

VIII ZR 31/60

verkündet laut Protokoll
am 1. Februar 1961
1. Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2216 045

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Hermann S [REDACTED], Kugellager-, Kraftfahr-
zeug- und Industriebedarf, Inhaber Kaufmann Hermann S [REDACTED],
in F [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Fridolin E [REDACTED] in S [REDACTED]
als Konkursverwalter über das Vermögen des Kaufmanns Hermann
T [REDACTED] in S [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 1. Februar 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundes-
richter Artl, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivil-
senat in Freiburg - vom 31. Dezember 1959 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
verfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen des alleinigen Inhabers der Firma Hermann [REDACTED], Maschinenfabrik, in [REDACTED], der im Juni 1957 in Konkurs geraten ist. Er macht eine restliche Kaufpreisforderung für gelieferte Maschinen in Höhe von noch 10 391,87 DM nebst Zinsen geltend. Die Beklagte hat gegen diese Forderung mit einer Schadensersatzforderung aufgerechnet, die sie aus einer Bestellung von 8000 Spannzangen, von der die Firma [REDACTED] zurückgetreten ist, herleitet. Der Aufrechnungsforderung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Firma [REDACTED] stellte Drehautomaten (Abstechautomaten) her, mit denen sie auch die Beklagte belieferte und für die sie sogenannte Spannzangen benötigte. Die Beklagte handelt mit Maschinen, Werkzeugen und anderen Erzeugnissen. Die Firma [REDACTED] bestellte bei dem Leiter der Zweigniederlassung der Beklagten in [REDACTED], dem inzwischen verstorbenen Angestellten der Beklagten [REDACTED], laut Bestellschein vom 15. Mai 1956 4000 Sechskant-Spannzangen "von M 3 - M 12" und 4000 Rundspannzangen "dito für Bohrspinoles" zur Lieferung "auf Abruf für ein Jahr bzw. 1 1/2 Jahre", wobei sich die Firma [REDACTED] die Wahl der Abmessungen der Spannzangen vorbehielt. Die Bestellung wurde durch Ausfüllung eines Formulars festgelegt, das nach seinem Vordruck von der Beklagten für Abschlüsse durch Vertreter bestimmt ist und einen seitlichen Vermerk folgenden Inhalts enthält: "Der Auftrag ist vorbehaltlich der Genehmigung der Fa. [REDACTED] (das ist die Beklagte) angenommen." Das Formular wurde für die Beklagte von [REDACTED] und von der Firma [REDACTED] unterzeichnet. Die Beklagte bedankte sich mit Schreiben vom 18. Mai 1956 für den ihr erteilten Auftrag und fügte in diesem Schreiben hinzu:

"Damit ich Ihnen meine ordnungsgemäße Auftragsbestätigung zugehen lassen kann, bitte ich mir umgehend noch mitzuteilen, welche Spannzangenausführung Sie als erstes geliefert wünschen, in welchen Abmessungen und zu welchen Stückzahlen." Die Firma [REDACTED] bestellte bereits mit Schreiben vom 19. Mai 1956 unter Bezugnahme auf den mit der Beklagten "getätigten Abschlußauftrag" als 1. Auftrag "unter Zugrundelegung" ihrer (der Fa. [REDACTED]) angeblich der Beklagten bekannten Einkaufsbedingungen zur schnellsten Lieferung 70 Spannzangen 6 kt verschiedener Abmessungen und 10 Stück Bohrzangen in der Abmessung 4,9 mm. Diesem Abruf folgte ein weiterer mit Schreiben vom 26. Mai 1956, in dem die Firma [REDACTED] ebenfalls auf ihren "Abruf-Auftrag" Bezug nimmt und um Lieferung von je 5 Stück Spannzangen laut den beiden der Beklagten eingesandten Skizzen Nr. 021/2 bittet. Die Beklagte bestätigte beide Bestellungen mit Schreiben vom 30. Mai 1956, in dem sie für die ihr mit diesen Bestellungen "erteilten Abrufaufträge aus dem Gesamtspannzangenauftrag vom 15.5.56" dankte und der Firma [REDACTED] mitteilte, sie habe die betreffenden Spannzangenabmessungen sofort in Bearbeitung genommen, sie hoffe, daß die Bestellung Nr. 665 (das ist die Bestellung vom 26. Mai 1956) in wenigen Tagen und die Bestellung Nr. 635 in spätestens 14 Tagen ausgeliefert werden könne. Dabei lehnte sie die von der Firma [REDACTED] in die Abrufe eingesetzten Zahlungsbedingungen ab und machte gleichzeitig einen anderen Zahlungsvorschlag.

Die Beklagte will mit Schreiben vom 2. Mai 1956 die Firma [REDACTED] gebeten haben, auch für die Bestellung vom 19. Mai 1956 eine entsprechende Lichtpause zu übermitteln. Die beiden Abrufe wurden von der Beklagten nicht oder nicht vollständig beliefert. Die Parteien streiten darüber, worauf dies zurückzuführen ist.



Mit Schreiben vom 31. Juli 1956 erklärte die Beklagte der Firma [REDACTED], in Anbetracht der damaligen Lage dieser Firma dürfte wohl der Auftrag über insgesamt 8000 Spannzangen bzw. die Abnahme fraglich geworden sein. Die Auftragssumme betrage 70 400 DM. Der Beklagten würden durch die Nichterfüllung des Auftrags 15 % dieser Summe als Gewinn entgehen, sie müsse daher zunächst diesen Betrag auf das von der Beklagten auf 13 910,85 DM errechnete Guthaben der Firma [REDACTED] verrechnen. Die Firma [REDACTED] erklärte dagegen mit Schreiben vom 1. August 1956, die wenigen von der Beklagten bisher gelieferten Spannzangen wiesen derartig große Fehler und Mängel auf, daß sie überhaupt nicht als Spannzangen zu gebrauchen seien. Darüber hinaus habe [REDACTED] wiederholt die Lieferung weiterer Probespannzangen zugesagt. Diese Spannzangen seien trotz wiederholter Mahnungen noch nicht eingegangen. Aus allem könne sie, die Firma [REDACTED], nur folgern, daß die Beklagte überhaupt nicht in der Lage sei, Spannzangen zu liefern, und sehe sich daher gezwungen, ihren Auftrag zu annullieren, da bei Auftragserteilung ausdrücklich vereinbart worden sei, daß der Auftrag nur unter der Voraussetzung Gültigkeit besitzen sollte, daß die von der Beklagten zu liefernden Probespannzangen einwandfrei in Ordnung wären. Da die zugesagte Belieferung mit Spannzangen nicht erfolgt sei, habe sie, die Firma [REDACTED], schnellstens anderweit disponieren müssen. Die Beklagte lehnte in ihrem Antwortschreiben vom 8. August 1956 die ihr mitgeteilte Annullierung des Auftrages ab mit der Erklärung, nach ihren, der Beklagten, Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen sei ein Rücktrittsrecht erst gegeben, wenn sie die Erklärung abgegeben habe, daß ihr eine Lieferung nicht möglich sei; abgesehen davon habe die Firma [REDACTED] auf ihr Schreiben vom 2. Juni 1956 bezüglich entsprechender Lichtpausen betreffend den Abruf Nr. 635 vom 19. Mai 1956 überhaupt nicht reagiert.

Die Beklagte hat zur Begründung ihrer Schadensersatzforderung ferner behauptet, sie habe dem Abrufauftrag Nr. 635 über 80 Spannzangen deswegen nicht entsprechen können, weil die Firma [REDACTED] nicht, wie sie es bei einem früheren Auftrag getan habe und wie es zwischen ihr und dem Angestellten [REDACTED] vereinbart gewesen sei, eine Zeichnung oder eine Lichtpause unter Angabe der genauen Toleranzen der Beklagten vorgelegt habe, [REDACTED] habe bei diesen Verhandlungen mehrmals darauf hingewiesen, daß es nicht möglich sei, Spannzangen ohne eine Zeichnung oder nach einer früheren zugeschickten zu dem Auftrag Nr. 665 gehörenden Zeichnung anzufertigen. Die Firma [REDACTED] und [REDACTED] seien sich auch darüber einig gewesen, daß ohne eine solche Zeichnung oder Lichtpause die Herstellung genau passender Spannzangen nicht möglich gewesen sei.

Mit der Klage wurde zunächst ein höherer als der jetzt streitige Betrag gefordert. Das Landgericht hat den Rücktritt der Firma [REDACTED] von dem Spannzangenauftrag als begründet angesehen und die Beklagte unter Abweisung der Mehrforderung verurteilt, an den Kläger als Konkursverwalter 10 391,87 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, die das Oberlandesgericht zurückgewiesen hat.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage nur noch auf Grund der erklärten Aufrechnung in Höhe des dem Kläger zugesprochenen Betrages, während dieser beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, ein Vertrag über die Lieferung von 8000 Spannzangen, aus dem die Beklagte den zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung herleitet, sei nicht wirksam zustande gekommen. Es hat dies insbesondere aus dem vorgetragenen Schriftwechsel und weiterem Sachvortrag der Beklagten gefolgert.

Die Revision macht dagegen geltend, die Parteien des Rechtsstreits hätten das Zustandekommen des Vertrages niemals bestritten; weder die ursprüngliche Klägerin, die Firma [REDACTED], noch der jetzige Kläger hätten behauptet, es habe sich nur um Vorverhandlungen gehandelt, die nicht zum wirksamen Abschluß eines Kaufvertrages über Lieferung von 8000 Spannzangen auf Abruf geführt hätten. Das Zustandekommen dieses Vertrages gelte daher als zugestanden (§ 288 ZPO). Jedenfalls hätte aber das Berufungsgericht die Beklagte auf seine Rechtsansicht hinweisen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Parteien in dem Rechtsstreit übereinstimmend vorgetragen hatten, daß zwischen der Firma [REDACTED] und dem Filialleiter [REDACTED] als Vertreter der Beklagten ein Lieferungsvertrag über 8000 von der Firma [REDACTED] abzurufende Spannzangen geschlossen worden ist. Die Beklagte hat jedoch nicht nur einen einfachen Vertragsabschluß behauptet, sondern auch die Art und Weise, wie dieser Vertrag geschlossen wurde, vorgetragen, indem sie den Auftragsschein vom 15. Mai 1956 vorgelegt und weiteren Schriftwechsel hierzu zum Gegenstand ihres Sachvortrags gemacht hat. Damit umfaßte der Sachvortrag der Beklagten auch die Folgerungen, die sie aus den vorgetrage-

nen Tatsachen gezogen hat. Soweit es sich hierbei um rechtliche Schlußfolgerungen handelt, war das Berufungsgericht an den Sachvortrag dann nicht gebunden, wenn dieser zu Zweifeln über das wirksame Zustandekommen des Kaufvertrages Anlaß gegeben hat. Es ist zwar anerkannten Rechts, daß auch dann ein Tatsachenvortrag vorliegt, wenn Behauptungen in einfache und allgemeine Rechtsbegriffe, wozu auch die Behauptung eines Kaufs gehören kann, eingekleidet sind (BGH Urt. v. 29. September 1958 - II ZR 342/56 - NJW 1958, 1968; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 288 II 1 a, § 282 II 2 a; Wieczorek, ZPO § 288 Anm. A II b 2). Nur wenn es sich also um einen einfachen und allgemein bekannten Rechtsbegriff handelt, dem ohne weiteres zu entnehmen ist, was hiermit in tatsächlicher Hinsicht behauptet ist, unterliegt solcher Sachvortrag den Verfahrensregeln über die Bindung des Gerichts an zugestandene Tatsachen (§§ 288, 138 Abs. 3 ZPO). In solchem Falle darf also regelmäßig das Gericht nicht auf die vorgetragenen Tatsachen zurückgreifen und ihre rechtliche Einordnung selbst vornehmen. Hier haben aber die Parteien auch die Tatsachen vorgetragen, aus denen sich das Zustandekommen des Kaufvertrages ergeben soll. Wenn diese Tatsachen Anlaß zu Zweifeln darüber geben, ob die von den Parteien übereinstimmend gezogene Schlußfolgerung richtig ist, so wäre das Berufungsgericht nicht gehindert gewesen, auch die rechtliche Einordnung dieser Tatsachen hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrages zu prüfen.

Die Beklagte hatte nun aber selbst behauptet, der Vertragsschluß habe ihrer Genehmigung bedurft. Darauf weist auch ihr Schreiben vom 18. Mai 1956 hin, in welchem die Beklagte der Firma [REDACTED] eine ordnungsgemäße Auftragsbestätigung angekündigt hat. Welche Bedeutung dieser Ankündigung beizulegen ist, kann zweifelhaft sein. Immerhin hatte die Beklagte auch das Schreiben vom 30. Mai 1956 vorgetragen,

mit dem sie die beiden Bestellungen der Firma [REDACTED] als Abrufaufträge aus dem Gesamtspannzangenauftrag vom 15. Mai 1956 bestätigt hat. Auch der Kläger selbst hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Gesamtauftrag für die Firma [REDACTED] verbindlich zustande gekommen war.

Es kann jedenfalls im Revisionsrechtszuge dahingestellt bleiben, ob die Prozeßparteien mit ihrem Vorbringen, Tatsachen zugestanden haben, die zu keinen Zweifeln über ihre rechtliche Einordnung Anlaß geben können und ob deshalb das Gericht an den Vortrag der Parteien, der Gesamtauftrag sei zustande gekommen, verfahrensrechtlich gebunden war.

Denn die Revisionsangriffe zu diesem Punkt müssen schon deshalb Erfolg haben, weil die Annahme des Berufungsgerichts, der Gesamtauftrag sei nicht zustande gekommen, nicht ausreichend begründet ist.

Das Berufungsgericht meint, in dem Schreiben der Beklagten vom 18. Mai 1956 könne weder dem Wortlaut noch den Umständen nach eine Genehmigung der zwischen der Firma [REDACTED] und [REDACTED] getroffenen Abrede erblickt werden, ebensowenig in den nachfolgenden Verhandlungen der Vertragsparteien. Gerade die Tatsachen, daß nicht nur vor, sondern auch nach der Unterzeichnung des "Auftrages" Proben geliepert, daß Lichtpausen übersandt und verlangt worden seien, daß die von der Beklagten an die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] gelieferten Spannzangen nach Aussage dieser Zeugen unbrauchbar gewesen seien, daß die Beklagte ihrerseits nach Angabe ihres Inhabers noch keine Spannzangen weitergegeben habe, sprächen dafür, daß die Vertragsparteien über das Stadium des Experimentierens und der Vorverhandlungen noch nicht hinausgekommen seien und daß die Beklag-

te ohne genaue Angabe von Abmessungen, Stückzahl und Lieferfolge, die Verpflichtung, 8000 Spannzangen innerhalb eines Zeitraums von 1 bis 1 1/2 Jahren auf Abruf zu liefern, weder habe übernehmen wollen noch können. Auch aus dem Schicksal der "Abruf"-Bestellungen vom 19. und 26. Mai 1956 lasse sich nichts anderes entnehmen; eine Genehmigung des Gesamtauftrages könne auch nicht in dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 30. Mai 1959 erblickt werden, in dem lediglich von den Teilaufträgen die Rede gewesen sei.

Diese Erwägungen vermögen die Feststellung, daß der Abrufvertrag nicht zustande gekommen sei, schon deshalb nicht zu tragen, weil die Beklagte in ihrem Schreiben vom 30. Mai 1956 die Bestellungen der Firma [REDACTED] vom 19. und 26. Mai 1956 als Abrufaufträge "aus dem Gesamtspannzangenauftrag vom 15.5.1956" ausdrücklich bestätigt hat. Es ist also in diesem Schreiben nicht nur von Teilaufträgen die Rede, wie das Berufungsgericht angenommen hat, sondern es ist ausdrücklich auch der Gesamtspannzangenauftrag in bezug genommen worden. Das Berufungsgericht hätte daher, unter diesem Gesichtspunkt sich die Frage vorlegen müssen, ob jedenfalls hierin eine Genehmigung des Gesamtauftrages seitens der Beklagten zu sehen ist und ob das Schreiben nach Treu und Glauben von der Firma [REDACTED] so verstanden werden mußte. Einer solchen Beurteilung dieses Schreibens steht nicht entgegen, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 18. Mai 1956 der Firma [REDACTED] eine ausdrückliche "ordnungsgemäße Auftragsbestätigung" angekündigt hatte. Das schließt nicht aus, daß beide Vertragsparteien jedenfalls die vorbehaltene Genehmigung des Gesamtauftrages durch die Beklagte als erfolgt und als erledigt ansehen durften und diese Genehmigung nicht mehr in Frage stellen wollten. Anzeichen hierfür können so-

wohl dem Schreiben der Beklagten vom 31. Juli 1956 als auch dem Schreiben der Firma [REDACTED] an die Beklagte vom 1. August 1956, in welchem sie den Gesamtauftrag "annulliert" hat, entnommen werden. Es hätte für die Firma [REDACTED] besonders nahe gelegen, darauf hinzuweisen, daß der Gesamtauftrag von der Beklagten noch nicht genehmigt sei. Sie hat sich aber hierauf nicht einmal in dem vorliegenden Rechtsstreit berufen.

Jedenfalls fehlt es aber an einer ausreichenden Feststellung dafür, daß die Firma [REDACTED], die an den Vertragsschluß vom 15. Mai 1956 trotz des Vorbehalts der Genehmigung durch die Beklagte gebunden war, sich etwa wegen Fehlens solcher Genehmigung von diesem Vertrage mit dem Schreiben vom 1. August 1956 lösen durfte. War die Firma [REDACTED] auch nur vorbehaltlich der Genehmigung der Beklagten an den Gesamtauftrag noch gebunden, so hätte sie sich von ihm doch nur dann lossagen dürfen, wenn die rechtlichen Voraussetzungen hierfür vorlagen. Solche hat das Berufungsgericht aber nicht festgestellt.

Hiernach kann die Schadensersatzforderung der Beklagten wegen Nichterfüllung des Gesamtauftrages nicht schon mit der Begründung abgelehnt werden, daß dieser Auftrag nicht zustande gekommen sei.

II. Es kommt daher darauf an, ob die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, bei der es das Zustandekommen des Auftrages unterstellt hat, den Angriffen der Revision standhält. Bei dieser Unterstellung hat das Berufungsgericht auch offen gelassen, ob die Firma [REDACTED] zum Rücktritt von dem Vertrage, den sie mit dem Schreiben vom 1. August 1956 erklärt hat, berechtigt gewesen ist. Unter diesen Voraussetzungen, nämlich der Verbindlichkeit des Vertragsabschlusses und der fehlenden Berechtigung der Firma [REDACTED]

zum Rücktritt, wäre, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, nach den Umständen auch unter Berücksichtigung der Beweiserleichterungen der §§ 287 ZPO, 252 BGB nicht als erwiesen anzusehen, daß der Beklagten ein Gewinn aus dem Spannungsgeschäft entgangen sei. Einen derartigen Gewinn hätte die Beklagte nur erzielen können, wenn sie ihrerseits in der Lage gewesen wäre, entsprechend den im Auftrag vom 15. Mai 1956 vorgesehenen Bedingungen brauchbare Spannzangen auf Abruf zu liefern. Das sei nicht dargetan. Die Spannzangen für [REDACTED] und [REDACTED] seien unbrauchbar gewesen. Daß die Probezangen in Ordnung gewesen seien, lasse sich angesichts der entgegengesetzten Angaben des unbeteiligten Zeugen [REDACTED] nicht feststellen. Auch die Aufträge vom 19. und 26. Mai 1956 seien entgegen der Bestätigung vom 30. Mai 1956 nicht ausgeführt worden und zwar auch insoweit nicht, als dafür Lichtpausen geliefert gewesen seien. Daß dies ausschließlich auf den Mangel der angeblich geforderten Zeichnungen beruht haben sollte, wie die Beklagte vorgetragen hatte, sei schon deshalb wenig wahrscheinlich, weil sich auch der Zeuge [REDACTED] die benötigte Spannzange ohne Zeichnung beschafft habe.

Die Revision beanstandet diese Erwägungen des Berufungsgerichts und macht geltend, das Berufungsgericht habe im Rahmen des § 287 ZPO nicht auf die Beweislast abstellen dürfen, habe auch § 286 ZPO verletzt, indem es den vorgetragenen Sachverhalt und erhobene Beweise nicht erschöpfend berücksichtigt und angebotene Beweise nicht erhoben habe.

Die Verfahrensrügen aus § 286 ZPO sind im Ergebnis begründet. Bei ihrer Prüfung muß davon ausgegangen werden, daß nach der Behauptung der Beklagten die Firma [REDACTED] die Lieferung der 80 Spannzangen, welche sie am 19. Mai 1956

abgerufen hatte, weder angemahnt noch eine Frist zur Lieferung gesetzt oder gar die Verweigerung der Abnahme ausgesprochen hatte, als sie mit dem Schreiben vom 1. August 1956 den Rücktritt von dem Vertrage erklärte. Es muß ferner davon ausgegangen werden, daß auch die nicht vollständige Belieferung des zweiten Abrufs vom 26. Mai 1956 über insgesamt 10 Spannzangen die Firma [REDACTED] noch nicht zum Rücktritt von dem Gesamtauftrag berechtigt hat. Dann aber wäre die Beklagte, wie hier zu unterstellen ist, noch am 1. August 1956 und zu dem Zeitpunkt, als das Schreiben von diesem Tage bei ihr eingegangen ist, berechtigt gewesen, die Bestellungen noch auszuführen und die Erfüllung des Abrufvertrages von der Firma [REDACTED] noch zu verlangen.

Ein Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Ablehnung der Vertragserfüllung durch die Firma [REDACTED] setzt voraus, daß die Beklagte überhaupt in der Lage gewesen wäre, den Auftrag zu erfüllen, wenn ihr anstelle der Annullierung des Vertrages in dem Schreiben vom 1. August 1956 von der Firma [REDACTED] noch eine Frist zur Erfüllung der beiden Abrufverträge gemäß § 326 BGB gesetzt worden wäre. Dabei soll hier unterstellt werden, daß die Nichterfüllung dieser Abrufe nach wirksamer Fristsetzung die Firma [REDACTED] auch berechtigt haben würde, von dem Gesamtauftrag vom 15. Mai 1956 zurückzutreten.

Daß die Beklagte nicht mehr zur Erfüllung bereit war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat nur mit den oben wiedergegebenen Erwägungen in Zweifel gezogen, daß die Beklagte in der Lage gewesen wäre, brauchbare Spannzangen auf Abruf zu liefern. Diese Erwägungen sind jedoch nicht ausreichend, um zu der Folgerung zu gelangen, daß die Beklagte den Beweis eines entgangenen Gewinns nicht führen könne.

Die Revision macht mit Recht darauf aufmerksam, daß nach den Ausführungen in dem Gutachten des Baurats Dipl.Ing.Kennel vom 29. November 1958, den das Gericht zum Sachverständigen bestellt hatte, die Herstellung von Spannzangen der Art, wie sie für die an den Zeugen [REDACTED] gelieferten drei Automaten verwendet und von der Beklagten an den Zeugen geliefert worden sind, solche des Systems [REDACTED] (nicht des Fabrikats [REDACTED]) gewesen seien und ein außerhalb der Firma [REDACTED] - [REDACTED] tätiger Fachmann zur Herstellung solcher Spannzangen und Bohrzangen Zeichnungsunterlagen mit Eintragung der Toleranzmaße, mit genauen Werkstoffangaben und mit genauen Behandlungsangaben benötigt haben würde. Die Beklagte hatte nun behauptet gehabt, sie habe von der Firma [REDACTED] die genauen Maße und Zeichnungen verlangt, diese aber nicht erhalten; sie hatte sich hierfür nach dem Ableben des Zeugen [REDACTED] statt dessen auf den Zeugen [REDACTED] berufen (Schriftsatz vom 19. Januar 1959 S.3). Außerdem hat die Beklagte in der Berufungsbegründung vom 4. Mai 1959 S. 11 Frau Maria [REDACTED] dafür als Zeugin benannt, daß der Inhaber der Beklagten am 6. Juni 1956 mit der Firma [REDACTED] deshalb telefoniert habe, weil die für die Spannzangen benötigten Lichtpausen und Zeichnungen nicht eingetroffen gewesen waren. Hatte sich aber die Beklagte um solche Unterlagen für die Ausführung der Abrufe bemüht, so spräche auch dies im Zusammenhang mit den Ausführungen in dem Gutachten des Sachverständigen Kennel dafür, daß solche Unterlagen erforderlich waren, um die beiden Abrufverträge ordnungsgemäß ausführen zu können. Es hätte daher einer Begründung dafür bedurft, daß die Beklagte solche Unterlagen nicht habe verlangen können oder daß die Erfüllung der Abrufaufträge schon aus anderen Gründen nicht möglich gewesen wäre.

Die Revision verweist in diesem Zusammenhang auch auf den Sachvortrag der Beklagten, wonach sie für die am 26. Mai

1956 von der Firma [REDACTED] bestellten je 5 Spannzangen (2) Lichtpausen erhalten gehabt habe, hiermit aber deshalb nichts habe anfangen können, weil darin keine Maße enthalten gewesen seien, wie ihr Inhaber zu gerichtlichem Protokoll vom 9. November 1959 bekundet habe.

Die Klärung der Fragen, ob die Beklagte weitere Unterlagen benötigt und ob sie solche von der Firma [REDACTED] verlangt hat und verlangen durfte, ist nicht schon um deswillen überflüssig, weil das Berufungsgericht festgestellt hat, daß die Beklagte für die beiden Automaten, die sie im Jahre 1956 an die Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] geliefert hat, nacheinander 3 unbrauchbare Spannzangen geliefert habe. Wann diese Lieferungen erfolgt sind, ist nicht näher festgestellt. Aus diesen drei Schlechtlieferungen kann noch nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Beklagte wäre überhaupt nicht in der Lage gewesen, die Firma [REDACTED] mit brauchbaren Spannzangen zu beliefern. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen hat, daß nach der Aussage des Zeugen [REDACTED], der bei der Klägerin vom 1. März 1956 bis 1. April 1957 als Betriebsingenieur tätig war, der Vertreter der Beklagten [REDACTED] einmal 2 Bohrzangen für Bohrlöcher mit einem Durchmesser von 4,9 mm mitgebracht habe, die nicht brauchbar gewesen seien, so ist aus dieser Feststellung auch in Verbindung mit den Bekundungen der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] noch nicht ohne weiteres zu folgern, daß die Beklagte zur Erfüllung der beiden Abrufaufträge nicht in der Lage gewesen sei.

Es fällt zwar auf, daß die Beklagte nicht näher vorge-
tragen hat, auf welchem Wege sie sich die Spannzangen zur Er-
füllung der beiden Abrufaufträge beschafft haben würde. An-
dererseits hat jedoch das Berufungsgericht bei seinen Erwä-
gungen auch zu Lasten der Beklagten darauf hingewiesen, daß
der Zeuge [REDACTED] die von ihm benötigte Spannzange sich ander-

weit ohne Zeichnung beschafft habe. Danach kann es auch nicht als ausgeschlossen erachtet werden, daß die Beschaffung von Spannzangen dann, wenn hierfür die erforderlichen Angaben gemacht wurden, damals möglich war. Jedenfalls bedarf es näherer Feststellungen über die wirklichen Hindernisse, die der Erfüllung der Abrufaufträge entgegenstanden, bevor zu Lasten der Beklagten angenommen werden kann, es könne nicht als erwiesen angesehen werden, daß ihr ein Gewinn aus dem Spannzangengeschäft entgangen sei.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht auch § 287 ZPO verletzt hat und ob es für die Frage, ob die Beklagte in der Lage war, die bestellten Spannzangen in der erforderlichen-Qualität zu liefern, sich der Hilfe eines Sachverständigen hätte bedienen müssen oder, wie die Revision meint, jedenfalls Anlaß gehabt hat, die Benennung eines Sachverständigen durch die Beklagte gemäß § 139 ZPO anzuregen.

Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt nicht auch unter dem Gesichtspunkt behandelt, ob die Firma [REDACTED] mit Schreiben vom 1. August 1956 wirksam von dem Gesamtauftrag zurückgetreten ist, was das Landgericht angenommen hat. Die Feststellungen, die das Berufungsgericht getroffen hat, ermöglichen es nicht, daß der erkennende Senat diese Frage selbst entscheidet.

Aus diesen Gründen war es notwendig, das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Sache an

das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Rechtsstreits ab und ist daher von dem Berufungsgericht zu treffen.

III. Für das weitere Verfahren erscheinen noch folgende Hinweise angebracht:

Wenn sich ergeben sollte, daß die Beklagte mit der Ausführung der beiden Abrufaufträge schon vor dem Schreiben der Firma [REDACTED] vom 1. August 1956 in Verzug geraten ist, so würde weiter zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 oder die des § 326 Abs. 2 BGB vorlagen, als die Firma [REDACTED] den Rücktritt von dem Gesamtauftrag erklärt hat.

Sollte es aber für die Entscheidung darauf ankommen, ob die Beklagte einen entgangenen Gewinn nachweisen kann, so könnte hierfür von Bedeutung sein, welche Schwierigkeiten für sie bestanden hätten, die zur Erfüllung der beiden Abrufaufträge benötigten Spannzangen mit oder ohne nähere von der Firma [REDACTED] erbetene Unterlagen zu beschaffen. Das Berufungsgericht wird je nach Lage des Ergebnisses seiner weiteren Feststellungen darüber zu befinden haben, ob es der Beiziehung eines Sachverständigen bedarf, um die Frage zu entscheiden, welche Möglich-

keiten die Beklagte hatte, die beiden Abrufaufträge mit oder ohne die von ihr angeblich verlangten weiteren Unterlagen zu erfüllen. --

● ●

Dr. Pagendarm Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner