

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 231/68

URTEIL

Verkündet am

15. April 1970

K [REDACTED],
Justizhauptssekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Firma F [REDACTED] & Co. oHG in B [REDACTED] (S [REDACTED]) [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Ge-
sellschafter Martin K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die "D [REDACTED]" A [REDACTED] P [REDACTED] H [REDACTED]
N.V. in A [REDACTED]-W., J [REDACTED] L [REDACTED]straat [REDACTED],
vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder
C.H. van D [REDACTED] und W. van D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Messner, Mormann, Dr. Reinhardt und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 30. September 1968 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beabsichtigte, über die Klägerin von der Firma B[REDACTED] und Bo[REDACTED] Ltd. in N[REDACTED] motorlose Staubsauer zu beziehen. Am 16. März 1966 fanden hierüber Besprechungen zwischen den Parteien statt, die die Beklagte der Klägerin mit ihrem Schreiben vom 17. März 1966 bestätigte. In dem hier interessierenden Teil dieses Schreibens wird ausgeführt:

"...Wir erlauben uns, nachstehend die einzelnen Besprechungspunkte schriftlich zu bestätigen und hoffen, daß Sie mit dem Inhalt einverstanden sind.

- 3 -

1. In diesem Zusammenhang teilten Sie uns mit, daß für 1966 im Höchstfalle 15.000 Stabsauer für den Export nach Europa zur Verfügung stünden, und zwar für die Monate April und Mai je 400 Stück, ab Juni monatlich ca. 1.500 Stück. Insgesamt jedoch höchstens 15.000 Stück. ...
2. Nach langen Verhandlungen haben wir uns auf folgende Preise und Konditionen geeinigt:
Die Lieferung der Staubsauger erfolgt franko holl/deutscher Grenze ...
Der Preis für die ersten 800 Stück Staubsauger beträgt Hfl. 30,50 unverzollt, bei Zahlung innerhalb von 10 Tagen rein netto ...

Für die dann noch offenstehenden 14.200 Stück wurde Ihnen durch Herrn K. ein Preislimit von Hfl. 30,-- gestellt.
Über diesen Preis wollen Sie bei Ihrem Besuch im englischen Lieferwerk noch verhandeln.
....
3. Einzelheiten und Abänderungswünsche
 - a) Für den Verkauf des Staubsaugers in der Bundesrepublik und Österreich ist es notwendig, eine Bedienungsanleitung in deutscher Sprache jedem einzelnen Stück beizulegen. In der Anlage übersenden wir Ihnen die Übersetzung der bisher durch das Werk verwendeten Bedienungsanleitung. Auf dieser Basis werden Sie die Bedienungsanleitung drucken lassen. ...

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- d) Wir halten es für ratsam, daß am Stiel statt des schwarzen Gummiüberzuges ein solcher in weiß verwendet wird. Diese Angelegenheit wird durch Sie geprüft werden. Firma F[REDACTED] & Co. besteht jedoch auf der Verwendung des weißen Griffs. ...
- 4. Für Bemusterungszwecke werden von Ihnen umgehend je 72 Staubsauger an unsere Anschrift nach Berlin und nach Wien zum Versand gebracht. ...
- 5. Um Ihnen die Möglichkeit zu geben, mit entsprechendem Nachdruck Ihre Verhandlungen in England zu führen, haben wir uns entschlossen, Ihnen einen Globalauftrag zu erteilen. Dieser Globalauftrag gilt nur unter Vorbehalt, daß die durch Firma F[REDACTED] & Co. gestellten Änderungswünsche und Bedingungen erfüllt werden. Sie erhalten anliegend 4 verschiedene Aufträge:
 - a) Musterauftrag über 72 Stück Staubsauger für Berlin,
 - b) Musterauftrag über 72 Stück Staubsauger für Wien,
 - c) Globalauftrag über je 400 Stück zum Preis von Hfl. 30,50,
 - d) Globalauftrag über ca. 14.000 Stück unter Vorbehalt.

....."

Dem Schreiben waren die vier genannten Aufträge mit dem Datum vom 18.3.1966 beigelegt.

Die Musterapparate sollten sofort geliefert werden, die je 400 Geräte auf Abruf in den Monaten April und Mai 1966. Die Lieferung der hier streitigen 14 000 Apparate war für die Monate Juni bis Dezember 1966 vorgesehen.

Nach Eingang der Aufträge verhandelte die Klägerin mit der englischen Lieferfirma. Mit Schreiben vom 28. März 1966 teilte sie alsdann der Beklagten das Ergebnis dieser Verhandlungen mit. Dabei machte sie zu dem hier streitigen Auftrage unter Nr. 9 des Schreibens folgende Ausführungen:

"Auftrag 3. Hierfür überreichen wir Ihnen unser Kontrakt in zweifacher Ausfertigung und bestätigen hiermit, daß die von Ihnen genannten Vorbehaltungspunkte aufgehoben sind und zwar wie folgt:

- a. Bedienungsanleitung in deutscher Sprache wird geliefert.
- b. der Griff wird aus weissem Plastik/Gummi Material geliefert.
- c. Der Preis von Hfl. 30,-- wird akzeptiert.
- d. die Lieferung von Ersatzteilen wird gewährleistet.
- e. keine Angebote durch uns nach West-Deutschland und Oesterreich abgegeben werden.
- f. der Alleinvertrieb für dieses Jahr Ihr Firma zugesichert für die Staubsauger ohne Motor.

Für die 14.000 Stück müssen die Abrufe Ende Juni, Juli usw. anfangen in Monatsmengen von zirka 1600 Stck.
Die Besprechungen für Lieferungen von 50- 100.000 Stück für Lieferung in 1967 müssen wir in September d.J.

halten, falls Sie Lieferungsanfang Ende Januar 1967 haben möchten. Die Fabrik muß rechtzeitig ihre Investitionen machen können."

Die Musterapparate trafen erst am 21. April 1966 bei der Beklagten ein, die sie vorher (Telegramm und Brief vom 29. März und Schreiben vom 14. April 1966) angemahnt hatte. Im Schreiben vom 14. April 1966 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie könne den ihr mit dem Schreiben vom 28. März 1966 übersandten Kontrakt vorerst nicht unterzeichnen, weil sie erfahren habe, daß bereits ein Patent für einen solchen Staubsauger erteilt sei. Auch in ihrem Schreiben vom 28. April 1966, das auf einen Besuch des Herrn Radius von der Klägerin Bezug nimmt, wies sie auf die noch zu klärende patentrechtliche Frage hin. Nachdem die Klägerin hinsichtlich der Patentfrage eine befriedigende Aufklärung verschafft hatte, teilte die Beklagte ihr am 17. Mai 1966 mit, sie wolle an den Vereinbarungen festhalten, sie habe indes noch keine Abrufe tätigen können, weil die infrage kommenden "Häuser" ihre Ausmusterungstermine noch nicht abgeschlossen hätten. Die Klägerin erteilte ihrerseits der Herstellerfirma mit Schreiben vom 24. Mai 1966 Auftrag zur Lieferung von 14 800 Staubsaugern. Die ersten 400 Geräte wurden alsdann im Juli und die zweiten im August 1966 geliefert. Die Beklagte hat die Lieferungen angenommen und bezahlt. Den Abruf der weiteren 14 000 Apparate verweigerte die Beklagte. Die Klägerin verlangt Ersatz des entgangenen Gewinnes. Sie hat einen Betrag von 63 965,88 DM nebst Zinsen einge-

klagt. Das Landgericht hat durch Teilurteil einen Betrag von 770 DM (Druckkosten) abgewiesen, den entgangenen Gewinn in Höhe von 60 480 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Entscheidung im übrigen (wegen weiterer Schadensposten) vorbehalten.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil in Höhe von 60 213,13 DM nebst Zinsen aufrechterhalten und über den vom Landgericht abgewiesenen Betrag hinaus eine weitere Summe von 267,31 DM abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Vertrag über die Lieferung der 14 000 motorlosen Staubsauger mit dem am 30. März 1966 bei der Beklagten eingegangenen Schreiben der Klägerin vom 28. März 1966 zustande gekommen sei. Es sieht in dem Schreiben der Beklagten vom 17. März 1966 die Vertragsofferte oder Bestellung, die allerdings eine Reihe von Vorbehalten enthalte, welche die Klägerin in dem genannten Schreiben vom 28. März 1966 aber alle erfüllt habe. Deshalb erblickt das Berufungsgericht in diesem Schreiben die Annahmeerklärung der Klägerin.

Des weiteren vertritt es den Standpunkt, daß die Beklagte durch ihre Weigerung, die Geräte abzurufen, in Verzug geraten sei und sich gemäß § 326 BGB schadensersatzpflichtig gemacht habe. Die Klägerin könne daher gemäß § 252 BGB den ihr wegen Nichtdurchführung des Geschäfts entgangenen Gewinn verlangen.

Grundsätzlich bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen diese Erwägungen des Berufungsgerichts. Ob allerdings Raum für eine unmittelbare Anwendung des § 326 BGB besteht, kann zweifelhaft sein. Nach dem unstreitigen Sachverhalt steht aber fest, daß sich die Beklagte endgültig vom Vertrage losgesagt hat (vgl. Schriftwechsel vom 23. November 1966 und 20. Januar 1967 S. 5 BU), so daß sich der Schadensersatzanspruch, weil ihr keine Rechtfertigungsgründe hierfür zur Verfügung stehen, auf alle Fälle aus dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung rechtfertigt.

II. Die Beklagte hatte, von der Klägerin bestritten, vorgetragen, es bestehe ein Handelsbrauch, wonach im internationalen Verkehr die Gültigkeit der Kaufverträge von der Unterzeichnung eines Schlußscheins abhängig sei. Ihr ist zuzugeben, daß die Klägerin im Schreiben vom 14. April 1966 der Beklagten Kopie eines Schlußscheins vom 28. März 1966 mit der Bitte übersandt hat, ihn unterzeichnet zurückzuschicken, daß sich die Beklagte aber geweigert hat, den Schein zu unterzeichnen. Gleichwohl kann hieraus nicht die Ungültigkeit des Kaufvertrages über die 14 000 Staubsauger hergeleitet werden.

Unstreitig ist, daß die Klägerin bereits in ihrem Schreiben vom 28. März 1966 den Kontrakt in zweifacher Ausfertigung übersandt hatte und daß sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom 14. April 1966 hierzu geäußert hatte, sie habe den Kontrakt nicht unterzeichnet, weil Zweifel aufgetaucht seien, ob nicht das Patent für die Ausführung des stromlosen Staubsaugers bereits einer anderen Firma erteilt sei. Es ist ferner unstreitig, daß die Beklagte im Schreiben vom 28. April 1966 also nach Eingang des Schreibens der Klägerin vom 14. April 1966 und im Anschluß an den Besuch des Herrn Radius der Klägerin den Abruf der 14 000 Staubsauger von der Klärung der Patentfrage abhängig gemacht hat, ohne auf die Unterzeichnung des Schlußscheins einzugehen.

Einen Nachweis für das Bestehen des von ihr behaupteten Handelsgebrauchs, daß die Gültigkeit von Verträgen des internationalen Handelsverkehrs von der Erteilung des Schlußscheins abhängt, hat die Beklagte nicht angetreten.

Die Revision rügt Verletzung des § 139 ZPO. Die Beklagte hätte, so führt sie aus, sich zum Nachweis des Handelsgebrauchs auf einen Sachverständigen berufen, wenn sie zum Nachweis aufgefordert worden wäre.

Die Rüge ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat zu dieser Frage nicht Stellung genommen. Es brauchte das auch nicht. Der Sachver-

halt gibt hierzu keine Veranlassung. Wie schon das Landgericht mit Recht hervorgehoben hat, können die Parteien einen Handelsgebrauch abbedingen. Sie können sich dahin einigen, daß ein Vertrag mündlich oder schriftlich, insbesondere auch durch Briefwechsel geschlossen sein soll, und daß es der Erteilung eines Schlußscheins zu seiner Gültigkeit nicht bedarf. Das haben die Parteien, wie aus den rechtlich einwandfreien Ausführungen des Landgerichts hervorgeht, denen sich das Berufungsgericht ersichtlich anschließen will, getan. Daß die Parteien es bei dem Vertragsschluß durch den Schriftwechsel vom 17., 18. und 28. März 1966, der alles Wesentliche hierzu enthielt, haben bewenden lassen wollen, zeigt ihr Verhalten nach dem Schreiben der Klägerin vom 14. April 1966, das die Aufforderung zur Unterzeichnung des Schlußscheins enthält.

Was zunächst die Klägerin angeht, so hat sie die Erteilung des Schlußscheins nicht reklamiert. Die Beklagte hat aber trotz ihrer Weigerung, den Schlußschein zu unterzeichnen, die Gültigkeit des Globalvertrages über die 14 000 Staubsauger verschiedentlich teils ausdrücklich teils dem Sinne nach bestätigt. So führt sie im Schreiben vom 17. Mai 1966 aus: Es ist selbstverständlich, daß (die Beklagte) die Vereinbarungen, die getroffen sind, einhält, soweit diese miteinander übereinstimmen. Daß aber Angebot und Annahmeerklärungen übereinstimmen, ist unter den Parteien nicht streitig. Wenn die Beklagte dann im Schreiben vom 15. Juni 1966 darum bittet, die 15 000 Prospekte nicht nach Berlin

zu senden, sondern je ein Prospekt den Apparaten beizulegen, so gibt sie damit ebenfalls eindeutig zu erkennen, daß sie den Vertrag ohne vorherige Erteilung eines Schlußscheins als geschlossen ansieht. Beide Vorinstanzen waren bei dieser Sachlage nicht gehindert, aus diesem Verhalten den übereinstimmenden Willen der Parteien zu entnehmen, daß der Vertrag auch ohne Erteilung eines Schlußscheins gelten sollte. Schon aus diesem Grunde brauchte das Berufungsgericht daher von seinem Fragerecht gemäß § 139 ZPO keinen Gebrauch zu machen. Es wäre aber auch dann dessen entbunden gewesen, wenn es auf die Feststellung des Handelsgebrauchs angekommen wäre. Denn dann hätte sich die durch einen Rechtsanwalt vertretene Beklagte entgegenhalten müssen, daß es ihre Sache war, für eine vom Gegner bestrittene Behauptung Beweis anzutreten, von der, auf den ersten Blick erkennbar, die Berechtigung des Klageanspruchs abhing.

III. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten, der Auftrag über die 14 000 Staubsauger sei nur ein "Proformaauftrag" gewesen, rechtlich nicht einwandfrei gewürdigt und es habe den Beweisantritt auf Vernehmung des Angestellten Riedel unter Verletzung des § 286 ZPO übergangen.

Die Rüge ist nicht begründet.

Die Beklagte hatte hierzu ausgeführt:

In der Verhandlung der Parteien vom 16. März 1966 habe die Klägerin erklärt, die englische Herstellerfirma sei bereits völlig ausverkauft und daher kaum geneigt, den Änderungswünschen der Beklagten Rechnung zu tragen. Um mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg hierüber Verhandlungen führen zu können, bedürfe es eines Proformaauftrages über eine größere Anzahl von Apparaten. Von den Ergebnissen der Bemühungen der Klägerin werde es dann abhängen, ob ein Festauftrag zustande komme. Aufgrund dieser Absprache mit der Klägerin sei dann der Auftrag über Lieferung von ca. 14 000 Stück ausdrücklich als "Proformaauftrag" erteilt worden, der dann zu Verhandlungen mit der englischen Herstellerfirma geführt habe.

Schon das Landgericht hat zu dem "Proformaeinwand" der Beklagten eingehend Stellung genommen. Es bezieht sich auf das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 17. März 1966, in dem sich kein Anhaltspunkt für eine solche Abrede finde. Es vermißt insbesondere einen Hinweis darauf, daß die Herstellerfirma völlig ausgelastet und nur durch einen großen Auftrag zur Lieferung an die Beklagte zu bewegen gewesen sei. Im Gegenteil gehe aus der Nr. 1 letzter Absatz des Schreibens eindeutig hervor, daß die Parteien übereinstimmend der Meinung gewesen seien, eine Lieferung von 15 000 Staubsaugern werde möglich sein. Deshalb seien, wie sich aus derselben Briefstelle ergebe, weitere Besprechungen mit dem Fabrikanten nur für den Fall vorgesehen gewesen, daß ein über 15 000 Stück

hinausgehender Bedarf eintreten sollte. Allerdings habe die Beklagte eine Reihe, die Ausführung des Apparates betreffende Vorbehalte gemacht. Gerade aus dieser erschöpfenden Aufzählung sei aber zu entnehmen, daß der in der "Proformaabrede" enthaltene Vorbehalt nicht gemacht worden sein könne. Das Landgericht hat daher die Erhebung des angebotenen Beweises nicht für erforderlich erachtet.

Das Berufungsgericht hat sich dieser Würdigung angeschlossen. Es weist weiter darauf hin, daß den ganzen Umständen nach die Klägerin einen festen Auftrag verlangt haben müsse, weil nur dann die Herstellerin geneigt gewesen sein könne, die Lieferung an die Beklagte vorzunehmen.

Das Berufungsgericht trifft nicht der Vorwurf eines Verfahrensverstosses. Angesichts der ganzen Umstände ist das Beweiserbieten der Beklagten nicht geeignet, die Grundlage für eine Abrede der Parteien, der große Auftrag solle nur zum Schein abgegeben und angenommen werden, darzutun. Zwar läßt sich das Beweisangebot nicht, wie das Landgericht offenbar meint, schon im Hinblick auf eine nach der ganzen Fassung des Schreibens vom 17. März 1966 in der Tat anzunehmende Vermutung abtun, daß alle Bedingungen und Vorbehalte dort vollzählig aufgeführt seien. Denn gleichwohl könnten die Parteien vereinbart haben, die Bestellung solle nur zum Schein erfolgen und nur dem Zwecke dienen, der Klägerin eine Handhabe für Verhandlungen

mit der englischen Herstellerin zu verschaffen. Auch neben einem noch so ins einzelne gehenden Bestellschreiben kann eine mündliche Abrede der Parteien einhergehen, daß es sich nur um eine Scheinbestellung handeln solle, deren Nachweis dem Geschäftspartner nicht abgeschnitten werden darf. Außerdem würde die Vermutung der Vollständigkeit des Schreibens nicht einmal etwas an der Beweislast ändern, da das Vorliegen eines Scheingeschäftes ohnedies derjenige zu beweisen hat, der sich darauf beruft (RG Recht 1920 Nr. 27; Soergel/Siebert/Hefermehl BGB 10. Aufl. § 117 Anm. 14).

Der Beweisantritt ist aber um deswillen unbeachtlich, weil er sich nur auf die Behauptung der Beklagten bezieht, die Parteien hätten sich bei den Besprechungen vom 16. März 1966 den großen Auftrag als einen Proformaauftrag gedacht. Eine in diesem Zeitpunkte getroffene Scheinabrede wäre aber durch die späteren Ereignisse überholt gewesen. Denn der unstreitige Sachverhalt läßt keinen Zweifel daran, daß die Parteien den großen Auftrag über 14 000 Apparate in der Folgezeit als erstliches Geschäft behandelt haben, dem keineswegs nur Scheincharakter zukommen sollte. So hat die Klägerin, ohne daß die Beklagte das beanstandet hat, den Auftrag durch ihr Schreiben vom 28. März 1966 ausdrücklich angenommen und in Nr. 9 des Schreibens Ausführungen dazu gemacht, die es nicht erlauben, die Ernstlichkeit des Geschäftsabschlusses in Zweifel zu ziehen. Schon der Umstand, daß die Klägerin der Beklagten

einen Kontrakt übersandte, weist eindeutig in diese Richtung. Dasselbe gilt für die genaue Bestimmung der einzelnen Termine, zu denen die Abrufe der Monatsmengen zu erfolgen haben. Nicht anders ist der Umstand zu würdigen, daß die Klägerin, wie oben erörtert, der Beklagten einen Schlußschein zur Unterzeichnung übersandt hat. Aller dieser Formalitäten hätte es nicht bedurft, wenn es den Parteien nur darum gegangen wäre, ein nur für die Herstellerfirma bestimmtes Dokument zu schaffen, um diese Firma zur Lieferung bereit zu machen. Auch der Inhalt der oben bereits erörterten Schreiben vom 17. Mai und 15. Juni 1966 lassen nicht den geringsten Zweifel darüber, daß auch die Beklagte zumindest nach dem 16. März 1966 die Bestellung als einen ernstgemeinten Auftrag angesehen hat.

IV. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Lieferung der Musterstücke noch im März habe durchgeführt sein sollen und daß eine so rechtzeitige Lieferung die Voraussetzung für den großen Auftrag habe sein sollen. Das Berufungsgericht habe unter Verfahrensverstoß den auch für diese Abrede als Zeugen benannten Angestellten Riedel nicht vernommen.

Die Rüge ist ebenfalls unbegründet.

Die Beklagte hatte hierzu ausgeführt:

In der Verhandlung vom 16. März 1966 sei eingehend besprochen worden, daß die 72 Muster noch im März eingehen müßten, damit sie noch in diesem Monat den Kunden der Beklagten, den Versand- und Warenhäusern angeboten werden könnten. Diese Häuser pflegten nämlich ihr Sortiment für Werbezwecke bis spätestens März festzulegen. Ergänzungs- oder Nachtragswerbeschriften könnten nicht gefertigt werden. Der Liefertermin des Musterauftrags "sofort" sei somit nach der Absprache der Parteien und aufgrund deren Kenntnis von den Handelsgebräuchen als Termin eines Fixgeschäftes gedacht gewesen.

Auch hier fällt dem Berufungsgericht kein Rechtsverstoß zur Last.

Ob der in der Bestellung vom 18. März 1966 bestimmte Liefertermin als "fixer" Termin anzusehen ist, bedarf keiner Entscheidung. Denn die Parteien haben aus der angeblich verspäteten Lieferung vom 21. April 1966 keine rechtlichen Folgerungen gezogen. Die Muster wurden vielmehr entgegengenommen und bezahlt. Dagegen hat die Beklagte durch Telegramm vom 29. März 1966 ohne Hinweis auf etwaige Rechtsnachteile angefragt, wann die Muster abgesendet würden; und die Klägerin hat ihr durch Telegramm vom selben Tage geantwortet, daß dieses am folgenden Tag geschehe. Bei dieser Sachlage ist es kein Rechtsfehler, wenn im Hinblick darauf, daß es sich um ein Auslandsgeschäft handelte, beide Vorinstanzen zu der Feststellung gelangen,

es könne allenfalls eine Verpflichtung der Klägerin angenommen werden, dafür Sorge zu tragen, daß die Muster Ende März abgesandt würden. Bei dieser Sachlage kann es nicht darauf ankommen, was die Parteien bei den Besprechungen vom 16. März über diesen Punkt ins Auge gefaßt hatten. Daß die durch Riedel unter Beweis gestellten Besprechungen der Parteien auch in diesem Punkte durch die spätere Entwicklung der Dinge überholt worden sind, zeigen darüber hinaus mit aller Deutlichkeit die Ausführungen der Beklagten in ihrem Schreiben vom 17. Mai 1966, in dem es heißt, die Beklagte sei deshalb noch nicht zu Abrufen von Teilmengen der 14 000 Apparate gekommen, weil bei den großen "Häusern" die Ausmusterungstermine für das Herbstgeschäft noch nicht abgeschlossen seien. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, daß der große Auftrag wegen eines verspäteten Eintreffens der Musterstücke entweder überhaupt nicht zustande gekommen oder doch wieder hinfällig geworden sei.

V. Nach alledem ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß die Beklagte an den Auftrag vom 18. März 1966 über die Lieferung der 14 000 Staubsauger gebunden war.

1. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten scheitert auch nicht daran, daß die Klägerin, wie die Beklagte im zweiten Rechtszuge behauptet hat,

nicht lieferungsfähig gewesen sei, weil etwa die englische Firma ihrerseits weder willens noch in der Lage gewesen sei, die Klägerin zu beliefern.

Mit diesem Vorbringen hat das Berufungsgericht die Beklagte ohne Rechtsverstoß gemäß § 529 ZPO ausgeschlossen, weil es im ersten Rechtszuge schon hätte vorgebracht werden können und weil die Klärung der aufgeworfenen Fragen eine Verzögerung des Rechtsstreites bedeuten würde.

Die Revision rügt zu Unrecht Verletzung des § 531 ZPO. Wenn in dieser Bestimmung die Nachholung von in der ersten Instanz unterbliebenen Erklärungen gestattet wird, so sind damit nur solche Erklärungen gemeint, die unter Anwendung des § 529 ZPO noch als zulässig anzusehen sind.

Die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe, weil auch noch andere Beweise zu erheben gewesen wären, zu Unrecht eine Verzögerung des Rechtsstreits erwogen, scheitert schon daran, daß der Rechtsstreit, wie vorstehend erörtert wurde, einer weiteren Klärung nicht mehr bedarf.

2. Fehl geht ferner die Rüge der Revision, die Klägerin habe die Bestellung von 14 000 Staubsaugern bei der englischen Herstellerfirma nicht mehr aufgeben dürfen, weil es am 24. Mai 1966 bereits festgestanden habe, daß die Beklagte die Ware nicht abzunehmen

brauche. Das Gegenteil ist nach den obigen Erörterungen der Fall. Die Klägerin war berechtigt, ohne Rücksicht auf das Verhalten der Beklagten die Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Sie durfte daher auch das hier erforderliche Deckungsgeschäft einleiten. Im übrigen verkennt die Revision, daß die Klägerin nicht etwa Ersatz für eine aus England bezogene und etwa unverwendbare Ware verlangt, sondern nur den Ersatz des ihr aus dem vorliegenden Geschäft entgangenen Gewinnes begehrt. Hierfür konnte zwar die Frage eine Rolle spielen, ob die Klägerin zur Lieferung in der Lage war, aber nicht der Umstand, daß sie ihrer Verpflichtung entsprechend Ware bei der englischen Firma bestellt hat.

VI. Gegen die Höhe des der Klägerin vom Berufungsgerecht zugesprochenen Schadensersatzes bestehen keine Bedenken.

Die Rügen der Revision sind nicht begründet.

Die Revision verweist auf den Schriftsatz der Beklagten vom 20. Juni 1967, in dem ausgeführt wird, der Unternehmer müsse von seinem geschäftlichen Nutzen auch seine Geschäftsunkosten tragen. Deshalb könne die Klägerin nicht Ersatz der Reise - und der Druckkosten verlangen. Die Revision verkennt jedoch den Sinn dieser Ausführungen, wenn sie meint, an dieser Stelle habe die Beklagte dargetan, daß die Klägerin weitere Beträge von

ihrem Bruttogewinn abziehen müsse. Sie übersieht, daß die Klägerin insoweit tatsächliche Auslagen gehabt haben will, daß sie also nicht wie bei den Transportkosten Aufwendungen erspart hat, die ihr bei Durchführung des Geschäfts erwachsen wären. Deshalb hat die Klägerin auch diese Kosten gesondert geltend gemacht. Dieser Teil des Klageanspruchs ist noch beim Landgericht anhängig.

Entgegen einer weiteren Rüge der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht die Ausführungen der Beklagten auf S. 12 der Berufungsbegründung unrichtig gewürdigt. Dort wird nicht dargetan, daß sich die Klägerin Zolllkosten vom Bruttogewinn abziehen lassen muss. Ein solches Verlangen wäre auch nicht gerechtfertigt. Denn die Zolllkosten, die bei Durchführung des Geschäftes entstanden wären, hätte, wie die Beklagte selbst hervorhebt, diese und nicht die Klägerin zu tragen gehabt. Die Beklagte wollte, was die Revision übersieht, mit dem Hinweis auf ihre Verpflichtung zur Tragung der Zolllkosten lediglich die Höhe der Gewinnspanne in Zweifel ziehen. Daß das Berufungsgericht angesichts des im übrigen unsubstantiierten Bestreitens der Beklagten die Angaben der Klägerin zugrundegelegt hat, stellt aber keinen Rechtsfehler dar.

Was die Frachtkosten angeht, so läßt die Revision außer acht, daß die Klägerin ihre Auslagen insoweit in ihrem Schriftsatz vom 21. August 1968 und durch die

mit diesem Schriftsatz eingereichte Rechnung der Firma Kersten H[REDACTED]'s vom 14. September 1966 belegt hat.

VII. Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Mormann

Dr. Reinhardt

Braxmaier