

Verkündet
am 7. Juli 1955
Jodas, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Max M. [REDACTED] in K. [REDACTED]
[REDACTED], H. [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

g e g e n

die A. [REDACTED] Zellstoffwerke AG in R. [REDACTED]
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Raidinger, Artl und Dr. Winkelmann
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das an Verkün-
dungsstatt am 17. Februar 1954 zugestellte Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
wird insoweit zurückgewiesen, als die Berufung des
Beklagten wegen eines Zahlungsanspruchs in Höhe von
12.864,29 DM nebst 10% Zinsen seit dem 3. Februar
1954 zurückgewiesen worden ist.

Hinsichtlich des Mehrbetrages der Klageforderung
und der Kostenentscheidung wird das vorbezeichnete

Urteil auf die Revision des Beklagten aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Mehrbetrag an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte hat je 7/9 der Kosten der Berufungsinstanz und der Revisionsinstanz zu tragen. Im übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Parteien trafen im November 1949 mündliche Vereinbarungen über den gegenseitigen Austausch von schwächerem Faserholz gegen stärkeres Grubenholz, die sie mit Schreiben der Klägerin vom 5. und des Beklagten vom 10. Dezember 1949 bestätigten. Danach verpflichtete sich der Beklagte zur Lieferung von rund 4.500 rm "Fichtenfaserholz" (Grubenholz) der Klassen A und A 1 in Stärken von 16 cm aufwärts an die Klägerin, die ein Zellstoffwerk betreibt, während die Klägerin für jeden rm Grubenholz 1,12 rm Fichtenfaserholz, 2 m lang in den Klassen B und C von 5 cm bis 14 cm im Durchmesser zu liefern versprach. Als Lieferzeit wurde der Zeitraum von Dezember 1949 bis Ende März 1950 vereinbart. Die Klägerin lieferte auf Grund dieses Austauschabkommens 2.164,50 rm Faserholz oR (ohne Rinde), der Beklagte dagegen nur 1.284,75 rm Grubenholz. Auf Grund des Umtauschverhältnisses 1 : 1,12 hätte die Gegenlieferung des Beklagten 1.932 rm oR betragen müssen. Von dem Fehlbetrag von 647,25 rm übernahm der Holzkaufmann G [REDACTED], der bei diesem Geschäft auf Seiten des Beklagten im Innenverhältnis beteiligt war, durch Vereinbarung vom 26. September 1950 gegenüber der Klägerin eine Verpflichtung zur Lieferung von 323,63 rm. Die Klägerin verlangte nun mit ihrer Klage von dem Beklagten Lieferung der verbleibenden Restmenge und ging nach Ablauf einer bis zum 28. Februar 1951 gesetzten Nachfrist zum Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung über. Als Schaden forderte sie zunächst 12.864,29 DM nebst 5% Zinsen, erhöhte den Betrag jedoch dann auf 16.466,29 DM nebst 10% Zinsen seit dem 1. März 1951 mit der Begründung, daß der Wiederbeschaffungspreis nunmehr auf 160% des Landesgrundpreises gestiegen sei und daß sie Bank-Kredit in Anspruch nehme, wofür sie mehr als 10% Zinsen zahlen müsse.



Der Beklagte hat dem Klagebegehren eine Reihe von Einwänden entgegengehalten, von denen jetzt nur noch folgende im Streit sind:

Er hat - zum Teil erst im zweiten Rechtszuge - vorge-
tragen, er habe zur Erfüllung des mit der Klägerin abgeschlossenen
Tauschabkommens Verträge mit der H. B. AG in D. und der V. H. mbH (VHG) in E. geschlossen, die erhebliche Mengen besonders stark dimensionierten Grubenholzes auf Lager gehabt hätten und befürchteten, dieses stärkere Holz auf absehbare Zeit nicht verwenden zu können. Die Verträge mit diesen beiden sog. rheinischen Firmen seien Bestandteile des Tauschabkommens mit der Klägerin gewesen. Beide Firmen hätten vermeiden wollen, mit der Klägerin einen unmittelbaren Vertragsabschluß zu tätigen, und besonderen Wert darauf gelegt, daß nur der Beklagte als Mittelsmann in Erscheinung trete. Es habe bei dem Tauschabkommen mit der Klägerin für alle Beteiligten festgestanden, daß das der Klägerin zu liefernde Grubenholz ausschließlich aus den Beständen dieser beiden Firmen stammen sollte. Die Klägerin habe genau gewußt, daß für das von ihr zu liefernde Faserholz nur dieses Grubenholz als Gegenleistung zu beschaffen gewesen sei. In diesem Sinne sei der Austauschvertrag zwischen dem Beklagten und den rheinischen Firmen auch zur Grundlage der Tauschverhandlungen zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits gemacht worden. Die Lieferungen der VHG seien dadurch zum Stocken gekommen, daß sie sich geweigert habe, ca 300 m Faserholz aus Lieferungen der Klägerin abzunehmen, weil es angeblich zu dünn gewesen sei. Diese Leistungsstockung habe entweder die Klägerin zu vertreten oder die VHG, auf keinen Fall aber könne sie ihm, dem Beklagten, zur Last gelegt werden. Die Lieferungsstockung habe dazu geführt, daß weitere Lieferungen in Ausführung des Tauschabkommens der Parteien unterblieben seien.

Die Klägerin müsse sich auch entgegenhalten lassen, daß das vereinbarte Umrechnungsverhältnis von 1 : 1,12 für ihn,

den Beklagten, nicht tragbar gewesen sei. Den sehr versierten Holzfachleuten der Klägerin sei dies von Anfang an bekannt gewesen, während er kein Holzfachmann, sondern Jurist sei und Holzgeschäfte nur vorübergehend betrieben hätte.

Der Beklagte hat die Klageforderung auch der Höhe nach bestritten. Er hat ferner Aufrechnung mit Gegenansprüchen geltend gemacht, darunter eine Schadensersatzforderung in Höhe von 32.696 DM, die sich aus folgendem Sachverhalt ergebe:

Er habe auf Grund des deutsch-österreichischen Handelsabkommens über die Einfuhr von Grubenholz vom Oktober 1949 zwischen dem Holzhändler Heinrich G. [REDACTED] in M. [REDACTED] (Steiermark) und der H. [REDACTED] B. [REDACTED] AG einen Holzkauf vermittelt, auf Grund dessen G. [REDACTED] an die HBAG eine Menge von 50.000 fm Grubenholz hätte liefern sollen. Hierfür sei ihm eine Provision von 0,67 DM pro fm versprochen worden. Von diesen 50.000 fm habe G. [REDACTED] nur rund 1.200 fm geliefert, weil die Klägerin das Holz durch eine Mittelsperson, nämlich die Firma M. [REDACTED] & Co in M. [REDACTED] aufgekauft hätte. Der Vertreter W. [REDACTED] der Klägerin habe mit dem Sohn der Verkäufers, Dr. Dietrich G. [REDACTED], verhandelt und über diesen den Vater veranlaßt, den nicht an die HBAG gelieferten Teil der verkauften Menge an die Klägerin zu liefern. Die Firma M. [REDACTED] & Co sei als Käuferin nur deshalb eingeschaltet worden, weil sie über die entsprechende Einfuhrlizenz verfügt habe, während die Klägerin nicht im Besitze einer solchen Einfuhrlizenz gewesen sei und diese als Zellstoffwerk auch nicht erhalten haben würde. Infolge der unterbliebenen Lieferung von 48.800 fm Grubenholz an die HBAG sei ihm ein Provisionsverlust von 32.696 DM entstanden. Die Vernehmung der Zeugen G. [REDACTED] sen. und Dr. G. [REDACTED] im Beweissicherungsverfahren dürfte keine Berücksichtigung finden, da die Formvorschriften nicht gewahrt worden seien und dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben worden sei, seine Rechte zu wahren.

Das Landgericht hat dem Klageantrag entsprochen, Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte leite keine Einwände daraus her, daß das Tauchabkommen von den Parteien nicht völlig durchgeführt worden sei. Auch die Revision des Beklagten geht davon aus, daß der Streit der Parteien zunächst nur die Frage betrifft, ob der Beklagte verpflichtet war, für die von der Klägerin unstreitig gelieferten 2.164,50 rm Faserholz die dem vereinbarten Austauschverhältnis entsprechende Menge Grubenholz, nämlich 1.932 rm der Güteklassen A und A 1 zu liefern, während tatsächlich nur 1.284,75 rm geliefert worden sind.

1. Die Revision wendet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Abmachungen des Beklagten mit der H. [REDACTED] B. [REDACTED] AG in D. [REDACTED] und der V. [REDACTED] H. [REDACTED] mbH in E. [REDACTED] nicht zum Bestandteil des Tauschabkommens der Prozeßparteien geworden seien, und rügt, daß das Berufungsgericht den von dem Beklagten in der Berufungsbegründung angebotenen Beweis durch den Zeugen W. [REDACTED] und Parteivernehmung nicht erhoben hat. Damit macht die Revision geltend, daß der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, andere Ware zu liefern, als ihm selbst von den beiden genannten Firmen zur Verfügung gestellt worden sei, und daß ihm die Erfüllung des Vertrages deshalb unmöglich geworden sei, weil die rheinischen

Firmen weitere Lieferungen nicht zur Verfügung gestellt hätten.

Die Küge der Revision ist nicht gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht hat in Hilferwägungen unterstellt, daß das Tauschabkommen zum Vertragsinhalt hätte, daß der Beklagte nur Grubenholz der beiden rheinischen Firmen hätte liefern dürfen, und hat ohne erkennbaren Rechtsverstoß ausgeführt, daß die Einwendungen des Beklagten auch in diesem Falle der Klageforderung nicht entgegenstehen würden. Das Berufungsgericht hebt hervor, der Beklagte hätte in seinem Bestätigungsschreiben vom 10. Dezember 1949 die Lieferungsverpflichtung der H. [REDACTED] P. [REDACTED] AG für einen ganz erheblichen Teil der übernommenen Liefermenge bereits angezeigt. Daß das vereinbarte Umrechnungsverhältnis etwa nicht den Erwartungen des Beklagten entsprochen habe, vermöge jedenfalls nicht die Unmöglichkeit der von ihm übernommenen Verpflichtung zu begründen. Soweit er sich darauf berufe, daß die Lieferung deshalb aufgehört habe, weil die Klägerin im Rahmen des Tauschabkommens dem Beklagten bzw. über ihn der V. [REDACTED] H. [REDACTED] mbH auf den Bahnhöfen in K. [REDACTED] und E. [REDACTED] etwa 300 m Faserholz in den Stärken von 6 bis 8 und 8 bis 10 cm angeboten habe, sei dieser Umstand von der Klägerin nicht zu vertreten, weil das Holz den von der Klägerin in dem Tauschabkommen übernommenen Verpflichtungen (Lieferung von Holz mit 5 bis 14 cm Durchmesser) entsprochen habe. Es berühre die Klägerin daher nicht, wenn die V. [REDACTED] H. [REDACTED] mbH das Holz zunächst nicht abgenommen habe, weil die Maße nicht den Bedingungen entsprochen hätten, die in dem Vertrag zwischen dem Beklagten und ihr vereinbart worden seien; für die Nichtabnahme habe der Klägerin gegenüber der Beklagte einzustehen.

Die Revision hat gegen diese Hilfserwägungen des Berufungsgerichts nichts geltend gemacht, was von Erheblichkeit sein könnte. Sie stehen insbesondere mit dem, was nach der Berufungsbegründung durch eine Vernehmung des Zeugen W. [REDACTED] oder Parteivernehmung hätte bewiesen werden sollen, nicht im Widerspruch. Danach war unter diesen Beweis gestellt, sämtlichen Beteiligten sei bekannt gewesen, daß der Beklagte eigenes Holz nicht hätte liefern können und daß von vornherein festgestanden habe, daß dem Beklagten nur die Holzmengen der rheinischen Firmen einerseits und die der Klägerin andererseits zur Verfügung standen und daß er nicht in der Lage wäre, im Falle einer Nichtlieferung von der einen oder anderen Seite einzuspringen. Dies alles, insbesondere die Art und Weise der Lieferungen, sei zwischen den Beteiligten ausdrücklich besprochen worden. Dieser Beweisantritt ist deshalb unerheblich, weil der Beklagte nicht schlüssig dargelegt hat, daß er das Ausbleiben weiterer Lieferungen nicht zu vertreten habe. Aus den behaupteten Tatsachen kann nicht gefolgert werden, daß der Beklagte von den Lieferungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin in jedem Falle schon dann freigestellt wäre, wenn die rheinischen Firmen weitere Lieferungen ablehnten. Eine solche Annahme ist nach Lage der Sache schon deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin unstreitig an dem Abschluß der Verträge des Beklagten mit den rheinischen Firmen nicht beteiligt war und es in den alleinigen Verantwortungsbereich des Beklagten fiel, wenn er seine Abmachungen mit den rheinischen Firmen nicht so gestaltet hat, daß er die Tauschvereinbarung mit der Klägerin erfüllen konnte. Der Beklagte hat vorgetragen, er habe Lieferungen der Klägerin auf Grund des Tauschabkommens vom Dezember 1949 auch dazu verwenden müssen, um noch Lieferverpflichtungen aus einem zwischen der Klägerin und dem Zeugen G. [REDACTED] im Mai 1949 abgeschlossenen Tauschabkommen zu erfüllen, und daß er in dieser Zwangslage das Tauschabkommen vom Dezember 1949

abgeschlossen habe. Wäre dies richtig, und der Beklagte muß sich sein eigenes Vorbringen entgegenhalten lassen, so würde der Beklagte im Verhältnis zur Klägerin auch dafür einzustehen haben, wenn er von der H. B. AG keine weiteren Lieferungen deshalb mehr erhielt, weil er sich außerstande gesetzt hatte, die vereinbarten Gegenlieferungen zur Verfügung zu stellen.

2. Die Revision hat weiter gerügt, die für die S. Lieferung auf Seite 4 der Berufungsbegründung angeführten Beweise hätten erhoben werden müssen. Damit hat sich die Revision, wie ihre Bezugnahme ergibt, auf den oben erörterten Sachvortrag bezogen, der die Nichtabnahme von ca 300 m Faserholz betrifft. Das Berufungsgericht hat die hierfür 220 benannten Zeugen O. und K. vernommen und die Bekundung dieser Zeugen berücksichtigt. Die Rüge der Revision ist daher unbegründet.

3. Ferner macht die Revision geltend, die Klägerin habe gewußt, daß das zwischen den Parteien vereinbarte Umrechnungsverhältnis der Lieferung von 1 rm Grubenholz gegen 1,12 rm Faserholz für den Beklagten untragbar gewesen sei. Sie rügt, das Berufungsgericht habe dieses Vorbringen nur unter dem Gesichtspunkt eines auffälligen Mißverhältnisses und der bewußten Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit des Beklagten im Rahmen des § 138 Abs 2 BGB gewürdigt, es hätte jedoch der Erwägung bedurft, inwieweit § 242 BGB der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches entgegenstehe. Unter den behaupteten Voraussetzungen würde, so meint die Revision, die Geltendmachung eines Anspruchs auf die für den Beklagten nicht tragbare Spitze gegen Treu und Glauben verstoßen.

Es ist zwar richtig, daß das Berufungsgericht das behauptete Mißverhältnis der vereinbarten Gegenlieferungen

nicht ausdrücklich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt von Treu und Glauben erörtert. Es hat aber geprüft, ob das Tauschabkommen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs 1 BGB nichtig sei und hierzu die Umstände gewürdigt, unter denen die Parteien das Umrechnungsverhältnis vereinbart haben. Nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen liegt der Sachverhalt nicht so, daß die Klägerin einen Irrtum des Beklagten über das Umrechnungsverhältnis ausgenutzt hätte, um ihn zum Abschluß zu veranlassen.

Der Beklagte hatte nach seiner Darstellung den rheinischen Firmen Faserholz in fm zu liefern. Infolgedessen war für die wirtschaftliche Tragbarkeit der Tauschvereinbarungen auch das Umrechnungsverhältnis von fm zu rm von Bedeutung. Hierfür legte der Beklagte Umrechnungszahlen der Anlage zur Verordnung über die Aushaltung, Messung und Sortenbildung des Holzes in den deutschen Forsten vom 1. April 1936 (DRAnz Nr 89 Seite 1) zugrunde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Vertreter der Klägerin den Beklagten ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß nach ihren Erfahrungen die Umrechnungszahlen dieser Holzmeßanweisung vom 1. April 1936 ("Homa") nicht als zuverlässig anzusehen seien und daß der Beklagte mit dem von ihm für seine Abmachungen mit den rheinischen Firmen angenommenen Umrechnungssatz nicht auskommen werde. Der Beklagte hat jedoch erwidert, er habe sich über den Umrechnungssatz genau erkundigt, er bedürfe hierüber keiner Belehrung. Der Beklagte hat, wie das Berufungsgericht ausführt, sich zu dem Abschluß entschlossen, obwohl er nach seinen Angaben bereits erkannt hatte, daß das im ersten Tauschabkommen vom 30. Mai 1949 vereinbarte Umrechnungsverhältnis 1 : 1,3 wirtschaftlich untragbar gewesen sei, und obwohl der Zeuge G. ihm noch besonders vorgehalten hatte, daß ihm der Abschluß des Geschäftes auf der Basis 1 : 1,12 einen Verlust bringen werde. Wenn der Beklagte sich unter solchen Umständen dazu entschloß-

sen hat, das Tauschabkommen mit dem Umrechnungsverhältnis 1 : 1,12 zu schließen, so muß dem Berufungsgericht auch darin zugestimmt werden, daß der Beklagte mit dem Tauschvertrag das übliche Risiko eines Kaufmanns eingegangen ist. Wenn der Beklagte trotz der an ihn gerichteten Warnungen auf die Bedingungen der Klägerin eingegangen ist, so kann er sich dem für ihn angeblich ungünstigen Geschäft nicht schon mit der Begründung entziehen, daß die Klägerin ihm ein Umrechnungsverhältnis zugemutet habe, bei dem er nicht auf seine Rechnung hätte kommen können. Daß die Klägerin den Beklagten zu dem Vertragsschluß überredet habe in Kenntnis dessen, daß das vereinbarte Umrechnungsverhältnis $rm : rm$ für sich allein betrachtet ungerechtfertigt gewesen sei, ist nicht festgestellt. Die Revision hat in dieser Hinsicht auch keine verfahrensrechtlichen Rügen erhoben. Die Klägerin verstößt unter diesen Umständen auch nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie an dem mit dem Beklagten vereinbarten Umrechnungsverhältnis festhält.

4. Es ist daher rechtlich unbedenklich, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß der Beklagte gegenüber der Klägerin noch mit 647,25 rm Fichtenfaserholz (Grubenholz) der Güteklassen A und A 1 im Rückstand war. Nach dem Tauschvertrag war Zug um Zug-Lieferung mit der Maßgabe vereinbart, daß große Spitzen jeweils innerhalb eines Monats ausgeglichen werden sollten; im übrigen hätten die beiderseitigen Leistungen bis Ende März 1950 erbracht werden sollen. Die Klägerin kann, nachdem sie dem Beklagten gemäß § 326 BGB eine Nachfrist bis zum 28. Februar 1951 gesetzt hatte, für die mit der Klage geltend gemachte Hälfte des Rückstandes Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die weiteren gegen die Entstehung dieses Anspruchs in den Tatsacheninstanzen vorgetragenen Einwände sind von dem Berufungsgericht ohne erkennbaren Rechtsverstoß als unbegründet angesehen worden. Das Berufungsurteil wird insoweit von der Revision auch nicht angegriffen.

II. Dagegen wendet sich die Revision gegen die Höhe des Schadens und rügt, das Berufungsgericht habe rechtsirrtümlich der Klägerin den Wiederbeschaffungspreis zugebilligt, den sie im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung des Verfahrens hätte aufwenden müssen, um sich die von den Beklagten ihr geschuldete Holzmenge zu beschaffen. Sie vertritt die Auffassung, es handele sich bei der Anerkennung des Wiederbeschaffungspreises für die Berechnung des Schadensersatzanspruchs in Wirklichkeit um eine abstrakte Schadensberechnung, bei der der Schaden jedoch nur unter Zugrundelegung des Stichtages berechnet werden dürfe, an dem der Beklagte in Verzug geraten oder die Nachfrist aus § 326 BGB abgelaufen sei. Die Revision mußte, wenn auch nicht mit dieser Erwägung, so doch im Ergebnis zum Teil deshalb Erfolg haben, weil das Berufungsgericht die für die Feststellung des konkreten Schadens in der zugesprochenen Höhe erforderlichen Feststellungen nicht ausreichend getroffen hat.

Die Klägerin hat zunächst mit Schriftsatz vom 2. März 1951 Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 12.864, DM nebst 5% Zinsen seit dem 1. März 1951 verlangt. Sie hat dann diesen Anspruch mit Schriftsatz vom 27. Februar 1952 auf 16.466,29 DM nebst 10% Zinsen ab 1. März 1951 mit der Begründung erhöht, daß infolge des inzwischen erfolgten Anstiegs des Wiederbeschaffungspreises anstatt von 125% von 160% des Landesgrundpreises ausgegangen werden müsse. Sie hat ferner ausgeführt, daß sie sich mit der Klagesumme nach Zahlung einzudecken beabsichtige. Die Klägerin hat somit auf ihre besonderen Verhältnisse, also auf ihren konkreten Schaden abgestellt und nicht eine abstrakte Schadensberechnung vorgenommen. Ihr konkreter Schaden besteht in dem Unterschied zwischen der Vermögenslage, in der sie bei Lieferung sein würde und derjenigen, in die sie durch die Nichterfüllung geraten ist (RGZ 127, 245 248; 91, 33/34). Da

die Klägerin ihre eigenen Leistungen schon bewirkt hatte, kann sie an Stelle der ausgebliebenen Gegenleistungen Ersatz dafür in Höhe ihres Wertes und der ihr sonst durch ihr Ausbleiben erwachsenen Nachteile fordern (vgl. RG JW 31, 1184). Bei der Ermittlung dieses konkreten Schadens sind die tatsächlichen Verhältnisse der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz oder bei Entscheidung im schriftlichen Verfahren (§ 128 Abs 2 ZPO), die im vorliegenden Fall ergangen ist, des dem Schluß der mündlichen Verhandlung entsprechenden Zeitpunktes maßgebend.

Die beiden Parteivertreter haben ihr Einverständnis mit schriftlicher Entscheidung im Termin vom 3. Februar 1954 erklärt, das Berufungsurteil ist an Stelle der Verkündung am 17. Februar 1954 zugestellt worden.

Der Umstand, daß für den konkreten Schaden die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit des Termins vom 3. Februar 1954 zu berücksichtigen sind, rechtfertigt jedoch noch nicht, den der Klägerin durch die Nichtlieferung entstandenen Schaden nach der Höhe des Wiederbeschaffungspreises zu bestimmen, der für die ausgebliebene Leistung in dem vorgenannten Zeitpunkt anzunehmen ist. Es bedarf vielmehr einer näheren Feststellung, wie sich die Vermögenslage der Klägerin durch das Ausbleiben der Austauschlieferung tatsächlich gestaltet hat. Bei vertragsgemäßer Lieferung wäre die Beklagte in den Besitz der ihrer Schadensberechnung zugrunde gelegten Holzmenge gekommen, die sie nach ihrem Sachvortrag nicht weiter veräußern, sondern auf Lager nehmen wollte, um sie zu einem nicht näher angegebenen Zeitpunkt in ihrer Zellstoffabrik zu verarbeiten. Daß sie sich hierdurch den Wert der nicht gelieferten Holzmenge in Höhe des geltend gemachten Wiederbeschaffungspreises erhalten haben würde, kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Wenn die Klägerin bei vertrags-

gemäßer Lieferung die Ware noch am 3. Februar 1954 auf Lager behalten haben würde, so könnte sie der Schadensberechnung auch den Wert der ausgebliebenen Leistung in diesem Zeitpunkt zugrunde legen. Aber hierfür fehlt es an einer näheren Darlegung in dem Sachvortrag der Klägerin. Anderenfalls könnte von Bedeutung sein, in welcher Weise sich die Klägerin ohne die ausgebliebene Lieferung durchgeholfen hat (vgl. RGZ 91, 34; RG Gruch 65, 477). Wenn die Klägerin auf eigene Bestände zurückgegriffen hat, um sie für Zwecke zu verarbeiten, für die die nicht gelieferte Menge vorgesehen war, und wenn sie sich die eigenen Bestände zu einem niedrigeren Preis als dem geltend gemachten Schadensbetrag hatte beschaffen können (vgl. RGZ 105, 285 287), so wäre ihr Schaden möglicherweise geringer als der Wiederbeschaffungspreis im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Der Schadensersatzanspruch ist daher in Höhe des Wiederbeschaffungspreises im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht ausreichend begründet.

Dagegen bestehen keine Bedenken der Klägerin schon jetzt einen Schaden in Höhe des ursprünglich geltend gemachten Betrages von 12.864,29 DM zuzuerkennen, gegen dessen Berechnung der Beklagte substantiierte Einwendungen nicht erhoben hat.

Der Zinsanspruch hängt zeitlich davon ab, ob der Klägerin ein höherer Schaden zugesprochen werden kann, der sich nach einem späteren Zeitpunkt bestimmen würde. Er kann daher in diesem Verfahrensabschnitt noch nicht abschließend beurteilt werden. Keinesfalls durften der Klägerin Verzugszinsen von dem Mehrbetrag schon ab 1. März 1951 zugesprochen werden, da nach dem Klagevorbringen die Erhöhung des Wiederbeschaffungspreises erst zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten ist. Es bestehen jedoch keine Bedenken, der Klägerin

schon jetzt Zinsen für die Zeit seit der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vom 3. Februar 1954 auf die Summe von 12.864,29 DM zuzubilligen.

III. Von den in den Tatsacheninstanzen zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüchen behandelt die Revision des Beklagten nur den Schadensersatzanspruch, den er darauf gestützt hat, daß der Angestellte W. der Klägerin dem Holzhändler Heinrich G. über dessen Sohn Dr. G. bestimmt habe, einen zwischen Heinrich G. und der H. B. AG durch den Beklagten vermittelten Holzkaufvertrag auf Lieferung von 50.000 fm Grubenholz in Höhe von 48.800 fm nicht zu erfüllen. Das Berufungsgericht hat zu diesem Punkt Beweis erhoben und den Leiter der Abteilung Grubenholz bei der H. B. AG in D., Heinrich N., als Zeugen vernommen. Es hat außerdem gegen den Widerspruch des Beklagten die Aussagen des Zeugen Heinrich G. und seines Sohnes Dr. Dietrich G. verwertet, welche die Klägerin in dem von ihr beantragten Beweissicherungsverfahren vor dem Amtsgericht Rosenheim unter Bezugnahme auf den damals bereits schwebenden Prozeß am 30. März 1951 herbeigeführt hat. Die Zeugen sind nach telefonischer Benachrichtigung des Anwalts des Beklagten noch am gleichen Tage vernommen worden. Die Revision rügt, die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Beweissicherungsverfahren hätten nicht vorgelegen, da die Zeugen wiederholt aus Österreich in das Inland eingereist seien. Die Klägerin hätte das Beweissicherungsverfahren daher auch auf einen gelegeneren Zeitpunkt ansetzen können.

Die Rüge ist nicht begründet.

Das Gesuch der Klägerin auf Vernehmung der Zeugen vor dem Amtsgericht Rosenheim war zulässig. Das Berufungsgericht führt aus, daß im Zeitpunkt der Durchführung der Vernehmung

der Rechtshilfeverkehr mit Österreich noch nicht wieder im vollen Umfang angelaufen gewesen sei. Dies wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Schon deshalb war unter verständiger Würdigung der Sachlage zum mindesten die erschwerte Benutzung dieses Beweismittels zu besorgen. Eine formelle Ladung des Beklagten ist unterblieben. Die Zeugen haben, wie sich aus den Akten des Beweissicherungsverfahrens ergibt, erklärt, daß sie noch am gleichen Tage der Antragstellung und ihrer Vernehmung, nämlich um 13 Uhr nach Österreich zurückreisen wollten. Deshalb ist § 191 ZPO nicht verletzt worden.

Nach § 493 Abs 2 ZPO ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisaufnahme dann berechtigt, wenn er glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung nicht rechtzeitig erfolgt sei. Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Akten des Beweissicherungsverfahrens ausgeführt, daß die Ladung des Beklagten zu dem Vernehmungstermin, der sofort durchgeführt werden mußte, den Umständen nach nicht möglich gewesen sei. Hierin ist ein Rechtsfehler nicht zu erblicken. Die Verwertung der Aussagen im Beweissicherungsverfahren ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Beweiserhebung steht einer im Prozeß geschehenen gleich. Wenn das Prozeßgericht davon abgesehen hat, die Beweisaufnahme zu erneuern oder zu ergänzen, so ist auch hierin kein Verfahrensverstoß zu sehen, zumal Dr. G. eindeutig bekundet hat, es sei völlig unrichtig, daß Herr W. ihn bestimmt hätte bestehende Verträge zwischen seinem Vater und der H. B. AG nicht durchzuführen.

IV. Hiernach erweist sich die Revision des Beklagten nur zur Höhe des Schadensersatzanspruchs teilweise als begründet. Sie war in der Hauptsache insoweit zurückzuweisen, als die Vorinstanzen der Klägerin 12.864,29 DM nebst 10% Zinsen

hiervon seit dem 3. Februar 1954 zugesprochen haben. Wegen des Mehrbetrages war die Sache gemäß § 565 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Es erschien angemessen, über die Kosten der Rechtsmittelinstanzen insoweit zu entscheiden, als die Berufung zurückgewiesen worden ist. Demgemäß sind dem Beklagten je 7/9 der Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz auferlegt worden, während die Kostenentscheidung im übrigen der Endentscheidung des Berufungsgerichts vorzubehalten war.

Dr. Canter
zugleich für den be-
urlaubten, ortsabwesen-
den BR. Dr. Haidinger.

Dr. Selowsky

Artl

Dr. Winkelmann