

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 84/91

Verkündet am:
15. Dezember 1992
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Erhard M [REDACTED] Auf der K [REDACTED] 8, S [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

Harald L [REDACTED], Im E [REDACTED] 2 b, S [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. v. [REDACTED] -

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Rogge, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 7. Februar 1991 verkündete Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 11. Januar 1990 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main weiter abgeändert. Die Klage wird wegen eines weiteren Betrages in Höhe von 2.000,-- DM (Miete für den Bagger der Fa. Prager) abgewiesen.

Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I. Der Beklagte ist durch rechtskräftiges Grundurteil verpflichtet, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der diesem durch den Brand des Baggers Marke Poclain, Typ LC 80, am 4. August 1983 entstanden ist.

Der Kläger hat insofern eine Schadensersatzforderung in Höhe von 67.818,-- DM geltend gemacht. Er hat behauptet, der Bagger habe am Schadenstage noch einen Zeitwert von 40.000,-- DM gehabt. Außerdem habe er für die Zeit vom 6. August bis 5. Dezember 1983 einen Ersatzbagger für monatlich 4.800,-- DM anmieten müssen, so daß ihm für die vier Monate ein Aufwand von 19.200,-- DM entstanden sei. Hinzuzurechnen seien die Transportkosten für den gemieteten Bagger mit 2.474,-- DM. An Finanzierungskosten für den Erwerb eines Ersatzbaggers seien ihm außerdem 6.144,-- DM entstanden, die ihm der Beklagte ersetzen müsse.

Demgegenüber hat der Beklagte den geltend gemachten Zeitwert des Baggers bestritten und behauptet, dieser habe am Schadenstage unter 8.000,-- DM gelegen. Zumindest habe der Kläger einen Bagger des gleichen Typs im August 1983 für etwa 8.000,-- DM von der Firma Poclain erwerben können. Dies habe er pflichtwidrig unterlassen. Ferner müsse er sich den Restwert der verbliebenen Zubehörteile auf seine Forderung anrechnen lassen. Der Beklagte hat bestritten, daß der Kläger einen Ersatzbagger wegen termingebundener Arbeiten habe anmieten müssen, und in Abrede gestellt, daß



die geltend gemachten Mietkosten der Höhe nach berechtigt seien, des weiteren dem Kläger Finanzierungskosten in der beanspruchten Höhe erwachsen seien.

Hilfsweise hat der Beklagte die Aufrechnung mit ihm angeblich zustehenden Werklohnforderungen in einer Gesamthöhe von 32.399,29 DM erklärt. Er hat behauptet, er habe die den einzelnen Rechnungsbeträgen zugrundeliegenden Arbeiten jeweils im Auftrage des Klägers erbracht. Der Kläger ist dem entgegengetreten.

II. Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 31.888,50 DM nebst Zinsen zu bezahlen. Es hat nach einer Beweisaufnahme den Zeitwert des Baggers auf 13.550,-- DM geschätzt. Die im Wege der Hilfsaufrechnung geltend gemachten Gegenforderungen hat es insgesamt für unbegründet erachtet.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Hilfsaufrechnung in Höhe von 5.297,58 DM durchgreifen lassen und insoweit die Klage weiter abgewiesen. Hiernach hat der Beklagte an den Kläger 26.590,92 DM zu entrichten.

Der Beklagte begehrt mit der Revision, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage in vollem Umfang abzuweisen, hilfsweise die Sache im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Kläger tritt der Revision entgegen und beantragt deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten hat Erfolg.

A. Zur Klageforderung

I. Zeitwert des zerstörten Baggers

1. Das Landgericht hat dem Kläger für den Verlust des Baggers einen Ersatzanspruch in Höhe von 13.550,-- DM zuerkannt. Es hat den Zeitwert des Baggers im Zeitpunkt des Schadenseintritts nach der Auffassung des Berufungsgerichts zutreffend nach § 287 ZPO geschätzt und - sachverständig beraten - unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen Kohl sämtliche Faktoren angemessen berücksichtigt, die für die Schadensermittlung von Beurteilung seien.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision (Verletzung der §§ 286 und 551 Nr. 7 ZPO) greifen nicht durch. Das Berufungsgericht hat die dem Tatrichter gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO gezogenen Grenzen bei der Schadensermittlung nicht überschritten. Das Berufungsgericht hat im angefochtenen Urteil im Anschluß an das Landgericht die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise angegeben (BGHZ 6, 62, 63; s.a. BGHZ 91, 243, 256 f.; BGH NJW 1987, 909, 910). Die Schätzung war vorliegend zulässig, weil die vom Sachverständigen ermittelten Faktoren bezüglich des Zeitwerts und die Aussage des Zeugen K eine genügende Grundlage für eine Schätzung abgegeben haben und diese nicht, wie etwa die Revision anklingen läßt, mangels greifbarer

Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (BGHZ 91, 243, 257; BGH NJW 1987, 909, 910; Sen.Urt. v. 05.05.1992, aaO).

Was die Revision dem entgegensetzt, ist eine eigene tatsächliche Würdigung, die ihr verschlossen ist. Ob der Sachverständige bei der Bewertung des Baggers Abschlüsse für einen möglichen schlechten technischen Zustand vorgenommen oder dies unterlassen hat, ist unerheblich. Das Berufungsgericht legt eingehend dar, daß das Landgericht unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen K■■■, der einen Zeitwert von 8.000,-- DM behauptet hatte, eine Korrektur des vom Sachverständigen geschätzten Zeitwerts von rund 19.100,-- DM nach unten vorgenommen habe, indem es den Zeitwert auf lediglich 13.550,-- DM geschätzt hat. Die Vorinstanzen waren nicht gehalten, demgegenüber der Aussage des Zeugen K■■■ zu folgen. Es begegnet im Rahmen des § 286 in Verbindung mit § 287 Abs. 1 ZPO keinen Bedenken, daß die Vorinstanzen dem Zeugen K■■■ nicht gefolgt sind und demgegenüber das Gutachten des gehörten Sachverständigen zugrunde gelegt haben. Die Vorinstanzen haben zutreffend berücksichtigt, daß der zerstörte Bagger bis zuletzt im Einsatz war. Von daher begegnet es keinen Bedenken, daß sie der Schätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nicht den geringst denkbaren Zeitwert von 8.000,-- DM zugrunde gelegt haben. Auch die Revision kommt nicht daran vorbei, daß eine genaue Wertermittlung über den Zustand des Baggers nicht möglich ist, weil er im einzelnen nicht bekannt war.

II. Anrechnung der Zubehörteile Löffel und zwei Tief-
löffel sowie weiterer Teile des zerstörten Baggers
(z.B. Batterie, Motor)

1. Das Berufungsgericht läßt dahinstehen (BU 8), ob die Zubehörteile des Baggers in die Schadensberechnung einbezogen werden konnten. Nach der erstinstanzlichen glaubhaften Aussage des Zeugen Schmidt stehe fest, daß ein Unternehmen, das wie die Firma Poclain mit gebrauchten Baggern handle und dem Kläger hier auch den von dem Beklagten zerstörten Bagger verkauft habe, nicht bereit sei, derartige Zubehörteile aufzukaufen. Demnach sei den Angaben des Klägers zu folgen, daß diese Zubehörteile mit der Zerstörung des Baggers wertlos geworden seien. Darüber hinaus habe der Beklagte nicht im einzelnen konkret dargetan, wann genau welche Beträge der Kläger durch welche Geschäftsabschlüsse für diese Teile erzielt haben solle. Auch sein Vortrag im Schriftsatz vom 22. Januar 1991 sei unzureichend.

2. Diese Ausführungen greift die Revision zu Recht an.

Dahinstehen mag, wie es mit der Möglichkeit gestanden hat, Zubehörteile an die Firma Poclain zu verkaufen. Das Berufungsgericht hat die Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem im Rahmen des § 254 BGB verkannt. Der Geschädigte muß an der Sachaufklärung mitwirken; er muß bei entsprechendem Vortrag des Schädigers darlegen, was er zur Schadensminderung unternommen hat (BGHZ 91, 243, 260; 46, 260, 268; Palandt/Heinrichs, 51. Aufl., § 254 BGB Rdn. 82).

Der Beklagte hat als Schädiger einen schlüssigen und damit beweiserheblichen Vortrag im Schriftsatz vom 22. Januar 1991 S. 1 (GA II 316) dafür in den Rechtsstreit eingeführt, daß die Zubehörteile und weitere Teile des zerstörten Baggers an die Firma Sönke M. in K. veräußert worden seien. Damit hat er alles ihm Zumutbare im Rahmen des § 254 BGB vorgetragen (vgl. hierzu auch Sen.Urt. v. 23.04.1991, WM 1991, 1737). Hierüber war Beweis zu erheben. Demgegenüber durfte vom Beklagten nicht eine konkrete Angabe darüber gefordert werden, wann genau welche Beträge der Kläger durch welche Geschäftsabschlüsse für diese Teile erzielt habe. Hierüber kann der Beklagte, nachdem er nicht Partner jenes Geschäftes war, aus naheliegenden Gründen die vom Berufungsgericht vermißten Angaben nicht machen.

3. Dem Berufungsgericht obliegt nach Zurückverweisung der Sache, den vom Beklagten angebotenen Beweis zu erheben und zu klären, ob und zu welchem Preis Zubehörteile und weitere Teile des zerstörten Baggers vom Kläger an die Firma Sönke M. in K. veräußert worden sind. Insoweit wird es dann gegebenenfalls eine Anrechnung vorzunehmen haben.

III. Miete für den Bagger der Firma Zeppelin

1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger in Übereinstimmung mit dem Landgericht als weiteren Schaden die Mietkosten für einen Ersatzbagger für drei Monate (gegenüber zunächst geltend gemachten vier Monaten) zuerkannt. Insoweit stützt sich das Berufungsgericht auf die Aussage des Zeugen W., die es für glaubhaft hält. Die Miete sei unabhängig

von der späteren Überführung des Baggers bereits ab dem 6. August 1983 geschuldet worden (BU 8 u. 9). Es sei auch glaubhaft, daß der Kläger angesichts seiner Auftragslage einen Ersatzbagger benötigt habe. Soweit der Beklagte in Abrede stelle, daß der Kläger die Miete bezahlt habe, komme es hierauf nicht entscheidend an. Allein der Umstand, daß er mit einer solchen Verbindlichkeit belastet sei, begründe seinen Schaden.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nur zum Teil berechtigt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unterscheidet beim Umfang der Schadensersatzpflicht in vergleichbaren Fällen danach, ob es sich um ein privat oder gewerblich genutztes Kraftfahrzeug handelt (hierzu etwa BGHZ 70, 199, 203; BGH NJW 1985, 793; Palandt/Heinrichs, aaO, Vorbem. vor § 249 BGB Rdn. 24, 43; § 249 BGB Rdn. 17). Die durch die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs für ein gewerblich genutztes Kraftfahrzeug entstehenden Kosten sind vom Schädiger zu ersetzen (BGHZ 32, 280, 284; BGHZ 70, 199, 203 f.; BGH NJW 1985, 793; Palandt/Heinrichs, aaO, § 249 BGB Rdn. 17).

Diese Rechtsprechung geht ersichtlich davon aus, daß für das Ersatzfahrzeug Mietkosten tatsächlich entrichtet wurden.

Demgegenüber greift die Erwägung des Berufungsgerichts zu kurz, mit dem es den Einwand des Beklagten ausräumen möchte, die Mietzahlungen seien mit dem Kaufpreis für den neuen Bagger verrechnet worden. Zutreffend ist zwar, daß

die Belastung mit einer Verbindlichkeit ein ersatzfähiger Vermögensschaden im Sinne des § 249 Satz 1 BGB sein kann. Das führt jedoch zunächst nur zu einem Freistellungsanspruch, der hier nicht geltend gemacht wird.

3. Ein solcher Freistellungsanspruch wandelt sich jedoch in einen Zahlungsanspruch um, wenn der Geschädigte die ihn belastende Verbindlichkeit tilgt oder der Schuldner die Freistellung ernsthaft und endgültig ablehnt und der Geschädigte Geldersatz fordert (BGHR BGB § 249 - Freistellungsanspruch 1; s.a. BGHZ 59, 148; 66, 1, 4; BGH NJW 1989, 1215, 1216; BGH NJW 1986, 581, 582). Mit diesen Fällen ist der vorliegende nicht zu vergleichen; denn es fehlen jegliche Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, ob Mietzahlungen tatsächlich geleistet worden sind. Diese Feststellungen hat das Berufungsgericht nachzuholen.

IV. Miete für den Bagger der Firma Pr [REDACTED]

1. Die Vorinstanzen haben übereinstimmend (BU 9 letzter Abs.) dem Kläger ferner einen Betrag von 2.000,-- DM für Miete als Schadensersatz zugesprochen. Er hatte zusätzlich in der Zeit vom 6. November bis 5. Dezember 1983 einen weiteren Bagger gemietet. Das Berufungsgericht hält das für zulässig, weil der Kläger ein weiteres Gerät habe testen dürfen, bevor er sich zum Ankauf des zuvor von der Firma Z [REDACTED] angemieteten Geräts entschlossen habe. Die hiergegen gerichtete Rüge der Revision hat Erfolg.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts steht mit der Vorschrift des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht in Einklang. Der Halter eines gewerblich genutzten Kraftfahrzeugs hat zwar nach der vorstehend erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Anspruch auf die tatsächlich entrichteten Mietkosten für ein Kraftfahrzeug. Der Schädiger muß im Rahmen des § 249 Satz 1 BGB den Geschädigten aber nicht besserstellen, als dieser vor dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand gestellt war. Mit dem Einsatz eines weiteren Baggers hat der Kläger zum einen seine Kapazitäten erweitert und damit die Möglichkeit geschaffen, erhöhten Betriebsgewinn zu erzielen. Zum anderen hat er während der Zeit der Nutzung des "Testbaggers", wenn eine Kapazitätsausweitung mangels entsprechender Aufträge nicht relevant geworden sein sollte, den schließlich erworbenen Bagger nicht eingesetzt und damit "geschont". Auch unter diesem Gesichtspunkt ist nicht ersichtlich, daß eine Einstandspflicht des Beklagten gemäß § 249 Satz 1 BGB gegeben ist.

3. Insoweit ist die Sache entscheidungsreif, weil weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu treffen sind. Wegen der Mietkosten für den "Testbagger" in Höhe von 2.000,-- DM ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und auf die Berufung des Beklagten das Urteil des Landgerichts weiter abzuändern und insoweit die Klage (endgültig) abzuweisen.

V. Transportkosten für den Bagger

1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger ferner die Transportkosten für den in Garching angemieteten Ersatzbagger in Höhe von 2.474,-- DM zum Einsatzort zuerkannt. Die Anmietung und der Transport zum Einsatzort seien durch die Zerstörung des bis dahin von dem Kläger verwendeten Baggers erforderlich gewesen, so daß dieser Schaden kausal auf dem Schadensereignis beruhe (BU 10 oben).

2. Die Rüge der Revision, der Kläger hätte ohnehin bald die Transportkosten für einen Ersatzbagger aufwenden müssen, weil der von ihm gehaltene an der Grenze seiner Lebensdauer gestanden habe, geht fehl. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Bagger des Klägers bei Eintritt des schädigenden Ereignisses noch im Einsatz. Der Transport des Ersatzbaggers ist unmittelbar durch die Zerstörung des vom Kläger gehaltenen Baggers veranlaßt und liegt somit im Rahmen der Schadensersatzpflicht des Beklagten gemäß § 249 Satz 1 BGB.

B. Werklohnansprüche des Beklagten (Hilfsaufrechnung)

I. 1. Das Berufungsgericht hat nach dem Ergebnis der in der Berufungsinstanz durchgeführten Beweisaufnahme abweichend vom Landgericht die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen in Höhe von 5.297,58 DM durchgreifen lassen. Es hat dem Beklagten (BU 10 u. 11) aufgrund der Parteivernehmung des Klägers drei Stunden Schweißarbeiten für die Trennung eines Tores zu 49,-- DM je Stunde netto zuerkannt und des weiteren aufgrund der Bekundungen des Zeugen B [REDACTED] (Cousin des Klägers) für Schweißarbeiten an einem Schiebtor zehn Arbeitsstunden an zehn Tagen, sonach 100 Arbeits-

stunden, zu 45,-- DM je Stunde, insgesamt 4.500,-- DM zugestanden einschließlich der gesetzlichen Mehrwertsteuer in Höhe von 14 %. Im übrigen sei die Berechtigung der gestellten Forderungen nicht nachgewiesen.

2. Die Revision rügt insoweit eine Verletzung der §§ 286 und 452 Abs. 1 Satz 1 ZPO, hilfsweise der §§ 286 und 551 Nr. 7 ZPO. Sie macht hierzu vor allem geltend, das Berufungsgericht habe sich einer ausdrücklichen Bewertung der Bekundungen des Klägers enthalten. Seine Ausführungen legten die Annahme nahe, daß das Berufungsgericht von der Wahrheit der Aussage des Klägers in Teilen nicht überzeugt gewesen sei. Dessen Vortrag sei vielfach widerlegt worden. Es habe von dem ihm eingeräumten Ermessen bezüglich der Beeidigung des Klägers keinen Gebrauch gemacht.

3. Die Rüge greift durch. Das Berufungsgericht hat die ihm durch § 452 Abs. 1 Satz 1 ZPO gezogenen Grenzen überschritten und damit auch gegen § 286 ZPO verstoßen. Zwar steht es im Ermessen des Tatsachengerichts, ob es die Beeidigung der vernommenen Partei wegen der Bedeutung ihrer Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten hält (ebenso für die Beeidigung des Zeugen nach § 391 ZPO, hierzu BGHZ 43, 368, 370); dieses Ermessen ist durch das Revisionsgericht nur daraufhin nachzuprüfen, ob das Tatsachengericht die Grenzen des Ermessens verkannt oder mißbräuchlich außer acht gelassen hat. Vorliegend leidet die Entscheidung des Berufungsgerichts schon daran, daß es keine Gründe mitteilt, warum es den Kläger nicht beeidigt hat. Im Hinblick darauf ist dem Senat eine Überprüfung

der Betätigung des Ermessens des Berufungsgerichts gemäß § 452 Abs. 1 ZPO nicht möglich und die Entscheidung schon deshalb fehlerhaft.

Zu einer Begründung, warum das Berufungsgericht von einer Beeidigung des Klägers abgesehen hat, bestand vorliegend schon deshalb Anlaß, weil dessen Beeidigung ausdrücklich beantragt war (GA II 322). Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß die Aussage des Klägers anläßlich seiner Vernehmung als Partei Unklarheiten aufgewiesen hat und er mehrfach widerlegt wurde, so etwa von dem als Zeugen gehörten Mitarbeiter B [REDACTED]. Diese Umstände legen eine Ermessensreduzierung des Berufungsgerichts dahin nahe, daß es den Kläger hätte beeidigen müssen. Anders gewendet bedarf es bei Vorliegen eines Antrages auf Beeidigung der Partei in Anbetracht der geschilderten und vom Berufungsgericht festgestellten Umstände (BU 10 u. 11 oben) einer besonderen Begründung, warum gleichwohl eine Beeidigung des Klägers nicht in Betracht kam.

II. 1. Die Revision rügt in diesem Zusammenhang, der Zeuge B [REDACTED] habe auch bekundet, daß er im Auftrag des Klägers beschädigte Pfosten zum Beklagten gefahren habe. Dieser habe sie gerichtet und er habe auf Weisung des Klägers die gerichteten Pfosten wieder beim Beklagten abgeholt und zum Kläger zurückgebracht (S. 4 des Protokolls v. 24.01.1991, GA II 321). Das Berufungsgericht habe den diesbezüglichen Werklohn dem Beklagten jedoch nicht zugesprochen, ohne das zu begründen (Rüge aus § 551 Nr. 7 ZPO).

2. Auch diese Rüge greift durch. Die Rechnung vom 12. August 1987 (GA I 183), die die Revision in Bezug nimmt, weist eine Position mit 53 Pfosten aus. Hierzu verhält sich das Berufungsurteil nicht. Nachdem es aber dem Begehren des Beklagten zu dieser selbständigen Position nicht entsprochen hat, hätte es einer Begründung im Sinne des § 551 Nr. 7 ZPO bedurft; denn es handelt sich nicht lediglich um eine etwa mit dem Schweißen des Tores, für den das Berufungsgericht Werklohn zuerkannt hat, zusammenhängende Position.

3. Das Berufungsgericht wird insoweit zu klären haben, welcher Teilbetrag vom Gesamtbetrag der Rechnung auf diese Position entfällt.

C. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Bruchhausen

Broß

Rogge

Melullis

Jestaedt