

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 362/96

Verkündet am:
27. Mai 1998
M a y e r
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 326 Eb, Ec

Zur Frage der Schadensberechnung im Falle der Nichterfüllung eines Kaufvertrages seitens des Verkäufers.

BGH, Urteil vom 27. Mai 1998 - VIII ZR 362/96 - OLG München
LG München I

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1998 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. Oktober 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über den Betrag von 194.885,38 DM nebst 10 % Zinsen hinaus zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines – unter Bezugnahme auf zwei frühere Vereinbarungen vom 28. Februar 1992 und vom 11. März 1992 – mit der Beklagten am 10. April 1992 geschlossenen Liefervertrages über 12.000 qm Stufenplatten, 120 cbm Stufenholz und 120 cbm Handlaufholz.

Die erste Lieferung sollte laut Liefervertrag Mitte August 1992, die weiteren Lieferungen sollten nach Abruf bzw. nach den Vereinbarungen vom 28. Februar/11. März 1992 monatlich mit 1.000 qm Stufenplatten sowie jeweils 10 cbm Stufen- und Handlaufholz erfolgen. Da die Beklagte bereits mit der ersten Lieferung Schwierigkeiten hatte, erstellte die Klägerin ein auch von der Beklagten unterzeichnetes Abstimmungsprotokoll, in dem der Liefferrückstand zum 26. August 1992, verschiedene Lieferzusagen bis Mitte Dezember 1992 sowie erneut die vereinbarten Monatsmengen mit 1.000 qm Stufenplatten und 20 cbm Zuschnitte für Stufen und Handläufe festgehalten wurden.

In der Folgezeit lieferte die Beklagte nur einen Bruchteil der im Liefervertrag und im Abstimmungsprotokoll aufgeführten Hölzer. Wegen des bis Ende 1992 entstandenen Aufwands für Nacharbeiten sowie für den Zukauf von Hölzern zum Ausgleich der bis dahin nicht gelieferten Mengen erhob die Klägerin in einem Vorprozeß gegen die Beklagte Klage auf Zahlung von insgesamt 247.565,63 DM nebst 10 % Zinsen. Von der Klagesumme entfielen auf nicht gelieferte Stufenplatten 158.877,10 DM und auf nicht geliefertes Stufen- und

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](#)

Handlaufholz 36.008,28 DM, zusammen 194.885,38 DM. Die Klage wurde durch das rechtskräftig gewordene Urteil des Oberlandesgerichts München vom 7. Dezember 1994 (NJW 1995, 2363 m.Anm. Benicke, JuS 1996, 196 f) abgewiesen.

Mit Anwaltsschreiben vom 28. Februar 1994 hatte die Klägerin der Beklagten folgendes mitteilen lassen:

"Leider ist festzustellen, daß Sie ab Ende 1992 keinerlei Lieferungen mehr vorgenommen haben. Damit befinden Sie sich mit diesen Lieferungen in Verzug. Namens und im Auftrag der Firma H. -B. S. GmbH [= Kl.] setze ich Ihnen zu diesen noch ausstehenden Lieferungen eine Frist bis zum 30. März 1994. Nach Ablauf dieser Frist wird meine Mandantin Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Daraufhin kündigte die Beklagte den Vertrag mit Schreiben vom 15. März 1994.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin Ersatz für Mehraufwendungen zur Deckung sämtlicher Minderlieferungen aus dem Vertrag in Höhe von 493.566 DM nebst 10 % Zinsen seit Klageerhebung geltend gemacht. Hiervon entfallen nach ihrer Berechnung auf die Position "Stufenplatten" 396.326 DM und auf die Position "Buchenholz" (Stufen- und Handlaufholz) 97.240 DM. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die Revision der Klägerin, mit der sie ihr Klagebegehren weiterverfolgt, hat der Senat nur insoweit angenommen, als die Klage über den Betrag von 194.885,38 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 15. Februar 1993 hinaus abgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin ihren Schaden nicht schlüssig darzulegen vermocht. Es hat hierzu ausgeführt:

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB entstehe erst mit dem Ablauf der Nachfrist oder mit ausdrücklicher oder konkludenter Ablehnung der Erfüllung. Anspruchsgrundlage für den bis zum Ablauf der Nachfrist entstandenen Verspätungsschaden bleibe § 286 Abs. 1 BGB. Allerdings könne der Gläubiger den Verzögerungsschaden als Rechnungsposten in den Nichterfüllungsschaden einbeziehen und zu dessen Errechnung auf den Zeitpunkt des Verzugseintritts zurückgehen. Daraus folge für den Streitfall, daß die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nach § 326 BGB erst für die Zeit nach Ablauf der Nachfrist (30. März 1994) - bzw. nach der Erfüllungsverweigerung der Beklagten (15. März 1994) - eingetreten seien. Für diese Zeit habe die Klägerin jedoch einen Schaden weder geltend gemacht noch berechnet. Hierzu hätte sie vortragen müssen, welcher Teil der von der Beklagten nach dem Liefervertrag sukzessive auf Abruf zu erbringenden Gesamtlieferung zu dem genannten Zeitpunkt noch nicht erbracht worden und welcher Schaden ihr infolge der Nichterfüllung zu diesem Zeitpunkt bzw. nach Fristablauf entstanden sei.

Dem Vorbringen der Klägerin sei jedoch zu entnehmen, daß sie auch den bis zum Ablauf der Nachfrist entstandenen Schaden ersetzt verlange, also den "bis dahin entstandenen

(Verzögerungs-)Schaden" als Rechnungsposten des Nichterfüllungsschadens geltend machen wolle. Auch diesen Schaden habe sie aber nicht substantiiert und schlüssig darzulegen vermocht. In Anbetracht der rechtskräftigen Klageabweisung im Vorprozeß hätte die Klägerin lediglich die ab 1. Januar 1993 bis zum Ablauf der Nachfrist nicht erfolgten Lieferungen für ihre Schadensberechnung heranziehen können. Hierzu habe sie jedoch nichts vorgetragen.

Die Klägerin könne zur Berechnung ihres Verzögerungsschadens zudem nicht die Mehrkosten eines Deckungskaufes, der ja Nichterfüllungsschaden sei, anführen, zumal sie hierfür keine konkreten Deckungskäufe, sondern nur eine abstrakte Mehrkostenberechnung vorgetragen habe. Um ihren Nichterfüllungsschaden abstrakt berechnen zu können, hätte die Klägerin den Vertrag durch Setzung von Nachfristen für jede abgerufene und nicht rechtzeitig erbrachte Lieferung liquidieren müssen. Da sie statt dessen zunächst am Vertrag festgehalten habe, könne sie bis zum Ablauf der Nachfrist zwar ihren Verzögerungsschaden geltend machen, diesen aber nicht wie einen Nichterfüllungsschaden berechnen; denn ein Festhalten am Vertrag, d.h. ein Erfüllungsverlangen, schließe gedanklich für den gleichen Zeitraum ein Schadensersatzbegehren wegen Nichterfüllung aus.

Die Klägerin hätte somit einen Verzögerungsschaden anders berechnen, etwa vortragen müssen, welche Gewinne sie bei der Verarbeitung des nicht gelieferten Rohholzes erzielt hätte oder daß sie ihrerseits von einem Abnehmer auf Verzugsschadensersatz in Anspruch genommen werde. Die von der Klägerin vorgenommene Kombination der Ansprüche sei da-

gegen nicht möglich. Wenn ein Käufer sich beim Ausbleiben der gekauften Ware diese anderweit verschaffe und Ersatz des Mehraufwandes fordere, könne er nicht zugleich den Anspruch aufrechterhalten, der Verkäufer müsse ihm zum Vertragspreis andere Ware liefern. Daraus folge umgekehrt, daß die Klägerin, solange sie den Erfüllungsanspruch aufrechterhalten habe, d.h. bis zur Vertragsliquidierung nach § 326 BGB, ihren Schaden nicht als abstrakten Nichterfüllungsschaden berechnen könne.

Zudem habe die Klägerin ihren Schaden auf nicht nachvollziehbare Weise berechnet. Ihre Umrechnung von Kubikmeter Buchenholz in Quadratmeter Stufenplatten und wieder zurück sei nicht verständlich und allenfalls einem Sachverständigenbeweis zugänglich gewesen, den die Klägerin nicht angeboten habe.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Gegenstand der Klage ist der Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten hat, daß die Beklagte nur einen Bruchteil des Holzes, welches sie der Klägerin nach dem Liefervertrag vom 10. April 1992 schuldete, geliefert hat. Nachdem der Senat die Revision der Klägerin mit Rücksicht auf die Rechtskraftwirkung des Urteils des Oberlandesgerichts München vom 7. Dezember 1994 in Höhe von 194.885,38 DM nebst Zinsen nicht angenommen hat, steht nunmehr nur noch ein restlicher Betrag von 298.680,62 DM zur Entscheidung. Als Grundlage des Anspruchs auf Ersatz dieses

Schadens kommt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, § 326 BGB in Betracht. Die nach dieser Vorschrift erforderliche Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung entnimmt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dem Schreiben der Klägerin vom 28. Februar 1994. Da der Liefervertrag der Parteien innerhalb von zwölf Monaten - also bis spätestens August 1993 - abgewickelt werden sollte, besteht auch kein Zweifel, daß die im Februar 1994 erfolgte Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung sich auf alle von der Beklagten zu erbringenden Teillieferungen bezog. Weitere Lieferungen der Beklagten sind nach dem 28. Februar 1994 nicht mehr erfolgt. Mit Ablauf der Nachfrist, gegen deren Angemessenheit die Beklagte keine Einwände erhoben hat, ist somit der Erfüllungsanspruch hinsichtlich aller von der Beklagten nicht erbrachten Teillieferungen untergegangen und ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle desselben getreten (§ 326 Abs. 1 Satz 2 BGB).

2. Das Berufungsgericht sieht dies im Ansatz nicht anders. Es meint indessen, die Klägerin könne Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur wegen solcher Schäden verlangen, die ihr nach dem Zeitpunkt des Ablaufs der Nachfrist entstanden seien, für die Zeit bis zum Ablauf der Nachfrist dagegen nur Ersatz ihres Verzögerungsschadens fordern. Das ist nicht richtig.

a) Der Gläubiger, der einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte (grundsätzlich RGZ 91, 30, 33; statt aller: Staudinger/Otto, BGB,

13. Aufl., § 325 Rdnr. 35 m.w.Nachw.). Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es daher eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage (statt aller: BGHZ 126, 131, 133 f; Palandt/Heinrichs, § 325 Rdnr. 12). Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu ermitteln, also unter Darlegung im Einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich entwickelt hat (statt aller: MünchKomm/Emmerich, BGB, 3. Aufl., § 325 Rdnr. 78 m.w.Nachw.). Ist der Gläubiger - wie hier die Klägerin - Kaufmann oder Gewerbetreibender, so kann er seinen Schaden auch "abstrakt" berechnen, d.h. unter Inanspruchnahme einer Beweiserleichterung in Gestalt der Vermutung, daß er jederzeit imstande gewesen wäre, das ihm entgangene Geschäft mit dieser oder einer anderen Ware zu Marktpreisen zu tätigen (vgl. Senatsurteile BGHZ 107, 67, 69 und vom 19. November 1997 - VIII ZR 33/96 = WM 1998, 931 unter II 1; BGH, Urteil vom 2. Dezember 1994 - V ZR 193/93 = NJW 1995, 587 unter II 2 a m.w.Nachw.; Staudinger/Otto aaO Rdnr. 59 f; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 325 Rdnr. 41 f, je m.w. Nachw.). Der nicht belieferte gewerbliche Käufer kann daher als Schaden die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis für einen hypothetischen Deckungskauf geltend machen (Senatsurteil vom 19. November 1997 aaO unter II 1; MünchKomm/Emmerich aaO Rdnr. 97; Palandt/Heinrichs aaO Rdnr. 17, jeweils m.w.Nachw.).

b) Anders als der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungs-(Verspätungs-)Schadens nach § 286 Abs. 1 BGB kann der

Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens nicht neben dem Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden. Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung schließen einander vielmehr zwangsläufig aus, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, ohne hieraus allerdings die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zu ziehen. Solange der Erfüllungsanspruch besteht - im Falle des § 326 Abs. 1 BGB also bis zum Ablauf der Nachfrist (§ 326 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB) -, kann der Gläubiger nur Erfüllung, daneben unter Umständen Ersatz eines Verzögerungsschadens, nicht aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Daraus folgt indessen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, daß der mit Ablauf der Nachfrist entstehende Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens auf solche Schäden beschränkt wäre, die der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist erleidet. Der Nichterfüllungsschaden berechnet sich - wie gezeigt - aus der Differenz zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Ein hierbei vorzunehmender (Gesamt-)Vermögensvergleich berücksichtigt demnach den Zeitraum zwischen der Fälligkeit der Leistung - der Gläubiger soll ja so gestellt werden, wie wenn ordnungsgemäß, also bei Fälligkeit, erfüllt worden wäre (statt aller: Palandt/Heinrichs aaO Rdnr. 10) - und der Geltendmachung des Ersatzanspruches, welcher sich bei gerichtlicher Auseinandersetzung bis zur letzten Tatsachenverhandlung erstreckt (statt aller: Staudinger/Otto aaO § 325 Rdnr. 86 m.w.Nachw.). Für die konkrete Berechnung des Nichterfüllungsschadens ist deshalb anerkannt, daß der Verkäufer den Verlust aus einem Deckungsverkauf auch dann ersetzt verlan-

gen kann, wenn er das Deckungsgeschäft getätigt hat, bevor die primären Leistungspflichten infolge einer Nachfristsetzung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Ablauf der Nachfrist erloschen sind (BGHZ 126, 131, 134). Für Mehraufwendungen im Zusammenhang mit einem Deckungskauf, den der nicht belieferte Käufer vor Ablauf einer dem Verkäufer nach § 326 Abs. 1 BGB gesetzten Nachfrist vorgenommen hat, kann nichts anderes gelten. Der Gläubiger läuft in einem solchen Fall zwar in der Zeit bis zum Ablauf der Nachfrist Gefahr, daß er die Leistung - als Käufer - doppelt erhält oder sie - als Verkäufer - ein zweites Mal erbringen muß, falls der Schuldner bis zum Fristablauf seiner Leistungspflicht doch noch nachkommt (BGHZ 126, 131, 135). Bleibt die geschuldete Leistung aber bis zum Ablauf der Nachfrist aus, so besteht kein Anlaß, dem Gläubiger den Ersatz des Nichterfüllungsschadens zum Vorteil des vertragsuntreuen Schuldners allein deshalb zu verwehren, weil er mit der Vornahme des - rückblickend betrachtet gerechtfertigten - Deckungsgeschäfts nicht bis zum Ablauf der Nachfrist zugewartet hat. Solange der Gläubiger bis zum Erlöschen der Erfüllungsansprüche zur Erbringung seiner vertraglichen Leistung bereit und in der Lage ist, sich mithin vertragstreu verhält (vgl. Senatsurteil vom 1. Oktober 1986 - VIII ZR 132/85, BGHR BGB § 326 Abs. 1 - Vertragsuntreue eigene), kann er den Verlust im Rahmen seines Nichterfüllungsschadens geltend machen (BGHZ 126, 131, 137). Für den in RGZ 105, 280 entschiedenen, vom Berufungsgericht mehrfach zitierten Fall, daß nach Vornahme eines Deckungskaufs "die Lieferung der Ware nicht mehr in Frage stand" (aaO 281), es also an der weiteren Abnahmebereitschaft des nicht belieferten Käufers fehlte, mag anderes gelten. So liegt der vorliegende Fall jedoch nicht.

Denn die Klägerin hat durch ihre nachträgliche Aufforderung zur Lieferung zu erkennen gegeben, daß sie trotz zwischenzeitlich vorgenommener Deckungskäufe an ihrer Erfüllungs-, insbesondere Abnahmebereitschaft bis zum Ablauf der Nachfrist festhalte. Die damit verbundene Nachfristsetzung setzt insofern begrifflich die Erfüllungsbereitschaft des Gläubigers für die Dauer der Nachfrist voraus (Senat BGHZ 74, 193, 202).

c) Für die abstrakte Berechnung des Nichterfüllungsschadens, die der Klägerin als gewerblicher Käuferin offensteht (dazu oben a) und für die sie sich entschieden hat, kann im Grundsatz nichts anderes gelten. Auch hier ist der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht auf die Schäden beschränkt, die dem Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist entstanden sind. Freilich kommt der Frage, welchen Zeitpunkt des hypothetischen Abschlusses des Deckungsgeschäfts der Gläubiger seiner Schadensberechnung zugrunde zu legen hat, im Rahmen dieser Berechnungsart regelmäßig nur bei nennenswerten Preisschwankungen Bedeutung zu (vgl. die in RGZ 90, 423; 91, 30 entschiedenen Fälle). Da im Streitfall für derartige Preisschwankungen nichts ersichtlich ist, braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, inwieweit der Gläubiger bei abstrakter Schadensberechnung zwischen verschiedenen Stichtagen wählen kann (vgl. Soergel/Wiedemann, aaO, § 325 Rdnr. 47 ff m.w.Nachw.). Auf die von der Klägerin getätigten Holzeinkäufe ist in diesem Zusammenhang nicht abzustellen. Soweit sie hierüber Rechnungen aus dem Zeitraum vor Ablauf des 30. März 1994 vorgelegt hat, dienen diese, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, lediglich zur Darlegung eines durchschnittlichen

Marktpreises, den sie ihrer - ihr weiterhin offenstehenden (vgl. Senatsurteil vom 19. November 1997 aaO unter II 3 und 4) - abstrakten Schadensberechnung zugrunde legt.

d) Nach dem soeben Ausgeführten erweisen sich auch die weiteren Bedenken des Berufungsgerichts gegen die Schadensberechnung der Klägerin als unbegründet. Die abstrakte Berechnung des Nichterfüllungsschadens setzt nicht voraus, daß der Gläubiger für jede abgerufene und nicht rechtzeitig erbrachte Teillieferung eine Nachfrist setzt und so den Vertrag nach und nach für jede einzelne Teillieferung liquidiert. Der Gläubiger ist grundsätzlich nicht gehindert, die nacheinander fällig werdenden Teilleistungen auflaufen zu lassen, dem Schuldner alsdann eine einheitliche Nachfrist zur Erbringung der inzwischen fällig gewordenen Gesamtleistung zu setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Sukzessivlieferungsvertrages zu fordern. Das Festhalten des Gläubigers am Vertrag, das Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung ausschließt, endet bei einer solchen Vorgehensweise mit dem Ablauf der gesetzten Nachfrist. Nur bis zu diesem Zeitpunkt ist der Gläubiger gehindert, einen Nichterfüllungsschaden - konkret oder abstrakt - geltend zu machen. Daß der Gläubiger bis zum Ablauf der Nachfrist Erfüllung verlangt hat, kann ihn nicht hindern, nach Ablauf der Nachfrist nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den gleichen Zeitraum zu fordern, während dessen er zuvor an seinem Erfüllungsverlangen festgehalten hatte.

3. Das Schadensersatzbegehren der Klägerin scheitert schließlich entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht

daran, daß die Klägerin ihren Schaden auf nicht nachvollziehbare Weise berechnet hätte.

a) Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß die Klägerin die Mindermenge an "Buchenholz", die sie der Berechnung ihres Nichterfüllungsschadens zugrunde legt, mit insgesamt 221,84 cbm angegeben und den Marktpreis für den hypothetischen Deckungskauf mit 1.300 DM pro cbm beziffert hat. Bei einem Vertragspreis von 860 DM pro cbm errechnet sich hieraus ein Verlust von 440 DM pro cbm, für 221,84 cbm also ein Schaden in Höhe von 97.609,60 DM. Unter Berücksichtigung des der Klägerin insoweit rechtskräftig aberkannten Teilbetrages von 36.008,28 DM, der nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, hat die Klägerin mithin hinsichtlich der Position "Buchenholz" einen Nichterfüllungsschaden von verbleibenden 61.601,32 DM substantiiert dargetan.

b) Wie dem Berufungsgericht einzuräumen ist, leidet die Verständlichkeit der Schadensberechnung der Klägerin bei der Position "Stufenplatten" darunter, daß sie den Mehraufwand ermittelt hat, indem sie dem auf Quadratmeter bezogenen Vertragspreis für die Platten einen Preis pro Kubikmeter Holz gegenübergestellt hat. Der Berechnung der Klägerin läßt sich indessen mit noch hinreichender Deutlichkeit entnehmen, daß die Umrechnung, basierend auf einer Plattenstärke von 40 mm, im Verhältnis 25 (Quadratmeter) zu 1 (Kubikmeter) vorgenommen worden ist. Daraus errechnet sich ein Herstellungspreis der Klägerin von 108,964 DM pro qm Stufenplatten, was im Vergleich zu dem insoweit vereinbarten Vertragspreis von 68 DM pro qm einem Mehraufwand von

40,964 DM pro qm entspricht. Bei der von der Klägerin behaupteten Fehlmenge von 9.679,54 qm Stufenplatten ergibt dies einen Mehraufwand von 396.512,67 DM. Davon sind die im Vorprozeß rechtskräftig abgewiesenen 158.877,10 DM abzusetzen, hinsichtlich derer das Berufungsurteil durch die teilweise Nichtannahme der Revision der Klägerin in Rechtskraft erwachsen ist.

Die von der Klägerin hinsichtlich der Position "Stufenplatten" vorgenommene Vergleichsberechnung gründet sich zwar nicht allein auf einen hypothetischen Deckungskauf, sondern auf einen Vergleich des in dem Liefervertrag der Parteien vereinbarten Kaufpreises für fertige Stufenplatten mit den Kosten, die bei der Klägerin nach ihrer Darstellung für die eigene Herstellung solcher Platten entstanden sind. Das ist jedenfalls deshalb unbedenklich, weil die Klägerin sich nach ihrem Vorbringen aus Gründen der Schadensminderung zu dieser Verfahrensweise entschlossen hat. Dieser Vortrag schließt die Behauptung ein, daß der Markteinkaufspreis fertiger Stufenplatten die Kosten der Eigenherstellung überstiegen hätte.

III. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat mangels Entscheidungsreife verwehrt (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Sache bedarf zur Schadenshöhe weiterer Sachaufklärung. Zwar hat die Beklagte das Vorbringen der Klägerin zur Schadenshöhe bisher nur unzureichend bestritten. Sie hatte indes hierzu nach den rechtlichen Beurteilungen, wie sie sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht ihren Entscheidungen zugrunde gelegt ha-

ben, bisher wenig Anlaß. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien zur Schadenshöhe - die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers