

gündet am 12. Juli 1955
g, Justizangestellter
s Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Niederelbisches Schiffahrtskontor Otto H [REDACTED],
H [REDACTED], S [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlussrevisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Bau-
behörde - Tiefbauamt - Hauptabteilung Aufräumung, Hamburg 4,
E [REDACTED] T [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Anschlussrevisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. Juli 1955 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr.h.c. Wilde, Dr.Bock, Dr.Nastelski, Dr.Christoph
und Dr.Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision
der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des
Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 29.Mai
1953 werden unter Aufhebung der Kostenentscheidung
dieses Urteils zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelzüge werden zu drei Vier-
teln der Klägerin und zu einem Viertel der Beklagten
auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch zwei im September 1948 geschlossene Verträge übertrug die Beklagte der Klägerin den Schuttumschlag an der Fähre VII im Hamburger Hafen und den Abtransport von Trümmerschutt mittels Klappschuten. Die Beklagte kündigte diese Verträge auf Ende Oktober bzw. Ende November 1949 (Schreiben vom 15. September und 22. Oktober 1949, Anlagen 9 und 5, Bl 18 und 14 GA). Die Klägerin fordert von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen aus diesen Verträgen.

I. Nach dem Vertrag vom 17. September 1948 (Anlage 1, Bl 8 GA) hatte die Klägerin den Schuttumschlag mittels Kran bzw. Spute von Landfahrzeugen in Wasserfahrzeuge an der Fähre VII durchzuführen (§ 1). Die Vergütung war auf 1,10 DM je t festgesetzt (§ 2). Dieser Satz wurde zunächst ab 12. Oktober 1948 auf 1,60 DM je t erhöht; dafür übernahm die Klägerin zu der Umschlagsleitung zusätzlich das Abladen der Nichtkipper und Pferdefahrzeuge (Anlage 3, Bl 11 GA). Auf Grund mündlicher Besprechungen und Vereinbarungen vom 12. Mai und 21. Juni 1949 wurde die Vergütung für die Umschlagsleitung gemäss Schreiben der Beklagten vom 7. Juli 1949 (Anlage 5, Bl 13 GA) wie folgt herabgesetzt: vom 16. Mai bis 6. Juni 1949 auf 1,20 DM je t, vom 7. bis 30. Juni 1949 auf 0,75 DM je t und ab 1. Juli 1949 auf 0,50 DM je t. Die Beklagte sollte nunmehr der Umschlagstelle regelmässig nur noch Selbstkipper zuweisen (vgl hierzu auch den Aktenvermerk über die Besprechung vom 21. Juni 1949, Anl B, Bl 95 GA).

Der Umschlag betrug im Oktober 1948 10.441 t, Im März 1949 erreichte der Umschlag mit 54.434 t seinen höchsten Stand. Die Klägerin, die zunächst mit einer Spute gearbei-

- 3 -

tet hatte, stellte im März 1949 zwei weitere Sputen auf. Im April 1949 betrug der Umschlag 43.880 t und dann bis einschliesslich September 1949 monatlich rund 30.000 t, um im Oktober 1949 auf 16.274 t und im November 1949 weiter auf 9.446 t zu fallen (Anl 2, Bl 10 GA).

1) Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe den Vertrag vom 17. September 1948 dadurch verletzt, dass sie zu geringe Mengen Schutt angeliefert habe. Die Beklagte sei nach dem Sinn des Vertrages zur Schuttlieferung verpflichtet gewesen. In § 6 werde ausdrücklich von "Lieferverpflichtungen" gesprochen. Aus den Anordnungen der Beklagten, den Platz umzubauen und im März 1949 zwei weitere Sputen einzusetzen, ergebe sich die Verpflichtung, diese Anlagen auch auszulasten. Dementsprechend habe die Beklagte auch bis Mai 1949 gehandelt. Nachdem sie zunächst gedrängt habe, daß die Anlage auf eine Durchschnittskapazität von monatlich 47.800 t gebracht würde, habe sie für deren Ausnutzung sorgen müssen oder sie habe für das von ihr beanspruchte Recht der ausschliesslichen Benutzung der Umschlagstelle eine angemessene Entschädigung schaffen müssen. Statt dessen habe sie, nachdem die Klägerin durch Vergrösserung der Anlage erhebliche Aufwendungen gemacht habe, den Vertrag vom 17. September 1948 mit Schreiben vom 22. März 1949 zum 30. Juni 1949 gekündigt (Anl 4, Bl 12 GA) und dadurch die Klägerin veranlasst, einer Ermässigung des Umschlagsentgelts zuzustimmen (Anl 5, Bl 13 GA). Nachdem dies geschehen sei, habe die Beklagte ohne Rücksicht auf die Lage der Klägerin, nur um selbst billig zu arbeiten, den Umschlag von Privatschutt verboten, ihrerseits aber nicht für einen Ausgleich gesorgt, sondern im Gegenteil ihre eigenen Anlieferungen ständig weiter herabgesetzt. Trotz Bitten und



Vorstellungen der Klägerin sei die Beklagte zu einer Änderung nicht bereit gewesen. Die Beklagte habe sich eines unzulässigen Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Klägerin schuldig gemacht. Durch die in den letzten Monaten eingetretene vertragswidrige Verringerung des Umschlages sei ihr ein erheblicher Schaden entstanden. Sie schätzt ihren entgangenen Gewinn auf der Grundlage eines Monatsumschlages von 47.800 t auf 72.650 DM und hält die Beklagte sowohl aus Vertragsverletzung als auch aus unerlaubter Handlung zum Ersatz dieses Schadens für verpflichtet.

In Höhe von 31.460,90 DM hält die Klägerin die Beklagte zur Zahlung auch deswegen für verpflichtet, weil die Klägerin durch die Vereinbarung vom 7. Juli 1949 (Anl 5, Bl 13 GA) auf Gewinn in dieser Höhe "verzichtet" habe, die Beklagte aber durch ihre darauf folgende Handlungsweise die Geschäftsgrundlage für diesen "Verzicht" beseitigt habe. Die Klägerin habe nämlich den "Verzicht" nur erklärt, weil sie die Erhöhung der Umschlagsmengen und eine Chance bei der Vergabung der für später in Aussicht genommenen Schuttabfahren an der Brandshofer Schleuse erwartet habe, was der Klägerin bekannt gewesen sei. In beiden Punkten sei die Klägerin durch vertragswidriges Verhalten der Beklagten enttäuscht worden. Die Arbeiten an der B[REITENBURG] Schleuse seien ohne Ausschreibung einer Konkurrenzfirma übertragen worden, obwohl die Klägerin leistungsfähiger gewesen sei. Bei dieser Sachlage könne der "Verzicht" auf Vergütungsansprüche in Höhe von 31.460,90 DM die Klägerin nicht mehr binden.

2) Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Vertragsverletzung. Sie sei zur Anlieferung einer bestimmten Tagesmenge nicht verpflichtet gewesen. Auch habe sie keinen Auftrag erteilt, den Umschlagplatz in bestimmter Weise auszu-

bauen oder zu vergrössern. Sie habe vielmehr rechtzeitig auf den bevorstehenden Rückgang der Anlieferungen hingewiesen und die Klägerin gewarnt, zwei weitere Sputen aufzustellen. Aus der umgeschlagenen Menge von rund 450.000 t Schutt sei eine Amortisierung der Anlage im übrigen leicht möglich gewesen. Der Klägerin habe der Umschlag von Schutt, den Privatfirmen angeliefert hätten, untersagt werden müssen, weil sie diesen Schutt mit 3 DM je t der Beklagten unzulässigerweise in Rechnung gestellt haben. Eine den Gewerbebetrieb der Klägerin beeinträchtigende "Beschlagnahme" der Umschlagsanlage sei niemals angeordnet worden. Die Klägerin habe der Beklagten bis kurz vor Vertragsende auch keine Gegenvorschläge oder Abänderungswünsche für den Umschlag von "Privatschutt" vorgetragen. Vorher habe die Klägerin auf Grund der Marktlage daran offenbar auch kein Interesse gehabt und nie von Privatinteressenten für Anlieferung, Transport und Umschlag des Schuttes gesprochen, sondern nur darum gebeten, dass auch der Umschlag und Abtransport von Privatschutt für Rechnung der Beklagten erlaubt werde. Die Vereinbarung über die Preisermässigung sei getroffen worden, weil durch den Fortfall des Baggers und durch die Beschränkung auf Kippfahrzeuge eine ausserordentliche Verbilligung erreicht worden sei. Die Erhöhung des Umschlages sei keine Voraussetzung der Vereinbarung gewesen. Eine Zusicherung für die B. Schleuse sei ausdrücklich abgelehnt worden. Von einem unzulässigen Eingreifen der Beklagten in den Gewerbebetrieb der Klägerin könne keine Rede sein. Die Betätigung der Klägerin im Schuttransport sei durch keine Massnahme der Beklagten berührt worden.

II. Durch Vertrag vom 25. September 1948 (Anlage 7, Bl 15 GA) wurde der Klägerin die Schuttabfuhr mittels Klapp-

schuten von den Beladestellen am freien Wasser übertragen. Die Gesamtmenge wurde nicht festgesetzt; es wurde aber bestimmt, dass die Tagesleistung von ca 50 t im Rahmen des Räumungsgeschehens gewissen Schwankungen unterliegen könne (§ 1 Abs 1). Die Klägerin sollte haftpflichtig sein, wenn durch Nichtunterlage von Wasserfahrzeugen Stilliegekosten für die Landfahrzeuge an der Lade- oder Löschstelle entstehen würden (§ 1 Abs 2). Der Transportsatz wurde auf 1,50 DM je t festgesetzt. Nach § 8 des Vertrages sollten für die Transporte die Allgemeinen Bedingungen der Hafenfrachtschifffahrt betreibenden Firmen des Hafens Hamburg gelten, soweit nichts Abweichendes vereinbart war.

Die Abtransporte, die der Klägerin übertragen wurden, überschritten von Anfang an den vorgesehenen Tagessatz von 50 t erheblich (Anlage 8, Bl 17 GA). Von März bis Juni 1949 stiegen sie weiter stark an, um im Juli 1949 plötzlich abzufallen. In der ersten August-Hälfte 1949 wurden wieder Tagessmengen bis zu 1.500 t erzielt. Ab 15. August 1949 wurde gar nichts mehr zum Abtransport in Klappschuten angeliefert. Erst am 19. Oktober 1949 wurden die Anlieferungen wieder aufgenommen und bis zum Vertragsablauf durchgeführt (Anl 8, Bl 17 GA). Die Klägerin hielt stets, und zwar auch während der Zeit, in der nicht angeliefert wurde, drei Klappschuten von insgesamt 1.200 t Rauminhalt zur Verfügung.

1) Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe den Vertrag vom 25. September 1948 dadurch verletzt, dass sie in der Zeit vom 15. August bis 19. Oktober 1948 keinen Schutt angeliefert habe. Die Beklagte sei verpflichtet, die Liegekosten für drei Klappschuten während dieser Zeit zu ersetzen. Nach § 1 des Vertrages sei sie zur bestimmten Tageslieferung

verpflichtet gewesen. Die in § 1 genannte Menge von 50 t beruhe auf einem Schreibfehler oder sei willkürlich in das ungeeignete Formular gesetzt worden. In den Verhandlungen sei von einer Tagesleistung von 50 t keine Rede gewesen. Das sei auch schon daraus zu entnehmen, dass eine solche niedrige Tagesleistung für die Klägerin bedeutet hätte, dauernd mit Verlust zu arbeiten. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, drei Klappschuten bereitzuhalten. Drei Schuten seien nötig gewesen, um den Ansprüchen der Beklagten gerecht zu werden. Das ergebe sich auch aus dem Schreiben vom 22. März 1949 (Anl B, Bl 76 GA), in dem die Beklagte die große Klappschute vorübergehend aus dem Vertrag entlassen habe. Noch im Oktober 1949 habe die Beklagte solche Mengen Schutt angeliefert, dass drei Klappschuten benötigt worden seien. Derzeit sei auch die Beklagte von ihrem Recht, die Bereithaltung der Schuten verlangen zu können, überzeugt gewesen. Der Angestellte B. [REDACTED] der Beklagten habe einfach die Bereithaltung angeordnet, nicht etwa erbeten; andernfalls hätte sich die Klägerin der Gefahr ausgesetzt, von der Beklagten gemäss § 1 Abs 2 des Vertrages wegen etwaiger Stillliegekosten in Anspruch genommen zu werden. Eine Äusserung der Beklagten vom 14. August 1949, im Augenblick keine Klappschuten zu benötigen, habe sie nicht dahin auszulegen brauchen, dass über zwei Monate nicht angeliefert werden würde. Eine solche Zeit der Unterbrechung des laufenden Vertrages sei bis dahin noch nicht vorgekommen. Der Anspruch auf Liegegeld für die drei Klappschuten ergebe sich für die gesamte Zeit vom 15. August bis zum 31. Oktober 1949 auch aus Ziff. 5 der Allgemeinen Bedingungen der Hafenfrachtschiffahrt betreibenden Firmen des Hamburger Hafens. Der Klägerin stehe danach für die Zeit der Nichtanlieferung ein Liegegeld von 203 DM für jeden Tag je Schute

zu. Die Beklagte sei auf die entstehenden Liegekosten mehrfach hingewiesen worden. Die Klägerin habe daher das ihr Zumutbare getan, um Klarheit herbeizuführen. Sie habe die Schuten auch nicht kündigen können. Die Klägerin beziffert den Liegegeldanspruch auf insgesamt 39.900 DM.

2) Die Beklagte bestreitet, den Vertrag vom 25. September 1948 verletzt zu haben. Sie habe bereits im August 1949 rechtzeitig auf die bevorstehende Einstellung der Anlieferungen hingewiesen. Gekündigt habe sie nicht, weil sie die Entwicklung noch nicht habe überblicken können. Der Klägerin habe aber das gleiche Kündigungsrecht zugestanden. Die Behauptung der Klägerin, es seien stets drei Schuten benötigt worden, sei unzutreffend. Unzutreffend sei auch die Behauptung, die in dem Vertrag angegebene Tagesmenge von 50 t beruhe auf einem Schreibfehler oder sei willkürlich eingefügt. Diese Zahl sei vielmehr die sorgfältig auskalkulierte Höchstmenge gewesen. Im übrigen sei der Klägerin völlig freie Hand bei dem Schuteneinsatz gelassen worden. Zu einem anderen Verhalten habe für die Beklagte schon deshalb kein Anlass bestanden, weil sie jederzeit in der Lage gewesen sei, an Fährre VII nicht unterzubringende Schuttmengen an andere Umschlagsplätze zu lenken. Sie könne daher auch nicht von der Klägerin für die Liegekosten der drei Klappschuten in Anspruch genommen werden. In dem Vertrage sei die Bestimmung über Liegegeld (§§ 4 und 5 des Vertragsmusters) ausdrücklich gestrichen worden. Die Allgemeinen Hafenfrachtschiffahrtsbedingungen gäben keine Grundlage für einen Anspruch auf Liegegeld. Die Haltlosigkeit des jetzt erhobenen Anspruchs der Klägerin ergebe sich schon daraus, dass die Klägerin selbst in ihren Rechnungen mindestens 40 Liegetage der Klappschuten nicht berechnet habe.

III. Die Klägerin beziffert ihre Schadensersatzansprüche auf insgesamt 112.550 DM (72.650 DM + 39.900 DM). Sie hat erklärt, dass hiervon rund 70.000 DM abgetreten oder gepfändet seien. Nach Abzug des Betrages einer der Beklagten zustehenden Gegenforderung von 18.432,25 DM bleibe ein Restanspruch von 24.117,75 DM. Die Klägerin hat diesen Anspruch im ersten Rechtszug klageweise geltend gemacht.

Die Beklagte hat die Schadensersatzansprüche der Klägerin nach Grund und Höhe bestritten und hilfsweise mit der unstreitigen Gegenforderung von 18.432,25 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag vom 17. September 1948 verneint und nur auf Grund des Vertrages vom 25. September 1948 für die Zeit vom 14. August bis 18. Oktober 1949 einen Liegegeldanspruch von 15.892,70 DM anerkannt. Mit Rücksicht auf die unbestrittene Aufrechnungsforderung der Beklagten von 18.432,25 DM hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin unter Berücksichtigung der im Laufe des Rechtsstreits vorgenommenen Abtretungen und Pfändungen beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen,

1. an die nachstehend benannten Gläubiger der Klägerin folgende Zahlungen zu leisten:

- a) an die [REDACTED] [REDACTED]
Hamburg DM 10.000,--
- b) an die Firma [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] str. " 20.000,--
- c) an die Firma Gebrüder R [REDACTED]
H [REDACTED], R [REDACTED] " 2.720,90

- nebst 5 % Zinsen darauf seit 1. Sept. 1948 DM 651,04
sowie
- d) an die [REDACTED] Hamburg " 3 390,78
- e) an die [REDACTED]-Berufsgenossen-
schaft [REDACTED], [REDACTED] str. [REDACTED] " 3.582,88
- f) an die Firma H.W. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] nebst 10 % Zinsen auf DM 309,27 seit
8. August 1951 " 323,66
- g) an die Fa. Johannes [REDACTED], [REDACTED],
bei den [REDACTED] sowie " 1.800,--
" 37,10
- h) an die Deutsche Dampfschiffahrtsgesell-
schaft " [REDACTED] Agentur [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] nebst 4 % Zinsen auf DM 1.051,92
seit 1. Aug. 1950 sowie " 2.466,92
" 18,42

2. an die Klägerin DM 24.117,78 DM nebst 5 % Zinsen seit
dem Klagetage zu zahlen.

Die Beklagte hat um Zurückweisung der Berufung gebeten
und im Hinblick auf § 322 Abs 2 ZPO Anschlussberufung einge-
legt mit dem Antrag, die Klage wegen Nichtbestehens der
Klagforderung abzuweisen.

Die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der
Beklagten hatten keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klaganträ-
ge weiter. Die Beklagte hat Zurückweisung der Revision er-
beten und Anschlussrevision eingelegt mit dem Antrage, die
Klage wegen Nichtbestehens der Klagforderung (also nicht
nur wegen der hilfsweise erklärten Aufrechnung) abzuweisen.
Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe:

I. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ist das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 7. Dezember 1951 ordnungsmässig verkündet worden. Auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. November 1951 (Bl 231 GA) wurde Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 30. November 1951 anberaumt. In diesem Termin wurde nach Aufruf der Sache die Aussetzung der Entscheidung auf den 7. Dezember 1951 verkündet. Die Sitzungsniederschrift (Bl 231 R GA) ist von dem Vorsitzenden Landgerichtsdirektor Dr. H. [REDACTED] und dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle A. [REDACTED] unterzeichnet worden. Als Richter waren "die vorgenannten Richter", d.h. die im Termin vom 16. November 1951 anwesenden Richter (Landgerichtsdirektor Dr. H. [REDACTED] und die Landgerichtsräte Dr. K. [REDACTED] und Dr. L. [REDACTED]) zugegen. Am 7. Dezember 1951 wurde nach Aufruf der Sache das Urteil verkündet. Auch die Urteilsurschrift (Bl 222 GA, nach späterer Umpaginierung Bl 236 GA) trägt den Verkündungsvermerk vom 7. Dezember 1951. Gegenwärtig waren wiederum die "vorgenannten Richter", jedoch mit dem Unterschied, dass Gerichtsassessor G. [REDACTED] an die Stelle von Landgerichtsrat Dr. L. [REDACTED] getreten war. Auch dieses Protokoll ist ordnungsmässig von dem Vorsitzenden und dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterzeichnet worden. Dass es wiederum in öffentlicher Sitzung verkündet worden ist, ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Zusammenhalt mit dem auf der Vorderseite befindlichen Protokoll über die öffentliche Sitzung vom 16. November 1951. Danach ist nicht nur der Verkündungstermin ordnungsmässig bekannt gemacht worden, sondern auch das Urteil ordnungsmässig verkündet worden. Die Sitzungsniederschriften genügen der in § 164 ZPO vorgeschriebenen Form. Es kann insbesondere auch nicht anerkannt werden, dass die

bei der Anfertigung der Sitzungsniederschriften verwendeten Stempel "unleserlich" seien. Danach musste der die Urteilsverkündung betreffenden Verfahrensrüge der Erfolg versagt bleiben.

II. In Übereinstimmung mit dem Landgericht geht das Berufungsgericht davon aus, dass aus dem Wortlaut des Vertrages vom 17. September 1948 keine Verpflichtung der Beklagten entnommen werden könne, der Klägerin an ihre Umschlagsanlage eine bestimmte Menge Trümmerschutt monatlich zu liefern. Eine solche Verpflichtung könne insbesondere nicht aus § 6 des Vertrages und dem in dieser Bestimmung verwendeten Ausdruck "Lieferverpflichtung" entnommen werden; denn diese Bestimmung behandle nur die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung des Vertrages für den Fall, daß Lohn- oder sonstige Kosten erhöhungen die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zulassen sollten. Über eine Lieferpflicht in bestimmtem Umfang sage diese Vertragsklausel nichts

Diese Würdigung des Vertragsinhalts lässt keinen Rechtsverstoß erkennen. Insoweit werden auch von der Revision keine Rügen erhoben.

1) Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, ob eine Abänderung des Vertrages in dem von der Klägerin behaupteten Sinn aus der späteren Entwicklung der Beziehungen der Parteien herzuleiten sei. Auf Grund der hierzu durchgeführten Beweisaufnahme ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin den Beweis für eine derartige nachträgliche Änderung des Vertrages nicht erbracht habe. Sie geht bei der Beweiswürdigung davon aus, dass

schon die Tatsache, dass Abmachungen sonst schriftlich getroffen seien und dass Schriftlichkeit bei Vereinbarungen mit Staatsstellen die Regel sei, gegen die Ansicht der Klägerin spreche.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe hierbei den ersten Satz des Schreibens der Beklagten vom 7. Juli 1949 (Anl 5, Bl 13 GA) übersehen, in dem ausdrücklich auf die "mündlichen Besprechungen und Vereinbarungen" vom 20. Mai und 21. Juni 1949 Bezug genommen werde. Hier gebe die Beklagte ausdrücklich selbst mündliche Vereinbarungen zu, für die von ihr eine schriftliche Bestätigung nicht gegeben worden sei. Sie habe selbst auch nirgends geltend gemacht, dass das Schreiben vom 7. Juli 1949 die mündlichen Besprechungen und Vereinbarungen vom 20. Mai und 21. Juni 1949 vollständig enthalte. Hieraus zieht die Revision den Schluß, dass, nachdem die Beklagte den Vertrag vom 17. September 1948 durch Schreiben vom 22. März 1949 (Bl 12 GA) gekündigt habe, an die Stelle des gekündigten Vertrages "der neue Vertrag vom 20. Mai 1949 bzw. 21. Juni 1949 getreten sei"; auf Grund der genannten Vereinbarung habe der Vertrag vom 17. September 1948 eine Abänderung im Sinne des § 305 BGB erfahren.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe durch Nichtbeachtung des ersten Absatzes des Schreibens der Beklagten vom 7. Juli 1949 gegen § 286 ZPO verstossen, kann keinen Erfolg haben.

Soweit das Berufungsgericht davon ausgeht, dass Schriftlichkeit bei Vereinbarungen mit Staatsstellen die Regel sei, handelt es sich um die nicht zu beanstandende Berücksichti-

gung eines der Lebenserfahrung entsprechenden Satzes. Das Berufungsgericht verkennt selbstverständlich nicht, daß es auch Ausnahmen von dieser "Regel" geben kann. Es stand deshalb der Klägerin offen, eine solche Ausnahme in dem von ihr behaupteten Sinne zu beweisen. Das Berufungsgericht hat einen solchen Beweis nicht als erbracht angesehen und bei der Beweismwürdigung auch erwogen, "dass Abmachungen sonst schriftlich getroffen seien". Auch diese Erwägung steht keineswegs im Widerspruch zu dem von der Revision angeführten ersten Satz des Schreibens vom 7. Juli 1949 und deutet nicht darauf hin, dass das Berufungsgericht diesen Satz übersehen habe. Dieses Schreiben zeigt vielmehr, dass das Ergebnis "mündlicher Besprechungen und Vereinbarungen" auch in diesem Fall schriftlich niedergelegt wurde und stellt insoweit sogar eine Bestätigung der Erwägung des Berufungsgerichts dar. Wenn die Revision meint, die Beklagte habe selbst nirgends geltend gemacht, dass das Schreiben vom 7. Juli 1949 die mündlichen Besprechungen und Vereinbarungen vom 20. Mai und 21. Juni 1949 vollständig enthalte, so kann dies für die Entscheidung in keiner Weise erheblich sein. Es wäre vielmehr Sache der Klägerin gewesen, darzutun, dass am 20. Mai 1949 oder am 21. Juni 1949 noch weitere entscheidungserhebliche, eine bestimmte "Lieferverpflichtung" der Beklagten betreffende Vereinbarungen getroffen worden seien, die nicht schriftlich niedergelegt worden seien. Das ist jedoch nicht geschehen. Das Schreiben vom 7. Juli 1949 deckt sich in seinem wesentlichen Inhalt völlig mit dem Aktenvermerk, den der Zeuge T. [REDACTED] auf Grund der Besprechung vom 21. Juni 1949 verfasst hat (Anl D, Bl 95 GA). Die Klägerin hat nicht behauptet, die Beklagte habe bei dieser Gelegenheit eine bestimmte Lieferverpflichtung mündlich übernommen. Sie hat vielmehr selbst vorgetragen, dass die eingehenden Ver-

handlungen über eine Herabsetzung des Umschlagspreises mit dem Schreiben der Beklagten vom 7. Juli 1949 "zum Abschluß gekommen seien" (Schriftsatz vom 27. März 1952 S 4, Bl 256 GA).

2) Die genannten schriftlichen Unterlagen bieten auch keinerlei Anhaltspunkte für die Behauptung der Klägerin, dass sie der Herabsetzung der Vergütung nur im Hinblick auf eine von der Beklagten zugesagte oder zumindest "in Aussicht gestellte" Erhöhung der Schuttanlieferungen zugestimmt habe. Sowohl in dem Aktenvermerk vom 21. Juni 1949 als auch in dem Schreiben vom 7. Juli 1949 wird in unmittelbarem Zusammenhang mit der Herabsetzung der Vergütung darauf hingewiesen, dass in Zukunft grundsätzlich nur noch Kippfahrzeuge verwendet würden. Die zwischenzeitliche Staffelung sollte nach dem Aktenvermerk einer "Überbrückung der Erschwernisse" dienen. Es kann nicht anerkannt werden, dass diese Staffelung des Umschlagspreises "lediglich in einer Erhöhung der Lieferung und einem dadurch bedingten Mengenrabatt seine Erklärung finden kann", wie die Revision meint. Für das Berufungsgericht bestand kein besonderer Anlass, sich mit der abgestuften Herabsetzung der Vergütung ausdrücklich auseinanderzusetzen. Es lässt sich jedenfalls nicht feststellen, dass das Berufungsgericht bei der Ermittlung und Auslegung des Inhalts der vertraglichen Vereinbarungen gegen anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstossen hätte.

3) Das Berufungsgericht hat nicht als erwiesen angesehen, dass die Beklagte von der Klägerin die Vergrößerung der Umschlagsanlage um zwei Sputen gefordert habe. Zu der Aussage des Zeugen T. hat das Berufungsgericht in die-

sem Zusammenhang ausgeführt, T. [REDACTED] habe erklärt, darauf gedrängt zu haben, dass die Abfertigung der Fahrzeuge beschleunigt und dass Anstauungen vermieden würden. Er habe es für möglich gehalten, dass auch von einem Ausbau der Anlage gesprochen worden sei. Eine genaue Erinnerung an die Vorgänge im Sommer 1949 habe dieser Zeuge bei seiner Vernehmung am 13. September 1950 aber nicht mehr gehabt. Er sei aber als technischer Angestellter beim Aufräumsamt überhaupt nicht berechtigt gewesen, einen rechtsverbindlichen Auftrag, der eine Vertragsänderung zur Folge gehabt hätte, im Namen der Beklagten zu erteilen. Hierauf habe T. [REDACTED] bei seiner Vernehmung mit Recht selbst hingewiesen. Diese Tatsache müsse auch dem Inhaber der Klägerin, der ständig mit dem Aufräumsamt gearbeitet habe, bekannt gewesen sein und ihm daher jetzt entgegengehalten werden. Aus den Erörterungen über die Erweiterung der Anlage könne also nicht entnommen werden, dass der Auftrag vom 17. September 1948 durch eine verbindliche Absprache abgeändert worden sei.

Die Revision bittet zu prüfen, ob nicht die Tatsache, dass T. [REDACTED] auf die Beschleunigung der Abfertigung gedrängt habe, bei der Klägerin zu der Auffassung Anlass gegeben habe, die Beklagte werde auch in Zukunft grössere Anlieferungen vornehmen; für die Auslegung von Willenserklärungen müsse das Gesamtverhalten einer Partei berücksichtigt und gewürdigt werden und zu diesem Gesamtverhalten gehörten nicht nur die ausdrücklichen Erklärungen vertretungsberechtigter Organe, sondern auch das Verhalten anderer Beamten und Angestellten, hier der Zeugen T. [REDACTED] und E. [REDACTED].

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe dadurch, dass es das Verhalten dieser Zeugen bei der Auslegung

der Erklärungen der Beklagten nicht gewürdigt habe, gegen § 133 BGB verstossen, ist nicht begründet. Mag der Inhaber der Klägerin auch gehofft oder erwartet haben, dass der Schuttumschlag noch für längere Zeit einen grösseren Umfang behalten werde, so konnte er hieraus nach dem vom Berufungsgericht festgestellten und rechtsirrtumsfrei gewürdigten Sachverhalt keinerlei rechtliche Verpflichtung der Beklagten, bestimmte Mengen anzuliefern, herleiten. Auch blieb die verhältnismässig kurze, vierwöchige Kündigungsfrist unverändert. Die Klägerin musste sich den ganzen Umständen nach darüber klar sein, dass die Beklagte es ablehnte, hinsichtlich der anzuliefernden Schuttmengen irgendwelche festen Bindungen einzugehen.

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung zur Begründung der Revision noch vortragen lassen, sie habe inzwischen von einem rechtskräftigen Urteil der Grossen Strafkammer des Landgerichts Hamburg vom 19. Mai 1954 Kenntnis erhalten, durch das der Zeuge T. [REDACTED] von verschiedenen Anklagepunkten mit der Begründung freigesprochen worden sei, dass er an Bewusstseinsstörungen und Dämmerzuständen gelitten habe; dabei habe es sich um die Zeit gehandelt, über die er im vorliegenden Verfahren vernommen worden sei. Ob dieses Urteil, wie die Revision unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs meint (vgl. BGHZ 2, 245; 3, 65; 5, 157; 6, 354), überhaupt noch im Revisionsrechtszug berücksichtigt werden kann, bedarf keiner Prüfung und Entscheidung. Selbst wenn eine solche Berücksichtigung an sich möglich wäre, würde sich die Revision hierauf nicht mit Erfolg stützen können, denn es kann unterstellt werden, dass der Zeuge T. [REDACTED] zu der fraglichen Zeit an Bewusstseinsstörungen und Dämmerzuständen gelitten hat. Hieraus

würde sich aber nichts für eine vom Berufungsurteil abweichende und der Klägerin günstigere Beurteilung des Sachverhalts ergeben können.

4) Das Berufungsgericht ist nach eingehender Würdigung der umfangreichen Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin aus dem Verbot des Umschlags von sogenanntem Privatschutt keine Ansprüche gegen die Beklagte herleiten kann. Nach dem festgestellten Sachverhalt konnte der Inhaber der Klägerin auch nicht im Zweifel darüber sein, dass dieses Verbot nur zu dem Zweck ausgesprochen wurde, die Beklagte im Hinblick auf die Art der Handhabung des Schuttumschlages vor der Belastung mit Kosten zu schützen, die durch den Umschlag und den Abtransport von Privatschutt entstehen konnten. Die Klägerin war jedoch in keiner Weise berechtigt, hieraus den Schluss zu ziehen, dass die Beklagte damit die Verpflichtung habe übernehmen wollen, den der Klägerin möglicherweise entstehenden "Ausfall" durch erhöhte eigene Anlieferungen auszugleichen. Hierfür lässt sich auch nichts aus der von der Revision angeführten Tatsache herleiten, dass die Beklagte den Umschlag von Privatschutt zunächst völlig untersagt hatte (Schriftsatz der Beklagten vom 17. Februar 1950 S 5, Bl 33 GA). Auch die insoweit auf Verletzung des § 133 BGB gestützte Rüge der Revision konnte keinen Erfolg haben.

5) Zu dem von der Klägerin geltend gemachten Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (Schriftsatz vom 27. März 1952 S 11 Bl 263 GA) hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Vertrag habe die Beklagte nicht zur Lieferung einer bestimmten Monatsmenge verpflichtet; im Gegenteil habe die Klägerin mit einem Rückgang der angelieferten Mengen

bis zum völligen Stillstand rechnen müssen; ein Recht auf ein bestimmtes Handeln der Beklagten habe der Klägerin auch bei der Vergebung der Arbeiten an der B [REDACTED] Schleuse nicht zugestanden.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe verkannt, dass es gerade für den Begriff der Geschäftsgrundlage wesentlich sei, dass sie nicht zum Inhalt des Vertrages selbst gehöre; das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob nicht die Klägerin in von der Beklagten erkennbarer Erwartung gehandelt habe, dass künftig grössere Mengen Schutt angeliefert würden. Dem steht jedoch schon die ohne Verfahrensverstoss getroffene Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, dass die Klägerin mit einem Rückgang der angelieferten Mengen bis zum völligen Stillstand rechnen musste. Das Berufungsgericht hat auf die Tatsache, dass es die Beklagte abgelehnt hat, sich vertraglich zur Lieferung einer bestimmten Monatsmenge Schutt zu binden, in diesem Zusammenhang nur hingewiesen, um darzutun, dass damit die Beklagte gerade auch in einer für die Klägerin erkennbaren Weise jegliche Verpflichtung hinsichtlich der Anlieferung bestimmter Schuttmengen vermeiden wollte. Bei dieser Sachlage kann also keine Rede davon sein, dass die Beklagte die angebliche "Erwartung" der Klägerin, dass künftig grössere Mengen Schutt angeliefert würden, erkannt und durch Nichtbeanstandung zur Grundlage des Geschäfts gemacht habe.

Nach alledem konnte die Revision, soweit es sich um den Vertrag vom 17. September 1948 handelt, keinen Erfolg haben.

III. Das Berufungsgericht sieht die Vereinbarung vom 25. September 1948 ohne Rechtsirrtum als Frachtvertrag an.

der keinen Einzeltransport zum Gegenstand hat, sondern als Dauervertrag zu würdigen ist. Zutreffend weist das Berufungsgericht auch darauf hin, das von der Klägerin geforderte "Liegegeld" sei kein Liegegeld im Sinne des § 30 BinnSchG, das ein gesetzliches Entgelt für die Bereithaltung des Schiffes für die Beladung und Löschung darstelle; das Verlangen der Klägerin gehe vielmehr auf Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen, die ihr dadurch entstanden seien, dass die drei Schuten in der Zeit vom 14. August bis zum 18. Oktober 1949 nicht beladen worden seien. Ob durch die ausdrückliche Streichung der §§ 4, 5 des Formularvertrages "echte Liegegeldansprüche" im Sinne des Binnenschiffahrtsgesetzes ausgeschlossen worden sind, kann dahingestellt bleiben, weil derartige Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht lehnt jedoch auch die Auffassung der Beklagten ab, durch die Streichung dieser Bestimmung seien auch solche Ansprüche, wie sie die Klägerin geltend macht und die der Kürze halber weiter als "Liegegeld" bezeichnet worden sind, ausdrücklich ausgeschlossen worden. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Beklagte der Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass diese vor dem 14. August 1949 niemals irgendwelche Ansprüche auf "Liegegeld" geltend gemacht habe. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin sei gehalten gewesen, auf gute Beziehungen zu der Beklagten zu achten; der Vertrag habe nur eine Tagesleistung von 50 t vorgesehen, während die Abfuhr erst bei wesentlich höheren Mengen gewinnbringend geworden sei; ausserdem habe die Gefahr einer vorzeitigen Kündigung des Vertrages durch die Beklagte bestanden. Bei dieser Sachlage könnten daraus, dass vor dem 14. August 1949 keine "Liegegelder" gefordert worden seien, der Klägerin keine Rechtsnachteile erwachsen.

Nach der Darstellung der Beklagten sollen in der Zeit von September 1948 bis zum 14. August 1949 in wenigstens 40 Fällen Liegetage für die eingesetzten Klappschuten entstanden sein (Schriftsatz vom 25. Juli 1952 S 8, Anl 8, Bl 328, 331 ff GA). In der Zeit vom 14. August bis zum 18. Oktober 1949 hat die Beklagte aber überhaupt keinen Schutt zum Abtransport in Klappschuten angeliefert, obwohl sie in dieser Zeit beträchtliche Mengen anderweitig hat abfahren lassen.

Das Berufungsgericht wendet auf den Frachtvertrag mangels anderer ausdrücklicher Bestimmungen mit Recht die Vorschriften des Werkvertrages an, indem es gemäss § 642 BGB der Klägerin dafür, dass sie in der Zeit vom 15. August bis 18. Oktober 1949 eine Klappschute für 300 t und in der Zeit vom 15. August bis 31. August 1949 zwei weitere Klappschuten für 600 t und 300 t zur Verfügung habe halten müssen, aber nicht habe ausnutzen können, unter Zugrundelegung der vom Sachverständigen Hübner in seinem Gutachten Bl 157 ff GA errechneten Sätze als angemessene Entschädigung einen Betrag von 18.332,04 DM zugebilligt.

1) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Anschlussrevision der Beklagten sind nicht gerechtfertigt.

Die Anschlussrevision verkennt, dass die Anwendung des § 642 BGB keine "Verpflichtung der Beklagten, laufend bestimmte Mindestmengen Trümmerschutt zur Beladung mittels Klappschuten zur Verfügung zu stellen", voraussetzt. Entscheidend ist nur, dass die Klägerin auf Grund des Frachtvertrages verpflichtet war, der Beklagten die Klappschuten zum Transport zur Verfügung zu halten, und dass die Beklagte

in der genannten Zeit, wenn sie es unterliess, der Klägerin Schutt zum Abtransport zuzuweisen, in Gläubigerverzug geriet. Sie brauchte nicht mit einer bestimmten "Anlieferungsverpflichtung" in Schuldnerverzug zu geraten. Die Anwendung des § 642 BGB setzt auch keinerlei schuldhaftes Verhalten der Beklagten voraus. Deshalb kann auch unterstellt werden, dass der Vertrag nur abgeschlossen worden ist, "um auftretende Spitzen bei dem Anfall von Trümmerschutt auszugleichen und zu diesem Zweck die Mengen von 50 t täglich abzunehmen" (Schriftsatz der Beklagten vom 13. Juni 1951 S 2, Bl 183 GA). Hiermit steht die Annahme des Berufungsgerichts, dass sich die Beklagte laufend auf die Durchführung derartiger Transporte einzurichten hatte, durchaus in Einklang. Das den Gegenstand des Frachtvertrages bildende "Werk" war die laufende Abfuhr von Trümmerschutt; nach § 1 des Vertrages vom 25. September 1948 war die täglich abzufahrende Menge - vorbehaltlich gewisser Schwankungen - mit 50 t angegeben. Auf die Abfuhr einer solchen Mindestmenge musste die Klägerin auf jeden Fall eingerichtet sein. Nicht schriftlich festgelegt war, ob und in welchem Umfange die Klägerin darüber hinaus grössere Mengen abzufahren verpflichtet war. Tatsächlich wurden von Anfang an erheblich grössere Mengen Schutt zum Abtransport mittels Klappschuten angeliefert. Mit Rücksicht auf diese fortlaufende Handhabung des Vertrages war sein Inhalt nach Treu und Glauben dahin auszulegen, dass die Klägerin verpflichtet war, sich in gewissem Umfange auch auf die Abfuhr grösserer Mengen einzurichten. In jedem Fall setzte die Ausführung des Frachtvertrages die Mitwirkung der Beklagten durch Anlieferung von Schutt voraus, ohne dass hierin eine Haupt- oder Nebenverpflichtung zu liegen brauchte. Bei derartigen "zur Herstellung des Werks erforderlichen Handlungen des Gläubigers" (§ 642 BGB) handelt es

sich um reine "Gläubigerobliegenheiten". Derartige Handlungen sind "Sache des Gläubigers", ohne dass insoweit eine echte "Verpflichtung" entsteht (BGHZ 11, 80 [83]). Dagegen war die Klägerin vertraglich verpflichtet, die zur Ausführung der Transporte erforderliche Wirtschaftskraft in Gestalt von Schiffsraum, Schleppkraft und Arbeitskräften bereitzuhalten. Nahm die Beklagte diese Wirtschaftskraft - sei es auch nur wegen eines vorübergehenden subjektiven Unvermögens (vgl. RGZ 100, 47 [48]) - nicht in Anspruch, so konnte die Klägerin nach Maßgabe des § 642 BGB eine angemessene Entschädigung verlangen. Diese Entschädigung hat nichts mit "echten Liegegeldansprüchen" zu tun, wie sie z.B. durch den Schutentransportvertrag vom 20. September 1948 (Anlage B zum Schriftsatz der Beklagten vom 25. Juli 1952, Bl 329, 337 ff GA) vereinbart, nach der Darstellung der Beklagten aber durch Streichung der §§ 4 und 5 in dem Vertrage vom 25. September 1948 ausdrücklich ausgeschlossen worden sind.

Die Auffassung der Revision, dass der Anspruch der Klägerin eine "mengenmässige Bindung" der Beklagten voraussetze, übersieht, dass es für einen Anspruch der Klägerin aus § 642 BGB nicht auf eine Verpflichtung oder Bindung der Beklagten, sondern auf eine vertragliche Verpflichtung oder Bindung der Klägerin zur Bereithaltung einer bestimmten, zur Ausführung des Frachtvertrages erforderlichen Wirtschaftskraft ankommt. Zugunsten der Beklagten kann auch unterstellt werden, dass echte Liegegeldansprüche schlechthin ausgeschlossen werden sollten. Deshalb bedarf es auch keiner Prüfung der weiteren auf § 282 ZPO gestützten Rüge der Revision, dass entgegen der Auffassung des Berufungsurteils nicht die Beklagte den ausdrücklichen Ausschluss von Liege-

geldansprüchen darzutun, sondern dass die Klägerin die Begründung eines vertraglichen Anspruchs auf "Liegegeld" zu beweisen habe. Für den aus § 642 BGB hergeleiteten Entschädigungsanspruch bedarf es überhaupt keiner besonderen vertraglichen Vereinbarung; er setzt lediglich den - zeitweiligen - Gläubigerverzug der Beklagten voraus. Es kommt also nur darauf an, wann und unter welchen Voraussetzungen die Beklagte mit der Annahme der von der Klägerin angebotenen Transportleistung in Verzug gerät. Das braucht keineswegs schon bei jeder kurzfristigen Unterbrechung der Schuttanlieferungen der Fall zu sein. Es kann vielmehr als Inhalt des Vertrages unterstellt werden, dass die Klägerin mit gewissen vorübergehenden Ausfällen oder Stockungen von kürzerer Dauer, wie sie bei der Anlieferung und Abfuhr immer durch ungeeignete Witterung, durch unvorhergesehene, notwendige Umdisponierungen oder aus anderen Gründen eintreten konnten, rechnen musste und dass deshalb die Beklagte in solchen Fällen noch nicht in Gläubigerverzug geraten konnte. Daher kann zugunsten der Beklagten auch davon ausgegangen werden, dass die Klägerin für die im ganzen verhältnismässig kurzfristigen Transportunterbrechungen in der Zeit von September 1948 bis zum 14. August 1949 keine Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB hätte geltend machen können. Nach der Darstellung der Klägerin sollen "in wenigstens 40 Fällen Liegetage entstanden sein". Anders liegt es nach dem Inhalt des Vertrages jedenfalls dann, wenn die Beklagte für eine längere Zeit - hier für mehr als 2 Monate - überhaupt keinen Schutt zum Abtransport anliefert. Aus der Tatsache allein, dass die Klägerin in der Zeit von September 1948 bis zum 14. August 1949 keinerlei Vergütung für "Liegetage" verlangt hat, folgt keineswegs, dass auch jede Entschädigung nach § 642 BGB ausgeschlossen sein sollte. Selbst wenn die Beklagte in der Zeit

vor dem 14. August 1949 für derartige "Liegetage" eine angemessene Entschädigung hätte verlangen können, was das Berufungsgericht zumindest unterstellt, würde sich aus der Tatsache, dass sie keine Ansprüche erhoben hat, noch nicht ergeben, dass die Klägerin auch in Zukunft gehindert wäre, derartige Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Mit rechtlich nicht zu beanstandenden Erwägungen hat das Berufungsgericht solche zu Lasten der Klägerin gehende Rechtsnachteile verneint. Die Klägerin hat auch keineswegs für die Zukunft auf derartige Ansprüche "verzichten" wollen. Schliesslich kann auch in der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen für einen so langen Zeitraum des Annahmeverzuges, wie er vom 14. August bis zum 18. Oktober 1949 gegeben war, keine unzulässige Rechtsausübung erblickt werden. Der von der Anschlussrevision erhobene Vorwurf eines arglistigen Verhaltens der Klägerin ist nicht gerechtfertigt. Hieran ändert auch der von der Revision hervorgehobene Umstand nichts, dass die Klägerin Kaufmannseigenschaft hatte. Es würde vielmehr umgekehrt Treu und Glauben widersprechen, wenn die Beklagte die Klägerin an dem Vertrage festhalten und verpflichten könnte, einen Teil ihrer Wirtschaftskraft ohne jede Gegenleistung zur Durchführung der Transporte zur Verfügung zu halten. Die Vorschrift des § 642 BGB will gerade den Unternehmer vor derartigen unzumutbaren Belastungen, die ihm das Fortbestehen des Werkvertrages auferlegen könnte, durch die Gewährung einer angemessenen Entschädigung schützen.

Die Beklagte wendet sich mit der Anschlussrevision weiter gegen die Höhe der vom Berufungsgericht zuerkannten Entschädigung. Auch diese Angriffe sind nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, die im Ver-

trage vom 25. September 1948 vorgesehene Tagesleistung von ca. 50 t für die Berechnung der Entschädigung zugrunde zu legen. Es war auch zu berücksichtigen, in welcher Weise der Transportvertrag in der vorhergehenden Zeit tatsächlich laufend gehandhabt und abgewickelt worden war und dass danach die Beklagte nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet war, sich auf erheblich grössere Transporte einzurichten. Was das Berufungsgericht in dieser Hinsicht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Hübner festgestellt hat, liegt auf tatsächlichem Gebiet und lässt keinen Verfahrensverstoss oder sonstigen Rechtsirrtum erkennen. Die Höhe der Entschädigung ist im Streitfall nach richterlichem Ermessen festzusetzen. Eine feste Begrenzung nach oben und unten ist nicht vorgesehen. Die vom Berufungsgericht berücksichtigten Umstände und angestellten Erwägungen halten sich durchaus im Rahmen des Angemessenen.

2) Das Berufungsgericht hat der Klägerin nur einen Teil der geltendgemachten Entschädigungsforderung zuerkannt und hierzu ausgeführt, die Klägerin habe ihrer Pflicht, zur Schadensminderung mitzuwirken, nicht in dem von ihr zu fordernden Umfang genügt. Sie habe sich nicht darauf beschränken dürfen, nur die drei Schuten vorzuhalten, sondern hätte ihrerseits Schritte unternehmen müssen, die gerade für sie unklare Lage durch eine Anfrage bei der Beklagten oder eine Rücksprache mit einem Beamten der Beklagten klarzustellen. Jedenfalls sei der Klägerin zuzumuten gewesen, die Mietverträge für die grosse und eine kleine Schute auf den 31. August 1949 zu kündigen; sie müsse daher die für diese beiden Schuten nach dem 1. September 1949 entstandenen Kosten selbst tragen.

Die Revision der Klägerin rügt, das Berufungsgericht habe die Darlegungs- und Beweislast verkannt (§ 286 ZPO), indem es unberücksichtigt gelassen habe, dass eine solche Kündigung nur dann zumutbar gewesen wäre, wenn wirklich festgestanden hätte, dass tatsächlich die Schute nicht mehr gebraucht würde; anscheinend gehe das Berufungsurteil davon aus, dass die Klägerin bei einer Nachfrage bei der Beklagten eine solche Auskunft hätte erhalten können. Die Revision hält im übrigen die Anwendung des § 254 BGB im Falle des § 642 BGB überhaupt für bedenklich.

Ob § 254 BGB gegenüber einem Anspruch aus § 642 BGB überhaupt anwendbar ist, braucht nicht abschliessend entschieden zu werden. Eine unmittelbare Anwendung scheidet schon deshalb aus, weil der Anspruch aus § 642 BGB kein "Verschulden des Beschädigten" voraussetzt. Der Unternehmer braucht nicht einmal einen "Schaden" nachzuweisen, um den Anspruch aus § 642 geltend zu machen. Deshalb muss auch eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB zumindest zweifelhaft erscheinen. Mag auch das Berufungsgericht, obwohl es die Vorschrift des § 254 BGB nicht ausdrücklich anführt, von ihrer Anwendbarkeit ausgegangen sein, so kann hierin kein für die Entscheidung erheblicher Rechtsirrtum erblickt werden. Denn dasselbe Ergebnis ist ohne weiteres durch Anwendung des in § 642 Abs 2 BGB enthaltenen Rechtsgedankens zu rechtfertigen, der auf einem "dem § 254 BGB durchaus entsprechenden Gesichtspunkt beruht" (Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 642 Anm 5 b S 991). Bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung ist nicht nur zu berücksichtigen, was der Unternehmer infolge des Annahmeverzuges des Bestellers tatsächlich erspart, sondern auch das, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

Macht er hiervon keinen Gebrauch, so muss er sich den nur möglichen Verdienst dennoch anrechnen lassen, "weil er die Schadenshöhe durch Hintanhaltung eines Abzugspostens selbst vergrößert, den Schaden insofern also selbst vorwiegend verursacht" (Oertmann aaO). Was hier für die zumutbare anderweitige Ausnutzung der persönlichen Arbeitskraft gilt, muss erst recht für eine anderweitige Verwertung sonstiger Wirtschaftskraft (Kapital, Einrichtungen usw.) gelten. Im vorliegenden Fall hätte sich die Klägerin von der zusätzlichen Belastung, die ihr durch die Fietung der Schuten entstanden war, in durchaus zumutbarer Weise durch Kündigung zum 31. August 1949 befreien können. Das muss umsomehr gelten, als die Klägerin von der Beklagten bereits am 14. August 1949 darauf hingewiesen worden war, dass zumindest für eine gewisse, noch nicht abzusehende Zeit überhaupt keine Klappschuten benötigt würden.

IV. Hinsichtlich der Kostenentscheidung weist die Beklagte mit Recht darauf hin, dass die Klägerin im Berufungsrechtszug Ansprüche in Höhe von 69.109,48 DM geltend gemacht und dass sich die Anschlussberufung nur gegen den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 15.892,70 DM gerichtet hat.

Das Berufungsgericht hat darüber hinaus einen Entschädigungsanspruch von 18.332,04 DM anerkannt. Diesem Verhältnis entsprechend ist die Kostenverteilung in den Rechtsmittelzügen vorzunehmen. Es erschien danach angemessen, unter Anwendung der §§ 97, 92 ZPO die Kosten der Rechtsmittelzüge zu drei Vierteln der Klägerin und zu einem Viertel der Beklagten aufzuerlegen.

Wilde Bock Nastelski Christoph Nörr