

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 165/64

URTEIL

Verkündet am

29. März 1967

Zug,  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der AFO-A[REDACTED] und F[REDACTED]gesellschaft m.b.H. i.L.,  
vertreten durch ihren Liquidator, den Bauingenieur Max  
B[REDACTED], N[REDACTED], L[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Stadtgemeinde A[REDACTED], gesetzlich vertreten durch  
den Oberbürgermeister,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das den Parteien an Verkündungs Statt am 29. Mai 1964 zugestellte Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Stadt A [REDACTED] - die Beklagte - genehmigte mit Vorvertrag vom 13. August 1946 den Ingenieuren Dr. Fritz W [REDACTED] und Dr. Paul W [REDACTED] oder einer von diesen zu gründenden Gesellschaft die Errichtung einer Trümmerverwertungsanlage am R [REDACTED] in A [REDACTED]. In der Folgezeit gründeten die Ingenieurfirma Dr. W [REDACTED] und die Firma K [REDACTED] AG. die klagende Firma mit einem Stammkapital von 100 000,- RM und mit dem Geschäftszweck der Entwicklung, Herstellung und Anwendung von Baustoffen, -geräten und -verfahren sowie von Bindemitteln.

Am 28. Februar 1947 schloß die Klägerin mit der Beklagten einen schriftlichen Vertrag zum Zwecke der Trümmerverwertung. Darin verpflichtete sich die Beklagte, mindestens 350 000 cbm Trümmermassen auf ihre Kosten zum R [REDACTED]

■ schaffen zu lassen (§ 1); die Klägerin sollte am Fuße dieses Berges ein Trümmerverwertungswerk errichten (§ 2), für das ihr die Beklagte das in einem gesonderten Pachtvertrag zu bezeichnende Gelände zur Verfügung stellen sollte (§ 3; zum Abschluß des vorgesehenen Pachtvertrages ist es in der Folgezeit nicht gekommen). Die Klägerin verpflichtete sich, für die Berechtigung zur Auswertung der Trümmermassen für jeden cbm gewonnenen Ziegelsplitts an die Beklagte 13,80 RM zu zahlen (§ 5); die Beklagte hatte ihrerseits der Klägerin so viel Zement, Kalk, Eisen usw. zuzuweisen, daß der Klägerin eine Tageserzeugung von 25 cbm Fertigerzeugnissen ermöglicht wurde (§ 7). Die Beklagte konnte über 90 v.H. der hergestellten Baustofferzeugnisse verfügen, die Klägerin über den Rest (§ 8). Der Vertrag, dessen Beginn auf den 1. März 1947 festgesetzt wurde, sollte bis zum 31. Dezember 1956 gelten, Verlängerungsmöglichkeiten waren bis längstens 31. Dezember 1961 vorgesehen (§ 10 Abs. 1); er konnte vorzeitig mit einjähriger Frist gekündigt werden, wenn die Klägerin mit ihren Abgaben länger als drei Monate im Rückstand blieb oder wenn sie drei Monate lang durchschnittlich weniger als 25 cbm Baustoffe täglich lieferte (§ 10 Abs. 2). Bei Beendigung des Vertrages vor Ablauf der vorgesehenen Dauer hatte die Beklagte den Zeitwert der von der Klägerin errichteten Bauten zu ersetzen; sie konnte auch den Buchwert zugrunde legen (§ 10 Abs. 5 Buchst. c).

Nach Vertragsbeginn errichtete die Klägerin eine Anlage zur Trümmerverwertung und begann mit der Gewinnung von Ziegelsplitt und der Herstellung von Baustoffen aus Ziegelsplitt (Mauersteine, Zwischenwandplatten und Dachplatten).



Mit Schreiben vom 9. Juli 1948 erklärte die Beklagte unter Bezugnahme auf § 20 UmstG "vorsorglich" den Rücktritt vom Vertrag. Die Klägerin setzte zunächst ihre Tätigkeit fort und stellte zusätzlich Arbeiter ein. Verhandlungen zwischen den Parteien über die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses auf neuer Grundlage führten zu keinem Ergebnis. Anfang 1949 kam der Betrieb der Klägerin zum Erliegen; im März 1949 beschloß die Klägerin, die Gesellschaft zu liquidieren.

Mit Schreiben vom 21. Juni 1949 erklärte die Beklagte, die am 9. Juli 1948 "mit Bezug auf das Währungsgesetz ausgesprochene Kündigung" werde auch "auf Vertragsverletzung gemäß § 10 Ziff. 2 gestützt, bzw. in der hier vorgesehenen Form hiermit ausgesprochen". Später berief sich die Beklagte auch noch auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage als Kündigungsgrund.

Mit der Klage verlangt die Klägerin eine Ablösungsvergütung für die von ihr errichteten Gebäude und Anlagen, ferner Schadensersatz für den Gewinn, der ihr dadurch entgangen sei, daß sie wegen der unzeitigen Kündigung des Vertrages ihre Trümmerverwertungsanlage nicht habe weiter betreiben können. Die Beklagte - so trägt sie vor - sei weder zum Rücktritt vom Vertrag nach dem Umstellungsgesetz noch zur Kündigung berechtigt gewesen; die Voraussetzungen des § 20 UmstG hätten nicht vorgelegen, da der Vertrag vom 28. Februar 1947 weder ein Kauf- noch ein Werkvertrag gewesen sei. Die Beklagte habe nach der Währungsumstellung nach einem Grund gesucht, um von dem ihr unbequem gewordenen Vertrag loszukommen, nachdem sie sich schon vorher in mehrfacher Richtung vertragswidrig verhalten habe. Durch die Vertragsauflösung sei ihr, der Klägerin, ein Gewinn von 1 194 750,-- DM entgangen.

Die Klägerin, die im Laufe des Verfahrens ihre Anträge mehrfach gewechselt hat, hat zuletzt einen Ablösungsbetrag von 57 000,-- DM und eine Entschädigung für entgangenen Gewinn in Höhe von 160 000,-- DM für die Jahre 1949 bis 1952 verlangt; davon hat sie einen von der Beklagten anerkannten und bezahlten Teilbetrag von 20 000,-- DM, ferner anerkannte Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von 7 249,64 DM abgezogen und dementsprechend im Berufungsrechtszug zuletzt beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 189 750,36 DM  
nebst 4 v.H. Zinsen - in gestaffelten Beträgen -  
zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, sie habe nach § 20 UmstG vom Vertrag zurücktreten dürfen, da dieser im wesentlichen Werklieferungsvertrag und sie deshalb als Geldschuldnerin anzusehen gewesen sei. Zur Kündigung sei sie berechtigt gewesen, weil die Klägerin den Vertrag mehrfach verletzt habe. Sie bestreitet vor allem, daß der Klägerin ein Schaden entstanden, insbesondere Gewinn entgangen sei, da die Klägerin unproduktiv gearbeitet habe und da Ziegelsplittererzeugnisse nach der Währungsreform nicht mehr abzusetzen gewesen seien.

Das Landgericht hat der Klägerin einen Ablösungsbetrag von 58 897,36 DM zugesprochen und die Klage abgewiesen, soweit sie auf den Ersatz entgangenen Gewinns gerichtet war. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen; auf die Anschluß-

berufung der Beklagten hat es - entsprechend deren eingeschränktem Antrag - den Ablösungsbetrag auf 48 897,36 DM ermäßigt.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 140 853,-- DM weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht legt - übereinstimmend mit dem Landgericht - zunächst dar, daß die Beklagte der Klägerin dem Grunde nach wegen positiver Vertragsverletzung zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet sei.

Zum Rücktritt von dem Vertrag vom 28. Februar 1947 gemäß § 20 UmstG sei die Beklagte, so wird in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, nicht berechtigt gewesen; weder sei der Vertrag nach seinem Inhalt ein Kauf- oder Werkvertrag noch sei die Beklagte Schuldnerin einer Geldschuld im Sinne des Umstellungsgesetzes gewesen.

Auch auf die im Schreiben vom 21. Juni 1949 ausgesprochene Kündigung könne sich die Beklagte nicht berufen; denn sie könne weder für den mit dem Schreiben vom 9. Juli 1948 ausgesprochenen Rücktritt vom Vertrage Kündigungsgründe nachschieben, noch sei für eine selbständige Kündigung mehr Raum gewesen, nachdem die Beklagte spätestens mit ihrem Schreiben vom 6. Mai 1949 den Vertrag als "endgültig gelöst" betrachtet habe. Nachdem das Vertragsver-

hältnis tatsächlich beendet gewesen sei - was sich auf seiten der Klägerin aus der Einstellung des Geschäftsbetriebes Anfang 1949 ergebe -, habe dieser Vertrag nicht nochmals gekündigt werden können.

Im übrigen hätte eine Kündigung, selbst wenn sie möglich gewesen wäre, nicht durchgreifen können; die Beklagte habe nämlich für keinen der in ihrem Schreiben vom 21. Juni 1949 angeführten Kündigungsgründe - angebliche Vertragsverletzungen der Klägerin - Beweise erbringen können.

Sodann legt das Berufungsgericht im einzelnen dar, daß und warum sich die Beklagte nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könne.

Ob diese Ausführungen, welche die Revision - als ihr günstig - nicht angreift, rechtlich bedenkenfrei sind, kann dahingestellt bleiben; denn jedenfalls halten die übrigen tragenden Erwägungen des angefochtenen Urteils der rechtlichen Nachprüfung stand.

II. Das Oberlandesgericht legt weiter dar, daß die Klägerin danach Anspruch auf Ersatz eines ihr etwa entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) hätte; sie habe jedoch nicht ausreichend dargetan, daß sie bei Fortsetzung ihres Betriebes in den Jahren 1949 bis 1952 mit Wahrscheinlichkeit die Erzielung eines Gewinns habe erwarten können.

1. Die Klägerin stütze ihren Anspruch, so heißt es dazu in dem angefochtenen Urteil, auf das Gutachten und das Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Urban, der die Gewinnaussichten der Klägerin für die Jahre 1949 bis 1952 auf 160 000,-- DM geschätzt habe. Dieser sei

davon ausgegangen, daß nach dem Kriege der Bedarf an Baustoffen von den Ziegeleien, die heruntergewirtschaftet gewesen seien und zudem unter Kohlenmangel gelitten hätten, nicht habe gedeckt werden können; daher hätten für Hohlblocksteine aus Ziegelsplitt, die zudem wegen ihrer Größe schneller und wirtschaftlicher verarbeitet werden könnten, gute Absatzmöglichkeiten bestanden, die nach den "allerorts gemachten Erfahrungen" mit der Währungsumstellung nicht beendet gewesen seien; es ergebe sich aus den Akten - so habe der Sachverständige dargelegt - kein überzeugender Grund dafür, daß die "überall anerkannte Tatsache", Ziegelsplitt sei damals der für den Wiederaufbau entscheidende Baustoff gewesen, für A [REDACTED] nicht hätte zutreffen sollen. Die vom Sachverständigen errechneten Gewinnsätze habe dieser als "anderwärts durchaus zuverlässig und bewährt" angesehen und daher der Errechnung des der Klägerin entgangenen Gewinns zugrunde gelegt.

Bei der Würdigung dieses Gutachtens hebt das Oberlandesgericht hervor, daß der Sachverständige Urban die Verhältnisse in Augsburg nicht aus eigener Anschauung und Erfahrung kenne und trotz entsprechenden gerichtlichen Hinweises die Klärung dahin gehender tatsächlicher Fragen nicht für erforderlich gehalten habe. Danach beruhe das Gutachten im wesentlichen auf der nach Ansicht des Sachverständigen für das ganze Bundesgebiet feststehenden Tatsache, daß für Ziegelsplitt und daraus hergestellte Baustoffe mindestens bis zum Jahre 1952 keine Absatzschwierigkeiten bestanden hätten, weil die Ziegelindustrie nicht ausreichend lieferfähig gewesen und ein wesentlicher Grund hierfür in dem "katastrophalen Kohlenmangel" zu suchen sei.

Diese tragenden Gedankengänge seien jedoch, so führt der Berufungsrichter aus, durch die spätere Beweisaufnahme maßgeblich erschüttert worden.

2. Das Berufungsgericht hat den Zeugenaussagen Mo [REDACTED] (Mitglied des Vorstands des Bayerischen Tonindustrie-Verbandes und Landesvorsitzender des Vereins Güteschutz-Ziegelindustrie), V [REDACTED] (von 1947 bis 1951 Geschäftsführer des Landesverbandes Bayerischer Bauinnungen, seit 1951 Geschäftsführer eines gewerkschaftlichen Wohnungsunternehmens in A [REDACTED], des Maurermeisters H [REDACTED] und des Kohlenhändlers Wa [REDACTED] - entgegen der Aussage des in der Baustoffindustrie tätigen J [REDACTED] - unter ausführlicher Würdigung der Aussagen im einzelnen entnommen, daß es im Raum A [REDACTED] ab 1950 keinen Kohlenmangel mehr gegeben habe und daß bis dahin die Kontingentierung sich nicht ausgewirkt habe, da wegen der Schwierigkeit der Finanzierung die Nachfrage nach Baustoffen beschränkt gewesen sei; der Bedarf daran habe - kleinere Mengen an Ziegelsplitt und Bimsbaustoffen eingeschlossen - voll gedeckt werden können. Daß für die Trümmerverwertung die Verhältnisse in A [REDACTED] nicht ohne weiteres denen in anderen kriegszerstörten Städten hätten gleichgesetzt werden können, habe auch die Beweisaufnahme des ersten Rechtzuges, vor allem das Gutachten des Dr.ing. Riedl ergeben, der betont habe, für Augsburg gälten hinsichtlich der natürlichen Vorkommen von Rohstoffen für die Baustoffindustrie (Lehm und Kies) im allgemeinen die gleichen Verhältnisse wie für München, die andererseits für keine andere Stadt, "schon nicht mehr für Nürnberg und Stuttgart" zuträfen. Auch Zeugen der ersten Instanz (Baumeister Ha [REDACTED], Direktor Br [REDACTED] der Baufirma Th [REDACTED]) hätten bekundet, daß in A [REDACTED] nach der Währungs-

reform Ziegelsplitterzeugnisse "zunächst gefragt" gewesen seien, daß aber im Verlauf von zwei oder drei Jahren der Absatz solcher Erzeugnisse "immer schwieriger gewesen" sei.

3. Sei sonach - so fährt das angefochtene Urteil fort - schon im Hinblick darauf, daß der A [REDACTED] Baumarkt in den Jahren 1949 bis 1952 entsprechend seinem Bedarf auch ohne die Produktion der Klägerin mit Baustoffen aller Art versorgt gewesen sei, ein Gewinn bei Fortführung des Betriebs der Klägerin nicht zu erwarten gewesen, so entfalle überdies jede Wahrscheinlichkeit deshalb, weil die Klägerin nicht konkurrenzfähig gewesen wäre.

Die gerichtlichen Sachverständigen hätten für den Ziegelsplitt der Klägerin einen Herstellungspreis von 12,80 DM (Dr. Riedl), 13,00 DM (Göpfert) oder 14,00 DM (Göpfert; Urban) je cbm angenommen; daß der Splitt zu einem solchen Preis nicht absetzbar gewesen wäre, ergebe sich aus der unbestrittenen Tatsache, daß der cbm Ziegelsplitt von der Firma Th [REDACTED] am 6. September 1948 (die Angabe der Jahreszahl 1949 beruht auf einem offensichtlichen Versehen) mit 7,50 DM angeboten und von der Firma Ha [REDACTED] für 7,50 bis 8,50 DM verkauft worden sei, wobei in diesen Verkaufspreisen bereits ein Gewinnzuschlag enthalten gewesen sei, während der für die Klägerin errechnete Preis von 13,-- bis 14,-- DM je cbm die reinen Selbstkosten darstelle.

Auch die Preise für Ziegelsplitterzeugnisse vermöchten die Wahrscheinlichkeit eines Gewinns für die Klägerin nicht zu begründen. Seien schon die Selbstkosten

für die Gewinnung des Ziegelsplitts, also des Grundstoffs für die in Betracht kommenden Erzeugnisse, fast doppelt so hoch anzusetzen wie der Verkaufspreis anderer Firmen, so sei es auch nicht wahrscheinlich, daß die Klägerin daraus Splittsteine zu einem Preis hätte herstellen können, mit dem sie wettbewerbsfähig gewesen wäre. Zum selben Ergebnis komme man auch, wenn man für die Klägerin von dem Preis ausgehe, den der Sachverständige Urban mit 1,-- DM je Ziegelsplitt-Hohlblockstein als angemessen angenommen habe; denn die Firma Th[REDACTED] habe den gleichen Stein im September 1948 für 0,85 DM, im Mai 1949 und 1950 für 0,78 DM angeboten; bei der Firma U[REDACTED] habe ein Ziegelsplitt-Hohlblockstein im Jahre 1950 nur 0,72 oder 0,78 DM gekostet. Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre die Klägerin daher nicht konkurrenzfähig gewesen.

III. Die gegen diese tatrichterliche Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision dringen nicht durch.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß nach § 252 Satz 2 BGB der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns keine volle Gewißheit der Gewinnerzielung erfordert, sondern daß die bloße Wahrscheinlichkeit genügt; diese braucht nicht bereits im Zeitpunkt des schadenstiftenden Ereignisses vorzuliegen, sondern es kommt auf den Standpunkt des nachträglichen Beurteilers an (BGHZ 29, 393, 398). Für die Wahrscheinlichkeitsprüfung benötigt jedoch der Richter greifbare Tatsachen, da sich nur an Hand eines bestimmten Sachverhalts sagen läßt, wie sich die Dinge ohne das schadenstiftende Ereignis nach menschlicher Erfahrung weiterentwickelt hätten. Die Partei, die den Schadensersatzanspruch geltend macht, muß daher den Tatsachenstoff,

aus dem sie nach dem gewöhnlichen Verlauf oder den besonderen Umständen des Falles ihre Gewinnerwartung herleitet, im einzelnen darlegen und bei gegnerischem Bestreiten beweisen; erst wenn das geschehen ist, kann die weitere - hypothetische - Entwicklung unter dem Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit geprüft werden (BGHZ 2, 310; 30, 7, 16; BGH LM BGB § 252 Nr. 8; BGB-RGRK 11. Aufl. § 252 Anm. 7).

Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht die Tatsachen nicht als bewiesen angesehen, aus denen sich eine Gewinnerwartung der Klägerin mit Wahrscheinlichkeit hätte herleiten lassen.

2. Das Berufungsgericht hat auf Antrag beider Parteien im schriftlichen Verfahren (§ 128 Abs. 2 ZPO) entschieden. Die Revision folgert daraus, daß der Beurteilung des Revisionsgerichts entgegen § 561 Abs. 1 ZPO nicht nur das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder aus dem Sitzungsprotokoll ersichtliche Parteivorbringen unterliege, sondern - unabhängig von Rügen gemäß § 286 ZPO - der gesamte in den Schriftsätzen der Parteien vorgetragene Prozeßstoff, da die Vorschrift des § 561 Abs. 1 ZPO auf das Verfahren der mündlichen Verhandlung gemäß § 128 Abs. 1 ZPO zugeschnitten sei.

Dieser Auffassung der Revision kann nicht gefolgt werden. Die Entscheidungen, auf die sie sich für ihre Meinung beruft (RGZ 151, 193, 196; BGHZ 11, 27, 31), besagen nichts darüber, daß das Revisionsgericht dann, wenn das Berufungsgericht im schriftlichen Verfahren entschieden hat, entgegen dem § 561 Abs. 1 ZPO den gesamten Akteninhalt verwerten könnte; aus ihnen ergibt sich nur, daß das Berufungsgericht selbst, wenn es

gemäß § 128 Abs. 2 ZPO (früher § 7 EntlVO) entscheidet, nicht nur das in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Parteivorbringen, sondern auch den Inhalt nachgereichter Schriftsätze zu berücksichtigen hat. Daraus ergibt sich aber kein Grund, im Revisionsverfahren für die Verwertung des Prozeßstoffes einen verschiedenen Maßstab anzulegen, je nachdem ob das Berufungsgericht nach § 128 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO entschieden hat; auch im letzteren Fall geht es nicht an, auf dem von der Revision angestrebten Weg, der im Gesetz keine Stütze findet, den Revisionsrichter an die Stelle des Tatrichters zu setzen. Vielmehr kann auch dann, wenn der Berufungsrichter im schriftlichen Verfahren entschieden hat, die Revision nur mit der Rüge nach § 286 ZPO die Übergehung von Prozeßstoff beanstanden.

3. Soweit sich unter Anlegung dieses Maßstabs die Rügen der Revision nicht nur als unzulässige Angriffe auf die tatrichterliche Beweiswürdigung erweisen, sondern als Rügen nach § 286 ZPO zu behandeln sind, ist ihnen kein Erfolg beschieden.

a) Die Rüge, das Berufungsgericht habe wesentliche Teile der Zeugenaussagen Mo■■■■, V■■■ und Wa■■■■ nicht berücksichtigt, kann schon aus den dargelegten Gründen keinen Erfolg haben. Im übrigen würde selbst der von der Revision erstrebte Schluß, in der in Betracht kommenden Zeit sei Bedarf an Ziegelsplitt vorhanden gewesen, für sich allein noch nicht die Wahrscheinlichkeit ergeben, daß die Klägerin in der Lage gewesen wäre, diesen Bedarf in gewinnbringender Weise zu decken.

b) Die Revision beanstandet, daß der Berufungsrichter den Aussagen Mo■■■■ und V■■■ den Vorzug vor der

38

Aussage J [REDACTED] gegeben hat; sie meint, daß die Auffassung, die zuerst genannten Zeugen hätten die Vorgänge der damaligen Zeit aus einer größeren Sicht zu beurteilen vermocht als J [REDACTED] (BU 23), eine bloße Floskel ohne Begründung darstelle. Dabei bedenkt die Revision nicht, daß das Berufungsgericht an anderer Stelle (BU 21) anführt, J [REDACTED] habe seine Angaben auf die von ihm bei der Ziegelei Af [REDACTED] - einer im Jahre 1949 aufgegebenen Sommerziegelei - gemachten Erfahrungen eingeschränkt; diese Feststellung trägt aber den Schluß, daß J [REDACTED] aus einem beschränkteren Gesichtskreis geurteilt habe als dies Mo [REDACTED] und V [REDACTED] getan hätten.

c) Die Revision rügt ferner unter Berufung auf § 286 ZPO, das Berufungsgericht habe wesentliche Teile der Zeugenaussagen S [REDACTED] (seinerzeit Lagerverwalter der Firma Ma [REDACTED]), So [REDACTED] (damals Angestellter derselben Firma) und Bu [REDACTED] (gemeint ist offenbar der technische Direktor B [REDACTED] der Firma Th [REDACTED]) nicht berücksichtigt. Dem ist entgegenzuhalten, daß das angefochtene Urteil die Aussagen der drei Zeugen ausführlich würdigt (BU 25), wobei es nicht erforderlich ist, daß alle Einzelheiten wiedergegeben werden (BGHZ 3, 162, 175). Welche Schlüsse der Berufungsrichter aus diesen Aussagen zieht, liegt in seinem tatrichterlichen Beurteilungsspielraum; Rechtsfehler vermag die Revision insoweit nicht darzutun, vielmehr versucht sie, ihre eigene tatsächliche Würdigung an die Stelle der Würdigung des Tatrichters zu setzen; das ist im Revisionsverfahren nicht zulässig. Entsprechendes gilt von einem von der Klägerin vorgelegten Sonderdruck des Statistischen Amtes der Stadt A [REDACTED], aus dem der Berufungsrichter nach Auffassung der Revision hätte Schlüsse ziehen müssen, mit denen die Aussagen Mo [REDACTED] und V [REDACTED] nicht vereinbar gewesen seien.

Im übrigen kommt es auf diese Rügen im Ergebnis auch deshalb nicht an, weil selbst dann, wenn mit der Revision davon auszugehen wäre, daß die Ziegeleien in den hier in Betracht kommenden Jahren den Baustoffbedarf nicht voll hätten decken können und deshalb noch ein gewisser Bedarf an Ziegelsplitterzeugnissen bestanden hätte, noch nicht die Wahrscheinlichkeit dargetan wäre, daß die Klägerin den von ihr geltend gemachten Gewinn erzielt hätte; denn das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler dargelegt, daß die Klägerin mit ihren Erzeugnissen jedenfalls nicht wettbewerbsfähig gewesen wäre.

d) Die Revision wendet sich allerdings auch gegen die Darlegungen, mit denen das Berufungsgericht die Wahrscheinlichkeit verneint hat, daß die Klägerin durch rationelle Fertigung und günstige Preisgestaltung konkurrenzfähig gewesen wäre und daher hätte Gewinn erzielen können.

Sie beanstandet in diesem Zusammenhang zunächst die Wendung des angefochtenen Urteils, es sei nicht erforderlich, im einzelnen auf die ausführlichen Darlegungen der Parteien über die Preisgestaltung und die sich daraus ergebende Konkurrenzfähigkeit und die Absetzbarkeit der von der Klägerin hergestellten Ziegelsplitterzeugnisse einzugehen (BU 27); sie meint, das könne nicht richtig sein, da das Berufungsgericht erst nach Prüfung des Parteivortrags zu einer Stellungnahme habe gelangen dürfen. Dabei verkennt die Revision aber, daß das Berufungsgericht offensichtlich nicht davon ausgegangen ist, es brauche Teile des Parteivortrags nicht zu prüfen, was allerdings rechtsfehlerhaft wäre; es wollte vielmehr ersichtlich nur

zum Ausdruck bringen, daß es sich mit den Einzelheiten der von den Parteien angestellten Berechnungen nicht in den Urteilsgründen auseinanderzusetzen brauche, da die Wahrscheinlichkeit der Erzielung eines Gewinnes allein schon durch die Feststellung beseitigt werde, die Selbstkosten der Klägerin für die Gewinnung von Ziegelsplitt seien für die in Betracht kommende Zeit fast doppelt so hoch gewesen wie der Verkaufspreis anderer Firmen, in dem bereits deren Gewinnzuschlag enthalten gewesen sei.

Zu Unrecht erblickt die Klägerin - wie sie in der mündlichen Revisionsverhandlung vorgetragen hat - einen Verstoß gegen die Denkgesetze in der Auffassung, daß dann, wenn der Ausgangsstoff teurer sei als bei Konkurrenzfirmen, auch das Endprodukt notwendig teurer sein müsse als das der Mitbewerber; vielmehr entspricht die Ansicht des Berufungsgerichts jedenfalls dann der Lebenserfahrung, wenn, wie hier festgestellt, bezüglich des Rohstoffs Ziegelsplitt der Gestehungspreis der Klägerin fast doppelt so hoch ist wie der Verkaufspreis der übrigen Firmen.

Dieser Feststellung kann die Revision auch nicht mit dem Hinweis begegnen, daß die Klägerin dargelegt habe, sie hätte in den Jahren 1949 bis 1952 bei einer Produktionsmöglichkeit von 3 200 000 Ziegelsplittsteinen und einem Preis von 1,-- DM je Stück einen Umsatz von 3 200 000,-- DM erzielen können, sie hätte ferner wegen des großen Schuttvorkommens rentabler arbeiten können als die Firmen Th[REDACTED] und Ha[REDACTED], da sie die überschütteten Schuttmassen "mittels Großgeräteinsatz" hätte verarbeiten können. Das Oberlandesgericht hat dazu in rechtlich unangreifbarer Weise festgestellt, daß die Klägerin auch bei dem von ihr selbst zugrunde gelegten Preis von 1,-- DM je Stein nicht wettbe-

werbsfähig gewesen wäre, da die anderen in Betracht kommenden Firmen ihre Steine zwischen 0,72 DM und 0,85 DM je Stück angeboten und verkauft hätten. Bei dieser Sachlage ist auch nicht ersichtlich, inwiefern das Berufungsgericht gegen § 139 ZPO verstoßen haben sollte, als es den Schriftsatz der Klägerin vom 6. Juni 1963 nicht zum Anlaß nahm, die Klägerin zu neuem Beweisantritt aufzufordern; denn dieser Schriftsatz enthielt die Antwort der Klägerin auf Schriftsätze der Beklagten vom 9. April 1963 und vom 20. Mai 1963, in denen diese für den Fall des Weiterbestehens des Betriebes der Klägerin einen Millionenverlust errechnet hatte; auf diese Berechnung kam es aber für die entscheidungserheblichen Erwägungen des Berufungsgerichts nicht an.

e) Die Revision bekämpft schließlich die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nicht die Wahrscheinlichkeit dafür dargetan, daß sie, wenn schon nicht durch den Verkauf von Ziegelsplitt und daraus hergestellten Baustoffen, so doch jedenfalls durch die Umstellung oder Erweiterung ihres Betriebes auf die Errichtung von Neubauten in eigener Regie den geltend gemachten Gewinn erzielt hätte.

Das Berufungsgericht hat zu dieser Frage die Aussage des Vorstands der - an der Klägerin zur Hälfte beteiligten - K[REDACTED] AG, Dr. L[REDACTED], gewürdigt, der bekundet habe, die K[REDACTED] AG habe in erster Linie als Hypothekenbank tätig werden wollen, doch habe diese Absicht nicht ausgeschlossen, daß "gegebenenfalls" Bauvorhaben im eigenen Namen durchgeführt wurden. Da diese Aussage sich auf die K[REDACTED] AG bezogen habe, die an der Klägerin lediglich beteiligt war, und da die Klägerin nach ihrem Geschäftszweck (Ziff. 3 der

Vorbemerkung des Vertrages vom 28. Februar 1947) "zum Zwecke der Trümmerverwertung" gegründet worden sei, entnimmt das Berufungsgericht dieser Aussage nicht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Klägerin ihren Geschäftszweck auf die Durchführung von Neubauten in eigener Regie erweitert hätte; dabei wäre noch zu ergänzen, daß die Wahrscheinlichkeit sich auch auf die Erzielung eines Gewinns aus dem erweiterten Geschäftsbetrieb beziehen müßte.

Diese Auffassung hält sich im Rahmen tatrichterlicher Würdigung; es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn bei dieser Sachlage das Berufungsgericht den Beweis für die Tatsachen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung bei Umstellung oder Erweiterung des Betriebs ergeben soll, nicht als erbracht angesehen hat.

IV. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin ersehen läßt, war deren Revision als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Jungbluth

Sprenkmann

Mösl

Alff

Simon