

Verkündet
am 21. Februar 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2189 091

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Hans L [REDACTED], Inh. Emma L [REDACTED], H [REDACTED]-H [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] & E [REDACTED], H [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 14. März 1961 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führt Fischmehl ein. Sie verlangt von der Beklagten, einer Ölfabrik, Schadensersatz wegen des Verlusts, der bei der von der Klägerin in Auftrag gegebenen Sterilisierung von etwa 100 Tonnen Fischmehl entstanden ist.

Dem Anspruch liegt folgender Vorgang zu Grunde: Die Gesundheitsbehörde in H[REDACTED] verlangte im Jahre 1957, daß Fischmehl, das mit Salmonellen (Paratyphus- und anderen Bakterien) versauert ist, nicht mehr eingeführt werden dürfe. Infolgedessen schlossen sich eine Reihe von Fischmehlimporteuren, geführt durch die Firma F[REDACTED]-E[REDACTED] GmbH, H[REDACTED], Geschäftsführer Günther G[REDACTED], zu einer Interessengemeinschaft zusammen, um sich durch Entkeimung des Fischmehls dieser Lage anzupassen. Es wurden bei der Beklagten einige Versuche mit kleineren Mengen durchgeführt, die, was den Erfolg der Sterilisation betraf, zur Zufriedenheit ausfielen.

Daraufhin beauftragte die Klägerin durch Vertrag vom 11. April 1958 die Beklagte, etwa 100 t Fischmehl für sie zu entkeimen. Der Vertrag enthielt den Zusatz, daß es sich bei der Bearbeitung um einen "Großversuch" handle und sie somit als "Probearbeitung" anzusehen sei. Der Vertrag enthielt weiter den Vermerk: "Ausbeute: effektiv". In einem zusätzlichen Schreiben, dem die Beklagte nicht widersprach, wies die Klägerin noch darauf hin, daß die Ware erst nach Freigabe des Fischmehls durch die Gesundheitsbehörde wieder abgenommen und bezahlt werde.

Die Klägerin lieferte am 17. April 1958 netto 99 611 kg Fischmehl mit einem Wassergehalt von etwa 7,3 % an. Die Beklagte entkeimte das Fischmehl, was allerdings erst nach dem zweiten, zum Teil sogar erst nach dem dritten Bearbeitungsgang

gelang. Zurückgeliefert wurden nur 88 671 kg entkeimtes Fischmehl, somit 10 940 kg weniger, mit einem Wassergehalt von etw. 10 %. (Die Erhöhung des Wassergehalts ist auf die Bearbeitung mit Dampf zurückzuführen). Eine Partie von 8.348 kg zusammengefügtem und etwa hälftig mit Kakaoschalen durchsetztem Fischmehl lagerte noch im Betrieb der Beklagten; die Abnahme dieser Partie wurde von der Klägerin verweigert.

Die Klägerin macht die Beklagte für den Verlust des Fischmehls haftbar. Sie ist der Auffassung, daß ein bei der Bearbeitung unvermeidbarer geringer Mengenschwund im wesentlichen durch den höheren Wassergehalt ausgeglichen werde; es könne daher der Beklagten ein darüber hinaus gehender Schwund von mehr als 0,5 % nicht zugestanden werden. Der übermäßige Schwund im Betrieb der Beklagten sei darauf zurückzuführen, daß die Beklagte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen sei. Die Beklagte habe daher für den Verlust von 10 442 kg (10 940 kg abzüglich 0,5 % von 99 611 kg = 498 kg) Schadenersatz zu leisten. Der Schaden betrage bei einem Preis von 74 DM für 100 kg 7.727,08 DM.

Die Klägerin hat Klage erhoben und zuletzt beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 7.727,08 DM nebst 8 3/4 % Zinsen seit dem 22. Mai 1958 zu verurteilen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat dazu vorgetragen, es habe sich um einen Großversuch gehandelt, bei dem die Klägerin auch das Risiko eines größeren Verlusts durch Schwund übernommen habe. Die Beklagte treffe an dem starken Schwund auch kein Verschulden, denn die Verluste an Fischmehl seien durch eine für sie nicht vorhersehbare übermäßige Staubentwicklung entstanden.



Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 6.600 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf völlige Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erblickt das Verschulden der Beklagten darin, daß sie unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der Bearbeitung nicht die notwendigen Maßnahmen getroffen hat, um eine übermäßige Staubentwicklung und damit den Verlust großer Mengen Fischmehls zu verhindern. Das Urteil behandelt in längeren Ausführungen noch weitere Versäumnisse der Beklagten, läßt es dann aber schließlich offen, ob ihr diese zum Verschulden gereichen (Urteil S. 37 f). Hierauf und auf die entsprechenden Revisionsrügen ist deshalb nicht weiter einzugehen.

Zur Höhe des Schadens folgt das Berufungsgericht dem Landgericht, auf dessen Urteilsgründe es Bezug nimmt. Danach sei der Beklagten zwar zugute zu halten, daß es sich bei der Sterilisation der etwa 100 t Fischmehl um einen Versuch gehandelt habe und die Klägerin deshalb auch das Risiko eines größeren als des sonst üblichen Mengenverlustes tragen müsse. Trotzdem sei die Beklagte aber nicht davon befreit worden, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den bei dem Entkeimungsvorgang entstehenden Schwund mög-

lichst niedrig zu halten. Dieser Pflicht sei die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen, denn es sei, wie die Höhe des Schwunds bei der zweiten Bearbeitung von nur 2,48 % zeige, möglich gewesen, den Schwund auf etwa 2,5 % = etwa 2 500 kg zu beschränken. Hinzu komme, daß sich bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt mindestens 20 000 kg schon beim ersten Bearbeitungsdurchgang hätten entkeimen lassen und damit ein weiterer Schwund von 2,5 % von 20 000 kg = 500 kg vermieden worden wäre.

Das Landgericht und ihm folgend das Oberlandesgericht ziehen daraus den Schluß, daß infolgedessen der über 2 000 kg hinausgehende Mengenverlust, nämlich 8 940 kg, auf Grund schuldhaften Verhaltens der Beklagten entstanden sei. Bei einem Wert von 74 DM für 100 kg ergebe sich daraus ein Schadensersatzanspruch der Klägerin von rund 6.600 DM.

II.

1) Das Berufungsgericht stellt einen offenen Gesamtverlust von 10 940 kg (etwa 11 % der angelieferten Menge) fest. Das wird mit der Revision nicht angegriffen.

2) Die Entscheidung hängt also ausschließlich davon ab, ob und in welchem Umfang die Beklagte diesen Verlust zu vertreten hat.

a) Dabei ist das Berufungsgericht - entgegen der Meinung des Landgerichts - der Auffassung, die Beklagte habe zu beweisen, daß sie den entstandenen Verlust nicht verschuldet habe, und zwar gleichviel, ob es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB oder um einen solchen nach § 280 BGB handle. Im letzteren Fall er-

gebe sich die Beweislast der Beklagten unmittelbar aus § 282 BGB, im ersteren Fall sei dieser Rechtsgrundsatz in Fortentwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung (BGHZ 23, 288) entsprechend anzuwenden.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Frage, ob die in der Entscheidung BGHZ 23, 288 entwickelten Grundsätze auch im Falle des § 635 BGB gelten, hat der Bundesgerichtshof offengelassen (aaO S. 291). Sie braucht auch hier nicht entschieden zu werden, da der Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 280 BGB herzuleiten ist. Denn die Klägerin sieht das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten der Beklagten nicht darin, daß sie das Fischmehl mangelhaft (§ 633 Abs. 1 BGB) entkeimt habe, sondern in der Unmöglichkeit, den in Rede stehenden Rest der zur Lohnbearbeitung angelieferten Menge Fischmehls herauszugeben. Es war also Sache der Beklagten zu behaupten und zu beweisen, daß sie an dem Verlust des Fischmehls kein Verschulden treffe (§ 282 BGB).

Hiergegen erhebt auch die Beklagte keine Einwendungen.

b) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist ihr - abgeschöpft von einem Verlust von etwa 2 000 kg - dieser Beweis nicht gelungen.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

aa) Das Berufungsgericht stellt - insoweit unangefochten - fest, daß bei dem ersten Durchgang der Bearbeitung ein Verlust von 8,7 %, beim zweiten Durchgang ein solcher von nur 2,48 % entstanden ist. Daraus folgert das Berufungsgericht, im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen Becker, daß unter Berücksichtigung eines versteckten, durch die Er-

höhung des Wassergehalts ausgeglichenen Verlusts eine Bearbeitung mit einem offenen Mengenverlust von nicht mehr als etwa 2,5 % = 2 500 kg möglich gewesen wäre. Das gelte auch, wenn man der Beklagten angesichts der Tatsache, daß es sich um einen Probeversuch gehandelt habe, zugestehe, daß für einen großen Teil der angelieferten Menge zwei Durchgänge erforderlich gewesen seien.

Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe damit in unzulässiger Weise für die Frage des Verschuldens auf die Erfahrungen beim zweiten Durchgang abgestellt, obwohl es hierfür auf die Sachlage und die Erfahrungen bei Beginn des ersten Durchgangs ankomme.

Diese Rüge geht ins Leere, denn das Berufungsgericht leitet aus den Erfahrungen beim zweiten Durchgang nicht etwa schon ein Verschulden der Beklagten her, sondern stellt damit nur fest, daß bei der Bearbeitung des Fischmehls objektiv ein offener Verlust von mehr als 2,5 % vermeidbar gewesen wäre.

bb) Das Berufungsgericht sieht das Verschulden der Beklagten vielmehr darin, daß sie nicht schon auf Grund der Erfahrungen bei den vorangegangenen Kleinversuchen beim ersten Durchgang des Großversuchs die erforderlichen Vorkehrungen getroffen habe, um einen höheren Mengenverlust zu vermeiden. So sei bei einem Kleinversuch am 29. Januar 1958 von 15 t. wie die Beklagte selbst angebe, bereits ein offener Mengenverlust von 4,67 % eingetreten. Dieser erhebliche Mengenverlust, so führt das Berufungsgericht aus, könne nur auf eine entsprechend große Staubentwicklung zurückgeführt werden, da nach dem Gutachten des Sachverständigen B. eine andere Ursache für den Verlust nicht ersichtlich sei. Die B.

klagte habe also bei Beginn des Großversuchs mit einer übermäßigen Staubentwicklung rechnen und deshalb schon vor dem ersten Durchgang die erforderlichen Maßnahmen dagegen treffen müssen. Dazu habe umsomehr Anlaß bestanden, als der Großversuch, anders als die Kleinversuche, in der gesamten Anlage, die über mehrere hundert Meter aus größtenteils offenen Schneckenröhren bestanden habe, durchgeführt worden sei; gerade deshalb habe mit einem noch größeren Verlust durch Staubentwicklung gerechnet werden müssen.

Die Beklagte habe somit nicht bewiesen, daß sie die übermäßige Staubentwicklung beim ersten Großversuch nicht hätte vorausschen und die erforderlichen Vorkehrungen dagegen hätte treffen können.

Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß bei den vorangegangenen Kleinversuchen den Beteiligten eine übermäßige Staubentwicklung nicht aufgefallen sei (Schr. v. 20. September 1960 S. 3). Sie rügt die Übergehung dieses Beweisantrags.

• Diese Rüge ist nicht begründet. Da das Berufungsgericht seine Feststellung, daß die Verluste bei den Kleinversuchen auf eine erhebliche Staubentwicklung zurückzuführen seien, darauf gründet, daß nach dem Gutachten des Sachverständigen eine andere Ursache gar nicht denkbar sei, und die Beklagte die Möglichkeit einer anderen Ursache auch nicht aufgezeigt hat, konnte es ohne Rechtsfehler die von der Beklagten unter Beweis gestellte Behauptung für unerheblich halten. Selbst wenn den bei den Kleinversuchen Beteiligten eine übermäßige Staubentwicklung nicht aufgefallen sein sollte, so würde dadurch eine andere Ursache des Verlustes bei der gegebenen Sachlage nicht nachgewiesen sein. Wenn die Staubentwicklung den Beteiligten nicht aufgefallen ist, so könnte sich hieraus nur deren mangelnde Aufmerksamkeit ergeben. Die Beklagte

hat übrigens selbst vorgetragen, ihre Leute hätten ihr Augenmerk in erster Linie auf die technische Seite des Entkeimungsgangs gerichtet.

Darauf, ob diese Staubentwicklung - wie das Berufungsgericht annimmt - für jemanden, der über keine besonderen Erfahrungen auf diesem Gebiet verfügt, voraussehbar war, kommt es entscheidend nicht an. Die Beklagte hatte den Auftrag übernommen und war deshalb vertraglich verpflichtet, die Bearbeitung des Fischmehls mit einem möglichst geringen Mengenverlust durchzuführen und dem Grund des übermäßigen Verlusts bei den Kleinversuchen mit besonderer Aufmerksamkeit nachzugehen. Wenn das Berufungsgericht es unter diesen Umständen auch unter Berücksichtigung der mangelnden Erfahrung der Beklagten als nicht erwiesen ansieht, daß sie dieser Sorgfaltspflicht nachgekommen ist, so läßt das keinen Rechtsfehler erkennen.

cc) Die Beklagte rügt weiter, das Berufungsgericht hätte zum mindesten ein ursächliches Mitverschulden der Klägerin an den Mengenverlusten feststellen und dies bei der Schadensbemessung berücksichtigen müssen (§ 254 BGB). Denn es sei, wie auch der Sachverständige B. geäußert habe, "unverständlich", daß die Klägerin ein Wertobjekt von über 70.000 einer Firma ohne Erfahrung in der Salmonellenvernichtung anvertraue.

Diese Rüge geht fehl. Dem Umstand, daß die Beklagte, wie die Klägerin wußte, noch keine Erfahrung in der Entkeimung von Fischmehl hatte, hat das Berufungsgericht schon dadurch Rechnung getragen, daß es der Beklagten statt des üblichen Mengenverlusts von 0,5 % einen solchen von 2,5 % zugestanden hat, für den sie nicht einzutreten habe. Die Beklagte ist deshalb von dem Berufungsgericht auch nur für den Mengenverlust haftbar gemacht worden, den sie auch unter Berücksich-

tigung ihrer mangelnden Erfahrungen auf diesem Gebiet bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte vermeiden können. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht der Frage eines ursächlichen Mitverschuldens der Klägerin nicht nachzugehen.

3) Die von dem Landgericht gem. § 287 ZPO vorgenommene Schätzung des Schadens, die das Berufungsgericht durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil übernommen hat, gibt keinen Anlaß zu Beanstandungen. Sie wird mit der Revision auch nicht angegriffen.

III.

Die Revision der Beklagten ist infolgedessen als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann Rietschel Meyer Dr. Vogt Finke