

Verkündet am 11. März 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2188 003

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

In dem Rechtsstreit

der Spielbank [REDACTED] N [REDACTED] GmbH & Co. KG., [REDACTED] N [REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter,

1. Casinodirektor Otto Karl K [REDACTED], [REDACTED] N [REDACTED],
J [REDACTED],
2. Spielbank [REDACTED] N [REDACTED] GmbH., diese vertreten durch die
Geschäftsführer Otto Karl K [REDACTED] und Gustav J [REDACTED],
beide in [REDACTED] N [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma H [REDACTED] Autobus-Reisedienst Julius H [REDACTED]
K [REDACTED], L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. März 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heilmann-Trosien, Erbel,
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Koblenz vom 26. Mai 1961 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt in [REDACTED] N [REDACTED] ein Spielkasino. In ihrem Auftrage beförderte die Klägerin mit Autobussen Besucher dorthin, und zwar zuletzt auf Grund eines Vertrages vom 1. Juni 1953.

Am 27. Juli 1954 kündigte die Beklagte das nur unter besonderen Voraussetzungen kündbare Abkommen zum 30. September 1954. Seitdem hat die Klägerin die Beförderung der Besucher eingestellt. Sie ist der Ansicht, daß die Beklagte keinen Grund zur Kündigung gehabt habe und deswegen verpflichtet sei, ihren, der Klägerin, Verdienstaufschlag zu ersetzen. Diesen hat sie zunächst für die Zeit vom 1. Oktober 1954 bis zum 31. Januar 1955 auf 9.697,32 DM beziffert.

Das Land- und das Oberlandesgericht haben den für diesen Zeitraum erhobenen Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Der erkennende Senat hat die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts zurückgewiesen (Urteil vom 9. Oktober 1958 - VII ZR 132/57).

Im Verfahren über die Höhe hat die Klägerin ihre Forderung für die Zeit bis zum 30. September 1959 auf insgesamt 143.883 DM nebst Zinsen erhöht. Sie behauptet, daß ihr Verdienstaufschlag täglich 78,84 DM betragen habe.

Die Beklagte hat Klageabweisung erbeten. Die Klägerin habe sich, so führt sie aus, den Aufschlag selbst zuzuschreiben, weil sie es unterlassen habe, ihre Autobusse anderweit einzusetzen. Abgesehen hiervon sei der entgangene Gewinn mit 78,84 DM zu hoch berechnet. Sie hat mit einer Widerklage die Feststellung erbeten, daß der

- 3 -

Klägerin auch für die Zeit nach dem 30. September 1959 kein Anspruch zustehe.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung eines Betrags von 8.400 DM nebst Zinsen als Verdienstausfall für die Zeit vom 1. Oktober 1954 bis zum 31. Januar 1955 verurteilt; in Höhe von 1.297,32 DM hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufungen beider Teile zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage, soweit das Landgericht darüber befunden hat. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß die Klägerin es weder böswillig noch schuldhaft unterlassen habe, den Schaden abzuwenden. Es führt aus:

Aus einer von der Klägerin überreichten und von der Beklagten nicht bestrittenen Aufstellung ergebe sich, daß in der Zeit vom 1. Oktober 1954 bis zum 31. Januar 1955 regelmäßig drei oder mehr Fahrzeuge der Klägerin nicht eingesetzt werden konnten. Diese sei also nicht in der Lage gewesen, an Stelle der Fahrten nach N. von anderen Nutzungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen; das gelte umso mehr, als der für die Beklagte eingesetzte Autobus nur in den Abendstunden benötigt worden sei. Es bedürfe insoweit nicht der von der Beklagten gewünschten Einholung eines Sachverständigengutachtens, zumal die unter Beweis gestellten Behauptungen nur allgemein gehalten seien.

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



Die Revision macht geltend, das Oberlandesgericht habe die §§ 286 und 287 ZPO dadurch verletzt, daß es dem Antrag der Beklagten auf Anhörung eines Sachverständigen nicht stattgegeben habe.

Die Rüge ist unbegründet.

1. Die Beklagte geht davon aus, daß die Klägerin den Ersatz eines ihr entstandenen Schadens verlangt.

Das ist in dieser Form unrichtig. Wie der Senat bereits in seinem ersten Urteil ausgeführt hat, kommt das von den Parteien geschlossene Abkommen einem Dienstvertrag am nächsten; deswegen sind darauf die Vorschriften der §§ 611 ff BGB anzuwenden, soweit dies nicht durch die Besonderheiten des Falles ausgeschlossen ist.

Zu diesen anwendbaren Bestimmungen gehört auch der § 615 BGB. Er gibt dem Dienstverpflichteten bei Ablehnung der Dienste durch den Berechtigten grundsätzlich einen Erfüllungsanspruch. Schadensersatz kann der Verpflichtete in einem solchen Falle regelmäßig nur verlangen, wenn er ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat (RGRK § 615 Anm. 1 i.V. mit § 611 Anm. 12). Diese Grundsätze passen auch auf das Vertragsverhältnis der Parteien. Die Klägerin hat keine Umstände vorgetragen, die darauf schließen ließen, daß sie ein besonderes Interesse daran hat, die Fahrten auszuführen. Ihr ist vielmehr nur an ihrem Dienstlohn, also an der Erfüllung des Abkommens durch die Gegenseite gelegen.

Auf diesen reinen Erfüllungsanspruch des § 615 BGB ist die Vorschrift des § 254 BGB nicht anwendbar (RAG in ARS 30, 120 mit Anm. Hueck; RGRK § 615 Anm. 1). Sie wird durch die Bestimmung des § 615 S. 2 BGB ersetzt. Danach

muß sich der Verpflichtete den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt, oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Daß die Klägerin durch anderweitige Verwendung des sonst für die Fahrten nach N [REDACTED] eingesetzten Autobusses Verdienste erzielt hat, hat die Beklagte nicht behauptet. Die Frage der etwaigen Ersparnisse wird noch behandelt werden. Es ist also im Zusammenhange mit der von der Revision erörterten "Schadensminderungspflicht" nur zu prüfen, ob die Klägerin einen Erwerb böswillig unterlassen hat.

Die Voraussetzungen hierfür hat die Beklagte zu behaupten und zu beweisen (Urt.d.Sen. vom 22. Februar 1960 - VII ZR 83/59 = WM 1960, 430). Ihr Vortrag ist insoweit nicht schlüssig.

a) Wie der Senat in dem erwähnten Urteil ausgeführt hat, besteht die Anrechnungspflicht des § 615 S. 2 BGB nicht für jeden in der fraglichen Zeit unterlassenen Erwerb; vielmehr kommt nur ein solcher in Betracht, der dem Dienstverpflichteten deshalb möglich gewesen wäre, weil seine bisher gebundene Arbeitskraft frei geworden ist.

Demnach hätte die Beklagte behaupten und unter Beweis stellen müssen, daß die Klägerin gerade die freigewordene Zeit für andere Fahrten gewinnbringend hätte ausnutzen können und müssen. Daran fehlt es. Die Beklagte hat zwar geltend gemacht, daß es der Klägerin möglich gewesen wäre, den Omnibus "anderweitig unterzubringen". Das genügt aber nach dem Gesagten nicht. Denn vorliegend

handelte es sich um die Verwendung während der ungewöhnlichen Zeit zwischen 17 und 21³⁰ Uhr. Daß der anderweitige Einsatz in diesen Abendstunden möglich gewesen wäre, hat die Beklagte nicht behauptet. Der Fall liegt insoweit ähnlich, wie der vom Senat in dem Urteil WM 1960, 430 entschiedene.

b) Böswilligkeit i.S. des § 615 S. 2 BGB ist anzunehmen, wenn der Dienstverpflichtete in Kenntnis der Umstände untätig bleibt, die ihm die anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft in zumutbarer Weise ermöglichen. Ein nur fahrlässiges Verhalten genügt nicht (BAG NJW 1958, 2084).

Auch in dieser Richtung sind die Behauptungen und Beweisantritte der Beklagten unzureichend. Aus ihnen ergibt sich nur, daß die Klägerin den Omnibus bei gehöriger Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätte einsetzen müssen, nicht jedoch, daß sie es unterlassen hat, obwohl ihr die dahingehende Möglichkeit bekannt gewesen ist.

2. Das Oberlandesgericht begründet die Nichterhebung der angetretenen Beweise auch damit, es sei "bereits jetzt" davon überzeugt, daß der Klägerin tatsächlich ein Schaden entstanden sei, für den die Beklagte in vollem Umfange hafte.

Auf die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe kommt es nicht an. Denn die Ablehnung der von der Beklagten beantragten Beweisaufnahme findet schon darin ihre Rechtfertigung, daß die unter Beweis gestellten Behauptungen nach dem Gesagten nicht schlüssig sind.

II.

Die Beklagte hatte der Klägerin ein festes Entgelt von täglich 120 DM zugesagt. Die Klägerin hat hiervon die Ersparnisse abgesetzt, die sie durch die Nichtausführung der Fahrten gemacht habe. Ihr Sachverständiger Schneider hat diese Ersparnisse mit 40,54 DM angegeben, so daß er zu einem Ausfall von täglich 79,46 DM gelangt.

Die Beklagte hat die Richtigkeit dieser Berechnung bestritten. Ihr Sachverständiger B. hat 2 Gutachten erstattet. Im zweiten vom 11. August 1959, das er nach Einsicht in die Betriebsunterlagen der Klägerin gefertigt hat, errechnet er einen entgangenen Nettoverdienst der Klägerin von 61,02 DM. Die Beklagte hat sich dem angeschlossen und jenes Gutachten S. 6 ihres Schriftsatzes vom 14. November 1959 als "überzeugend" bezeichnet. Sie hat sich S. 7 und 8 ihres Schriftsatzes vom 6. Juli 1960 zum Beweise dafür, daß die Ansätze des Ingenieurs B. richtig sind, auf das Gutachten eines Sachverständigen berufen.

Das Oberlandesgericht hat auch diesen Beweis nicht erhoben. Es meint, daß eine exakte Ermittlung des Gewinnausfalls infolge verschiedener Unsicherheitsfaktoren nicht möglich sei. Deswegen seien auch von einem gerichtlichen Sachverständigen nur Annäherungswerte zu erwarten. Unter diesen Umständen komme nur eine Schätzung in Betracht, zu der es sich an Hand der von den Parteien überreichten Gutachten selbst in der Lage sehe. Der reine Verdienstausschlag der Klägerin sei danach mit 70 DM vom Landgericht zutreffend angesetzt worden.

Auch hier ist die Rüge der Revision unbegründet, das Berufungsgericht hätte den angetretenen Sachverständigenbeweis erheben müssen.

Wie bereits ausgeführt, ist für die Abwicklung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags der § 615 BGB maßgebend.

Es kann dahinstehen, ob für die Bemessung der Abzüge gemäß dem S. 2 dieser Vorschrift eine Würdigung nach dem § 287 Abs. 1 ZPO zulässig ist. Denn jedenfalls ist vorliegend der § 287 Abs. 2 ZPO anwendbar.

Der Unterschied zwischen der Schätzung des Oberlandesgerichts (70 DM) und der Behauptung der Beklagten (61,02 DM) beträgt rund 9 DM je Tag, insgesamt also 1.080 DM bei einem zugebilligten Betrag von 8.400 DM.

Daß die genaue Feststellung der Ersparnisse mit Schwierigkeiten verbunden ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt. Es ist auch anzunehmen, daß diese Schwierigkeiten zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem angemessenen Verhältnis stehen, soweit es sich um die hier streitige Zeit vom 1. Oktober 1954 bis zum 31. Januar 1955 handelt. Nach der nicht zu beanstandenden Ansicht des Oberlandesgerichts würde auch ein gerichtlicher Sachverständiger zu keinen genauen Ergebnissen gelangen können und deswegen ebenfalls auf eine Schätzung angewiesen sein. Dieses Ergebnis wäre nur mit nicht unbeträchtlichen Auslagen zu erreichen; denn der Sachverständige müßte, wie es die Beklagte selbst ausführt, die Struktur und die Besonderheiten des aus verschiedenen Erwerbszweigen bestehenden Betriebs der Klägerin berücksichtigen.

Bei einer solchen Sachlage war das Oberlandesgericht zur Schätzung jedenfalls nach dem § 287 Abs. 2 ZPO befugt. Es brauchte also die angetretenen Beweise nicht zu

erheben. Daß ihm bei seinem Vorgehen Rechtsfehler unterlaufen sind (vgl. hierzu BGHZ 6, 62), ist den Ausführungen der Revision nicht zu entnehmen.

III.

Die Revision ist somit, da auch sonst kein die Beklagte beschwerender Rechtsirrtum zu erkennen ist, mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt

Finke