

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 254 Dc

Wer gegenüber einer Schadensersatzforderung einwendet, der Schaden hätte zu einem geringeren Preis behoben werden können, als geschehen, muß das beweisen.

BGH, Urt. v. 28. Mai 1975 - VIII ZR 6/74 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 6/74

URTEIL

Verkündet am
28. Mai 1975

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der T. Handels-Gesellschaft mbH, vertreten durch
ihre Geschäftsführerin, die Kauffrau Gertrud G.,
geb. S., B., H.straße

Klägerin, Revisionsklägerin,
Revisionsbeklagten und An-
schlußrevisionsklägerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

den Kaufmann Wolfgang F., unter der Firma
Wolfgang F. & Co., B., S.stra-
ße

Beklagten, Revisionsbeklagten,
Revisionskläger und Anschlußre-
visionsbeklagten

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Braxmaier, Dr. Hiddemann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels des Beklagten das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. November 1973 insoweit aufgehoben, als die Klage wegen eines Betrags von 33 300 DM und wegen eines die zuerkannten Zinsen in Höhe von 5 % übersteigenden Zinssatzes abgewiesen wurde, ferner soweit die Kostenentscheidung zu Lasten der Klägerin getroffen wurde.

Insoweit wird die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, soweit über diese noch nicht entschieden ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte hat 3/4 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Mit Vertrag vom 30. Januar 1968 kaufte die Klägerin, die sonst mit Textilien handelt, im Rahmen eines Gegengeschäfts von einer sowjetrussischen Handelsgesellschaft 150 000 t Portlandzement in Säcken, die in



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

etwa gleichen Monatspartien mit Schiffen bis zu 3000 t ab März 1968 geliefert werden sollten.

50 000 t dieser Kontraktmenge verkaufte die Klägerin an den Beklagten, einen Baustoffhändler, der den gekauften Zement an Händler im Raume Hamburg weiterveräußern wollte. Im Kaufvertrag vom 9./15. April 1968 verpflichtete sich der Beklagte zum Abruf der Schiffs-ladungen nach Bedarf und übernahm die Kosten des Umschlags und der Lagerung.

Am 5. April 1968 schloß die Klägerin im Beisein eines Vertreters des Beklagten mit der Firma U [REDACTED] und Lagerei-Betrieb GmbH & Co. (ULAB) einen weiteren Vertrag über den Umschlag des an den Beklagten verkauften Zements an deren Umschlaganlage Tollerort. Gemäß Nachtrag vom 8. April 1968 sollte der Umschlagesatz, der alle Kosten, wie Lagergeld, Zollbearbeitungsgebühr und sonstiges sowie Lkw-Verladung ab Lager einschloß, 7 DM pro t betragen.

In der Folgezeit trafen drei Schiffsladungen des russischen Zements in Hamburg ein, von denen der Beklagte die ersten beiden abgerufen hatte, und zwar:

Sendung I am 24. April 1968 mit dem Schiff "Verkhojansk" mit 3 348,5 t Zement,

Sendung II am 24. Mai 1968 mit dem Schiff "Verkhojansk" mit 3 319,58 t Zement und

Sendung III am 6. Juni 1968 mit dem Schiff "Holmogory" mit 4 048 t Zement.

Die Sendung I wies Mängel in der Verpackung auf. Ein Teil der Zementsäcke war bei der Ankunft des Schiffs im Hamburger Hafen geplatzt und hatte den Inhalt über den übrigen Teil der Ladung verschüttet und diesen verschmutzt. Daher war es notwendig, mit Hilfe eines angemieteten Industriestaubsaugers die Ladung zu reinigen und einen Teil des Zements neu zu verpacken. Ein Teil der Säcke war nicht, wie für die vereinbarte Güteklasse des Zements vorgesehen, mit grüner Farbe beschriftet. Der Beklagte nahm die Sendung I ab und bezahlte am 4. Juni 1968 unter Vorbehalt von Mängelansprüchen den vereinbarten Preis. Da die ULAB nur eine Lagerhalle mit einem Fassungsvermögen von rund 1 500 t zur Verfügung hatte, wurde ein Teil des Zements mit Planen abgedeckt im Freien und zu einem anderen Teil in von der ULAB gemieteten Lagerkähnen gelagert. Der Beklagte konnte den Zement nur schleppend und in geringen Mengen absetzen. In den Monaten April und Mai 1968 traten nämlich auf dem norddeutschen Zementmarkt umfangreiche Preissenkungen für deutschen Zement ein.

Bei der Ankunft der Sendung II war nur ein geringer Teil der Sendung I verkauft, so daß die Lagerhalle der ULAB noch nicht wieder frei war. Auch die Sendung II wurde im Freien mit Planen abgedeckt und in Lagerkähnen bei der ULAB gelagert. Der Beklagte nahm auch diese Sendung ab.

Bei der Ankunft der Sendung III war auf dem Freigelände der ULAB keine Lagerungsmöglichkeit mehr vorhanden. Die ULAB mietete deshalb weitere Lagerkähne und lagerte darin den Zement dieser Sendung ein.

Der Beklagte hatte bis zum 25. Juni 1968 aus der Sendung I 599,7 t und aus der Sendung II 228,6 t verkauft. Die Klägerin bemühte sich selbst um den Verkauf der Sendung III, die der Beklagte nicht übernommen hatte. Hierbei bot sie in der Zeit vom 25. Juni bis 5. Juli 1968 durch Anzeigen in verschiedenen Tageszeitungen Hamburgs und dessen Umgebung den Zement Händlern und Endverbrauchern zum Preise von 3 DM je Zentner-Sack an. Der Beklagte beanstandete dies mit der Begründung, daß dadurch seine Verbindung zum Zementfachhandel beeinträchtigt werde, und stellte seinen Verkauf aus den Sendungen I und II zum 25. Juni 1968 ein. Die Klägerin verkaufte in der Zeit vom 27. Juni 1968 bis 6. Dezember 1968 den Zement der Sendung III. Während sie zunächst von den meisten Abnehmern einen Preis von 3 DM je Sack verlangte und erhielt, mußte sie schließlich ihren Preis laufend herabsetzen und verlangte am Ende nur noch 1,20 DM je Sack.

Mit Schreiben vom 15. und 30. Juli, 28. August und zuletzt vom 28. November 1968 forderte die Klägerin den Beklagten vergeblich auf, das Zementlager bei der ULAB zu räumen. Im November 1968 war der Zement aus den Sendungen I und II unbrauchbar geworden. Die ULAB forderte den Beklagten gleichfalls mit Schreiben vom 19. Oktober und 15. November 1968 unter Fristsetzung und Zwangsräumungsandrohung auf, den Zement aus den Sendungen I und II bis zum 30. November 1968 abzunehmen. Nachdem ein Versuch der Klägerin und der ULAB, den Zement über einen öffentlich bestellten Auktionator versteigern zu lassen, wegen des Zustands der Ware gescheitert war, vernichtete die Firma Import- Export

und Speditions-GmbH (**EUROIMPEX**) schließlich den Zement der Sendungen I und II im Auftrag der Klägerin in der Zeit vom 12. Dezember 1968 bis 23. Januar 1969. Sie stellte dafür der Klägerin 70 000 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer in Rechnung.

Schon am 3. Juli 1968 hatte die Klägerin mit ihrer russischen Lieferantin den Kaufvertrag vom 30. Januar 1968 gegen eine von ihr zu zahlende Vertragsstrafe aufgehoben, so daß keine weiteren Zementlieferungen mehr eintrafen.

Der Beklagte ist durch rechtskräftiges Urteil des Kammergerichts vom 29. Juni 1970 - 2 U 2134/69 - verurteilt worden, an die Klägerin den Kaufpreis für die Sendung II in Höhe von 133 443,97 DM sowie die vorauslagten, bei der ULAB für diese Sendung entstandenen Umschlagekosten von 25 818,38 DM zu zahlen.

Die Klägerin nimmt im vorliegenden Rechtsstreit den Beklagten auf Bezahlung derjenigen Kosten in Anspruch, die im Zusammenhang mit der Einlagerung und Vernichtung der Zementlieferungen weiter entstanden sind.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 136 670,60 DM samt Zinsen in Höhe von 5 % an die Klägerin und von 11438,33 DM samt Zinsen zu Händen der Firma Paul Grimm & Co, Hamburg verurteilt.

Der Beklagte strebt mit seiner Revision die Wieder-

herstellung des Urteils des Landgerichts an.

Die Klägerin beantragt, den Beklagten in Abänderung des Berufungsurteils zur Zahlung von weiteren 33 300 DM und zu jeweils 8 % Zinsen für die zuerkannten Beträge zu verurteilen. Sie hat wegen des Zinssatzes hilfsweise Anschlußrevision eingelegt.

Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Revision des Beklagten:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. a) Die Revision meint, nachdem der Beklagte die Sendung I bezahlt und zur Bezahlung der Sendung II samt Umschlagekosten rechtskräftig verurteilt sei, sei der Kaufvertrag der Parteien vom 9./15. April 1968 endgültig abgewickelt gewesen mit der Folge, daß die Klägerin keine Forderungen, insbesondere keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung mehr aus ihm herleiten könne.

Diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte als Baustoffhändler habe die Gefahr des Verderbens der Ware, die bei längerer Lagerung von Zement besteht, gekannt. Es habe an ihm gelegen, sich rechtzeitig um den Abtransport der von ihm angenommenen Sendungen I und II aus dem Lager zu bemühen. Damit hat das Berufungsgericht offen-

sichtlich die Abnahme- und Wegschaffungspflicht des Beklagten als Hauptverpflichtung aus seinem mit der Klägerin geschlossenen Kaufvertrag angesehen mit der Folge, daß diese Verpflichtung vom Gegenseitigkeitsverhältnis des Leistungsaustausches der Parteien umfaßt wurde. Das begegnet aus Rechtsgründen keinen Bedenken. In der Rechtsprechung ist seit langer Zeit anerkannt, daß die Abnahmepflicht des Käufers hinsichtlich der Kaufsache (§ 433 Abs. 2 BGB), die in der Regel nur eine Nebenpflicht des Kaufvertrags ist, nach der besonderen Lage des Falles zur Hauptverpflichtung werden kann, deren Nichterfüllung die Anwendbarkeit der §§ 320 ff BGB für den Verkäufer ermöglicht (RGZ 53, 161/165; 57 105/112). Hier hatte der Beklagte Schiffsladungen von Zement gekauft und im Kaufvertrag die Kosten des Umschlags und der Lagerung übernommen. Als die Klägerin mit der ULAB den Vertrag über den Umschlag und die Einlagerung des Zements abschloß, war ein Mitarbeiter von ihm zugegen. Die Klägerin hatte ihn bereits in ihrem Schreiben vom 15. Juli 1968, in dem sie ihn erstmals zur Räumung des Lagers aufforderte, auf die entstehenden, dem Beklagten an sich von Anfang an bekannten hohen Lagerkosten hingewiesen. Die Gesamtumstände des Geschäfts rechtfertigen es, daß das Berufungsgericht die Abnahmepflicht (§ 433 Abs. 2 BGB) des Beklagten aus dem Kaufvertrag der Parteien als Hauptverpflichtung behandelt hat. Daraus folgt aber, daß das Vertragsverhältnis der Parteien erst mit der Erfüllung auch dieser Pflicht durch den Beklagten abgewickelt war. Die Klägerin war nicht gehalten, ihren Anspruch auf Abnahme der Ware nach § 433 Abs. 2 BGB zugleich

mit dem ihr bereits rechtskräftig zuerkannten Kaufpreisanspruch geltend zu machen (vgl. Palandt/Putzo BGB 34. Auflage, Anmerkung 6 e § 433).

b) Das Berufungsgericht hat in Würdigung der von ihm erhobenen Beweise die tatrichterliche Feststellung getroffen, daß die Klägerin die Sendung II nicht zurückgenommen hat. Unbegründet ist in diesem Zusammenhang die Verfahrensrüge des Beklagten, er hätte gemäß § 448 ZPO als Partei vernommen werden müssen. Das Berufungsgericht hat eingehend dargelegt, daß es auf Grund der ihm vorliegenden Urkunden und der Aussagen der Zeugen nicht etwa schon einigen Beweis dafür als erbracht ansah, daß zwischen den Parteien eine Vereinbarung über die Rücknahme der Sendung II durch die Klägerin zustande gekommen sei. Wenn das Berufungsgericht bei diesem Beweisergebnis eine Vernehmung des beweispflichtigen Beklagten als Partei gemäß § 448 ZPO abgelehnt hat, so ist das nicht zu beanstanden (vgl. dazu BGH-Urteil vom 6. März 1957 - IV ZR 303/56 = LM ZPO § 448 Nr. 2). Der Zeuge J. [REDACTED] ist zwar Gesellschafter der Klägerin, nicht aber vertretungsberechtigter Geschäftsführer. Er war demnach Zeuge und nicht Partei. Seine Vernehmung durch das Berufungsgericht konnte die Vernehmung des Beklagten nach § 448 ZPO nicht rechtfertigen.

