VIII ZR 109/57

Verkündet laut Protokoll
am 8. Juli 1958
Klett, Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2321 071

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

In dem Rechtsstreit

der Gewerkschaft A[redacted], vertreten durch Frau Käthe L[redacted] als Einzelgewerke, in D[redacted], F[redacted]-straße [redacted],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

die Firma Eisenhandel V[redacted], Inhaber Karl Christian V[redacted], in S[redacted], W[redacted]straße [redacted],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1958 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 2. Mai 1957 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Gemäß Auftragsbestätigung vom 16. Februar 1953 verkaufte die Klägerin an die Beklagte, eine Gewerkschaft nach dem allgemeinen Berggesetz für die preussischen Staaten vom 24. Juni 1865, 5000-5600 kg Elektrolyt-Nickelanoden zum Preise von 18,50 DM je kg. Die Abnahme der Anoden sollte am 17. Februar 1953 erfolgen, die Frist wurde aber auf Grund späterer Vereinbarung bis zum 25. Februar 1953 erstreckt. Die Beklagte nahm die Ware zu diesem Zeitpunkt nicht ab und zahlte auch den Kaufpreis nicht. Am 28. Februar 1953 trafen der Ehemann L[redacted], Prokurist der Beklagten, und der Inhaber der Klägerin folgende schriftlich niedergelegte Vereinbarung:

> "Die von Herrn L[redacted] für die Gewerkschaft A[redacted] gekauften 5 t Reinnickelanoden werden nunmehr letztmalig spätestens am Freitag, den 6.3.1953, gegen Barzahlung bei Übernahme im Werk D[redacted] zu dem festgelegten Preise von 18,50DM/kg abgenommen. Für den Fall, daß die Abnahme alsdann wiederum nicht erfolgt, verpflichtet sich Herr L[redacted] bezw. die Gewerkschaft A[redacted], Herrn V[redacted] jeden ihm aus der Nichtabnahme entstehenden Schaden ohne jede weitere Nachfrist und ohne weitere Inverzugsetzung zu ersetzen."

Als die Beklagte die Anoden auch am 6. März 1953 nicht abnahm, trat die Firma H[redacted] & M[redacted] in D[redacted]-R[redacted], die die Ware an die Klägerin hatte liefern sollen, von ihrem Vertrage mit der Klägerin zurück.

Am 26. März 1953 fanden zwischen den Parteien neue Verhandlungen über die Lieferung von 4600 kg Elektrolyt-Nickelanoden zum Preise von 17,50 DM je kg statt. Das Ergebnis dieser Verhandlungen ist streitig. Auf Wunsch der Klägerin gab Rechtsanwalt Dr. K[redacted] als Rechtsberater der Beklagten unter dem 27. März 1953 folgende schriftliche Bestätigung:

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

"Betr.: Gewerkschaft A[redacted] bzw. Lieferung von Elektrolyt-Nickel-Anoden.

In der vorgenannten Angelegenheit nehme ich Bezug auf die heute morgen mit Ihnen gehabten fernmündlichen Unterhaltungen.
Wunschgemäß bestätige ich Ihnen hiermit zur Vorlage bei Ihrem Lieferwerk, daß von der Abnehmerfirma bei mir zu treuen Händen 80.500,--DM (i.W. Achtzigtausendfünfhundert D-Mark) zum Ankauf - durch die Gewerkschaft A[redacted] - von 4600 kg Elektrolyt Nickel-Anoden mit einem Reinheitsgrad von 99,5 % (in gewalzten Platten) deponiert worden sind. Gegen Lieferung der vorgenannten Waren steht der entsprechende Betrag sofort zur Verfügung."

Der Inhaber der Klägerin begab sich mit dieser Bestätigung zu der Firma H[redacted] & M[redacted]. Diese lehnte aber die Durchführung des Geschäftes ab. Die Klägerin hat an die Beklagte nur insgesamt 743,7 kg Anoden geliefert.

Die Klägerin verlangt unter Hinweis auf die Vereinbarung vom 28. Februar 1953 Schadensersatz wegen Nichterfüllung und trägt vor, sie habe die nicht abgenommene Ware für 16.75 DM je kg eingekauft. Ihr sei daher ein Gewinn in Höhe von 1,75 DM je kg, insgesamt also von 8.750 DM für 5000 kg entgangen. Hiervon zieht sie einen Betrag von 762,16 DM ab, welcher der Beklagten aus einem anderen Geschäft zusteht, und macht den Restbetrag von 7.987,84 DM geltend.

Die Beklagte wendet ein, am 26. März 1953 hätten die Parteien vereinbart, daß mit dem Abschluß des neuen Geschäftes über die 4600 kg Nickelanoden die Ansprüche der Klägerin aus dem früheren Geschäft entfallen sollten. Die Klägerin sei auch zur Erfüllung des Vertrages vom 16. Februar 1953 nicht in der Lage gewesen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

A.

Gegen die Vertretungsbefugnis der Ehefrau Käthe L[redacted] als Einzelgewerke bestehen keine Bedenken. Befinden sich sämtliche Kuxe in einer Hand und sieht der Gewerke von der Bestellung eines besonderen Repräsentanten ab, so kann ohne weiteres angenommen werden, daß er sich als den natürlichen Repräsentanten angesehen wissen will. Die von ihm abgegebene Willensäußerung stellt dann die Willenserklärung der Gesellschaft dar (RG ZBergR 77,175,179).

B.

I. 1. Das Berufungsgericht findet die rechtliche Grundlage der Klagforderung in der Vereinbarung vom 28. Februar 1953, in der die Beklagte sich verpflichtet hatte, der Klägerin jeden aus der Nichtabnahme entstehenden Schaden ohne jede weitere Nachfrist und ohne weitere Inverzugsetzung zu ersetzen. Das Berufungsgericht geht nicht darauf ein, ob diese Erklärung, wie das Landgericht gemeint hatte, ein schuldbegründendes Anerkenntnis im Sinne des § 781 BGB bildet. Das kann aber dahingestellt bleiben. Zumindesten würde, wovon auch ersichtlich das Berufungsgericht ausgegangen ist, in der Vereinbarung der Parteien ein schuldbestätigender Anerkenntnisvertrag liegen.

2. Die Revision macht mit einer Verfahrensrüge aus § 286 ZPO geltend, das Berufungsgericht habe die im Schriftsatz der Beklagten vom 8. Februar 1957 aufgestellte Behauptung nicht gewürdigt, daß die Klägerin zu dem maßgeblichen Zeitpunkt die 5000 t Nickelanoden nicht habe liefern können, da die Firma H[redacted] & M[redacted] die Ware der Klägerin nur gegen vorherige Bezahlung ausgehändigt haben würde, die Klägerin aber das Geschäft nicht habe

vorfinanzieren können. Mit dieser Behauptung hatte erkennbar die Beklagte vortragen wollen, daß der Klägerin ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei.

Diese Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht führt aus, die Firma H[redacted] & M[redacted] habe, wie ihre Auftragsbestätigung vom 12. Februar 1953 ergebe, sich zur Lieferung an die Klägerin gegen Barzahlung bei Abholung verpflichtet. Nach der von der Klägerin mit der Beklagten getroffenen Vereinbarung habe diese wiederum den Kaufpreis bei Abholung "ab Werk" bar entrichten müssen. Die Lieferung sei also durchführbar gewesen. Demgegenüber hat die Revision nicht aufgezeigt, weshalb das Berufungsgericht diese Schlußfolgerung nicht hätte ziehen dürfen. Wenn die Revision meint, aus dem Schreiben der Firma H[redacted] & [redacted] vom 12. Februar 1953 könne allenfalls entnommen werden, daß die Lieferung zum 17. Februar 1953 möglich gewesen wäre, nicht aber, daß sie auch noch am 6. März 1953 geliefert hätte, so handelt es sich um ein neues in der Revisionsinstanz unzulässiges tatsächliches Vorbringen. Daß die Firma H[redacted] & M[redacted] am 6. März 1953 nicht mehr zu liefern bereit gewesen wäre, hatte die Beklagte nämlich im Berufungsrechtszuge nicht vorgetragen.

II. 1. Den der Beklagten obliegenden Beweis, daß durch einen neuen Vertrag die durch die Vereinbarung vom 26. Februar 1953 begründete Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz erlassen worden sei, sieht das Berufungsgericht nicht als erbracht an. Es hält zwar für möglich, daß die Parteien am 26. März 1953 darüber verhandelt hätten, die Schuld solle ganz oder teilweise erlassen werden, und entnimmt dem Schreiben der Klägerin vom 26. März 1953, daß diese den Vorschlag gemacht habe, der aus dem geplanten neuen Geschäft erwachsende Gewinn solle auf den Gewinnausfall aus dem früheren Geschäft verrechnet werden. Es sei aber nicht genügend zu erse-

hen, so fährt das Berufungsgericht fort, daß es insoweit zu einer abschließenden Vereinbarung gekommen sei. Der angebliche Schulderlaß sei nicht schriftlich bestätigt worden, insbesondere sei in dem von dem Anwalt der Beklagten unterzeichneten "Bestätigungsschreiben vom 27. März 1953" nicht erwähnt, daß die Klägerin auf irgendwelche Ansprüche verzichtet habe. Daß die Schriftform nicht eingehalten sei, spreche gegen die Sachdarstellung der Beklagten. Ferner sei auch nicht anzunehmen, daß die Klägerin bereit gewesen sei, einen endgültigen Verzicht auszusprechen, solange nicht sicher festgestanden habe, daß das Geschäft, über welches am 26. März 1953 verhandelt worden sei, zur Durchführung gelange. Die Klägerin selbst habe, wie der Beklagten bekannt gewesen sei, nicht über eigene Lagervorräte verfügt. Sie habe also vor Übernahme einer eigenen bindenden Lieferverpflichtung sich zuvor mit ihrem Lieferwerk ins Benehmen setzen und sich bei diesem vergewissern müssen, ob es zur Lieferung bereit sei. Insoweit hätten aber Bedenken bestanden, weil nicht als sicher anzunehmen gewesen sei, daß das Werk, das von dem alten Vertrage mit der Klägerin wegen Nichterfüllung zurückgetreten sei, bereit sein werde, sich auf neue Verhandlungen und Vereinbarungen einzulassen. Unter solchen Umständen müsse es als ausgeschlossen erscheinen, daß die Klägerin ohne vorherige Verständigung mit dem Lieferwerk sich verpflichtet habe, an die Beklagte eine Ware zu liefern, über die sie nicht verfügt habe. Somit "dürfte" es am 26. März 1953, so folgert das Berufungsgericht, noch nicht zu einer abschließenden Vereinbarung gekommen sein. Vielmehr sei anzunehmen, daß die Klägerin den endgültigen Abschluß davon abhängig gemacht habe, daß das Lieferwerk sich zur Lieferung bereit finde. Selbst wenn über diesen Vorbehalt nicht ausdrücklich gesprochen worden sei, so bedeute das nicht, daß ein solcher nach den gesamten Umständen nicht mindestens stillschweigend gemacht

worden sei. Soweit die Zeugen Dr. K[redacted] und L[redacted] bekundet hätten, es sei am 26. März 1953 zu einer vorbehaltlosen festen Absprache gekommen, könne ihre Aussage nicht als genügend zuverlässig angesehen werden.

2. Diese Beweiswürdigung bekämpft die Revision erfolglos mit Verfahrensrügen.

a) Die Auffassung der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß für den Nachweis eines Vorganges ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit genüge, entbehrt jeder Grundlage. Aus den Worten des Berufungsurteils, die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis nicht in ausreichender Weise zu führen vermocht, ergibt sich für diese Meinung der Revision kein Anhalt.

b) Die Erwägung des Berufungsgerichts, gegen die Darstellung der Beklagten spreche der Umstand, daß der angeblich vereinbarte Schulderlaß nicht schriftlich bestätigt worden sei, läßt gleichfalls einen Verfahrensverstoß nicht erkennen. Weder ist, wie die Revision anführt, erfahrungsgemäß die schriftliche Bestätigung ausgeschlossen, wenn die Vertragsparteien durch Anwälte vertreten werden, noch ist die Annahme des Berufungsgerichts zu beanstanden, daß die Parteien, die ihre Abreden aus dem ersten Vertrage schriftlich abgefaßt hatten, ebenfalls die Schriftform gewählt hätten, wenn sie die Vereinbarung vom 28. Februar 1953 endgültig wieder hätten aufheben wollen.

c) Fehl geht auch die Rüge, das Berufungsgericht setze sich mit seiner eigenen Auffassung in Widerspruch, wenn es annehme, der Abschluß des zweiten Geschäftes habe unter dem Vorbehalt gestanden, daß das Lieferwerk sich zur Lieferung bereit finde. Die Revision meint, wenn bei dem am 16. Februar 1953 bestätigten Geschäft ein solcher Vorbehalt nicht gemacht worden sei, liege

kein Anhalt dafür vor, daß bei dem am 26. März 1953 geschlossenen Geschäft anders verfahren sei. Der dem Berufungsgericht vorgeworfene Widerspruch besteht jedoch nicht. Das Berufungsgericht legt vielmehr rechtsirrtumsfrei zugrunde, daß bei Abschluß des zweiten Vertrages sich die Verhältnisse geändert hätten, und begründet die Abweichung vom ersten Vertrage ohne Verstoß gegen Denkgesetze damit, daß das Lieferwerk inzwischen zurückgetreten war und Bedenken bestanden, ob es bereit sein werde, sich auf neue Verhandlungen und Vereinbarungen einzulassen. Soweit die Revision in der mündlichen Verhandlung gerügt hat, das Berufungsgericht hätte daraus, daß in dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 27. März 1953 ein Vorbehalt nicht erwähnt ist, den Schluß ziehen müssen, daß der Vorbehalt tatsächlich nicht gemacht worden sei, kann dem nicht gefolgt werden. Das von dem Anwalt der Beklagten verfaßte Schreiben vom 27. März 1953, das von dem Berufungsgericht allerdings als Bestätigungsschreiben bezeichnet wird, stellt, wie die Revision in anderem Zusammenhange selbst hervorhebt, in Wahrheit kein "Bestätigungsschreiben" im üblichen Sinne dar. Es gibt nicht den Inhalt eines abgeschlossenen Vertrages wieder, sondern bestätigt nach seinem ausdrücklichen Wortlaut lediglich zur Vorlage bei dem Lieferanten der Klägerin, daß bei dem Anwalt 80.500 DM zum Ankauf von 4600 kg Nickelanoden hinterlegt worden seien. Dem Berufungsgericht fällt daher ein Rechtsverstoß nicht zur Last, wenn es das Schreiben vom 27. März 1953 nicht in dem von der Revision gewünschten Sinne gewürdigt hat. Es liegt deshalb auch nicht etwa ein Widerspruch darin, daß das Berufungsgericht das Schreiben vom 27. März 1953 zwar ein Bestätigungsschreiben nennt, jedoch davon ausgeht, daß die Parteien mit der Abrede des Vorbehalts der Belieferung eine im Schreiben nicht enthaltene Vereinbarung getroffen hätten.

d) Die Revision rügt weiter ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt, daß sich die Klägerin in ihrem Notizbuch unter dem 28. März 1953 habe bescheinigen lassen, die Lieferung von 4600 kg Nickelanoden müsse innerhalb von 14 Tagen erfolgen. Eine solche Eintragung hat die Klägerin selbst im Schriftsatz vom 30. November 1953 zugestanden. Das Berufungsgericht hat diese Tatsache allerdings nicht ausdrücklich gewürdigt. Nach ständiger Rechtsprechung bedarf es aber für eine einwandfreie Würdigung der Sach- und Rechtslage nicht eines ausdrücklichen Eingehens auf jedes einzelne Vorbringen der Parteien, wenn sich nur ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (BGHZ 3,162,175). Für die Annahme, daß es hier an einer solchen gefehlt habe, liegen keine Anhaltspunkte vor. Davon, daß Verhandlungen am 26. März 1953 stattgefunden haben und daß ein neues Geschäft geplant gewesen ist, auf dessen Gewinn, wenn es durchgeführt worden wäre, der Gewinnausfall des früheren Geschäftes verrechnet werden sollte, geht auch das Berufungsgericht aus. Für die allein entscheidende Frage, ob eine am 26. März 1953 getroffene Vereinbarung unter dem stillschweigenden Vorbehalt der Liefermöglichkeit gestanden hat und ob die Klägerin auf ihren in der Vereinbarung vom 28. Februar 1953 festgelegten Schadensersatzanspruch etwa unabhängig von der Durchführung des neuen Vertrages verzichtet hat, brauchte das Berufungsgericht aus der Eintragung in dem Notizbuch nichts Entscheidendes zu entnehmen.

e) Das gleiche gilt für die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte Nachfristen gesetzt habe und daß die Parteien spätere Lieferungstermine vereinbart hätten, ohne

daß die Klägerin eingewendet habe, es sei ein Geschäft überhaupt nicht zustande gekommen. Daß die Parteien sich, obgleich die Firma H[redacted] & M[redacted] die Belieferung der Klägerin verweigerte, weiter bemüht haben, das neue Geschäft auszuführen, und daß die Klägerin noch 745,7 kg geliefert hat, ist unstreitig. Das Berufungsgericht war von seinem Standpunkt aus daher nicht gehalten, aus dem Umstande, daß nach der Notiz die Lieferfrist für die 4,6 t Nickelanoden auf 14 Tage ausgedehnt war, einen der Klägerin nachteiligen Schluß zu ziehen. Es bedurfte daher auch keiner Prüfung, ob spätere Lieferungsvereinbarungen und etwaige von der Beklagten gesetzte Nachfristen sich nicht etwa, wie die Klägerin es behauptet, auf ein weiteres drittes Geschäft bezogen haben, über das nach eigener Darstellung der Beklagten im Schriftsatz vom 27. November 1953 im Büro des Rechtsanwalts Dr. K[redacted] am 31. März 1953 verhandelt worden ist.

f) Vergeblich greift die Revision auch die Erwägungen an, aus denen das Berufungsgericht die Aussagen der Zeugen K[redacted] und L[redacted] nicht als genügend zuverlässig ansieht. Es führt hierzu aus, beide Zeugen stünden zu der Beklagten in nahen Beziehungen. L[redacted] sei der Ehemann der Inhaberin der Beklagten, Dr. K[redacted] habe in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt die Beklagte laufend beraten und die Vorkorrespondenz mit der Klägerin geführt. Er habe auch die Beklagte im gegenwärtigen Rechtsstreit vertreten. Beide Zeugen seien somit nicht als unvoreingenommen zu betrachten. Bei einer solchen Voreingenommenheit liege es besonders nahe, daß die Aussagen durch die subjektive Einstellung der Zeugen beeinflußt und hierdurch in ihrem objektiven Wahrheitsgehalt beeinträchtigt würden. Damit

werde nicht verneint, daß die Zeugen Dr. K[redacted] und L[redacted] nach bestem Wissen ausgesagt hätten. Es könne davon ausgegangen werden, daß sie ihre Aussage auch unter Eid aufrechterhalten würden. Unter den gegebenen Umständen sei aber die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß sie sich in ihrer Erinnerung täuschten. Durch eine Beeidigung wäre also der Beweiswert ihrer Aussagen kaum zu erhöhen.

Wenn die Revision meint, das Berufungsgericht hätte nicht nur die Möglichkeit, daß die Zeugen irrten, feststellen müssen, sondern die Tatsache, daß sie geirrt hätten, so geht das fehl. Es genügt, daß das Berufungsgericht nach eingehender Abwägung zu der Auffassung gelangt ist, die Aussagen reichten nicht aus, um ihm die Überzeugung zu verschaffen, daß die von den Zeugen bekundeten Vorgänge sich in der geschilderten Weise abgespielt hätten.

Einen Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften der §§ 391, 286 ZPO erblickt die Revision schließlich darin, daß die Zeugen K[redacted] und L[redacted] nicht beeidigt worden sind. Die Beeidigung der Zeugen steht jedoch im Ermessen des Gerichts (Urteil des erkennenden Senats vom 20. Mai 1958 - VIII ZR 329/56 - S.8). Dieses Ermessen ist in der Revisionsinstanz nur insoweit nachprüfbar, als es sich um die Verkennung der Grenzen des Ermessens handelt (BGH Urt. v. 24. November 1955 - II ZR 65/51 - NJW 1952,384; OGHZ 1,226,227; RG HRR 1936, 436). Dafür, daß das Berufungsgericht die Grenzen seines Ermessens verkannt oder mißbräuchlich überschritten hätte, ergeben die Ausführungen der Revision keinen Anhalt. Wenn das Berufungsgericht meint, unter den gegebenen und von ihm berücksichtigten Umständen wäre durch eine Beeidigung der Beweiswert der Aussagen der Zeugen "kaum" zu erhöhen, so will es damit, wie aus

dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, erkennbar sagen, es sei, selbst wenn die Zeugen ihre Aussage beeidigten, angesichts ihrer subjektiven Einstellung zum Rechtsstreit und der naheliegenden Möglichkeit eines Irrtums nicht überzeugt, daß die Bekundungen objektiv der Wahrheit entsprächen. Wenn das Berufungsgericht deshalb die Beeidigung nicht für geboten erachtet hat, so liegt darin keine Überschreitung des ihm zustehenden Ermessens.

