommen worden. Da bei den von der Zuckerfabrik ~~W...~~ veranlaßten und den später im Auftrage der Beklagten von der Berggewerkschaftskasse und dem Laboratorium für Bergbau durchgeführten Analysen eine Entnahme aus dem fließenden Kohlestrom nicht vorgenommen sei, so meint das Berufungsgericht, sei aus diesen nicht zuverlässig zu entnehmen, daß der nach dem Vertrage vorgesehene Ballastgehalt wesentlich überschritten worden sei. Die erstgenannten Analysen ergäben dagegen noch vertragsmäßige Werte. Daher könne nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, daß die beanstandete Kohle einen zu hohen Ballastgehalt gehabt habe. Dieser Gedankengang und nicht die Frage, ob 25 oder 26 % Ballast noch vertragsgemäß sei, ist also für das Berufungsgericht entscheidend gewesen.

b) Auch die Angriffe der Anschlußrevision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, nur die vor Absendung der Waggon gefertigten Analysen der Beklagten und des Dr. Schreiber seien maßgebend, müssen scheitern. Die Revision glaubt, aus den Lieferungsbedingungen, nach denen der Käufer vor Entladung der Waggon die Ware unverzüglich zu untersuchen hat, sei zu schließen, daß es nur auf die Analysen ankomme, die zur Zeit der Übergabe gefertigt werden. Die Anschlußrevision verwechselt indessen die Beschaffenheit der Ware mit dem Vorgang, durch den die Beschaffenheit festgestellt werden soll. Für die Frage, ob die Kohlen vertragsgemäß sind, mag es

auf den Zeitpunkt der Übergabe ankommen. Das Berufungsgericht hat auch keineswegs angenommen, daß die Beschaffenheit zur Zeit der Absendung entscheidend sei. Es sieht vielmehr nur als erwiesen an, daß im vorliegenden Fall die Analysen, also die Maßnahmen zur Feststellung der Beschaffenheit, die nach der Ankunft der Kohlen durchgeführt worden waren, ungenau und daher ohne Beweiskraft sind, daß dagegen durch die bei Absendung gefertigten Analysen der Ballastgehalt der Kohlen hinreichend sicher ermittelt worden ist. Da der Ballastgehalt der in einen Waggon verladene Kohle sich während des Transportes nicht verändert, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum aus den bei Absendung gefertigten Analysen auf die Beschaffenheit zur Zeit der Ankunft der Kohlen bei der Zuckerfabrik W. schließen.

Das Berufungsgericht führt in einer zusätzlichen Erwägung aus, es sei nicht festzustellen, daß die Beklagte die Führung des dem Kläger obliegenden Beweises schuldhaft vereitelt habe. Sie habe den Kläger vergeblich aufgefordert, an den Probeentnahmen (gemeint wohl: bei Beladung der Waggon vor Absendung der Kohlen) teilzunehmen. Es sei seine Sache gewesen, das zu tun und für eine ordnungsgemäße Analyse zu sorgen. Damit hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Anschlußrevision ersichtlich nicht sagen wollen, der Kläger sei dadurch, daß er den Verladungen nicht beigewohnt habe, seines Rechtes zur Untersuchung der Kohlen und eines Rügerechtes bei mangelhafter Leistung verlustig gegangen. Die Rügen der Anschlußrevision gehen insoweit ins Leere.

c) Irrig ist auch die Meinung der Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe nach den Grundsätzen des An-

scheinsbeweises zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Kohlen mangelhaft gewesen seien. Ein sogenannter typischer Geschehensablauf, wie ihn der Anscheinsbeweis voraussetzt, liegt nicht vor. Sollte die Anschlußrevision aber nur geltend machen wollen, nach den gesamten Umständen des Falles müsse die Ballastmenge vertragswidrig hoch gewesen sein, so handelt es sich um einen unzulässigen Angriff gegen die Beweiswürdigung des Tatrichters. Das Berufungsgericht hat nicht eine Würdigung der Gesamtumstände unterlassen. Es räumt ausdrücklich ein, es möge zwar einiges dafür sprechen, daß die gelieferte Kohle zum Teil einen übermäßigen Ballastgehalt aufgewiesen habe. Die zahlreichen Beanstandungen und der Durchschnittsballastsatz, der für Lieferungen an die Firma B. in L. im November 1955 ermittelt worden sei, legten die Annahme nahe, daß die Beklagte zu dieser Zeit Kohle mit einem Ballastgehalt geliefert habe, der oft über den zulässigen Sätzen gelegen habe. Aber diese Umstände haben dem Berufungsgericht zum Beweise nicht ausgereicht. An diese Würdigung ist das Revisionsgericht gebunden.

II. Die Anschlußrevision rügt ferner, das Berufungsgericht habe erkannt, daß nicht nur die Lieferung schlechter Kohlen an die Zuckerfabrik W., sondern auch das gesamte übrige Verhalten der Beklagten den Kläger berechtigt habe, unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung die Fortsetzung des Vertrages zu verweigern und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. So habe eine größere Zahl von Abnehmern die Lieferungen beanstandet; die hierfür angetretenen Beweise habe das Berufungsgericht nicht erhoben. Die Beklagte habe sich auch gegenüber den Beanstandungen zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt, daß sie keinerlei Qualitätsgarantie übernommen habe.

Auch diese Rügen sind nicht begründet. Die von der Anschlußrevision angeführten Gesichtspunkte hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Es führt aus, es sei nicht hinreichend nachgewiesen, daß die Beklagte sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht habe. In Betracht kämen lediglich die wiederholte Lieferung mangelhafter Ware und die unbegründete Weigerung, einen berechtigten Wandlungsanspruch anzuerkennen. Wenn das Berufungsgericht fortfährt, eine Schadensersatzpflicht wegen positiver Vertragsverletzung würde den Nachweis voraussetzen, daß die von der Zuckerfabrik verweigerten acht Waggons mangelhafte Ware enthalten hätten, so scheint das zwar auf den ersten Blick zu eng. Was das Berufungsgericht in Wahrheit gemeint hat, ergibt sich aber aus dem Prozeßverlauf. Wie schon erwähnt, kann nach den Feststellungen, die das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Zurückweisung der acht Waggons durch die Zuckerfabrik W[REDACTED] getroffen hat, der Ballastgehalt einer Kohle der hier in Betracht kommenden Art nur zuverlässig ermittelt werden, wenn die Proben aus dem Lade- oder Entladestrom genommen werden. Daß dies bei den sonstigen Beanstandungen der Abnehmer des Klägers geschehen sei, ist nicht vorgetragen worden. Der Kläger hat sich in der von der Revision angezogenen Klageschrift nur auf das Zeugnis der persönlich haftenden Gesellschafter der Firma S[REDACTED] & U[REDACTED] und in dem Schriftsatz vom 3. Februar 1959 auf das Zeugnis der Inhaber der von der Firma S[REDACTED] & U[REDACTED] belieferten Firmen und auf das sachverständige Zeugnis eines Chemikers, der vier Analysen gezogen hat, berufen. Der Streit der Parteien war dann zum wesentlichen Teil darüber gegangen, wie Analysen gezogen werden müssen, wenn die Kohlen über längere Strecken befördert worden sind. Der Sachver-

ständige Dr. Rühl erklärte in seinem Gutachten vom 26. April 1961, ausschlaggebend für die Bewertung einer Analyse sei die Art der Probenahme. Werde die für die Probenahme im Normblatt DIN 51701 beschriebene Art nicht beachtet, sei mit dem Analysenergebnis nichts anzufangen. Damit war klargestellt, daß die Frage, ob Mängel der Kohlen zu beweisen seien, wesentlich davon abhing, wie die Analysen gezogen waren. Unter diesen Umständen hätte der Kläger, sollte sein Beweisantritt schlüssig sein, angeben müssen, wie die Analysen der anderen beanstandeten Lieferungen zustande gekommen waren. Er hat jedoch im Schriftsatz vom 27. Januar 1961, in dem er zum Ergebnis der Beweisaufnahme und zum Gutachten des Sachverständigen Stellung nahm, lediglich vorgetragen, die schlechte Qualität der von der Beklagten zur damaligen Zeit gelieferten Kohle habe er im Schriftsatz vom 3. Februar 1959 durch Berufung auf das Zeugnis zahlreicher Abnehmer und das sachverständige Zeugnis des Chemikers Dr. Popp unter Beweis gestellt. Bei dieser Sachlage fehlte den angebotenen Beweisen jeder Wert.

Daraus, daß die Beklagte bestritt, eine Garantie übernommen zu haben, kann der Kläger nichts herleiten. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, die Beklagte habe keine Zusicherungen wegen der Eigenschaften der Kohle gemacht. Es ist lediglich der Auffassung, die Beklagte habe ihre Haftung für die gesetzliche Gewährleistung nicht ausgeschlossen. Wenn demgegenüber die Beklagte den Standpunkt vertrat, sie sei verpflichtet gewesen, so zu liefern, "wie die Ware fällt", so brachte sie lediglich eine abweichende Rechtsansicht zum Ausdruck, für die sie immerhin ins Feld führen konnte, daß sie ausdrücklich erklärt hatte, die angegebenen

Werte (u.a. 20 % Gesamtballast) sollten lediglich als Hinweis gelten. Daß das Berufungsgericht zu der Überzeugung hätte kommen müssen, die Äußerung einer Rechtsansicht, die vom Landgericht gebilligt, aber später vom Berufungsgericht nicht geteilt worden ist, habe die Beziehungen der Parteien so erschüttert, daß dem Kläger die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten gewesen sei, ist nicht ersichtlich.

III. Schließlich glaubt die Anschlußrevision, der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises sei unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung begründet. Sie meint, dem Kläger stehe dieser Anspruch zu, weil die Ware, für die der Preis bezahlt worden ist, nicht geliefert worden sei. Bei gegenseitigen Verträgen gibt indessen grundsätzlich der Umstand, daß der eine Teil seine Leistung nicht erfüllt, dem anderen keinen Bereicherungsanspruch. Nur dann kann nach herrschender Rechtsprechung eine Leistung wegen des Nichteintritts des mit ihr bezweckten Erfolgs zurückgefordert werden, wenn nach dem Inhalt des Vertrags über die Gegenleistung hinaus ein bestimmter Erfolg bezweckt ist und als vereinbart gilt (RGZ 106,93,98). Hierfür ist im vorliegenden Fall aber nichts vorgetragen.

B. Ansprüche der Beklagten.

I. Das Berufungsgericht hält auch den mit der Widerklage verfolgten Schadensersatzanspruch der Beklagten für unbegründet. Ein Anspruch nach § 326 BGB wegen Verzuges des Klägers mit der ihm obliegenden Abnahme der acht Waggon und der danach fälligen Lieferungen komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Abnahme infolge eines Umstandes unterblieben sei, den er nicht zu

vertreten habe. Er habe sich auf Grund der ihm von der Zuckerfabrik mitgeteilten Analysen für berechtigt halten dürfen, zunächst eine Klärung der Qualitätsfrage zu verlangen, ehe er die acht Waggon und weitere Lieferungen abnahm. Diese Klärung sei noch nicht erfolgt gewesen, als die Beklagte sich mit ihrem Schreiben vom 24. November 1955 von dem Vertrage losgesagt habe. Denn die von der Beklagten eingeholten Analysen, die dem Kläger gleichzeitig mitgeteilt wurden, hätten so hohe Ballastwerte ergeben, daß er ohne Verschulden davon hätte ausgehen können, die Kohle sei mangelhaft. Daraus folge auch, daß dem Kläger keine positive Forderungsverletzung zur Last falle. Der Schriftwechsel der Parteien zeige, daß der Kläger sich darauf beschränkt habe, vorerst die Abnahme weiterer Lieferungen abzulehnen, bis die "Qualitätsfrage" geklärt sei. Davon, daß er sich endgültig von dem Vertrage losgesagt und die Erfüllung abschließend verweigert habe, könne nicht die Rede sein.

II. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich ohne Verschulden für berechtigt halten dürfen, die Abnahme der Kohlen abzulehnen. Der Kläger trage, so meint die Revision, die Gefahr, daß er die Beschaffenheit der Kohlen falsch beurteilt habe. Im übrigen treffe ihn auch ein Verschulden, weil er damit habe rechnen müssen, daß die von der Zuckerfabrik W [REDACTED] gezogenen Analysen unrichtig seien.

Die Angriffe der Revision sind im Ergebnis nicht begründet.

1. Rechte aus § 326 BGB stehen dem Gläubiger grundsätzlich nur zu, wenn der Schuldner Hauptpflichten des Vertrages verletzt. Eine Hauptleistung in diesem Sinne ist im allgemeinen die Abnahmepflicht des Käufers nicht. Sie kann jedoch durch Vereinbarung oder Brauch des Handelsverkehrs zur Hauptpflicht werden. Derartiges hat das Reichsgericht allerdings für die Lieferung großer Mengen Kohlen angenommen (Recht 1907 Nr. 428, 430). Das Berufungsgericht nimmt zu dieser Frage nicht Stellung. Einer Entscheidung bedarf es hier nicht, weil eine Schadensersatzpflicht schon aus anderen Gründen entfällt. Deshalb kann auch unentschieden bleiben, ob bei dem hier vorliegenden Sukzessivlieferungsvertrag die Verpflichtung des Klägers zum Abruf bereits eine Hauptpflicht darstellt.

2. Bei der Prüfung, ob der Beklagten eine Schadensersatzforderung nach § 326 BGB zusteht, ist vorweg zu beachten, daß die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns geltend macht, soweit es sich um die der Zuckerfabrik W [REDACTED] angelieferten acht Waggons handelt. Für diese hat die Beklagte den Kaufpreis erhalten und will ihn nicht zurückzahlen. Mit der Widerklage verlangt sie dementsprechend nur den Mindererlös für insgesamt nicht abgenommene 1533,26 to abzüglich der in den acht Waggons enthaltenen 186,55 to. Für die Widerklage kommt es also nicht darauf an, ob die Beklagte wegen dieser acht Waggons die Rechte aus § 326 BGB geltend machen kann, sondern nur darauf, ob sie hinsichtlich der weiteren Teilmengen des Sukzessivlieferungsvertrages die Erfüllung ihrerseits verweigern und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

3. Ob die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger habe ohne Verschulden auf Grund der von der Zuckerfabrik W███████gezogenen Analysen und der ihm mit Schreiben der Beklagten vom 24. November 1955 zugegangenen eigenen Analysen der Beklagten davon ausgehen können, die Kohlen seien mangelhaft, der rechtlichen Nachprüfung durchweg standhält, mag zweifelhaft sein. Insbesondere ist der Revision zuzugeben, daß die Beklagte im Schreiben vom 24. November 1955 ausdrücklich darauf hingewiesen hat, die beiliegenden Analysen entsprächen möglicherweise nicht der Wirklichkeit, weil die Kohlen einen Eisenbahnweg von mehreren hundert Kilometern hinter sich gehabt hätten. Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts über das fehlende Verschulden des Klägers kommt es indessen im Ergebnis nicht an. Was die allein im Streit befindlichen weiteren Teillieferungen betrifft, tragen die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts seine Entscheidung.

Das Berufungsgericht legt nämlich die Erklärung der Beklagten offenbar dahin aus, daß sie mit Rücksicht auf die Weigerung des Klägers, die acht Waggons abzunehmen, und die "erbetene einstweilige Einstellung des Versands nach W███████" - so Schreiben der Beklagten vom 9. November 1955 - nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist die weitere Erfüllung des Vertrages wegen positiver Vertragsverletzung des Klägers habe ablehnen wollen. Diese Würdigung enthält keinen Rechtsirrtum. Daß bei einem Sukzessivlieferungsvertrag die Weigerung des Käufers, eine Lieferung abzunehmen, und die Bitte um einstweilige Einstellung weiterer Liefere-

rungen eine erhebliche Störung des Vertragsverhältnisses bilden können, liegt auf der Hand. Das Verhalten des Vertragsgegners muß aber nach ständiger Rechtsprechung eine so wesentliche Vertragsverletzung darstellen, daß dem vertragstreuen Teil mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Parteien die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Daß diese Voraussetzungen vorgelegen haben, will das Berufungsgericht ersichtlich verneinen. In diesem Sinne sind seine Erwägungen zu verstehen, der Kläger habe eine Klärung der "Qualitätsfrage" erwarten dürfen, er habe sich nicht endgültig von dem Vertrage losgesagt und die Erfüllung nicht abschließend verweigert. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klärung der Qualitätsfrage, die der Kläger verlangen konnte, sei nicht erfolgt gewesen, als die Beklagte sich von dem Vertrage losgesagt habe, bedeutet zumindest, daß nach Meinung des Berufungsgerichts der Beklagten auch bei einer etwaigen Vertragsverletzung durch den Kläger die Fortsetzung des Vertrages wenigstens solange zumutbar gewesen sei, bis entschieden war, ob der Streit über die Qualität der Kohle im Verhandlungswege beigelegt werden könne. Bei der Berücksichtigung der Zumutbarkeit kommt es wesentlich auch auf das Verhalten des Teiles an, der sich vom Vertrage lossagt. Das Verhalten der Beklagten hat das Berufungsgericht bei der Frage, ob den Kläger ein Verschulden treffe, gewürdigt. Es entnimmt dem Schriftwechsel der Parteien, insbesondere den Schreiben der Beklagten vom 4. und

9. November 1955, daß diese selbst zur Klärung durch Übergabe von Analysen hat beitragen wollen. Aus diesen Schreiben ergibt sich im übrigen, daß die Qualitätsfrage nicht nur die acht Waggons betraf, sondern auch verschiedene Lieferungen, die andere Abnehmer des Klägers schon früher beanstandet hatten. In dieser Hinsicht aber hat das Berufungsgericht, wie oben erwähnt, im Zusammenhang mit dem Klageanspruch festgestellt, es spreche einiges dafür, daß die gelieferte Kohle zum Teil einen übermäßigen Ballastgehalt aufgewiesen habe. Die aus dem Schriftwechsel der Parteien ersichtlichen zahlreichen Beanstandungen und der Ballastdurchschnittssatz, der für ihre Lieferungen an B. in L. im November 1955 ermittelt worden sei, legten die Annahme nahe, daß die Beklagte zu dieser Zeit Kohle mit einem Ballastgehalt geliefert habe, der oft über den zulässigen Sätzen gelegen habe. Die Beklagte vertrat auch, nach der von der Revision nicht angegriffenen Auffassung des Berufungsgerichts zu Unrecht den Standpunkt, sie habe nur so zu liefern, " wie die Ware fällt". Wenn das Berufungsgericht dem Kläger ein Recht zur Klärung der Qualitätsfrage einräumt, ist das also ersichtlich mit Rücksicht auf das eigene Verhalten der Beklagten geschehen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben daher in Zusammenhang genommen - unabhängig von der Frage, ob der Kläger zu Recht die Abnahme der acht Waggons verweigert hat - hinsichtlich der weiteren Lieferungen des Vertrages die Feststellung, der Ver-

tragszweck sei durch das Verhalten des Klägers noch nicht so wesentlich gefährdet gewesen, daß der Beklagten nicht die Fortsetzung des Vertrages zuzumuten gewesen wäre. Diese Würdigung liegt auf tatsächlichen Gebiet und ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur beschränkt zugänglich. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist möglich, sie läßt auch keinen Verstoß gegen Auslegungs- und Verfahrensvorschriften erkennen. Das Berufungsgericht hat insbesondere, wie seine Hinweise auf den Schriftwechsel der Parteien ergibt, diesen gewürdigt. Einer Stellungnahme zu den einzelnen Wendungen der Schreiben bedurfte es nicht.

Die Beklagte hat sich danach, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht annimmt, sowohl im Zeitpunkt des Schreibens vom 9. November 1955, in dem die Beklagte dem Kläger die Frist setzte, als auch im Zeitpunkt des Schreibens vom 24. November 1955, in dem die Beklagte erklärte, daß sie die Annahme der Leistung nunmehr ablehne, ohne zureichenden Grund vom Vertrage gelöst. Dann aber kommt es darauf, ob die gesetzte Frist zu kurz bemessen war und ob an ihrer Stelle eine angemessene Frist in Lauf gesetzt hätte werden können, nicht an. Unerheblich für die zu treffende Entscheidung ist entgegen der Meinung der Revision auch die Frage, ob der Kläger nach Erstattung des Gutachtens des Sachverständigen Rühl seine Mängelrügen hätte aufrecht erhalten dürfen. Die Schadensersatzansprüche der Beklagten beruhen nicht auf dem Verhalten des Klägers im Prozeß.

C.

Die Revisionen beider Parteien sind daher unbegründet. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner Mormann