2. Zu Unrecht sieht die Revision einen Verstoß gegen die Denkgesetze darin, daß das Berufungsgericht den Beklagten zum Ersatz der durch die Nichträumung des Lagers der ULAB von den Sendungen I und II entstandenen Kosten verurteilt hat, weil es an anderer Stelle bei der Beurteilung der im Berufungsrechtszug von der

Klägerin weiter verlangten Lagerkosten für die Sendung III ausgeführt hat, durch die Einstellung des Zementverkaufs seitens des Beklagten sei der Klägerin überhaupt kein Schaden durch erhöhte Lagerkosten entstanden und zwischen den Parteien sei keine feste Zeit abgemacht gewesen, innerhalb derer der Beklagte die abgenommene Ware der Sendungen I und II verkauft und das Lager geräumt haben mußte.

Die Revision übersieht hier, daß sich diese Ausführungen des Berufungsgerichts ausschließlich auf den Ersatz für erhöhte Lagerkosten der Sendung III beziehen, den das Berufungsgericht mangels schlüssiger Darlegung abgelehnt hat und den die Klägerin jetzt nicht mehr verlangt. Daß eine feste Zeit für die Räumung des Lagers durch den Beklagten nicht vereinbart war, ist überdies unstreitig.

3. Die Abnahmepflicht des Beklagten für die Sendungen I und II entfiel im Gegensatz zur Meinung der Revision nicht deswegen, weil die Klägerin ihrerseits die Sendung III, die der Beklagte nicht übernommen hatte, selbst verkaufte. Mit Recht hat das Berufungsgericht bei der Verneinung eines Rücktrittsrechts des Beklagten aufgrund des Verhaltens der Klägerin darauf hingewiesen, daß dem Beklagten die Abnahmeverpflichtung der Klägerin ihrer russischen Lieferantin gegenüber bekannt war und daß er also, falls er weitere ankommende Schiffsladungen nicht übernahm, mit Konkurrenzverkäufen rechnen mußte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin außerdem ihre Verkaufsaktion für die Sendung III erst einen Monat nach dem Eintreffen der letzten vom Beklagten über-

nommenen Sendung II begonnen und den Beklagten solange vor Konkurrenzverkäufen geschützt. Mit Recht ist das Berufungsgericht daher davon ausgegangen, daß durch den Verkauf der Sendung III seitens der Klägerin der Kaufvertrag der Parteien hinsichtlich der Sendungen I und II nicht berührt worden ist.

4. Zu einem Verkauf der von dem Beklagten übernommenen und zu seiner Disposition eingelagerten Sendungen I und II war die Klägerin weder berechtigt noch verpflichtet. Im Gegensatz zur Meinung der Revision kann auch aus einer Schadensminderungspflicht der Klägerin hier nichts hergeleitet werden; denn das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin die Zeit vom 27. **Juni** bis zum 6. Dezember 1968 benötigte, um die nicht vom Beklagten übernommene Sendung III zu verkaufen. Im Dezember 1968 waren aber die unverkauften Teile der Sendung I und II schon verdorben und nicht mehr verkaufsfähig.

5. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei gegenüber der ULAB als deren Vertragspartner verpflichtet gewesen, das Lager zu räumen, stellt im Gegensatz zur Meinung der Revision den Beklagten nicht von seiner Verpflichtung, den Zement abzunehmen, gegenüber der Klägerin frei. Der Beklagte hatte sich in dem Kaufvertrag gegenüber der Klägerin verpflichtet, die Kosten des Umschlags- und Lagereibetriebs zu übernehmen. Wenn der Beklagte seine Abnahmepflicht trotz entsprechender Aufforderung und Fristsetzung nicht erfüllte, dann muß er die durch sein Verhalten entstandenen hohen Lagerkosten der Klägerin als Schaden vergüten. Das gleiche gilt für die Kosten der Abdeckplanen

und die Kahnmieten, zumal die überlange Lagerzeit allein auf das Verhalten des Beklagten zurückzuführen war.

6. Mit Recht hat das Berufungsgericht der Klägerin auch die Kosten des Einsatzes des Industriestaubsaugers, seines Transports und die Transportkosten für Ersatzpapiersäcke zuerkannt. Diese Kosten sind für das Lagergut gemachte Aufwendungen des Lagerhalters, der Firma ULAB, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte, weil sie zur Erhaltung des Lagerguts dienten (§ 420 Abs. 1 HGB). Diese Kosten, die die Klägerin als Vertragspartnerin der ULAB erstattet hat, muß der Beklagte aufgrund seiner im Kaufvertrag übernommene Verpflichtung, die Kosten der Lagerung zu tragen, bezahlen.

Wegen der mangelhaften Sendung I kann der Beklagte keine Einwendungen gegen diese Kosten erheben; denn die Mängel sind durch Anrechnung von 35000.-- DM bereits abgegolten.

II. Zur Revision der Klägerin:

Das Rechtsmittel der Klägerin hat Erfolg.

1. Die Klägerin hat für die Vernichtung des Zements nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an die Firma EUROIMPEX 70 000 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer, also insgesamt 77 700 DM bezahlt. Das Berufungsgericht hat der Klägerin jedoch hierfür nur 44 400 DM (abzüglich einer im Revisionsverfahren nicht mehr streitigen Aufrechnung in Höhe von 35 000 DM) zuerkannt. Es hat den Abzug damit begründet, die Klägerin habe nicht dar-

getan, daß bei der von ihr zu erwartenden gehörigen Bemühung um eine preisgünstige Vernichtung des Zements ein Betrag von mehr als 44 400 DM notwendigerweise habe aufgewendet werden müssen.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Klägerin mit Recht an. Die Klägerin hat den Beklagten wiederholt unter Fristsetzung zur Lagerräumung aufgefordert. Letztmals mit Schreiben vom 28. November 1968 hat sie ihm unter Fristsetzung die Vernichtung der unbrauchbar gewordenen Ware und Schadensersatzansprüche angekündigt. Wenn der Beklagte gegen die für die Vernichtung des Zements aufgewendeten Kosten einwendet, die Klägerin habe insoweit ihrer Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) nicht genügt, die Vernichtung hätte weit billiger, nämlich für 40 000 DM vorgenommen werden können, dann ist er hierfür beweispflichtig (BGH-Urteil vom 23. Dezember 1966 - V ZR 26/64 = BGHZ 46, 260/268; RGZ 159, 257/261; 162, 1/4). Die Ausführungen des Berufungsgerichts, das der Klägerin eine Darlegungspflicht dafür beigemessen hat, daß die von ihr für die Vernichtung des Zements aufgewendeten Kosten notwendig waren, beruhen auf einer Verkennung der Beweislast. Aus diesem Grunde kann das angegriffene Urteil insoweit keinen Bestand haben.

Der Senat vermag hier selbst keine Entscheidung zu treffen, nachdem der Beklagte im ersten Rechtszug dafür Beweis angeboten hatte, daß die von der Klägerin bezahlten Vernichtungskosten überhöht gewesen seien. Auf diese Beweisangebote hat er in seiner Berufungserwiderung vom 17. September 1973 (Seite 10) Be-

zug genommen. Das Landgericht hatte gemäß Beweisbeschluß vom 12. Juli 1971 hierzu Beweis durch Vernehmung von Zeugen erhoben. Die Würdigung des Beweisergebnisses obliegt dem Tatrichter.

III. Im Berufungsverfahren hatte die Klägerin ebenso wie im ersten Rechtszug 8 % Zinsen für den von ihr als Schadensersatz verlangten Geldbetrag gefordert. Hierin lag unter den gegebenen Umständen erkennbar die Behauptung, sie arbeite mit Bankkredit und müsse hierfür mindestens in dieser Höhe Zinsen bezahlen. Der Beklagte hat hiergegen im Berufungsverfahren nichts eingewendet und insbesondere den von der Klägerin geforderten Zinssatz nicht bestritten. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht der Klägerin die verlangten Zinsen zuerkennen müssen, wenn es diesen Teil der Schadensersatzforderung nicht für aufklärungsbedürftig im Sinne von § 139 ZPO hielt. Dann aber wäre eine - unterbliebene - **Klarstellung** angebracht gewesen.

IV. Soweit das Urteil Bestand hatte, hat der Senat über die Kosten des Revisionsverfahrens unter Berücksichtigung des Senatsurteils vom 9. November 1960 - VIII ZR 222/59 = MDR 1961, 141 entschieden. Im Umfang der Zurückverweisung war dem Berufungsgerecht auch die Entscheidung über die weiteren Kosten, einschließlich der Kosten der Revision, zu übertragen, da diese insoweit vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz