

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 227/71

URTEIL

Verkündet am
21. März 1973
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Rosemarie S [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED]-K [REDACTED]-Straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Bauunternehmung E. H [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter Haftung in W [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED] vertreten durch den alleingeschäftsführenden Gesellschafter Robert H [REDACTED], ebenda,
2. die Firma Hermann R [REDACTED], vorm. S [REDACTED] R [REDACTED] GmbH & Co. KG in M [REDACTED] ([REDACTED]), G [REDACTED]straße [REDACTED], diese vertreten durch ihre Komplementärin, die Firma Hermann R [REDACTED] H [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführerin Hilde R [REDACTED], M [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelfer auf seiten der Beklagten:

Baustoffgroßhändler Friedrich W [REDACTED] in G [REDACTED]-B [REDACTED], G [REDACTED], Postfach [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], Dr. [REDACTED]
II. Instanz: [REDACTED] und [REDACTED] in [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 7. Oktober 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Firma M■■■■ & W■■■■ AG (im folgenden: M & W) erteilte am 22. Februar 1967 der Klägerin den Auftrag, Dammschüttmaterial für eine Großbaustelle der Bundesbahn in H■■■ zu liefern, und zwar zunächst 40 000 t zum Preise von 1,25 DM je Tonne. Die Klägerin ihrerseits beauftragte mit Schreiben vom 24. Februar 1967 die Beklagten, ca. 40 000 t Dammschüttmaterial an die Baustelle anzuliefern, und zwar zum Preise von 1,-- DM pro Tonne. Im Auftragsschreiben heißt es u.a. "die Verwiegung geschieht auf Ihre Kosten durch eine elektronische Waage."

- 3 -

Die Nachweise werden von Ihnen einen Tag später vorgelegt. An der Einbaustelle werden nur die von den jeweiligen Fahrzeugen gefahrenen Touren bescheinigt. Ich behalte mir vor, die Lademengen nachzuprüfen". Die Beklagten bestätigten mit Schreiben vom 7. März 1967 den Auftrag vom 24. Februar 1967 mit folgenden Zusätzen: " . . . Dieser Vertrag beinhaltet die ordnungsmäßige Lieferung von 40 000 t Dammschüttmaterial und ist erst danach innerhalb von 4 Werktagen und beiden Vertragspartnern kündbar, sofern nicht eine weitere Lieferung vereinbart worden ist."

Das Material, das den Beklagten auf der Zeche W [REDACTED] zur Verfügung stand, sollte mit Lastwagen zur Baustelle in Herne transportiert werden. Mit dem Transport beauftragten die Beklagten den Streitverkündeten, der seinerseits wiederum eine Reihe von Einzeltransportunternehmern beauftragte. Nach einer Verwiegung auf einer vollautomatisch arbeitenden elektronischen Waage der Zeche W [REDACTED] fuhren die Transportunternehmer das Material an. Nachdem auf diese Weise über 40 000 t geliefert worden waren - durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Bochum vom 15. Oktober 1969 in dem Rechtsstreit umgekehrten Rubrums 2 0 122/67 ist die Klägerin zur Zahlung eines Restbetrages für insgesamt gelieferte 45 725,58 t Dammschüttmaterial verurteilt worden - schrieb die Klägerin den Beklagten in einem bei diesen am 4. April 1967 eingegangenen Brief vom 3. April 1967: "Hiermit erteile ich Ihnen den Auftrag zur Fortsetzung der Lieferung von Dammschüttmaterial (Waschberge) zu den Bedingungen unseres Auftrags vom 24.2.1967, jedoch ohne Mengenbegrenzung, zum Preise von 1,-- DM pro Tonne frei Baustelle".



Bereits vorher, nämlich am 22. März 1967 war die Firma M & W bei einem Zwischenaufmaß zu dem Ergebnis gekommen, das auf der Baustelle angekippte Dammschüttmaterial könne mit der aus den Wiegestreifen sich ergebenden Materialmenge nicht übereinstimmen. Am 4. April 1967 teilte die Firma M & W der Klägerin schriftlich mit, daß sie auf eine weitere Belieferung der Baustelle mit Schüttmassen der Klägerin verzichten müsse, weil sie festgestellt habe, "daß die preislichen Erwartungen in keiner Weise erfüllt werden". Sie forderte die Klägerin auf, die Lieferungen am 7. April 1967 einzustellen. Die Klägerin sandte daraufhin am 5. April 1967 an die Beklagten ein Schreiben mit demselben Wortlaut. Die Beklagten und ihre Subunternehmer stellten die Lieferungen am 6. April 1967 ein.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Schadensersatz. Sie hat behauptet, die Beklagten am 3. April 1967 mit der Fortsetzung der Lieferungen ohne Mengenbegrenzung beauftragt zu haben, weil die Firma M & W ihrerseits Ende März 1967 den Lieferungsantrag an sie - Klägerin - auf eine unbegrenzte Menge erweitert habe. Nun habe aber die Firma M & W Unregelmäßigkeiten der Transportunternehmer beim Verwiegen des Materials festgestellt, was durch die Beweisaufnahme im Vorprozeß umgekehrten Rubrums, insbesondere durch die Aussage des Zeugen B■■■■, bestätigt sei. Die Aufdeckung der Manipulationen mit den Wiegestreifen und nicht etwa enttäuschte preisliche Erwartungen, wie zunächst im Schreiben vom 4. April 1967 angegeben, hätten die Firma M & W veranlaßt, den Auftrag mit der

Klägerin zu kündigen. Ohne diese Unregelmäßigkeiten der Transportunternehmer hätte sie, Klägerin, den Auftrag bis zur Fertigstellung der gesamten Dammschüttarbeiten behalten. Durch den Auftragsverlust sei ihr ein Schaden von 26 421,85 DM entstanden. Hiervon hat die Klägerin mit der am 13. Mai 1970 zugestellten Klage zunächst einen Teilbetrag von 10 000 DM nebst 5 % Zinsen geltend gemacht.

Die Beklagten haben sich vorweg auf Verjährung berufen. Sie haben ferner geltend gemacht, den Auftrag der Klägerin vom 3. April 1967 zur Fortsetzung der Lieferungen hätten sie nie bestätigt, vielmehr hätten sie entsprechend der Aufforderung der Klägerin in deren Schreiben vom 5. April 1967 die Lieferungen am 6. April 1967 eingestellt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und in seinem Urteil Unregelmäßigkeiten der Transportunternehmer beim Verwiegen als zwischen den Parteien nicht mehr streitig angesehen.

Dem sind die Beklagten in der Berufungsinstanz entgegengetreten: Zwar habe die Klägerin in ihrem Schreiben vom 7. April 1967 Unredlichkeiten der Transportunternehmer behauptet, hiergegen hätten jedoch sie - die Beklagten - sich durch das Antwortschreiben vom 13. April 1967 ausdrücklich verwahrt und dort zusätzlich bemerkt, daß sie wegen der erhobenen Vorwürfe veranlaßt seien, den "zweiten Auftrag vom 3. April 1967 als durchgeführt zu betrachten"; dadurch sei erneut klargestellt worden, daß man einen Auftrag der Klägerin zur Fortsetzung der Lieferungen nicht angenommen habe.

Auf Streitverkündung der Beklagten hin ist der Baustoffgroßhändler Weyrich im Berufungsrechtszug dem Rechtsstreit beigetreten und hat sich den Anträgen der Beklagten angeschlossen.

Das Oberlandesgericht hat durch Versäumnisurteil vom 26. April 1971 unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die Klage abgewiesen, sodann, nachdem die Klägerin Einspruch eingelegt und im Wege der Anschlußberufung klageerweiternd den gesamten Schaden von 26 421,50 DM nebst Zinsen geltend gemacht hat, durch streitiges Urteil vom 7. Oktober 1971 die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, erstrebt die Klägerin weiterhin Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 26 421,50 DM nebst Zinsen. Der Streitverkündete war im Revisionsrechtszug nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben. Weitere Sachaufklärung ist geboten.

I. Das Berufungsgericht unterstellt, daß beim Verwiegen des Schüttguts Unredlichkeiten der Transportunternehmer vorgekommen sind. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (BU S. 8) haften die Beklagten für daraus entstandene Schäden, denn beim Verwiegen waren die Transportunternehmer Erfüllungsgehilfen nicht nur des Streitverkündeten, sondern auch der Beklagten. Nicht nur "die eigentliche Lieferung" (gemeint ist: der Abtransport), sondern auch

das richtige Verwiegen des Schüttguts und die Mit-
hilfe bei der Erstellung sachlich richtiger Wiegeun-
terlagen gehörte zu der den Transportunternehmern
obliegenden Tätigkeit. Entgegen der Auffassung des
Berufungsgerichts (BU S. 9) konnte von der Klägerin
auch nicht verlangt werden, daß sie die einzelnen
Transportunternehmer, welche die Gewichte nach der
Unterstellung des Berufungsgerichts manipulierten,
namentlich nennt: Das Berufungsgericht überspitzt in-
sofern die Anforderungen an die Darlegungspflicht der
Klägerin. Entsprechendes gilt, soweit das Berufungs-
gericht (BU S. 8) die Klägerin für verpflichtet hält,
durch Stichproben die tatsächlich angelieferten Men-
gen mit den Mengenangaben der Wiegestreifen zu ver-
gleichen und Minderlieferungen unverzüglich den Be-
klagten anzuzeigen. Im übrigen kann eine unterlasse-
ne Mängelanzeige (§§ 377, 378 HGB) schon deshalb nicht
der Klägerin zum Nachteil gereichen, weil sie den Be-
klagten vorwirft, hier seien Mängel (Minderlieferun-
gen) arglistig verschwiegen worden. Trifft dies zu, so
entfällt auch bei schuldhaft unterlassener Mängelan-
zeige die Rechtsfolge, daß die gelieferte Ware als ge-
nehmigt gilt (§ 377 Abs. 5 iVm § 378 HGB).

Ansprüche der Klägerin waren bei Klageerhebung
auch noch nicht verjährt. Die im Berufungsurteil of-
fengelassene Frage, ob hier die sechsmonatige Verjäh-
rungsfrist des § 477 BGB gilt, ist schon deshalb zu
verneinen, weil die Klägerin Arglist bei Verschweigen
der Minderlieferungen behauptet.

Die im Berufungsurteil an erster Stelle genannten beiden Gründe (unterlassene Mängelanzeige der Klägerin; Nichteinstehenmüssen der Beklagten für Manipulationen der Transportunternehmer) tragen somit die Klageabweisung nicht.

II. Das Berufungsgericht verneint schließlich den Schadensersatzanspruch der Klägerin auch deshalb, weil die Beklagten den Lieferungsvertrag mit der Klägerin jederzeit kurzfristig kündigen konnten und das am 6. April 1967 auch getan haben. Dem kann nicht gefolgt werden.

Allein der Umstand, daß die Beklagten rechtlich nicht verpflichtet waren, den Vertrag über den 6. April 1967 hinaus fortzusetzen, bringt den Schadensersatzanspruch, den die Klägerin darauf stützt, daß die Beklagten jedenfalls den bis dahin in Kraft gewesenen Vertrag verletzt hätten, und daß ihr deshalb ein Gewinn aus der Fortsetzung der Belieferung der Firma M & W entgangen sei, noch nicht zum Scheitern. Der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns setzt nach § 252 BGB voraus, daß dieser Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Das Berufungsurteil enthält keine ausreichende Tatsachenfeststellung dafür, daß diese Voraussetzungen nicht gegeben gewesen seien. Auch hierfür reicht allein der Umstand, daß die Beklagten zu einer Fort-

setzung des Vertrages nicht verpflichtet waren, nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn dabei berücksichtigt wird, daß die Klägerin für die Weiterbelieferung der Firma M & W nach dem Ausscheiden der Beklagten einen anderen Subunternehmer benötigte und einen solchen unstreitig nicht beschaffen konnte. Auch bei dieser Sachlage kommt es nach § 252 BGB lediglich darauf an, ob die Beklagten (und die Klägerin) ihren Lieferungsvertrag nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen fortgesetzt hätten, wenn die Vertragsverletzungen nicht begangen worden wären, oder ob die Beklagten den Vertrag auch dann beendet hätten.

Zu dieser entscheidenden Frage lassen sich dem Berufungsurteil keine hinreichenden Tatsachenfeststellungen entnehmen. Sie werden deshalb nachzuholen sein.

dy

III. Nach allem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs zu befinden hat. Es erschien angebracht, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann