

2368 061

Sp

II ZR 49/52

V e r k ü n d e t
am 15. November 1952

Jodas, 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 B [REDACTED] und C [REDACTED], Holzgroßhandlung,
in M [REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Hubert L [REDACTED], Holzhandlung, in M [REDACTED],
B [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. November 1952 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrich-
ter Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Haidinger und Artl
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des I. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
vom 14. Dezember 1951 wird unter Abänderung der Kö-
stenentscheidung des Berufungsurteils mit der Maßgabe
zurückgewiesen, daß die Klägerin die Mehrkosten zu
tragen hat, die durch Anrufung des unzuständigen Amts-
gerichts in Münster entstanden sind.

Die Kosten der Revision werden der Beklagten auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Holzgroßhandlung in M■■■■■, macht geltend, daß sie mit der Beklagten, einer Holzgroßhandlung in M■■■■■ im Januar 1950 einen Vertrag über die Lieferung von 1.500 fm Fichten- Grubenholz, 2 m lang, verschiedener Stärke, zu einem Preise von 40,50 DM je fm abgeschlossen habe und verlangt von der Beklagten wegen Nichtlieferung des Holzes nach Fristsetzung gemäß § 326 BGB Schadensersatz. Sie hat einen Teilbetrag ihres Schadens mit 2.000 DM nebst Zinsen eingeklagt, den sie in Höhe eines Verdienstaufschlags von mindestens netto 4,05 DM pro fm errechnet hat. Die Beklagte bestreitet das Zustandekommen eines Vertrages und beruft sich auf einen Vorbehalt, daß sie die Ware auch anderweitig angeboten habe, sowie darauf, daß der Lieferant die der Klägerin angebotene Ware ohne ihr Vorwissen anderweit verkauft habe. Sie stellt in Abrede, daß der Klägerin ein Schaden entstanden sei. Beide Parteien beziehen sich für ihre entgegengesetzten Auffassungen über den Abschluß des Kaufvertrages auf den geführten Schriftwechsel vom 22. Dezember 1949 bis 20. Februar 1950.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurteilt und die im Wege der Anschlußberufung erhobene Widerklage der Beklagten, mit der sie Feststellung begehrt, daß der Klägerin kein die Klageforderung übersteigender Anspruch auf Ersatz eines weiteren Schadens von 4.075,-- DM zustehe, abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage und ihre Widerklage weiter.

- 3 -

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin hat in einem Zeitungsinserat Nadelgrubenholz zu kaufen gesucht. Die Beklagte bot ihr darauf mit Schreiben vom 22. Dezember 1949 ca 1.500 fm Fichtenpfähle näher angegebener Beschaffenheit zum Preise von 40,50 DM pro fm frei Ruhrzeche an und bat die Klägerin, falls sie an diesem Angebot Interesse habe, um umgehende Nachricht, da sie diese Ware auch anderweitig angeboten habe. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 29. Dezember 1949, daß sie das Angebot annehme, stellte jedoch in diesem Schreiben weitere Bedingungen, insbesondere hinsichtlich der Sortierung, und bat darum, die 6 und 7 cm starken Stempel auf 1,85 m umzuschneiden. Die Beklagte machte der Klägerin darauf mit Schreiben vom 4. Januar 1950 Gegenvorschläge und bat die Klägerin um Zusendung der Versandpapiere, falls sie mit den Vorschlägen der Beklagten einig sei. In ihrer Antwort vom 6. Januar 1950 erklärte sich die Klägerin damit einverstanden, daß das Ablängen der Stempel von 2 m auf 1,85 m unterblieb und gab der Beklagten eine näher formulierte Kaufbestätigung, die mit den Worten schloß:

"Ich nehme an, daß Sie mit meiner Bestätigung in allen Fällen einverstanden sind und sehe der Aufnahme des Versandes gerne entgegen."

Zu dem Punkt Lieferzeit heißt es in dieser Kaufbestätigung:

"möglichst sofort beginnen, Auslieferung in 2 bis 3 Monaten ab heutigem Datum gerechnet."

Sämtliches Holz sollte an die Zeche Wilhelmine M [REDACTED] Station Trompet, gehen. Hierfür legte die Klägerin ihrem Schreiben zunächst 20 Frachtbriefe bei. Die Beklagte wies darauf mit Schreiben vom 11. Januar 1950 auf eine Unstimmigkeit bei der von der Klägerin gewählten Bezeichnung des



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Holzes als "sauber geschält" hin und bat außerdem um Übernahme einer von der Beklagten nicht einkalkulierten Frachtdifferenz für ca 50 km. Mit Schreiben vom 14. Januar 1950 erklärte sich die Klägerin mit den neuen Vorschlägen einverstanden und bat um kurze Mitteilung, wann die Beklagte mit der Lieferung einsetze, nachdem nun alle Zweifelsfragen geklärt sein dürften. Die Beklagte teilte dann der Klägerin mit Schreiben vom 30. Januar 1950 mit, daß sie den Abschluß nicht bestätigen könne, da die gesamte Partie der in Rede stehenden Fichtenpfähle von ihrem Lieferanten im gleichen Augenblick weiter verkauft worden sei, als das Schreiben der Klägerin vom 6. Januar 1950 bei ihr eingegangen sei. Sie habe versucht, den Verkauf des Lieferanten rückgängig zu machen, was ihr nicht möglich gewesen sei. Später teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß sie von der Verfügung ihres Lieferanten über die Ware am 12. Januar 1950 Kenntnis erhalten habe. Die Klägerin bestand in ihrem Schreiben vom 6. Februar 1950 auf Erfüllung des Abschlusses und setzte der Beklagten eine Nachfrist bis zum 20. Februar 1950 mit der Aufforderung, mit der Lieferung zu beginnen und mit der Erklärung, daß sie andernfalls nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne.

Das Berufungsgericht legt den Schriftwechsel dahin aus, daß der Holzlieferungsvertrag mit dem Eingang des Schreibens der Klägerin vom 14. Januar 1950 zustande gekommen sei. Die Beklagte habe in ihrem Angebot vom 22. Dezember 1949 die Fichtenpfähle freibleibend angeboten. Wegen dieses Vorbehalts habe dieses Angebot rechtlich nur die Bedeutung einer Aufforderung an die Klägerin zur Stellung eines Vertragsantrages. Das Antwortschreiben der Klägerin gelte deshalb als Vertragsantrag. Der weitere Schriftwechsel ergebe, daß sich die Parteien über alle Punkte des

Vertrages einig geworden seien. Freibleibend gewollt sei nur das Angebot, nicht aber auch der Abschluß, die Beklagte habe sich nur für ihre Annahmeerklärung die Verfügungsfreiheit vorbehalten wollen. Selbst wenn sich die Beklagte durch die Klausel den Vertragsrücktritt oder eine auflösende Bedingung vorbehalten hätte, so wäre der spätere Weiterverkauf des Holzes durch den Lieferanten der Beklagten unbeachtlich; die Klägerin hätte die Klausel nur dahin verstehen können, daß sich die Beklagte vorbehalten wolle, das Holz selbst an einen der Interessenten, dem sie es angeboten hatte, zu verkaufen.

Die Revision ist mit dem Berufungsgericht darin einig, daß das Schreiben der Beklagten vom 22. Dezember 1949 rechtlich nur die Bedeutung einer Aufforderung zur Stellung eines Vertragsantrages hatte und daß somit das Antwortschreiben der Klägerin vom 29. Dezember 1949 in Wirklichkeit der erste Vertragsantrag war. Sie meint aber, das Berufungsgericht übersehe in seinen weiteren Ausführungen, daß die dem ersten Schreiben der Beklagten vom 22. Dezember 1949 ausdrücklich zugefügte Ausschließung der Bindung allen weiteren Erklärungen der Beklagten ohne weiteres zugrunde läge und diese Erklärungen mindestens solange beherrscht habe, bis ein Vertrag zustande gekommen wäre. Der durch die anschließende Korrespondenz geschaffene Schwebezustand habe aber nur durch eine Annahme- oder Ablehnungserklärung der Beklagten sein Ende erreichen können.

Die Revision will hiernach offensichtlich auch die Schreiben der Beklagten vom 4. und 11. Januar 1950 als Aufforderungen zur Abgabe eines Vertragsantrages gewertet wissen und meint, ein Vertrag sei solange nicht zustande gekommen, als die Beklagte einer auf ihre eigenen Schreiben

zu erwartenden Äußerung der Klägerin nicht zugestimmt habe.

Die Revision geht mit dieser Auffassung jedoch an dem Inhalt der beiden Schreiben vorbei. Die Beklagte hat der Klägerin in dem Schreiben vom 4. Januar einen Gegenvorschlag gemacht. Dieser bedeutete rechtlich die Ablehnung des Angebots vom 29. Dezember 1949, enthielt aber gleichzeitig ein Angebot der Beklagten, das durch eine Annahmeerklärung der Klägerin zum Vertragsschluß führen konnte. Das ergibt sich insbesondere aus dem Schlußsatz:

"wir bitten Sie also nun umgehend nochmals um Ihre Stellungnahme zu unseren vorstehenden Gegenvorschlägen und falls Sie mit uns einig gehen, um Zusendung der Versandpapiere."

Mit der Bitte um Zusendung der Versandpapiere brachte die Beklagte zum Ausdruck, daß der Vertrag zustande kommen solle, wenn die Klägerin mit der Beklagten "einig gehe", also diese den Gegenvorschlag annehme. Damit ist unvereinbar, in dem Schreiben vom 4. Januar 1950 noch die Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots zu erblicken. Noch weniger kann eine solche Aufforderung in dem Schreiben der Beklagten vom 11. Januar 1950 gesehen werden. Es handelte sich hier um Vertragsangebote der Beklagten selbst, die nur der Annahme durch die Klägerin bedurften. Dabei kann es hier dahingestellt bleiben, ob der Vorbehalt des Zwischenverkaufs zugunsten der Beklagten bis zur Annahme seitens der Klägerin noch fortbestand. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob schon das Schreiben der Klägerin vom 6. Januar 1950 zu einem Vertragsschluß geführt hat. Die Klägerin hat zwar mit diesem Schreiben das Angebot der Beklagten uneingeschränkt annehmen wollen, wie sich aus dem Inhalt und der Beifügung von 20 Frachtbriefen ergibt. Da jedoch die Beklagte in ihrer Antwort vom 11. Januar 1950

die von der Klägerin in der Kaufbestätigung gewählte Qualitätsbezeichnung "sauber geschält" mit dem Hinweis beanstandet hat, daß sie selbst in ihrem Angebot nur von "ent-rindetem Holz" gesprochen habe, und außerdem um Übernahme einer Frachtdifferenz, mit der sie nicht gerechnet habe, gebeten hat, bleiben Zweifel offen, ob das Schreiben der Klägerin vom 6. Januar schon als Annahme der Gegenvor-schläge der Beklagten vom 4. Januar gewertet werden kann. Jedenfalls bildete aber das Schreiben der Beklagten vom 11. Januar, das nur eine Wiederholung des Angebots vom 4. Januar mit einer Änderung in diesen zwei Punkten enthält, ein neues annahmefähiges Angebot der Beklagten. Dieses An-gebot hat die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 14. Januar angenommen. Die Feststellung des Berufungsgerichts über das Zustandekommen eines verbindlichen Vertrages ist des-halb im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Dem Berufungsgericht ist auch darin beizutreten, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 22. Dezember lediglich gefordert hat, daß die Klägerin sich mit Rücksicht auf an-dere Interessenten umgehend entschließen müsse, und daß dieser Aufforderung nicht die weitgehende Bedeutung beizu-messen sei, daß die Klägerin auch nach Vertragsschluß zum Rücktritt berechtigt sein solle.

Auch dann, wenn der Beklagten zugestanden werden kann, daß, wenn auch ihre Schreiben vom 4. und 11. Januar 1950 zwar nicht mehr als bloße Aufforderungen an die Klägerin zur Abgabe eines Angebots, sondern als eigene verbindliche Angebote anzusehen sind, doch noch der Vorbehalt des Zwi-schenverkaufs fortgewirkt habe, so würde ihre Verpflichtung zur Lieferung des Holzes nicht entfallen sein. Denn der Vor-behalt hätte Wirkungen nur äußern können bis zur Annahme des

Angebots der Beklagten durch die Klägerin. Diese Annahme erfolgte mit dem Zugang des klägerischen Schreibens vom 14. Januar 1950 bei der Beklagten. Die Beklagte wußte nach ihrer eigenen Angabe bereits am 12. Januar 1950, daß das von ihr angebotene Holz weiter verkauft war. Es kann unerörtert bleiben, ob sie nunmehr nicht sofort der Klägerin hätte Nachricht geben und ihr Verkaufsangebot zurücknehmen müssen. Auf alle Fälle hätte sie dies unverzüglich nach Eingang des Schreibens der Klägerin vom 14. Januar 1950 tun müssen und nicht bis zum 30. Januar 1950 schweigen dürfen. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß der Antragende auch bei einer freibleibenden Offerte die Pflicht habe, sich nach Eingang der Bestellung unverzüglich zu erklären, sonst gelte die Bestellung als angenommen (RGZ 102 S. 227 [230]; JW 1921 S. 393 Nr. 2; 1923 S. 118). Gilt dieser Grundsatz schon dann, wenn es sich um den auf Grund freibleibender Aufforderung von seiten des Empfängers abgegebenen Kaufantrag handelt, so muß er erst recht dann durchgreifen, wenn, wie hier, unter den Parteien Verhandlungen bereits stattgefunden haben und die Verkäuferin selbst Vertragsangebote gemacht hat. Treu und Glauben im kaufmännischen Verkehr forderten, daß die Beklagte, wenn ihr der Zwischenverkauf überhaupt noch vorbehalten war, die Klägerin unverzüglich darüber aufgeklärt hätte, daß die Annahme durch die Klägerin wegen des inzwischen erfolgten Verkaufs zu spät gekommen wäre und keine Wirkung mehr hätte äußern können. Schwieg die Beklagte aber, so muß sie die Annahme durch die Klägerin gegen sich gelten und sich so behandeln lassen, als habe ein Zwischenverkauf nicht stattgefunden. Ihr Schweigen kann sie nicht damit rechtfertigen, daß sie sich in der Zwischenzeit bemüht habe, ihren Lieferanten zur Rückgängigmachung des Weiterverkaufs zu bewegen, da der Klägerin hiervon nichts bekannt geworden war.

II. Die Revision wendet sich ferner gegen die Art und Weise, in der das Berufungsgericht den der Klägerin zu ersetzenden Schaden bestimmt hat. Sie ist der Auffassung, daß für die von der Klägerin vorgenommene abstrakte Berechnung nicht der Marktpreis für "Grubenstempel" hätte ermittelt werden dürfen, sondern ein Marktpreis für "Fichtenpfähle", die Gegenstand des Angebots der Beklagten gewesen seien. Dieser sei um 4 bis 4,50 DM niedriger gewesen als der Verkaufspreis der Grubenstempel, der in der vom Gericht eingeholten Auskunft des Fachverbandes für Grubenholz e.V. vom 4. Oktober 1951 mit 46,59 bis 46,05 DM pro fm zutreffend angegeben worden sei. Dabei geht die Revision, wie dem von ihr in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten in der Berufungsinanz entnommen werden muß, davon aus, daß die in der Auskunft des Fachverbandes zugrunde gelegten Grubenstempel eine Stärke ab 8,5 cm Durchmesser und aufwärts aufweisen müssen, während gewöhnliche Fichtenpfähle einen mittleren Durchmesser von 7 cm und nur in den Spitzen einen solchen von 8 cm und darüber aufwiesen. Zum Beweise dafür, daß gewöhnliche Fichtenpfähle in der von der Beklagten zum Verkauf angebotenen Qualität um 4 bis 4,50 DM billiger gehandelt worden seien als Grubenstempel der besonderen Qualität mit einem Mindestdurchmesser von 8,5 cm und darüber, hat sich die Beklagte beim Berufungsgericht auf ein zu erholendes Gutachten des Bayerischen Nutzholzverbandes in München berufen.

Zu Unrecht rügt die Revision im Rahmen des § 286 ZPO, daß sich das Berufungsgericht mit diesem Vorbringen nicht auseinandergesetzt habe. Gegenüber der im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Behauptung der Beklagten, daß Fichtenpfähle um 4 bis 4,50 DM billiger seien als Grubenstempel, stellt das Berufungsgericht unter Auslegung des

Briefwechsels fest, daß Gegenstand des Kaufvertrages die Lieferung von Grubenstempeln war. Diese Feststellung ist nicht aktenwidrig und beruht auch nicht auf einem sonstigen erkennbaren Rechtsverstoß. Auf Grund des Inserats der Klägerin, in dem diese "Nadelgrubenholz, 2 m lang, auch aus Faserholzbeständen, 8/18 cm Durchmesser" zu kaufen suchte, hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 22. Dezember 1949 "ca 1.500 fm Fichtenpfähle aus dem diesjährigen Einschlag, durchwegs 2 m lang, sauber entrindet und an beiden Enden scharf abgeschnitten, davon 50 % 8 bis 9 cm Mittendurchmesser, die übrigen 50 % in der Hauptsache 7 cm stark" angeboten. Die weitere Korrespondenz ergibt, daß die letztgenannte schwächere Hälfte 6 bis 7 cm stark sein sollte. Auch diese Sorte fällt, wie dem Berufungsurteil zu entnehmen ist, unter den handelsgebräuchlichen Begriff Grubenstempel. Die Beklagte selbst bezeichnet in ihrem Schreiben vom 4. Januar das angebotene Holz als Fichtenstempel. Darauf benennt die Klägerin in ihrer Bestätigung vom 6. Januar dieses Holz als "Fichten- Grubenstempel", die Beklagte wiederum in ihrem Schreiben vom 11. Januar als "Grubenstempel". Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß die Beklagte der Klägerin Grubenholz, und zwar Fichtengrubenstempel verkauft hat. Das Berufungsgericht entnimmt hierzu den Bestimmungen über die Ausformung, Messung und Sortenbildung des Holzes in den deutschen Forsten (Holzmessanweisung - Homa -) vom 1. April 1936 (Ziff 39 b) und den Bayerischen Ergänzungsbestimmungen zur "Reichshoma", nämlich der Bekanntmachung des bayerischen Ministerpräsidenten, Landesforstverwaltung vom 27. September 1936 Nr F 8149, über die Ausformung, Messung und Sortenbildung des Holzes in den deutschen Forsten (39 b), daß die angebotenen Fichtenpfähle den in die-

sen Vorschriften aufgestellten Erfordernissen für Grubenstempel entsprachen. Danach ist Grubenkurzholz (Stempel) in Stempellänge geschnittenes Grubenholz, das nach den bayerischen Bestimmungen nach zwei Klassen ausgeschieden werden kann; die schwächere Klasse B: "5 bis 7 cm Durchmesser m.R. am schwächeren Ende, je nach Vereinbarung auch weniger". Die von der Beklagten selbst gewählte Bezeichnung des Kaufgegenstandes als "Fichtenstempel" (gleichbedeutend mit Fichtengrubenkurzholz) und "Grubenstempel" steht sonach mit der Holzmessanweisung und dem vom Berufsgericht festgestellten Kaufgegenstand "Grubenstempel" im Einklang.

Ein anderer Handelsbrauch ergibt sich auch nicht aus der von der Beklagten vorgelegten Druckschrift "Gebräuche im Grubenholz- Handelsverkehr", herausgegeben vom Fachverband Grubenholz e.V. Gladbeck i. Westf. im November 1950, nach deren Begriffsbestimmung im § 18 unter Stempel (Grubenkurzholz) in bestimmte Längen und Stärken für den Grubenausbau zugeschnittene Rundhölzer, Nadelhölzer ohne Rinde, verstanden und in § 19 als Knüppel (auch Spitzenknüppel genannt) dünne Rundhölzer in bestimmten Längen und Stärkegruppen, im allgemeinen bei Nadelholz von 5 bis 8 cm Mittendurchmesser, bezeichnet werden. Denn in beiden Begriffsbestimmungen und den sie ergänzenden Angaben über Beschaffenheit und Vermessung ist nicht gesagt, daß unter Grubenstempeln immer nur eine Stärke von über 7 oder 8 cm zu verstehen sei.

Die Auskunft des Fachverbandes bezieht sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nur auf Stärken ab 8,5 cm Durchmesser. Dies ergibt ein Vergleich, mit dem ihr zugrunde liegenden Beweisbeschuß vom 28. September 1951,

nach der die Auskunft des Fachverbandes sich auf die Behauptung der Klägerin zu erstrecken hatte, "daß der Durchschnittseinkaufspreis für Nadelgrubenholz, 2 m lang Mittendurchmesser 8 bis 9 cm und 6 bis 7 cm, frei Zeche Ruhrgebiet im Januar und Februar 1950 45,-- bis 47,-- DM betragen hat."

Nach der Auskunft des Fachverbandes hat der Verkaufspreis für Grubenstempel ab Zechenmagazin im gewogenen Mittel DM 49,49 je fm betragen. Bei Einkäufen der Zechenlieferanten von Zulieferern - als letzterer sei die Beklagte zu betrachten - sei ein Abschlag vom Zechenpreis üblich und erforderlich, aus dem der Zechenlieferant seine Zechenlagerkosten, seine anteiligen Generalunkosten und den Bruttoverdienst decken müsse. Dieser Abschlag dürfte in der fraglichen Zeit DM 3 bis 3,50 je fm betragen haben. Diese Berechnung hat die Revision, abgesehen von ihrem oben erörterten grundsätzlichen Einwand, daß die Auskunft sich nicht auf Fichtenpfähle beziehe, nicht beanstandet. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Marktpreis für Grubenstempel habe bei Einkäufen der Zechenlieferanten von Zulieferern durchschnittlich 46,59 bis 46,05 DM betragen, ist einwandfrei, sie trägt auch die Feststellung, daß die Klägerin nach der abstrakten Berechnung mindestens einen Schaden von 6.075,-- DM geltend machen könne. Es bedarf infolgedessen keiner Erörterung, ob die Klägerin der Berechnung ihres abstrakten Schadens nicht nur den für ihre Einkäufe geltenden Marktpreis, sondern den Marktpreis für Verkäufe der Zechenlieferanten hätte zugrunde legen können.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Beweisantritt der Beklagten für die Behauptung, daß für das schwächere Holz ein um 4 bis 4,50 DM niedrigerer Preis

anzunehmen sei, nicht berücksichtigt, kann keinen Erfolg haben. Die Beklagte ist bei ihren Angriffen gegen die Auskunft des Fachverbandes von der ersichtlich unrichtigen Annahme ausgegangen, daß diese Auskunft nur für Grubenstempel mit einer Stärke von 8,5 cm Mittendurchmesser aufwärts gelte. Es lag zudem im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es die Auskunft des Fachverbandes als ausreichend ansah. Über den Marktpreis für Verkäufe der Klägerin und auch für deren Einkäufe war der Fachverband als ausreichend sachkundige Stelle und dessen Geschäftsführer, der die Auskunft gezeichnet hat, als Gutachter anzusehen, der die Beweisfrage beantworten konnte. Unter diesen Umständen liegt in der Ablehnung, ein weiteres Gutachten beizuziehen, kein verfahrensrechtlicher Verstoß.

Nach § 252 Satz 2 BGB ist die Klägerin berechtigt, Schadensersatz in Höhe des ihr entgangenen Gewinns zu verlangen, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, d.h. sie konnte als Schadensersatz wegen Nichtlieferung den Überschuß des Marktpreises als abstrakt entgangenen Gewinn fordern, brauchte also keinen Deckungskauf vorzunehmen (RG LZ 09, 322⁴; BGH NJW 51, 918). Unbeachtlich ist deshalb der Einwand, die Klägerin hätte sich anderweit zu gleich niedrigen Preisen eindecken und damit die Nichtlieferung der Beklagten ausgleichen können. Dieser unter dem Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens nach § 254 Abs 2 BGB zu beurteilende Einwand steht dem Verkäufer grundsätzlich nicht zu. Dem Käufer kann, wie das Reichsgericht in gefestigter Rechtsprechung wiederholt betont hat, ein Deckungskauf nur unter besonderen Umständen angesonnen werden (RG JW 1910, 613 Nr 4; LeipZ 09, 143¹⁹). Sie sind nicht schon in der Behauptung zu finden,

daß seinerzeit Grubenholz entsprechender Art zu dem mit der Beklagten vereinbarten Preis auf dem Markt zu haben gewesen sei. Ob etwas anderes anzunehmen ist, wenn der Verkäufer selbst dem Käufer die Gelegenheit zu einem Deckungskauf nachweist (so Staub-Pinner HGB Anm 61 Anh zu § 374), kann dahingestellt bleiben. Denn die Beklagte hat der Klägerin in ihrem Schreiben vom 30. Januar ein bestimmtes Deckungsangebot nicht unterbreitet, sondern lediglich mitgeteilt, daß sich in ca vier Wochen wieder eine ähnliche Partie Pfähle angesammelt haben und dann für die Lieferung in Frage kommen werde, und in ihrem Schreiben vom 20. Februar 1950 darauf hingewiesen, daß sie die Klägerin bei nächster Gelegenheit berücksichtigen werde, mehr aber nicht tun könne. Auf diese unbestimmte Möglichkeit brauchte sich die Klägerin nicht einzurichten.

Ist hiernach die Schadensersatzforderung der Klägerin nach der sog. abstrakten Berechnung rechtlich einwandfrei ermittelt und festgestellt, so kommt es nicht mehr darauf an, ob auch die konkrete Schadensberechnung zutrifft, auf die sich die Klägerin, was ihr freistand, zur Begründung der Klage außerdem gestützt hat.

Die Revision erweist sich hiernach als unbegründet. Die Kostenentscheidung des Berufungsurteils war jedoch auf Grund des § 276 Abs 3 Satz 2 ZPO dahin abzuändern, daß die Klägerin die Mehrkosten zu tragen hat, die durch Anrufung des örtlich unzuständigen Amtsgerichts im Mahnverfahren entstanden sind. Mit dieser Maßgabe war daher die Revision zurückzuweisen. Die Kosten der Revisions-

instanz fallen der Beklagten nach § 97 ZPO zur Last.

Dr. Canter Dr. Drost Dr. Selowsky

Dr. Haidinger Artl