

VIII ZR 37/58

Verkündet
am 28. Oktober 1958
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2321 064

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto R. [REDACTED] in B. [REDACTED],
W. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma E. S. [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, Brauerei W. [REDACTED] in W. [REDACTED] ([REDACTED]),
gesetzlich vertreten durch ihren Hauptgeschäftsführer
Willi S. [REDACTED]-H. [REDACTED], daselbst,

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlußberufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 23. September 1958 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und
Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Celle vom 14. De-
zember 1957 wird auf Kosten des Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wegen des Sachverhalts wird auf den Tatbestand des Urteils des erkennenden Senats vom heutigen Tage in der Sache gleichen Rubrums VIII ZR 410/56 mit folgender Ergänzung Bezug genommen:

Nach Verkündung des darin bezeichneten Teilurteils des Oberlandesgerichts hat die Klägerin mit der Anschlußberufung, soweit darüber durch das Teilurteil noch nicht entschieden worden ist, beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie nur noch weitere 46.191,68 DM nebst 5% Zinsen seit dem 10. Dezember 1954 zu zahlen und zwar Zug um Zug gegen Lieferung von nur noch weiteren 663,70 hl Bier. Die Klägerin hat nämlich dem Beklagten zum Ausgleich der von ihm behaupteten Fehlmenge 231,3 l gutgebracht und dementsprechend - nach altem Preis berechnet - 152,74 LM zu ihren Lasten berücksichtigt.

Zur Begründung seiner Weigerung, nach dem 8. November 1954 noch Bier abzunehmen, hat der Beklagte auf den Schriftwechsel der Parteien verwiesen. Danach hat der Beklagte auf den Hinweis der Klägerin, sie werde mit Rücksicht auf die von ihm hartnäckig vertretene Ansicht, daß es zu keiner Einigung über die Verlängerung des Vertragsverhältnisses gekommen sei, für das schon zum neuen Preis gelieferte Bier eine Nachberechnung vornehmen und für das noch abzunehmende Bier von vornherein den alten Preis berechnen, in seinem Schreiben vom 4. November 1954 verlangt, die Klägerin solle noch vor der Lieferung zum 9. November 1954 verbindlich erklären, daß sie die zukünftigen Lieferungen unter Zugrundelegung des neuen Preises berechnen werde, und ausgeführt, andernfalls liefere sie

- 3 -

etwas anderes, als vereinbart worden sei, und gerate in Verzug, der ihn zur Ablehnung dieser anderweitigen Leistungen berechtige. Da die Klägerin das Bier am 8. November 1954 zwar zum neuen Preis geliefert, sich aber eine Nachberechnung vorbehalten hat, hat der Beklagte ihr mit Schreiben vom 16. November 1954 mitgeteilt, daß er "die Abnahme einer weiteren Lieferung zu einem über 60,-- bzw. 67,-- DM liegenden Hektoliter-Preis ablehnen würde", und daß sogar in dem Vorbehalt der Nachberechnung die Ankündigung eines vertragswidrigen Verhaltens zu erblicken sei, die ihn ebenfalls zur Annahmeverweigerung berechtige. Daraufhin hat der Anwalt der Klägerin dem Anwalt des Beklagten am 23. November 1954 u.a. mitgeteilt:

"Gleichzeitig fordere ich Ihren Mandanten namens und in Vollmacht meiner Auftraggeberin auf, die bis zum Ablauf des Bierlieferungsvertrages vom 11.12.1951 noch abzunehmenden 3.342 hl Bier zu den aus § 3 des Bierlieferungsvertrages vom 11.12.1951 zu errechnenden Preisen bis zum 10.12.1954 abzunehmen.

Nach vergeblichem Ablauf der Frist habe ich Auftrag, insoweit Schadensersatzklage wegen Nichtabnahme zu erheben. Ich gestatte mir den Hinweis, daß eine Nachfrist nach § 326 Abs. 1 BGB nicht erforderlich ist, da ihr Auftraggeber bereits durch Ihr Schreiben vom 16.11.1954 ernsthaft erklärt hat, daß er die Lieferung zu den Bedingungen des Bierlieferungsvertrages vom 11.12.1951 nicht entgegennehmen werde."

In seiner Antwort vom 29. November 1954 hat der Anwalt des Beklagten u.a. ausgeführt:

"Vorsorglich erkläre ich Ihnen aber unter erneutem Hinweis auf § 326 BGB, daß Ihre Partei auf Grund des bestehenden gegenseitigen Vertrages mit der ihr obliegenden Leistung im Verzuge ist, wobei ... als vertragsmäßige Leistung die Bierlieferung im Rahmen des ursprünglichen Vertrages nebst seinen Nachträgen, insbesondere auch bezüglich der Preisvereinbarungen vom Juli 1954 zu erfolgen hätte."



Ich bestimme hiermit namens meines Auftraggebers Ihrer Partei zur Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung eine Frist von 5 Tagen mit der ausdrücklichen Erklärung, daß die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist abgelehnt wird. Nach dem Ablauf der Frist wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden."

Dazu hat der Beklagte noch vorgetragen, die Klägerin sei nach dem Grundvertrag vorleistungspflichtig. Fällig werde der Kaufpreis nur, wenn sie nicht im Verzuge sei, wenn also das Bier geliefert worden sei. Übrigens könne die Klägerin Vertragserfüllung überhaupt nicht mehr verlangen. Die Klägerin habe sich an die Anfang Juli 1954 vereinbarte Herabsetzung des Preises später beharrlich nicht mehr gehalten und sei damit vertragsuntreu geworden. Darüber hinaus habe sie mit einem später verlorengegangenen Schreiben aus der Zeit zwischen dem 9. und dem 16. November 1954 jede weitere Lieferung ernsthaft und endgültig abgelehnt und daher auch trotz seines Abrufes vom 9. November zum 16. November 1954 ebensowenig wie in der Folgezeit Bier geliefert. Das sei als Rücktritt vom Vertrage aufzufassen. Im Schreiben vom 23. November 1954 habe sie endgültig Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt und sich damit des Erfüllungsanspruchs begeben. Andererseits habe er selbst mit Schreiben vom 29. November 1954 Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt; dadurch sei ein Anspruch der Klägerin auf Vertragserfüllung ebenfalls endgültig ausgeschlossen worden.- Sollte ihr ein derartiger Anspruch aber zustehen, so müsse folgendes berücksichtigt werden: Bei Abschluß der Ergänzungsvereinbarung vom 30. August 1952 hätten die Parteien stillschweigend die bisherigen Abnahmeverpflichtungen als erfüllt behandelt. Abgesehen davon dürfe nicht außer Betracht bleiben, daß in der Nachtragsvereinbarung zu seinen Gunsten eine nach Handelsbrauch ohnehin zu berücksichtigende "Cirka-Klausel" abgemacht worden

sei, die ihm einen Spielraum bis zu 10% nach unten gewähre, so daß seine Abnahmepflicht nicht 750 hl Bier, sondern nur 675 hl monatlich betragen habe. Demgemäß ergebe sich allenfalls ein Abnahmerückstand von rund 423 hl, bei dessen Berechnung der neue Preis zugrunde zu legen sei. Schließlich hat der Beklagte auch noch mit dem Anspruch auf unentgeltliche Lieferung von 100 hl Bier zum Ausgleich der Fehlmengen aufgerechnet. Nach seinem Vorbringen beläuft sich die Fehlmenge auf insgesamt 300 bis 400 hl Bier; hilfsweise hat er mit dem Anspruch auf Lieferung der tatsächlichen Fehlmenge aufgerechnet.

Durch Schlußurteil hat das Berufungsgericht, soweit es nicht bereits durch das Teilurteil entschieden hat, unter Zurückweisung der Berufung und der Anschlußberufung im übrigen und unter entsprechend neuer Fassung des landgerichtlichen Urteils wie folgt entschieden:

- I. Der Beklagte wird weiter verurteilt,
 - 1.) an die Klägerin 177 325,45 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 10. Dezember 1954 Zug um Zug gegen Lieferung von 2.612,50 hl Pilsener Bier und Exportbier,
 - 2.) 3.328,85 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 10. Dezember 1954 Zug um Zug gegen Lieferung von 55,50 hl Lagerbier zu zahlen.
- II. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin zu 1/6, der Beklagte zu 5/6. Die durch die Anrufung des Amtsgerichts in Hankensbüttel entstandenen Mehrkosten hat die Klägerin allein zu tragen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Klägerin ist hinsichtlich des Betrages von 177 325,45 DM auch zu Teilvollstreckungen berechtigt, und zwar

- 1.) das erste Mal in Höhe von 9.435,35 DM
Zug um Zug gegen Lieferung von 140,62 hl
Pilsener und Exportbier,
alsdann entweder
- 2.) wöchentlich in Höhe von 9.550,90 DM Zug
um Zug gegen Lieferung von 140,62 hl
Pilsener und Exportbier, oder
- 3.) einmal monatlich in Höhe von 38.205 DM
Zug um Zug gegen Lieferung von 562,50 hl
Pilsener und Exportbier.

Mit der Revision beantragt der Beklagte die Klage auch insoweit in vollem Umfang abzuweisen. Die Klägerin will das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin habe restliche Erfüllung des Grundvertrages und der Nachtragsvereinbarung zu beanspruchen. Denn nicht sie, sondern nur der Beklagte habe gegen die sich für ihn daraus ergebenden beiderseitigen Verpflichtungen verstoßen. Daß die Parteien im Juli 1954 unabhängig von einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses eine Herabsetzung des Preises für das von dem Beklagten bis zum 10. Dezember 1954 noch abzunehmende Bier abgemacht hätten, sei nicht bewiesen. Die Parteien hätten das Vertragsverhältnis nicht verlängert. Demnach sei der Beklagte verpflichtet gewesen, für das von ihm noch abzunehmende Bier den alten Preis zu bezahlen.

Die Klägerin habe in der Zeit zwischen dem 9. und 16. November 1954 kein Schreiben an den Beklagten ge-

richtet, in dem sie jede weitere Lieferung von Bier endgültig abgelehnt habe.

Der Beklagte habe am 8. November 1954 entgegen der bis dahin gehandhabten Übung, kein Bier für den nächsten Liefertermin abgerufen. Zu einem Biertransport nach Berlin auf gut Glück sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen. Vielmehr habe sie im Hinblick auf die schweren Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien etwa 1 - 2 Wochen abwarten dürfen, ohne sich damit etwa dem Vorwurf des Lieferungsverzuges auszusetzen. In diesem Zeitraum habe sie das Schreiben des Beklagten vom 16. November 1954 erhalten.

Dieses Schreiben enthalte in Verbindung mit dem vom 4. November 1954 die ernsthafte Weigerung, in Zukunft noch Bier abzunehmen, wenn die Klägerin dafür den alten Preis berechne, oder sich auch nur eine Nachforderung zu dem etwa zunächst berechneten neuen Preis vorbehalte. Dabei sei der Beklagte geblieben, wie sein Schreiben vom 29. November 1954 ergebe.- Er habe damit die Erfüllung endgültig verweigert und sich von dem Vertrag vollständig losgesagt. Die Weigerung des Beklagten sei vertragswidrig; denn er sei verpflichtet gewesen, das Bier zum alten Preis abzunehmen. Die Klägerin, die die Lieferung von Bier nicht abgelehnt habe, sei nicht etwa vom Vertrag zurückgetreten, auch nicht in ihrem Schreiben vom 23. November 1954.

Der Beklagte habe sich schuldhaft verhalten und so eine positive Vertragsverletzung begangen. Es habe deshalb keiner Mahnung durch die Klägerin bedurft, um Ver-

zugssfolgen gegen den Beklagten auszulösen. Dieser habe sich nunmehr nach Treu und Glauben auch nicht auf eine etwaige Vorleistungspflicht der Klägerin berufen können. Ebenso wenig habe die Klägerin gemäß § 326 BGB eine Nachfrist zu setzen brauchen, wenn sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wolle.

Die durch das Schreiben der Klägerin vom 23. November 1954 gestaltete Rechtslage gleiche nicht völlig derjenigen, die sich ergeben hätte, wenn ohne vorangegangene Erfüllungsverweigerung eine Nachfrist gesetzt, aber ergebnislos abgelaufen wäre; solchenfalls wäre freilich der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Eine Erfüllungsverweigerung, wie sie der Beklagte begangen habe, lasse dagegen den Anspruch auf Erfüllung nicht ohne weiteres wegfallen und einen Schadensersatzanspruch an seine Stelle treten. Vielmehr würde es zur Erzielung dieses Ergebnisses noch einer bestimmten Erklärung des Gläubigers bedürft haben, daß er nunmehr die Leistung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Eine derartige unzweideutige Erklärung habe die Klägerin indessen nicht abgegeben, insbesondere nicht in ihrem Schreiben vom 23. November 1954. Dieses Schreiben lasse vielmehr offen, ob die Klägerin auf Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung (neben der Erfüllung) oder nur wegen Nichterfüllung abgezielt habe. Daß die Klägerin in dem Schreiben den Beklagten zur Abnahme von 3342 hl Bier binnen rund zwei Wochen aufgefordert habe, obgleich sie wohl diese Menge fristgerecht nicht habe liefern können, sei unerheblich, zumal der Beklagte zum alten Preis keinesfalls Bier habe abnehmen wollen und er deshalb von vornherein aus der Aufforderung der Klägerin keine ihr ungünstigen Rechtsfolgen her-

leiten könne. Überdies sei der Beklagte selbst - wie sein Schreiben vom 29. November 1954 zeige - nicht der Auffassung gewesen, daß die Klägerin unter dem 23. November 1954 den Erfüllungsanspruch habe fallen lassen, und durch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ersetzt habe.- Selbst wenn schließlich die Klägerin nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen hätte, sei sie dennoch befugt, wenn sie Interesse daran habe, sich ihres Leistungsgegenstandes zu entledigen, ihrer vertraglichen Verpflichtung zu genügen und Ersatz für die ihr geschuldete Leistung zu fordern. Ihr Recht, vom Beklagten im Rahmen eines Schadensersatzanspruches die Annahme des Bieres zu verlangen, bleibe also unberührt.- Die Klägerin habe ihren Erfüllungsanspruch auch nicht etwa dadurch verwirkt, daß sie während eines längeren Zeitraumes Abnahmerückstände des Beklagten nicht geltend gemacht habe. Mindestens mit ihren Schreiben vom 3. Januar 1953 und vom 25. März 1954 habe sie den Beklagten darauf hingewiesen, daß er mehr Bier abnehmen müsse, um seiner vertraglichen Verpflichtung zu genügen.

II. a) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zu billigen, nach der dem Beklagten der Beweis dafür obliegt, daß die Herabsetzung des Preises für das von ihm bis zum 10. Dezember 1954 noch abzunehmende Bier unabhängig von der schriftlichen Verlängerung des Vertragsverhältnisses abgemacht worden sei; auf die Ausführungen in Abschnitt II. der Entscheidungsgründe des Urteils des erkennenden Senats vom heutigen Tage wird Bezug genommen.

b) Das Berufungsgericht sieht diesen Beweis als nicht geführt an. Die von der Revision hiergegen erhobenen Ver-

fahrensrügen greifen nicht durch, soweit es sich dabei um die Angriffe handelt, die auch gegen das Teilurteil des Berufungsgerichts gerichtet, aber unbegründet sind; auf die Ausführungen in Abschnitt A III. der Entscheidungsgründe des Urteils des erkennenden Senats vom heutigen Tage wird Bezug genommen.

Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe die Aussage des S [REDACTED]-H [REDACTED] als Partei irrtümlich wie eine Zeugenaussage behandelt.- Die Rüge ist unbegründet; ihr liegt eine Verwechslung des Zeugen Dr.med. S [REDACTED]-H [REDACTED] mit seinem Bruder, dem Geschäftsführer der Klägerin, zugrunde.

Demnach ist davon auszugehen, daß der neue Preis nur unter der aufschiebenden (nichteingetretenen) Bedingung gelten sollte, daß der Beklagte mit der Klägerin einen schriftlichen Vertrag über seinen weiteren Bierbezug schließt.

III. Die weiteren Rügen der Revision gegenüber der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin restliche Erfüllung des Grundvertrages und der Nachtragsvereinbarung zu beanspruchen habe, sind ebenfalls unbegründet.

a) Das Berufungsgericht hat § 133 BGB nicht dadurch verletzt, daß es in dem Schreiben der Klägerin vom 23. November 1954 keine Erklärung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB gefunden hat, durch die es der Klägerin verwehrt wäre, nach ergebnislosem Ablauf der Frist noch die Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Vielmehr ist die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Schreiben gerade unter Berücksichtigung der Antwort vom 29. November 1954 dahin hat an-

gedeihen lassen, daß in ihm die unzweideutige Ankündigung der Ablehnung der Leistung des Beklagten nicht zu erblicken sei, möglich, und zwar auch unter Berücksichtigung des von der Revision hervorgehobenen, aber auch im angefochtenen Urteil nicht außer acht gelassenen Umstandes, daß die Schreiben von einem Anwalt an einen Anwalt gerichtet worden sind. Der Senat ist daher an diese Auslegung gebunden.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision ferner erwogen, der Erfüllungsanspruch der Klägerin sei nicht dadurch berührt worden, daß insbesondere die Klägerin möglicherweise nicht im Stande gewesen sein würde, bis zum 10. Dezember 1954 die von ihr im Schreiben vom 23. November 1954 angeführte Biermenge zu liefern. Mit Recht ist vielmehr im angefochtenen Urteil ausgeführt, das Verlangen der Klägerin auf Abnahme bis zu diesem Tage würde allenfalls zu Gunsten des Beklagten zur Umwandlung in eine angemessene Frist geführt haben, wenn er zur Abnahme überhaupt bereit gewesen wäre. Eine positive Vertragsverletzung der Klägerin ist in der Bestimmung einer unangemessen kurzen Frist nicht zu erblicken. Der Revision kann auch in der Ansicht nicht gefolgt werden, die Klägerin müsse sich entgegenhalten lassen, daß sie erst kurz vor dem Ende des Vertragsverhältnisses die Abnahme der vom Beklagten bis dahin entgegen dem Grundvertrag und der Nachtragsvereinbarung schon seit längerer Zeit nicht vollständig abgerufenen Biermengen gefordert habe. Denn die Klägerin hat den Beklagten schon im Januar 1953 und im März 1954 darauf hingewiesen, daß er seiner Abnahmeverpflichtung nicht in vollem Umfang nachgekommen sei, und dabei zu erkennen gegeben, daß sie auf vollständige Abnahme Wert lege. Von der teilweisen Verwirkung ihres Erfüllungsanspruches kann daher keine Rede sein.

c) Hat die Klägerin demnach den von ihr im Rechtsstreit verfolgten Anspruch auf Erfüllung des Vertrages so bedarf es keiner Erörterung, ob der Revisionsangriff gegen die Hilferwägung des Berufungsgerichts durchgreift, daß die Klägerin gegen Lieferung des vom Beklagten vertragswidrig bisher nicht abgenommenen Bieres in Anwendung der sogenannten abgeschwächten Differenztheorie Zahlung des ihr zugesprochenen Betrages auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung verlangen könne.

d) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe es entgegen dem Antrag des Beklagten unterlassen, Frau J. bei ihrer Vernehmung als Zeugin über das von der Klägerin angeblich in der Zeit zwischen dem 9. und 16. November 1954 an ihn gerichtete Schreiben seiner Frau als Zeugin gegenüberzustellen.- Die Rüge ist unbegründet; es stand im Ermessen des Berufungsgerichts, von der Gegenüberstellung abzusehen.

B.

I. Hat also die Klägerin restliche Erfüllung des Vertrages zu beanspruchen, so kommt es weiter darauf an, wieviel Bier der Beklagte noch abzunehmen verpflichtet ist.

Dazu hat das Berufungsgericht zu Gunsten des Beklagten vorweg erörtert, die Klägerin könne ihn nach dem Sinne der Nachtragsvereinbarung (vom 30. August 1952) auf Abnahme von Bier, das er vor dem 1. September 1952 entgegen seiner Verpflichtung aus dem Grundvertrag nicht abgerufen habe, nicht mehr in Anspruch nehmen.

Weiter hat das Berufungsgericht ausgeführt:
Auf den vom Beklagten über das Bestehen und die Bedeutung der Cirka-Klausel bei Bierlieferungsverträgen behaupteten Handelsbrauch würde es nur dann ankommen, wenn und soweit der Inhalt der Nachtragsvereinbarung im Zusammenhang mit dem Grundvertrag sich im Wege der Auslegung nichts Ausreichendes oder nichts Abweichendes ergebe. Bei der Auslegung komme es auf den Willen der Parteien an, wie er in den von ihnen abgegebenen Erklärungen in Erscheinung getreten sei; widerspreche er einem Handelsbrauch, so sei nicht dieser, sondern der Inhalt der Erklärung^{en} maßgebend. So sei es hier. Denn der Grundvertrag und die Nachtragsvereinbarung stellten eine Einheit dar, deren Auslegung als Sinn der zwischen den Parteien verabredete Cirka-Klausel folgendes ergebe: Das Bier sei in etwa gleichen Monatsmengen von 750 hl abzunehmen; im Jahresdurchschnitt aber dürfe die abgerufene Menge nicht weniger als 750 hl betragen. Sei das doch der Fall, so müsse der Beklagte die an diesem Durchschnitt fehlende Biermenge bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses nachträglich abnehmen, notfalls unter Gewährung einer Auslauffrist. Habe der Beklagte etwa in einem Jahre weniger als den Durchschnitt abgenommen, in einem anderen Jahre dagegen mehr, so komme ihm das bei der Berechnung zugute.

Diese Auslegung ist möglich; der Senat ist daher an sie gebunden. Ist demnach davon auszugehen, daß die Parteien eine Vereinbarung getroffen haben, die von dem abweicht, was der Beklagte als Handelsbrauch verstanden wissen will, so kommt es - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - auf diesen Handelsbrauch nicht

an. Die Rügen der Revision, das Berufungsgericht sei der Behauptung des Beklagten über das Bestehen und den Inhalt des Handelsbrauches nicht ausreichend nachgegangen, sind daher gegenstandslos.

II. Das Berufungsgericht hat nicht für erwiesen gehalten, daß S. [REDACTED] - H. [REDACTED] dem Beklagten zum Ausgleich etwaiger Fehlmengen die unentgeltliche Lieferung von 100 hl zugesagt habe.-

Die von der Revision hiergegen erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch; es handelt sich dabei um die Angriffe, die auch gegen das Teilurteil des Berufungsgerichts gerichtet, aber unbegründet sind; auf die Ausführungen in Abschnitt B II. der Entscheidungsgründe des Urteils des erkennenden Senats vom heutigen Tage wird Bezug genommen.

III. Zur Behauptung des Beklagten, die Fehlmenge habe sich insgesamt auf 300 - 400 hl belaufen, hat das Berufungsgericht als Fehlmenge nur 4,18 hl berücksichtigt, die es als seit dem April 1954 entstanden festgestellt hat. Etwa in der vorhergehenden Zeit entstandene Fehlmengen hat es als rechtlich unerheblich bezeichnet mit der Begründung, der Beklagte habe sie der Klägerin nicht gemäß § 377 HGB unverzüglich angezeigt. Dem Antrag des Beklagten, die von der Klägerin für die Bierlieferung benutzten Fässer (nach seiner Darstellung mehr als 500 Stück) darauf zu untersuchen, ob ihr Rauminhalt - wie der Beklagte behauptet - geringer sei als es ihrer Eichung entspreche, könne zudem deshalb nicht stattgegeben werden, weil jetzt alle Fässer nachgeeicht worden seien. Eine Schätzung der Fehlmenge komme nicht in Betracht, weil sie Willkür wäre. Aus der Zeit seit

dem April 1954 hat das Berufungsgericht ferner Fehlmengen als rechtlich unerheblich bezeichnet, die darauf zurückzuführen sind, daß Fässer innerhalb der gesetzlichen Verkehrsfehlergrenze einen geringeren Rauminhalt hatten, als es ihrer Eichung entsprach.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht die rechtliche Tragweite dessen nicht erschöpfend behandelt hat, was der Beklagte vorgetragen hat. Danach hat nämlich die Klägerin fortgesetzt zu ihrem Vorteil durch "Antreiben der Ringe der geeichten Fässer" deren Inhalt verändert, ist dieses Verhalten eigenmächtig und stellt einen Verstoß gegen § 5 der Eichordnung vom 24. Januar 1942 dar; dies auch dann, wenn sich die Veränderung innerhalb der gesetzlichen Verkehrsfehlergrenze gehalten hat. Nach Auffassung der Revision hat die Klägerin, die in ihrem an den Beklagten gerichteten Schreiben vom 9. April 1954 das von ihr gehandhabte Antreiben als nötig zum Ausgleich der natürlichen Schrumpfung von Fässern bezeichnet hat, durch ihr Verhalten vorsätzlich gegen § 5 der Eichordnung verstoßen und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, weil die genannte Bestimmung ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sei. Gemäß § 377 Abs. 5 HGB gereiche es daher dem Beklagten nicht zum Nachteil, daß er der Klägerin die Fehlmengen nicht rechtzeitig angezeigt habe. Die Klägerin habe durch willkürliches Antreiben die Unaufklärbarkeit der Fehlmenge herbeigeführt; deshalb sei eine Schätzung nach § 287 ZPO nicht ausgeschlossen.

Die Revision berücksichtigt bei ihren Ausführungen über die rechtliche Bedeutung des Antreibens nicht das

Maß- und Gewichtsgesetz vom 13. Dezember 1935 (RGBl I, 1499), auf dem die Eichordnung beruht. Nach § 31 Satz 1 in Verbindung mit § 11 des Gesetzes müssen zwar die Fässer auch nach der Eichung richtig bleiben und ist sonst ihre Anwendung im Verkehr untersagt. In § 31 Satz 2 aaO ist indessen bestimmt, daß sie (nur) dann als unrichtig gelten, wenn sie über die Verkehrsfehlergrenze hinaus von ihrem Nennwert abweichen.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß - von den im angefochtenen Urteil aufgeführten 6 Fässern abgesehen - weitere Fässer mit ihrem Rauminhalt über die Verkehrsfehlergrenze hinaus von ihrem geeichten Nennwert nicht abgewichen sind. Unter diesen Umständen würde die Klägerin allenfalls dann schadensersatzpflichtig sein, wenn sie die weiteren Fässer nicht deshalb angetrieben hätte, um deren natürliche Schrumpfung auszugleichen und sie in ihrer Verwendungsfähigkeit zu erhalten, sondern nur deshalb, um dem Beklagten weniger Bier liefern zu können, als sie ihm in Rechnung gestellt hat. Dafür aber hat der Beklagte keinen Beweis angetreten. Daß nach § 5 der Eichordnung die Eichung von Fässern ihre Gültigkeit verliert, wenn an ihnen eigenmächtige Änderungen vorgenommen worden sind, die Einfluß auf ihre messtechnischen Eigenschaften haben können, ist gegenüber § 31 Satz 2 des angeführten Gesetzes ohne Belang. Denn der Beklagte hat keinen Anspruch auf Lieferung von Bier in Fässern mit gültiger Eichung, sondern nur auf Lieferung der ihm in Rechnung gestellten Biermengen, wobei er unter Zugrundelegung des auf den Fässern angebrachten Eichstempels innerhalb der Verkehrsfehlergrenze Fehlmengen unter dem hier behandelten Gesichtspunkt des § 823 Abs. 2 BGB in Kauf nehmen muß.

Ohne daß es auf die Hilferwägungen des Berufungsgerichts und die von der Revision dagegen gerichteten Angriffe ankäme, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß im angefochtenen Urteil nur 4,18 hl als zu Gunsten des Beklagten zu berücksichtigende Fehlmenge festgestellt ist.

C.

Die durch das Berufungsgericht über die vorläufige Vollstreckbarkeit getroffenen verfahrensrechtlichen Anordnungen werden von der Revision nur unter dem Gesichtspunkt angegriffen, daß sie von der Klägerin nicht beantragt worden seien und daher gegen § 308 ZPO verstießen.- Die Rüge ist unbegründet. Geht man mit dem Berufungsgericht davon aus, daß der Beklagte im Annahmeverzug ist, so kann - wie es zutreffend dargelegt hat - die Klägerin im Hinblick auf §§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB und § 756 ZPO ihren Zahlungsanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, ohne ihm dabei das Bier anbieten lassen zu müssen, weil der Annahmeverzug des Beklagten bereits durch das angefochtene Urteil in der durch § 756 ZPO vorgeschriebenen Form bewiesen ist. Das Berufungsgericht hat die von der Revision bemängelten Anordnungen nur für den Fall getroffen, daß die Klägerin von der ihr zustehenden Befugnis gar keinen oder nur beschränkten Gebrauch machen, also Bier anbieten lassen sollte; solchenfalls soll der Beklagte durch die Anordnungen gegen zu geringfügige Teilvollstreckungen geschützt werden. Er ist demnach durch die zu seinen Gunsten getroffenen Anordnungen nicht beschwert.

D.

Aus diesen Gründen ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel