

Gesetz: BGB §§ 241, 284; HGB § 346.

Rechtssatz:

- 1.) Selbst bei hoheitlich diktierten Verträgen ist das Ergebnis des staatlichen Zwangseingriffs ein privatrechtlicher Vertrag.
- 2.) Zur Mahnung genügt eine Leistungsaufforderung und daß erkennbar wird, daß das Ausbleiben der Leistung Folgen haben werde (RGZ 93, 300).
- 3.) § 346 HGB bedeutet, daß derjenige, der sich einem Handelsbrauch nicht unterwerfen will, ihn ausdrücklich ausschliessen muß (RGZ 114, 12; JW 1926, 1325).

Aktenzeichen: II ZR 41/51

Urteil vom 14. November 1951

OLG Koblenz

II. ZR 41/51

29

V e r k ü n d e t
am 14. November 1951

H i r t h,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

der Firma P. [REDACTED] & Co. GmbH., N [REDACTED]
vertreten durch ihren Geschäftsführer Peter M [REDACTED]
in N [REDACTED], E [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Jakob S [REDACTED], K [REDACTED], W [REDACTED]
strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. November 1951 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundes-
richter Dr. Drost, Dr. Laidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Koblenz vom 2. Februar 1951 wird auf Ko-
sten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die französische Militärregierung hatte in ihrer Besatzungszone die Lenkung der Rohstoffe und der Erzeugnisse der gewerblichen Wirtschaft weitgehend in der Hand. Sie gab bewirtschaftete Waren durch Bons de D[REDACTED] frei und benannte darin den bezugsberechtigten Empfänger. Bei Bimsbaustoffen überliess sie die Auswahl des Lieferanten dem von ihr bestellten Sonderbeauftragten Hans K[REDACTED], der beim Verband Rheinischer Bims-Baustoffwerke, einem Fachverband im Wirtschaftsverband Steine und Erden, tätig war. Am 31. März 1947 forderte die französische Militärregierung wiederum auf, im Tauschwege Reifen für neue Lastkraftwagen, die Firmen für feuerfeste Erzeugnisse zugewiesen worden waren, zu besorgen.

Im Juni 1947 schloß die Klägerin, eine K[REDACTED] Firma, mit dem Fachverband Kalktongruben und Kaolinwerke, der gleichfalls dem Wirtschaftsverband Steine und Erden angehört, ein Interzonen-Kompensationsgeschäft auf Lieferung von Reifen gegen Erhalt von Schwemmsteinen ab. Die französische Militärregierung und das rhein-pfälzische Ministerium für Wirtschaft und Verkehr, Interzonenamt Rheinland-Pfalz, genehmigten diesen Vertrag, die Klägerin erfüllte ihn. Die französische Militärregierung gab zu Gunsten der Klägerin 4.000 to Schwemmsteine frei davon 1.000 to durch Bon Nr 161097 vom 29. September 1947. Auf Grund dieser Freigaben bat K[REDACTED] die Beklagte unter dem Hinweis, daß ihm Original-Ausfuhrgenehmigung über insgesamt 1.000 to vorliege, mit Schreiben vom 26. November 1947, der Klägerin 100 to 25er Hohlblöcke (= 4.400 Stück) zur Verfügung zu stellen; mit Schreiben

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

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

[\(mobile App\)](#)Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android



JLaw – für iOS

vom 4. Dezember 1947 bat er, der Klägerin 400 to 25er Kohlblöcke (17.600 Stück), und mit Schreiben vom 14. Januar 1948, 300 to dieser Schwemmsteine (13.000 Stück) zur Verfügung zu stellen. In dem ersteren Schreiben war noch gesagt, daß sich die Klägerin wegen des Versandes direkt mit der Beklagten in Verbindung setzen werde. Um die Lieferung der restlichen 200 to des erwähnten Dé-blocagebans bat H. die Heimbachwerke. Sie lieferten diese Menge an die Klägerin. Die Beklagte lieferte statt der vorgesehenen 800 to nur 516 to, die die Klägerin in Reichsmark bezahlt hat. Die Klägerin hat vor der Währungsumstellung wiederholt Lieferung des Restes verlangt und begehrt mit der Klage Lieferung von 284 to 25er Schwemmsteinen. Sie meint, sie brauche dafür nichts zu bezahlen, die Beklagte sei in Verzug geraten, habe auch durch Vorenthaltung der Steine gegen § 1 Ziff 3 VRStVO verstossen und müsse daher den eingetretenen Schaden ersetzen, der darin bestehe, daß sie, die Klägerin, nunmehr die nicht erhaltenen Warenmenge in Deutscher Mark bezahlen müsse.

Die Beklagte meint, es fehle an einem Vertragsverhältnis, hilfsweise erhebt sie die Einrede des unerfüllten Vertrages und bestreitet, im Verzuge zu sein.

Das Landgericht bejaht Vertrag und verurteilt die Beklagte zur Erfüllung, verneint jedoch Verzug und eine sonstige Schadensersatzpflicht und hält die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen des vollen DMarkpreises für begründet. Das Berufungsgericht nimmt Verzug an, bemisst den Verzögerungsschaden auf 9/10 des DMarkpreises und ändert daher die vom Landgericht ausgesprochene

Zug-um-Zug-Verurteilung dahin ab, daß die Beklagte 284 to 25er Schwammsteine Zug um Zug gegen Zahlung von 1/10 der für Bahn- und Autoversand unterschiedlichen Markpreise zu liefern habe. Mit der Revision wehrt sich die Beklagte gegen diese Einschränkung; sie begehrt Aufhebung des Vorderurteils und Zurückweisung der Berufung, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Mit Recht nehmen Landgericht und Oberlandesgericht an, daß die Beklagte auf vertraglicher Grundlage zur Lieferung von 800 to Schwammsteinen verpflichtet war und dadurch die noch ausstehenden 284 to zu liefern hat.

1.) Die Revision meint, die Beklagte sei lediglich auf Grund obrigkeitlichen Befehls, nicht dagegen privatrechtlich, zur Leistung verpflichtet gewesen, die Klägerin habe die Lieferung nur durch öffentlich-rechtlichen Zwang der französischen Militärregierung oder ihres Sonderbeauftragten erreichen können; nachdem die Zwangsvorschriften aufgehoben seien und damit die Grundlage für den Bon de D[REDACTED] und die "Lieferungsanweisung" weggefallen sei, könne die Beklagte überhaupt nicht mehr in Anspruch genommen werden.

Sie verkennt dabei die rechtliche Bedeutung der Abgabe zwangsbewirtschafteter Waren. Die Warenabgabe kann zwar durch staatlichen Hoheitsakt veranlasst oder erzwungen werden, niemals aber selbst dem öffentlichen Recht angehören. Das hoheitliche Gebot kann nicht die Grundlage dafür abgeben, daß der Pflichtige ein Entgelt dafür beanspruchen kann. Auch die Erfüllungshandlung,

die Übereignung, kann hoheitlich zwar geboten, aber nicht durch eine Verwaltungsanordnung ersetzt werden; die Übereignung bleibt ein privates Rechtsgeschäft und soll, auch wenn befohlen oder staatlich erzwungen, gar nicht in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung, sondern unter Gleichgestellten, also privatrechtlich vollzogen werden. Selbst bei hoheitlich diktierten Verträgen ist das Ergebnis des Zwangseingriffs ein Vertrag, nur sein Zustandekommen vollzieht sich nicht nach bürgerlichrechtlichen Regeln; der Zwang zum Zustandekommen eines Privatrechtsgeschäfts ist der Grund für den Erlass derartiger Zwangseingriffe, während die Durchführung des einmal zwangsweise zustandegebrachten oder auf Grund hoheitlicher Anordnung zustandegekommenen Vertrages, dem daraus Berechtigten überlassen und die Möglichkeit zur Durchsetzung des Anspruchs mittels Klage und Zwangsvollstreckung durchaus bestehen bleiben kann. Durch die Anordnung, der Empfänger habe die Ware zu bezahlen, mag er zur Zahlung verpflichtet werden, der Abgeber gewinnt damit aber keinen Anspruch; ihn erhält er erst durch Abschluß eines Vertrages mit dem Bezugsberechtigten (OGHZ 2, 352; 2, 92 [97/98]; 4, 149 [152]; BGHZ 1, 75; BGE MDR 1951, 97).

Daß hier Zwangsanordnungen der Besatzungsmacht infrage stehen, rechtfertigt entgegen der Ansicht der Revision keinen Unterschied. Denn die Besatzungsmacht war so wenig wie jeder andere Hoheitsträger in der Lage, die Lieferungs- und Leistungsbeziehungen der Parteien in das Verhältnis von Über- und Unterordnung zu setzen und den

Parteien Ansprüche gegeneinander zu geben.

Ein Vertrag zwischen den Parteien kam dadurch zustande, daß die Klägerin die Berücksichtigung ihrer Bezugsberechtigung forderte und die Beklagte dem nachkam. Wenn sich die Beklagte freie Hand lassen wollte, so mußte sie, da sie öffentlichrechtlich zur Lieferung verpflichtet und der Abschluß eines Vertrages zur Durchführung dieser Verpflichtung entweder hoheitlich durch schlüssige Erklärung verlangt oder erforderlich war, sich äussern; sonst kam es durch Schweigen vor und bei der Lieferung zu einem Vertrage (OGHZ 2, 352/357). Mindestinhalt dieses Vertrages wurde, was dazu hoheitlich angeordnet war. Im übrigen war für den Parteiwillen Raum. Daß der Sonderbeauftragte der französischen Militärregierung den Preis festlegte und die Klausel: Abrechnung über die Firma Josef N. vorsah, hat nicht, wie die Revision meint, zur Folge, daß die Parteien zueinander in ein öffentlichrechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis traten (BGHZ 1, 75/78). Durch die teilweise Ausschaltung der Parteiwillkür wurde keine der Parteien über oder unter die andere gesetzt, sie standen sich vielmehr gleichberechtigt gegenüber und unterwarfen sich der Anordnung des Vertragsschlusses und den verlangten Bedingungen, wenn sie sich dem Bewirtschaftungszwang fügten und den erteilten öffentlichrechtlichen Auflagen nicht widersprachen (OGHZ 2, 352/357). Die Revision führt ihre Auffassung, daß es an einem Vertragsverhältnis fehle, selbst nicht folgerichtig durch. Sie sagt, auf der Grundlage der Bons de D. und der "Lieferungsanweisungen" des Sonderbeauftragten seien Realkontrakte

Über jede einzelne von der Militärregierung freigegebene Lieferung geschlossen worden. Die Revision verneint also nicht das Zustandekommen eines Vertrages überhaupt, sondern will ihn nur so qualifiziert wissen, daß keine Pflicht zur Lieferung der noch offenen 284 to besteht. Damit kann sie nicht gehört werden, da der Beklagten die Lieferung von 800 to aufgegeben war und sie sich mit der Klägerin eingelassen hat, ohne überhaupt oder der Menge wegen zu widersprechen. Auch aus dem Schreiben Z[REDACTED]'s vom 5. November 1947, der nach Erteilung der Déblocagebons angeblich ohne jede vorherige Rücksprache mit der Beklagten ihr kurzerhand mitteilte, ihr würden mehrere Waggons zur Ladung von Schwemmsteinen zugehen, es handle sich um die von [REDACTED] im Auftrage der Militärregierung aufgegebenen, kann nichts für die Ansicht der Revision hergeleitet werden. Gewiss würde in diesem Schreiben unter Verhältnissen ohne Bewirtschaftungszwang schlechterdings kein Vertragsangebot gesehen werden können; alsdann hätte es aber auch notwendigerweise anders lauten müssen. Unter den gegebenen Umständen aber enthielt es die Geltendmachung der der Klägerin erteilten Bezugsberechtigung und der der Beklagten gemachten Auflage. Da das Verhältnis der Parteien untereinander nicht auch noch ins öffentliche Recht verlagert zu werden brauchte und sollte und eine Beziehung der Parteien zueinander, wie ausgeführt, nur durch Vertrag geschaffen werden konnte, lag in dem Schreiben vom 5. November 1947, wenn ihm nichts vorausgegangen ist, der erste Schritt zur Herbeiführung eines Vertragsverhältnisses nach Maßgabe der von der Militärregierung und ihrem Sonderbeauftragten getroffenen Anordnungen.

2.) Die von der Revision aufgeworfene Frage, wie die Klägerin zu Gummireifen und zu dem Kompensationsgeschäft gekommen ist, berührt den Rechtsstreit nicht. Das Kompensationsgeschäft hat mit dem Parteivertrag nur insofern etwas zu tun, als es den Anlaß zu den von der französischen Militärregierung erteilten Freigaben von 4.000 to Schwammsteinen gab.

Unerheblich ist auch, ob für das Interzonen-Kompensationsgeschäft die Genehmigung der französischen Militärregierung und des rhein-pfälzischen Interzonenamts genügte oder ob auch noch die Genehmigung einer Stelle der Britischen Zone erforderlich war (vgl. das Senatsurteil vom 30. Mai 1951 II ZR 10/51). Denn, selbst wenn das Kompensationsgeschäft unwirksam war, so blieben doch davon die von der französischen Militärregierung erklärten Freigaben von 4.000 to Schwammsteinen und der Parteivertrag unberührt.

II. Auf Grund des Kaufvertrages hatte die Beklagte Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs 2 BGB), und zwar in Reichsmark. Für die bisher nicht gelieferten 284 to ist der Kaufpreis gemäß § 18 Abs 1 Ziff 2 UmstG in Verhältnis von 1 : 1 auf Deutsche Mark umzustellen. Der Klägerin steht jedoch in Höhe von 9/10 ihrer Kaufpreisschuld ein Schadensersatzanspruch aus Verzug zu, mit dem sie aufrechnen konnte und aufgerechnet hat. Die der Beklagten gemäß § 320 BGB zustehende und von ihr erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist darum nur in Höhe des von der Aufrechnung nicht verbrauchten Teiles ihres Kaufpreisanspruchs, also nur zu 1/10, berechtigt.

1.) Das Berufungsurteil stellt fest, daß seinerzeit, wie vor- und nachher, grundsätzlich nicht ab Werk, sondern frei Abgangstation geliefert worden sei. Die Revision will den vom Berufungsgericht festgestellten Handelsbrauch nur für normale Zeiten, nicht aber für die erschwerten Verhältnisse der Monate vor der Währungsumstellung gelten lassen. Sie erkennt, daß die Frage, ob ein Handelsbrauch besteht, auf tatsächlichem Gebiet liegt und darum in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen ist (Gadow in RGRK z HGB § 346 Anm 13; Dreit in Dür-Hach § 346 Anm 8; Hildebrandt in HGB Komm § 346 Anm 11; Stein-Jonas-Schönke § 549 II Abs 4; Baumbach HGB § 346 3 D; aA Rosenberg, Lehrb des Deutschen Zivilprozeßrechts § 140 III 1 a). Sie übersieht weiter, daß N. die Behauptung der Beklagten, seinerzeit seien Bimsbaustoffe grundsätzlich ab Fabrik geliefert worden, als unwahr bezeichnet hat. Da das Berufungsurteil den Handelsbrauch auch gerade für die anomalen Verhältnisse der Vorwährungszeit festgestellt hat, kann die Revision nicht damit gehört werden, er habe sich in dieser Zeit geändert.

§ 346 HGB, nach dem unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, bedeutet, daß derjenige, der sich einem Handelsbrauch nicht unterwerfen will, ihn ausdrücklich ausschliessen muß (RGZ 114, 12; JW 1926, 1325; Hildebrandt aaO § 346 Anm 9). Die Beklagte behauptet nicht, daß dies geschehen sei. Sie bestreitet lediglich die Behauptung der Klägerin, eine Versendungs-

pflicht vereinbart zu haben, und folgert hieraus, daß sie zur Versendung nicht verpflichtet sei. Hierzu kommt sie auch deshalb, weil sie den vom Berufungsrichter festgestellten Handelsbrauch verneint. Bei dieser Prozeßlage hätte gar nicht geprüft zu werden brauchen, ob die Parteien eine Versendungspflicht der Beklagten vereinbart haben. Aber selbst das stellt das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei fest. Die hiergegen erhobenen Angriffe der Revision sind unbeachtlich, weil es auf diese Feststellung nicht einmal ankam und es sich zudem um unzulässige Angriffe gegen die tatsächlichen Feststellungen handelt. Das gilt von der Erwägung der Revision, ein Fabrikant, der sich in den Monaten vor der Führungsumstellung zu grösseren Versendungen verpflichtet habe, sei entmündigungsreif gewesen. Daraus, daß Zeislmeir bekundet hat, ihm sei versichert worden, die Steine würden nach und nach von der Beklagten mit von der Bahnstation Neuwied (Sitz der Beklagten) zur Verfügung gestellten Waggons geliefert werden, konnte sehr wohl geschlossen werden, daß sich die Beklagte zur Versendung verpflichtet habe. Dies umsomehr, als unstreitig ist, daß die Beklagte die meisten Sendungen in von ihr beschafften Waggons vorgenommen hat. Wenn auch der Parteivertrag durch schlüssige Handlungen und nicht unter Verwendung von Worten wie Angebot und Annahme zustandegekommen ist, so ist das, wie ausgeführt, kein Zeichen dafür, daß überhaupt keine Vereinbarungen getroffen worden sind. Es ist auch nicht richtig, daß die Ankündigung im Schreiben Z. [REDACTED]'s vom 5. November 1947, der Klägerin gingen 4 - 5 Waggons zur Ladung

von 25er Steinen zu, es handle sich um die von [REDACTED] aufgegebenen, lediglich den Schluß zulasse, wenn die Klägerin ihrerseits Waggons schickte, aber eine Versendungspflicht der Beklagten gewünscht hätte, hätte sie das klar sagen müssen. Denn angesichts des festgestellten Handelsbrauchs war die Beklagte versendungspflichtig, und nur im Zusammenhalt hiermit war das Schreiben vom 5. November 1947 zu würdigen; wenn die Klägerin der Beklagten 4 - 5 Waggons zu schicken ankündigte, so konnte das, wie dies das Berufungsgericht getan hat, durchaus dahin ausgelegt werden, daß damit gesagt sei, wie eilbedürftig der Klägerin die Ausführung der Lieferungen sei, und nicht, daß die Klägerin der Beklagten die Versendung abnehmen wolle. Auch die Tatsache, daß die Beklagte sich um die Bestellung von Waggons gekümmert und ihrerseits die Versendung überwiegend vorgenommen hat, brauchte nicht, wie die Revision meint, als bloße Bereitwilligkeit aufgefasst zu werden, sondern konnte als Erfüllung übernommener Pflicht gewertet werden.

2.) Das Berufungsgericht stellt ferner fest, daß die Parteien einen bestimmten Liefertermin nicht vereinbart hätten. Das sei auch nicht möglich gewesen, da der Abtransport der Steine eine im Voraus nicht übersehbare Zeit habe in Anspruch nehmen müssen. Gleichwohl ergäbe Gesetz (§ 271 Abs 1 BGB) und Umstände des Falles sofortige Fälligkeit. Es habe sich um bezugsbeschränkte Ware gehandelt, die nur bei dringendem Bedarf freigegeben werde. Die Klägerin würde ohne dringenden Bedarf nicht Gummireifen geliefert haben. Der Beklagten sei, wie auf Grund der Aussage Z [REDACTED] festzustellen

sei, die Auflage erst erteilt worden, nachdem sie eine Anfrage R's, ob sie 500 to liefern könne, damit beantwortet habe, sie sei auch zur Lieferung von 800 to bereit.

Die Darlegung, ein bestimmter Liefertermin habe wegen der für den Abtransport ohnehin benötigten Zeitdauer und wegen der Unsicherheit, Transportraum zu bekommen, nicht vereinbart werden können, verträgt sich an sich nicht mit der Annahme sofortiger Fälligkeit. Gemeint hat aber das Berufungsgericht, daß die Beklagte hintereinander nach Maßgabe des verfügbaren und beschaffbaren Transportraums zu liefern gehabt habe, und das ist nicht zu beanstanden. Auf eine andere Beurteilung zielen auch die Revisionsangriffe nicht ab, es hätten der Bericht des Kleinjohann, die Ausserung des rhein-pfälzischen Interzonenamts und die Aussage R berücksichtigt werden müssen.

Soweit die Revision anderen Aussagen den Vorzug vor der Bekundung Z's geben will, bewegt sie sich zudem auf dem ihr nicht zugänglichen Gebiet der Beweiswürdigung. Abgesehen hiervon ergibt die von der Revision in den Vordergrund gestellte Aussage Weissenfels, daß die Beklagte 800 to auf Lager hatte und das Fehlen von Steinen nicht der Grund für die Nichtlieferung war. Im übrigen hat die Beklagte S 3 der Berufsbeantwortung vom 2. September 1950 selbst vorgetragen, sich gegenüber Nied bereit erklärt zu haben, über die zunächst vorgesehenen 500 to hinaus weitere 300 to aus dem Anlageprogramm zur Verfügung zu stellen. Für die Fälligkeitsfrage ist es darum auch unerheblich, daß

Die Verteilung der Lieferaufträge nach der aktengemässigen Kapazität der einzelnen Werke vorgenommen habe, hierdurch Schwierigkeiten entstanden sein sollen (Aussage Rath) und daß sich weitere Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Rohmaterialien und Hilfsstoffe sowie durch verkürzte und unzulänglich geleistete Arbeit ergeben hätten (Bericht Kl.).

3.) Das Berufungsgericht stellt weiter fest, daß die Beklagte nicht jede Transportmöglichkeit ausgenutzt und sich auch nicht ausreichend um die Versendung bemüht habe. Das letztere erklärt sich ohne weiteres aus der Tatsache, daß die Beklagte die Versendung nicht als ihre Aufgabe angesehen hat. Es ist unstreitig, daß Befragte der Klägerin etwa 15 - 20 mal zur Beklagten gefahren sind und Lieferung verlangt haben, Mit Recht vertritt das Berufungsgericht den Standpunkt, daß zur Mahnung keine Fristsetzung und nicht die Ankündigung bestimmter Folgen gehört. Nötig ist nur eine eindeutige Leistungsaufforderung und daß erkennbar wird, daß das Ausbleiben der Leistung Folgen haben werde (RGZ 93, 300). Daß die Beklagte habe erkennen können, daß die Klägerin in der Nichtlieferung eine Pflichtwidrigkeit erblicke, stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest; es führt noch aus, hierüber habe die Beklagte angesichts der Dringlichkeit der Leistungsaufforderungen und ihrer laufenden Wiederholung nicht im Unklaren sein können. Bei einer Mahnung braucht auf ihre Folgen nicht hingewiesen zu werden (Lehmann-Enneccerus § 51 II 2); sie ergeben sich aus dem Gesetz. Daß das Berufungsgericht das mehrfache Lieferungsverlangen in Abweichung

vom Landgericht nicht als ein unbestimmtes Drängen auf Lieferung angesehen hat, war eine mögliche Beurteilung, die einer anderen tatsächlichen Würdigung durch das Revisionsgericht nicht zugänglich ist, im übrigen aber auch der Sachlage entspricht. Der Umstand, daß die ganze Lenge nicht auf einmal versandt werden konnte, steht rechtlich der Annahme einer Mahnung nicht entgegen (RGZ 97, 133 [137]).

4.) Nach § 285 BGB hatte die Beklagte zu beweisen, daß ihre Leistung infolge eines Umstandes unterblieb, den sie nicht zu vertreten hat. Das Berufungsgericht hätte sich daher damit begnügen können, daß die Beklagte diesen Beweis nicht erbracht hat. Wenn es jedoch positiv für bewiesen erachtet hat, daß die Beklagte in mehrfacher Hinsicht ein Verschulden trifft, so kann die Revision mit ihren hiergegen gerichteten Angriffen nicht gehört werden, ganz abgesehen davon, daß auch diese Angriffe sich ausschließlich auf tatsächlichem Gebiet bewegen. Das Berufungsgericht verweist für die getroffene Schuldfeststellung folgendes: Die Klägerin habe der Beklagten - das ist unstreitig - 4 ordnungsmässig beschriftete Pendelwaggons zugeleitet; davon seien jedoch nur zwei und auch diese nur zweimal zwischen Neuwied und Köln gelaufen. Eine Erklärung hierfür liessen die Aussagen der Angestellten der Beklagten vermissen. Weder der Prokurist noch der Transportleiter der Beklagten habe die Pendelwaggons je gesehen. Das zeuge davon, daß die Abwicklung des Geschäfts, insbesondere der Transportfrage, nicht mit der gehörigen Aufmerksamkeit gehandhabt worden sei. Ausser den 4 be-

schrifteten Pendelwaggons habe die Klägerin 4 unbeschriftete Waggons gestellt, für die der Transportleiter der Beklagten, Me[REDACTED], die Begleitpapiere in die Hand bekommen habe. Von den von der Klägerin gestellten Waggons habe die Beklagte - gleichfalls unstreitig - welche nach Königswinter laufen lassen; wenn es sich dabei auch um die unbeschrifteten Waggons gehandelt haben möge, so habe Me[REDACTED] ihre Bestimmung doch aus den erhaltenen Frachtpriefen ersehen können. Habe es sich aber um beschriftete Waggons gehandelt, so läge ein Verschulden von Leuten der Beklagten darin, daß sie die Beschriftung nicht beachtet hätten. Die Klägerin habe auch Lastzüge eingesetzt. Diese seien - auch das ist unstreitig - wenigstens ein- oder zweimal unverrichteter Dinge zurückgeschickt worden. Die dafür vom Prokuristen der Beklagten, We[REDACTED], gegebene Erklärung, es könne sich nur darum gehandelt haben, daß die Lastzüge nach Geschäftsschluß gekommen seien oder einen Abholausweis auf ein anderes Steinmaß gehabt hätten, könne nicht voll befriedigen. Wenn die Klägerin Transportraum gestellt habe, so hätte von der Beklagten erwartet werden müssen, alle der Beladung entgegenstehenden Hindernisse zu beheben, sie habe aber nicht Transportraum leer zurückgehen lassen dürfen. Hierzu habe die Schwierigkeit der Transportraumerlangung und der Umstand besonderen Anlaß gegeben, daß die Erklärung der Beklagten, sie könne auch 800 to liefern, zu dem hohen, ihr auferlegten Liefersoll geführt habe. Soweit diese Erklärung die Ursache für die Verzögerung

von Lieferung und Versendung sei, sei sie leichtfertig abgegeben worden, und auch insoweit hafte die Beklagte für ein Verschulden ihrer Leute. Ob die Klägerin eine Verpflichtung übernommen habe, am Abtransport der Steine mitzuhelfen, könne dahingestellt bleiben, da sie ein etwaiges Mithilfeversprechen tatsächlich erfüllt habe. Die Behauptung der Beklagten, die Lieferungsverzögerung sei darauf zurückzuführen, daß die Klägerin statt 25er Blöcken 30er Steine erbeten habe, sei unerheblich, da nach ihren eigenen Angaben die 30er Blöcke geliefert worden seien und nur die Lieferung 25er Blöcke offengeblieben sei. Es sei aber nicht einmal richtig, daß die Klägerin die Lieferung von 30er Blöcken verlangt habe. Die Klägerin habe vielmehr jedes Steinmaß genommen, das sie hätte bekommen können. Die Beklagte habe alle übrigen ihr vom Sonderbeauftragten erteilten Auflagen erfüllt und auch die gegenüber der Klägerin schuldig gebliebenen 284 to liefern können, da sie mehr als diese Menge 25er Steine bei der Währungsumstellung auf Lager gehabt habe. Der tiefere Grund für diesen Rückstand sei darin zu finden, daß die Beklagte im Jahre 1948 ~~überholt~~ gekommen sei, daß die Klägerin mit Reifen kompensiert habe, und nun ihrerseits Reifen für einen PKW ihres Inhabers hätte haben wollen, was sie jedoch nicht erreicht habe.

In diesen tatsächlichen Feststellungen ist ein Rechtsfehler nicht zu erkennen. Was die Revision hiergegen vorbringt, ist eine andere Beurteilung von Zeugnisaussagen, die Verlagerung des Schwerpunkts auf andere als die vom Berufungsgericht in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkte und der Vorwurf unrichtiger Würdigung

der Beweisaufnahme. Dem allen ist die Revisionsinstanz verschlossen.

5.) Zu Unrecht meint die Revision schließlich, es sei nicht dargetan, in welchem Umfang die Lieferung der Beklagten durch deren Pflichtverstösse verzögert worden und welcher Schaden gerade hierdurch entstanden sei. Mehr als die Tatsache, daß die Beklagte 284 to bis zur Währungs-umstellung nicht geliefert hat, und der Umstand, daß diese Warenmenge von der Klägerin nun voll in DMark hätte bezahlt werden müssen, waren zur Annahme eines Verzögerungsschadens nicht erforderlich.

6.) Der Einwand der Beklagten, wenn überhaupt, könnte die Klägerin nur 50er Steine verlangen, scheitert an der Feststellung, daß 25er Steine geliefert werden sollten und es zu der von der Beklagten behaupteten Vertragsänderung nicht gekommen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter Dr. Drost Dr. Laidinger

Dr. Fischer Dr. Kuhn