III. 1. Was die Höhe der Klageforderung betrifft, ist das Berufungsgericht der Auffassung, die Klägerin habe den Nachweis, daß sie den geltend gemachten Schaden erlitten habe, durch die von ihr vorgelegte Auftragsbestätigung der Firma H[redacted] & M[redacted] vom 12. Februar 1953 geführt, es bedürfe daher der von der Beklagten beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht. Nach dieser Auftragsbestätigung hatte die Firma H[redacted] & M[redacted] der Klägerin 5000 kg Elektrolyt-Nickelanoden zum Preise von 16,75 DM je kg ab Werk verkauft. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht nicht den angebotenen Sachverständigenbeweis darüber erhoben habe, eine Verdienstspanne von (18,50 - 16,75 =) 1,75 DM je kg, die die Klägerin in Anspruch nehme, sei "vollkommen indiskutabel", besonders aber bei der Klägerin unmöglich, da diese höchstens Vermittlerin gewesen sei und Geschäfte mit eigenen Mitteln nicht habe durchführen können, weil ihr dazu jedes Vermögen gefehlt habe und auch jetzt fehle. Das Schreiben der Firma H[redacted] & M[redacted] vom 12. Februar 1953 bilde eine private Mitteilung an den Prozeßgegner und hätte, so meint die Revision, angesichts des von der Beklagten angetretenen Beweises nicht verwendet werden dürfen.

2. Die Rüge der Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat der Klägerin folgend den Schaden kon-

kret berechnet. Dabei ist ihm ein Verfahrensverstoß nicht unterlaufen. Nach § 287 Abs.1 Satz 1 und 2 ZPO entscheidet über die Schadenshöhe das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Eine beantragte Beweiserhebung durchzuführen, bleibt seinem Ermessen überlassen. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob die schätzungsbegründenden Tatsachen aus dem Vorbringen der Parteien hinreichend gewürdigt sind und dem Berufungsgericht kein Mißbrauch seines Ermessens zur Last fällt (vgl. BGHZ 6,62). Dafür sind hier keine Anhaltspunkte gegeben. Die inhaltliche Richtigkeit der von der Klägerin überreichten Fotokopie der Auftragsbestätigung vom 12. Februar 1953 hat die Beklagte nicht bestritten. Sie hat sich vielmehr im Zusammenhang mit der Frage, ob die Klägerin ohne Vorkasse habe liefern können, selbst auf diese Fotokopie als Beweismittel bezogen. Danach war das Berufungsgericht nicht gehindert, aus der unstreitigen Verkaufsbestätigung der Firma H[redacted] & H[redacted] zu entnehmen, daß die Klägerin die Nickelanoden zum Preise von 16,75 DM je kg hätte erwerben können. Da sie die Ware zum Preise von 18,50 DM weiterverkauft hat, ergibt sich zwingend die von der Klägerin behauptete Verdienstspanne von 1,75 DM. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absehen. Die bloße Behauptung der Beklagten, eine Verdienstspanne von 1,75 DM sei völlig indiskutabel - gemeint ist wohl, nach kaufmännischen Erfahrungen zu hoch -, hätte im übrigen allenfalls gegenüber einer abstrakten Schadensberechnung von Bedeutung sein können. Angesichts der von der Klägerin vorgenommenen konkreten Berechnung des Schadens ist sie nichtssagend und nicht geeignet, die Grundlage einer Beweisaufnahme zu bilden. Wollte die Beklagte in Zweifel ziehen, daß die Klägerin den sich aus dem Einkaufspreis ergebenden Verdienst nicht hätte erzielen können, so hätte sie jedenfalls bestimmte Behauptungen aufstel-

len müssen und hätte, wenn sie sich auf allgemeine Erfahrungssätze beziehen wollte, nach § 403 ZPO die von einem Sachverständigen zu begutachtenden Punkte bestimmt und genau bezeichnen müssen. Das ist aber nicht geschehen.

IV. Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsmittels nach § 97 ZPO zu tragen

Dr. Gelhaar Artl Bundesrichter Dr. Dorschel ist beurlaubt, ortsabwesend und deshalb an der Beifügung seiner Unterschrift verhindert.
Dr. Gelhaar
Dr. Mezger Dr. Mossner