

VIII ZR 7/60

Verkündet
am 12. Dezember 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2218 085

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gebhard L. [REDACTED], Verkaufsbüro
für Elektro- und Haushaltsgeräte, in S. [REDACTED],
Z. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma O R I - Elektro, O. [REDACTED] & R. [REDACTED], in M. [REDACTED],
L. [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die beiden
persönlich haftenden Gesellschafter Benno R. [REDACTED] und Helmut
O. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das anstelle
der Verkündung den Parteien am 30. September 1959
zugestellte Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in München vom 23. September 1959 wird zu-
rückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat der Beklagte zu
tragen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d:

Die Klägerin vertrieb auf Grund eines Vertretervertrages vom 1. April 1954 im Großhandel elektrische Raumluftherhitzer mit der Typenbezeichnung "ORI", die für sie von der Firma Ludwig M. in S. hergestellt wurden. Der Beklagte unterhielt ein Verkaufsbüro für Elektro- und Haushaltsgeräte und erbat von der Klägerin ein Angebot für ORI-Geräte, die er durch seine Vertreterskolonne mitvertreiben lassen wollte. In ihrem Antwortschreiben vom 27. August 1954 bot ihm die Klägerin auf der Grundlage ihrer allgemeinen Lieferungsbedingungen das Gerät für 187,50 DM abzüglich 38 % Großhandelsrabatt, lieferbar innerhalb 8 Tagen, an. Ihre allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen enthalten die Klausel: "Auftragsbestätigung und Lieferungsmöglichkeit behalte ich mir vor." Am 31. August 1954 besuchte der Beklagte die Klägerin und nahm zunächst ein Gerät mit. Bei seinem zweiten Besuch am 9. September 1954 nahm er mehrere Geräte mit und ließ sich weitere gegen Nachnahme zusenden. Bei den Besuchen wurde mündlich vereinbart, daß der Beklagte im Raume Baden-Württemberg als Vertreter der Klägerin tätig sein und die ORI-Geräte auf eigene Rechnung übernehmen sollte. In der Zeit vom 11. bis zum 29. September 1954 bezog der Beklagte 45 Geräte von der Klägerin. Am 1. Oktober 1954 bestellte er bei ihr 10 000 Prospekte für das Gerät und am 3. Oktober 1954 mit der Bitte um umgehenden Versand 50 ORI-Geräte. Unmittelbar darauf traten Lieferschwierigkeiten ein, die erst Mitte November 1954 behoben wurden. Sie werden von der Klägerin darauf zurückgeführt, daß bei dem Lieferwerk ein zur Herstellung benötigtes Werkzeug mehrere Wochen ausgefallen sei. Darüber, wann und inwieweit die Klägerin dem Beklagten diese

- 3 -

Lieferungsschwierigkeiten mitgeteilt hat, ist zwischen den Parteien Streit entstanden. Außer Besuchen des Beklagten bei der Klägerin und fernmündlichen Unterredungen und Reklamationen wurde wegen der Lieferungen auch ein umfangreicher Schriftwechsel geführt. Unter dem 7. Oktober 1954 schrieb die Klägerin dem Beklagten, sie habe von ihrem Werk (der Firma L. M. [REDACTED]) die Zusicherung, daß kommende Woche wieder ein Waggon an sie abgefertigt werde. Vorerst habe sie ihm nur 5 Mustergeräte zusenden können. Sie habe von dem Werk auch die Zusicherung erhalten, daß sie nunmehr mit größeren Lieferungen rechnen könne, nachdem sich ihr Mitgesellschafter R. [REDACTED] an Ort und Stelle energisch eingesetzt habe. Die Parteien kamen dann überein, daß die Klägerin die Auslieferungen an die Kunden des Beklagten gemäß den ihr übersandten Listen vornehmen lassen sollte. Die Klägerin sollte zunächst 46 Stück ORI-Geräte direkt zuliefern lassen. Mit Schreiben vom 18. Oktober 1954 bat der Beklagte ferner um Übersendung von 20 Apparaten an ihn und mahnte die Klägerin, darum besorgt zu sein, daß die mit Liste 1 eingereichten Aufträge baldigst beliefert würden, außerdem übersandte er mit diesem Schreiben der Klägerin 19 weitere Anschriften mit der Bitte um baldige Belieferung. Nach einem Besuch des Beklagten bei der Klägerin am 20. Oktober 1954 stellte sie ihm mit Schreiben vom 22. Oktober 1954 die Lieferung von 10 ORI-Geräten in Aussicht. Mit Schreiben vom 2. November 1954 beschwert sich der Beklagte über ungenügende Belieferung seiner Kunden. Die Klägerin habe im Laufe der letzten 14 Tage Listen über 180 zu beliefernde Kunden erhalten. Er vermisse bisher aber jede Nachricht darüber, ob und an wen geliefert worden sei. Die bisherige schleppende Belieferung entspreche in keiner Weise den früheren Besprechungen und Zusagen der Klägerin. Nach weiterem Schriftwechsel über



die Belieferung einzelner Kunden des Beklagten und Beschwerden über ihre ungenügende Belieferung auf Grund der an die Klägerin gesandten vier Listen erklärte diese dem Beklagten mit Schreiben vom 23. November 1954, sie habe von ihrem Werk die Nachricht erhalten, daß nunmehr sämtliche Bestellungen des Beklagten zur Auslieferung gekommen seien und am Montag 150 Geräte an ihn unmittelbar abgegangen seien. Der Beklagte bat dann jedoch mit Schreiben vom 29. November 1954 die Klägerin, eine für ihn in dieser Woche vorgesehene Lieferung von 150 Geräten zurückzustellen, und war an ihm von der Klägerin nach Behebung der Lieferschwierigkeiten angebotenen Lieferungen von 150 Geräten wöchentlich nicht mehr interessiert. Der Beklagte deckte seine Verbindlichkeiten bei der Klägerin nur teilweise ab. Er trat zu diesem Zweck auch Forderungen aus Teilzahlungsverträgen gegen Kunden an die Klägerin ab. Mit Schreiben vom 4. Januar 1956 übersandte er ihr 4 weitere Forderungsabtretungen (Ha [REDACTED], Sc [REDACTED], Se [REDACTED], Mi [REDACTED]). Mit Schreiben vom 13. Februar 1958 "gab" die Klägerin dem Beklagten auf die früheren Abtretungen "Forderungen" in Höhe von insgesamt 1997,80 DM mit der Begründung "zurück", daß diese Forderungen uneinbringlich seien.

Die Klägerin hat ihre Restforderung gegen den Beklagten eingeklagt und schließlich Zahlung von 25.783,27 DM nebst Zinsen gefordert.

Der Beklagte hat Einwendungen erhoben, die nur noch zum Teil weiterverfolgt werden. Insoweit hat er geltend gemacht, die Klägerin habe über die ihr abgetretenen Forderungen und darauf eingegangene Beträge noch nicht abgerechnet. Es handle sich um Forderungen im Gesamtbetrage

von 7.932,65 DM. Sollte eine Beitreibung nicht erfolgt und eine Forderung verjährt sein, so wäre der entstandene Schaden der Klägerin anzurechnen. Die Klägerin sei den Bestellungen und dem Bedarf des Beklagten an Geräten entgegen ursprünglichen Zusicherungen und Abreden nicht nachgekommen. Wegen Lieferungsverzuges seien 38 Besteller vom Vertrage zurückgetreten. Außerdem sei ihm ein viel höherer Schaden dadurch entstanden, daß er eine größere Verkaufsorganisation aufgebaut habe, die eine große Anzahl von Aufträgen über ORI-Geräte beigebracht habe und weitere Aufträge beigebracht haben würde, wenn die Beklagte ihren Lieferungsverpflichtungen nachgekommen wäre. Statt der im September 1954 zugesagten wöchentlichen Auslieferung von 50, später mehr Geräten, habe sie in der Zeit vom 31. August 1954 bis 19. April 1955 dem Beklagten insgesamt 479 Stück geliefert. Die unzureichende Belieferung habe sich auch auf das Verhältnis des Beklagten zu der Teilzahlungsbank für Baden-Württemberg ausgewirkt, mit der er bei der Finanzierung der Käufe von ORI-Geräten zusammengearbeitet habe und die nach dem vorgelegten Briefwechsel die Bewilligung weiterer Kredite insbesondere deshalb abgelehnt habe, weil wegen des Lieferverzuges der Klägerin eine Reihe von Teilzahlungskunden nicht beliefert worden sei. Jedenfalls hätte die Klägerin ihn rechtzeitig und vollständig über die Lieferschwierigkeiten unterrichten müssen. Er hätte dann Aufwendungen, die er für den Ausbau der Organisation im Vertrauen auf weitere Belieferung gemacht habe, unterlassen. Mit dem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Vertragspflichten der Klägerin, der von dem Gericht der Höhe nach zu schätzen sei, rechnet er gegen die Klageforderung auf. Die Klägerin habe überdies im Bewußtsein ihrer Schadensersatzpflicht ihm 900.-- DM und weitere 2.366.-- DM gutgeschrieben. Diese Gutschriften seien jedoch unzureichend.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 25.743,67 DM nebst Zinsen sowie 1,80 DM für Mahn- auslagen verurteilt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision bezieht sich auf die von dem Beklagten im ersten Rechtszuge mit Schriftsatz vom 16. April 1958 vorgelegte Liste der Forderungen im Gesamtbetrage von 7.932,65 DM, die von dem Beklagten an die Klägerin abgetreten worden sind, und auf den von ihr im zweiten Rechtszuge mit Schriftsatz vom 18. Februar 1959 überreichten Kontoauszug über Gutschriften von insgesamt 2.279,35 DM, die aus den Forderungsabtretungen eingegangen seien. Aus der Differenz dieser beiden Summen führt die Revision im einzelnen bezeichnete Forderungen mit zusammen 5.622,20 DM auf und behauptet, zur Zeit der Rückabtretungen vom 13. Februar 1958 (über acht Forderungen im Gesamtbetrage von 1.997,90 DM) seien Forderungen in Höhe von 5.622,50 DM bereits verjährt gewesen. Die Klägerin habe dafür einzustehen, wenn sie diesen Betrag nicht beigetrieben oder nicht das Erforderliche zur Unterbrechnung der Verjährung der Forderungen unternommen habe. Das Berufungsgericht habe § 286 ZPO und § 276 BGB verletzt, weil es diesen Fragen nicht weiter nachgegangen sei.

Diese Bemängelungen des Berufungsurteils können keinen Erfolg haben.

Es ist richtig, daß das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, welche Maßnahmen die Klägerin im einzelnen getroffen hat, um die ihr abgetretenen Forderungen zur Einziehung zu bringen. Das Berufungsgericht hat vielmehr zunächst untersucht, ob die Abtretungen an die Klägerin nur erfüllungshalber oder, wie der Beklagte behauptet hat an Zahlungs Statt vorgenommen worden sind, und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß nur die tatsächlich auf die abgetretenen Forderungen eingegangenen Geldbeträge auf die Schuld des Beklagten zu verrechnen seien. Dazu hat das Berufungsgericht sodann weiter ausgeführt: Ihrer Verpflichtung, die Forderungen nach Möglichkeit beizutreiben, sei die Klägerin nach den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts nachgekommen. Sie sei aber auch berechtigt gewesen uneinbringliche Forderungen in Höhe von 1.997,90 DM zurückzugeben. Der Beklagte habe zwar behauptet, die Klägerin habe über die Abtretungen mit ihm noch nicht abgerechnet, obwohl ihm in dem Kontoauszug der Klägerin eine ganze Reihe darauf eingegangener Beträge gutgeschrieben worden sei. Die Klägerin habe diese Beträge in einer eigenen Aufstellung nochmals zusammengestellt. Obwohl die Sache durch Beschluß des Berufungsgerichts vom 22. April 1959 zur eingehenden Sachbesprechung insbesondere der Forderungsabtretungen an den Einzelrichter verwiesen worden sei, habe der Beklagte "weder zur Vorbereitung der hierfür angesetzten mündlichen Verhandlung noch während oder nach dieser die Aufstellung der Klägerin bestritten". Er habe lediglich, wie in erster Instanz, geltend gemacht, daß zwei Belastungen in dem Kontoauszug wegen angefallene Kosten der Rechtsverfolgung nicht ihn, sondern die Kläger

träfen. Diese beiden nur dem Grund nach bestrittenen Belastungen der Beklagten im Kontoauszug bestünden aber zu Recht.

te,
h-
en,
k-

r
in

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts betreffen also die Frage, ob die Klägerin dem Beklagten die Eingänge vollständig gutgebracht hat und ob sie dem Beklagten hierüber eine weitere Abrechnung schuldet. Sie behandeln aber nicht den im ersten Rechtszug von dem Beklagten vorgetragenen Einwand, die Klägerin habe möglicherweise ihr abgetretene Forderungen verjähren lassen und wäre insoweit zum Schadensersatz verpflichtet. Die Klägerin hat im ersten Rechtszuge dazu erwidert, es sei keine Forderung verjährt, sie habe jedoch mit Schreiben vom 13. Februar 1958 die darin aufgeführten uneinbringlichen Forderungen an den Beklagten zurückabgetreten, da er sie bei der Beitreibung der Forderungen in keiner Weise unterstützt habe. Das Landgericht hat in seinem Urteil ausdrücklich auch den Hinweis des Beklagten auf die etwaige Verantwortlichkeit der Klägerin, wenn sie Forderungen habe verjähren lassen, behandelt. Es hat dazu erwogen, der Kontoauszug der Klägerin lasse erkennen, daß sie in einer Reihe von Fällen Gerichtskosten verauslagt und im Kontoauszug in Rechnung gestellt habe. Abgesehen von den Fällen Sc [REDACTED] und Ha [REDACTED] seien diese Beträge auch unbestritten. Aus dem von der Klägerin eingereichten Schriftwechsel sei auch ersichtlich, daß sie bezüglich der abgetretenen Forderungen etwas unternommen habe. Sie habe die Forderungsabtretungen Ha [REDACTED], Sc [REDACTED], Se [REDACTED] und Mi [REDACTED] ihrem Prozeßbevollmächtigten zur Bearbeitung übergeben, der sich seinerseits mit Schreiben vom 12. Januar 1956 an den Beklagten gewandt und ihm mitgeteilt habe, unter welchen Bedingungen die Klägerin die Einziehung versuche. Nach einem Hinweis

auf weitere Schreiben der Klägerin an Schuldner ihr abgetretener Forderungen ist das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, die Klägerin sei bemüht gewesen, abgetretene Forderungen einzuziehen und einzubringen, soweit dies möglich gewesen sei. Ihr sei es jedoch nicht gelungen, weitergehend Außenstände des Beklagten zur Verrechnung zu bringen.

Wenn das Berufungsgericht außer seiner Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts nicht ausdrücklich noch eine Prüfung des bloßen Hinweises des Beklagten, daß die Klägerin für möglicherweise eingetretene Verjährung von abgetretenen Forderungen verantwortlich sein würde, vorgenommen hat, so kann dies aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Denn der Beklagte hatte in der Berufungsbegründung unter dem Gesichtspunkt einer solchen Verantwortlichkeit der Klägerin keine Beanstandungen gegen das Berufungsurteil erhoben. Dem Vortrag des Beklagten, in den Tatsacheninstanzen, der wörtlich dahin ging: "Sollte eine Beitreibung nicht erfolgt und eine Forderung verjährt sein, dann ist der entstehende Schaden der Klägerin anzurechnen" (vgl. S. 8 des Schriftsatzes vom 16. April 1958) kann eine bestimmte Behauptung nicht entnommen werden, daß die abgetretenen Forderungen tatsächlich verjährt seien. Derartig bestimmte Behauptungen sind erstmalig in der Revisionsbegründungsschrift aufgestellt worden; sie gehen über den dem Tatrichter unterbreiteten Sachverhalt hinaus und dürfen daher im Revisionsrechtszug nicht beachtet werden. Die Behauptungen der Revision sind auch nicht mit den Lastschriften für Gerichtskosten in dem Kontoauszug der Klägerin zu vereinbaren. Daß Forderungen verjährt seien und daß die Klägerin hierfür verantwortlich gemacht werden könne, hätte dem Berufungsgericht in bestimmter Weise dargelegt

werden müssen. Da es hieran fehlt, brauchte sich das Berufungsgericht mit dieser Frage nicht zu befassen. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt somit nicht vor. Eine Rüge nach § 139 ZPO ist in diesem Zusammenhang nicht erhoben.

II. Der Beklagte hat, wie das Berufungsgericht ausführt, den Anspruch auf Schadensersatz wegen Lieferverzuges der Klägerin damit begründet, daß diese ihm Lieferungen von wöchentlich 50, später 100 ORI-Geräten fest zugesagt und diese Zusage nicht eingehalten habe. Das Berufungsgericht stellt dazu fest, ein Verzug der Klägerin liege nicht vor, da sie nur infolge eines Umstandes nicht habe liefern können, den sie nicht zu vertreten habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, daß die Klägerin nur deshalb nicht habe liefern können, weil sie selbst wegen Bruchs eines wichtigen und nicht sofort zu ersetzenden Werkzeuges für das Stanzen von Lamellen bei der Herstellerfirma M nicht beliefert worden sei. Diese Firma sei die einzige Herstellerin des ORI-Gerätes gewesen. Aus der Beweisaufnahme gehe eindeutig hervor, daß im Herbst 1954 durch den Bruch dieses einzig vorhandenen Werkzeuges, das erst nach mehreren Wochen wieder habe instandgesetzt werden können, ein fast völliger Fertigungsausfall entstanden sei. Das nur einmal vorhandene Werkzeug habe weder durch ein anderes noch durch Handarbeit ersetzt werden können. Aus der vom Beklagten nicht bestrittenen Aufstellung der Klägerin über ihren Lagerbestand und dem Zu- und Abgang von ORI-Geräten in der Zeit vom September bis Dezember 1954 sei zu entnehmen, daß die Klägerin den Beklagten weder aus dem damals vorhandenen in der Hauptsache vorbestellten Lagerbestand noch aus den Zugängen besser habe beliefern können, als sie es getan habe. Die ebenfalls unbestrittene Aufstellung der Klägerin über die an andere Kunden in dieser Zeit ge-

lieferten ORI-Geräte lasse erkennen, daß der Beklagte neben diesen anderen Kunden gut beliefert worden sei. Er habe in der Zeit Oktober/November 1954 unbestritten 26,5 % der zugegangenen Geräte erhalten. Danach habe für die Klägerin tatsächlich keine Möglichkeit bestanden, mehr Geräte an den Beklagten zu liefern, so daß sie auf Grund ihrer Freizeichnungsklausel ("Lieferungsmöglichkeit behalte ich mir vor") für die nicht rechtzeitig erfolgte Lieferung nicht haftbar gemacht werden könne.

1. Die schriftliche Revisionsbegründung ist davon ausgegangen, der Materialschaden bei der Firma M. könne erst Anfang Oktober 1954 eingetreten sein. Sie hat dies einem Schreiben der Klägerin an die Firma M. vom 4. Oktober 1954 entnommen und gerügt, daß das Berufungsgericht dieses Schreiben hätte berücksichtigen müssen. Denn es lasse sich dann jedenfalls das Verhalten der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt nicht erklären. Diese Rüge ist deshalb gegenstandslos, weil der Beklagte, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, gar nicht behauptet hatte, bereits im September 1954 ungenügend beliefert worden zu sein, und weil erst seine Bestellung vom 3. Oktober 1954, mit der er 50 ORI-Geräte bestellt hat, zu einem Lieferverzug der Klägerin geführt haben könnte. Zur Beurteilung des Verhaltens der Klägerin nach diesem Zeitpunkt bedurfte es keiner Würdigung des Schreibens vom 4. Oktober 1954.

Die Klägerin hatte vorgetragen (Schriftsatz vom 8. Mai 1958 S. 3), die Bestellung des Beklagten vom 3. Oktober 1954 sei erst zu dem Zeitpunkt eingegangen, als der Maschinendefekt bereits bekannt gewesen sei. Die Revision hat in einem nachgereichten Schriftsatz darauf

hingewiesen, daß nach der schriftlichen Erklärung der Zeugin Ti[REDACTED] vom 13. Mai 1957, welche die Zeugin zum Gegenstand ihrer Aussage vom 16. Mai 1957 gemacht hat, Ende Oktober 1954 im Werk ein größerer Maschinenschaden aufgetreten sei. Auch in der Berufungsbegründung vom 15. Januar 1959 S. 13 hatte der Beklagte geltend gemacht, die Lieferungsstockung der Firma M[REDACTED] habe erst Ende Oktober 1954 eingesetzt. Die Klägerin hatte dagegen behauptet, die Lieferungsstockung der Firma M[REDACTED] habe etwa sechs Wochen betragen und zwar bis Mitte November 1954, weshalb sie in der Zwischenzeit nur wenige Geräte erhalten habe. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin infolge des Ausfalles eines zur Herstellung der Geräte benötigten Werkzeuges größere Lieferungen auf Bestellungen des Beklagten nicht möglich gewesen seien, ist nicht schon deshalb rechtlich zu beanstanden, weil das Berufungsgericht nicht den genauen Zeitpunkt festgestellt hat, seit wann und bis wann der Materialschaden beim Lieferwerk bestanden hat. Das Berufungsgericht durfte auch ohne eine datenmäßige Feststellung der Zeitdauer dieses Schadens im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung des Prozeßstoffes, insbesondere der Zeugenaussagen, zu dem Ergebnis gelangen, daß die unzureichende Belieferung des Beklagten im Oktober und November 1954 auf den Werkzeugschaden bei der Firma M[REDACTED] zurückzuführen sei.

2. Die Revision macht nun weiter geltend, die Klägerin habe dadurch eine positive Vertragsverletzung begangen, daß sie dem Beklagten noch nach Kenntnis von dem Eintritt des Materialschadens bei der Firma M[REDACTED] Lieferungen in Aussicht gestellt und ihn immer wieder vertröstet habe. Dazu rügt die Revision, das Berufungsgericht habe das Verhalten der Klägerin nach der Kenntnis von dem Material-

schaden nicht genügend gewürdigt. Die Revision meint, dem vorgetragenen Schriftwechsel sei zu entnehmen, daß die Klägerin den Beklagten nicht vollständig über die Ursache der Lieferschwierigkeiten unterrichtet habe. Die Klägerin habe sich erst in dem Schreiben vom 18. November 1954 darauf berufen, die Lieferschwierigkeiten seien durch Maschinendefekt verursacht worden, und sie sei wochenlang von dem Lieferwerk nicht beliefert worden. Darauf habe sie aber die Klägerin, so führt die Revision aus, vorher nicht berufen gehabt, sie habe im Gegenteil die Aufträge bestätigt ohne zu erklären, daß sie gar nicht liefern könne. Unter diesen Umständen dürfe sie sich auf die Freizeichnungsklausel ihrer Lieferungsbedingungen nicht berufen. Im Schreiben der Klägerin vom 30. November 1954 sei zudem nur von einem Produktionsausfall von zehn Tagen die Rede. Ein solcher Produktionsausfall hätte aber nicht zu den Folgen führen können, die hier eingetreten seien. Auch das habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt und damit ebenfalls § 286 ZPO und § 276 BGB verletzt. Habe die Klägerin gewußt, daß sie nicht liefern könne, aber dennoch die Aufträge entgegen genommen und den Beklagten immer wieder vertröstet, so liege darin die positive Vertragsverletzung, für die sie hafte. Sie habe nämlich durch die unvollständige Aufklärung des Beklagten bewirkt, daß dieser sich in hohe Unkosten gestürzt habe. Diesen Gesichtspunkt habe das Berufungsgericht übersehen.

Diese Angriffe der Revision müssen ohne Erfolg bleibe

Dem Gedankengang der Revision ist zunächst entgegenzuhalten, daß der Beklagte in dem Schriftsatz vom 19. September 1956 Seite 3 selbst vorgetragen hatte, ihm seien die Lieferschwierigkeiten der Klägerin erst Ende September

1954 mitgeteilt worden, als er bereits unzählige Verträge geschlossen gehabt habe, die dann nicht beliefert worden seien. Auch wenn damit noch nicht eingeräumt sein sollte, daß der Beklagte schon in diesem Zeitpunkt Kenntnis von einem Ausfall eines wesentlichen Werkzeuges im Lieferwerk erhalten hatte, so ergibt sich doch daraus jedenfalls, daß die Klägerin den Beklagten schon damals mündlich über Lieferschwierigkeiten unterrichtet hat. In der Folgezeit hat sich der Geschäftsverkehr unstreitig nicht nur auf den Schriftwechsel beschränkt. Es fanden vielmehr Unterredungen bei Besuchen oder Ferngesprächen zwischen den Parteien über die Belieferung der Bestellungen des Beklagten statt. Hierüber hat auch die von dem Beklagten als Zeugin benannte Frau D., die Schwiegermutter des Beklagten, bei ihrer Vernehmung am 24. Februar 1958 ausgesagt. Sie hat dabei bekundet, die Klägerin habe den Beklagten bei wiederholten fernmündlichen Mahnungen vertröstet und immer wieder mit dem Entschuldigungsgrund operiert, es liege ein Maschinenschaden vor. Da es im Sachvortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen an einer schlüssigen Darlegung dafür, daß die Klägerin ihm die Ursache der Lieferschwierigkeiten verschwiegen habe, fehlt, muß davon ausgegangen werden, daß der Beklagte sich die Aussage der Zeugin zu eigen gemacht hat. Die Revision entfernt sich daher von diesem Prozeßstoff, wenn sie nunmehr allein aus dem Schriftwechsel folgert, die Klägerin habe sich dem Beklagten gegenüber vor dem Schreiben vom 18. November 1954 gar nicht auf den Maschinendefekt im Lieferwerk berufen gehabt. Dem Schriftwechsel allein läßt sich das nicht entnehmen. Es kommt hinzu, daß nach der vom Beklagten nicht beanstandeten Aussage des Zeugen M. vom 3. Juli 1958 die Dauer der Lieferschwierigkeiten auch gar nicht genau voraussehbar

gewesen ist, weil die Reparatur des Werkzeuges unbestimmte Zeit gedauert habe. Unter diesen Umständen fehlt es an einem ausreichenden Anhaltspunkt dafür, daß der Klägerin das Ausmaß, insbesondere die voraussichtliche Dauer der Betriebsstörung im Werk der Firma M. bekannt war und daß sie den Beklagten auf Lieferungen vertröstet hat, mit denen sie nicht mehr hatte rechnen können.

Wenn die Klägerin in ihrem Schreiben an den Beklagten vom 30. November 1954 darauf hingewiesen hat, ein Produktionsausfall von zehn Tagen bringe ihr in der Hochsaison einen Rückstand von ca. 2000 Geräten, so steht dies nicht der Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, daß der Maschinendefekt mehrere Wochen gedauert hat und daß hierauf die Lieferungsschwierigkeiten der Klägerin zurückzuführen sind. Diese Feststellung beruht auf dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem sonstigen Prozeßstoff. Demgegenüber kann in dem Schreiben vom 30. November 1954 nicht das Eingeständnis gefunden werden, der Maschinendefekt habe nur zehn Tage gedauert, zumal die Klägerin in diesem Schreiben dem Beklagten auch entgegen gehalten hat, ihm sei immer wieder bei seinen Besuchen bei der Klägerin gesagt worden, daß sie tatsächlich durch den Maschinendefekt mit ihren gesamten Auslieferungen sehr in Rückstand gekommen sei. Der Beklagte hat überdies nicht vorgetragen, daß er diesem Vorhalt der Klägerin in dem Schreiben widersprochen habe.

3. Die Revision will einen Verfahrensfehler darin erblicken, daß das Berufungsgericht in der Begründung des Urteils mehrfach auf die Aussage der Zeugin T. abgestellt habe, während es auf Seite 20/21 des Urteils ausführe, daß es auf die Bekundungen dieser Zeugin nicht ankomme, so daß kein Anlaß bestehe, wegen des gegen sie

eingeleiteten Ermittlungsverfahrens den Rechtsstreit auszusetzen. Die Revision meint, das sei widerspruchsvoll und verletze § 286 ZPO. Auch diese Rüge greift nicht durch.

Das Berufungsgericht hat die Aussage der Zeugin Timmerscheidt seinem Urteil insoweit zugrunde gelegt und als glaubhaft bezeichnet, als es die Einwendung des Beklagten beschieden hat, er habe der Klägerin die Forderungen nicht nur erfüllungshalber, sondern an Erfüllungs Statt abgetreten. Insoweit wird das Berufungsurteil von der Revision nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat ferner die Aussage der Zeugin insoweit berücksichtigt, als es sich um die Kosten der Rechtsverfolgung abgetretener Forderungen handelt. Auch insoweit wird das Berufungsurteil von der Revision nicht beanstandet.

Weitere Bekundungen der Zeugin betreffen die Frage, ob dem Beklagten bestimmte Lieferungen fest zugesagt waren und ob hiermit die Freizeichnungsklausel ausgeschaltet worden ist. Insoweit hat das Berufungsgericht aber ersichtlich die Aussage der Zeugin seinem Urteil nicht zugrunde gelegt. Es hat vielmehr den Beklagten dafür als beweispflichtig erachtet, daß ihm feste Lieferungen von zunächst wöchentlich 50, später 100 ORI-Geräten zugesichert worden seien, und nur in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß die Zeugin Ti[REDACTED] im Gegenteil "behauptet" habe, sie habe den Beklagten schon zu Beginn der Vertragsverhandlungen vor den in der Hauptverkaufszeit zu erwartenden Lieferschwierigkeiten gewarnt. Es sei, so fährt das Berufungsgericht fort, jedenfalls unwahrscheinlich, daß die Zeugin, selbst wenn sie von bestimmten Liefermengen gesprochen haben sollte, eine von den allgemeinen Lieferbe-

dingungen abweichende Sonderregelung mit dem Beklagten durch Verzicht auf die Freizeichnungsklausel getroffen haben sollte. Die Ehefrau des Beklagten und seine Schwiegermutter könnten nach seinem Beweisangebot lediglich bestätigen, daß ihnen der Beklagte von der behaupteten Vereinbarung über feste Lieferungen berichtet habe. Durch sie könnte also nur eine frühere einseitige Behauptung des Beklagten, nicht aber die angebliche Vereinbarung mit der Zeugin Ti. [REDACTED] bestätigt werden, so daß es auf die beiden Zeuginnen nicht ankomme. Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt sich, daß das Berufungsgericht die Frage der Glaubwürdigkeit der Zeugin zu diesem Punkt gerade offen gelassen hat. Im übrigen ist kein Verfahrensmangel darin zu sehen, daß es die Vernehmung der Zeuginnen D. [REDACTED] und L. [REDACTED] über die Behauptung des Beklagten, er habe ihnen jeweils nach den ersten beiden Besprechungen bei der Klägerin über die Lieferungszusagen der Zeugin Ti. [REDACTED] berichtet, abgelehnt hat. Denn das Berufungsgericht durfte von der beantragten Beweiserhebung deshalb absehen, weil die unter Beweis gestellten Tatsachen nur Anzeichen (Indizien) für die behaupteten Zusagen der Klägerin darboten und nach der Überzeugung des Gerichts hiermit ein sicherer Schluß auf die behauptete Vereinbarung nicht gezogen werden könnte (vgl. BGH Urt. vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 68/52 - S. 9/10 - LM ZPO Nr. 1 zu § 539). In der Würdigung dieser Indizien unter dem Gesichtspunkt, ob sie geeignet seien, einen solchen Schluß im Sinne der Behauptungen des Beklagten zu rechtfertigen, war das Berufungsgericht nach § 286 ZPO frei, ohne dabei an Beweis- oder sonstige Verfahrensregeln gebunden zu sein. Diese Würdigung bedeutete nicht, wie der Beklagte in der mündlichen Revisionsbegründung vorgetragen hat, eine unzulässige Vorauswürdigung der von

ihm angebotenen Beweise. Das Berufungsgericht konnte vielmehr, wie es das auch getan hat, die behaupteten Tatsachen über Mitteilungen des Beklagten über das Ergebnis seiner Verhandlungen bei den beiden Besuchen bei der Klägerin (31. August und 9. September 1954) als richtig unterstellen und trotzdem in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Prüfung des Vorbringens des Beklagten zu dem Schluß kommen, daß damit die von ihm behaupteten Zusicherungen, aus denen sich eine von der Freizeichnungsklausel nicht berührte Lieferungsverpflichtung ergeben sollte, nicht zu beweisen seien. Das Berufungsgericht hat auch keine Veranlassung zu sehen brauchen, den Beklagten nach § 448 ZPO über seine Behauptungen zu vernehmen. Daß es diese Möglichkeit übersehen haben könnte, ist nach Lage der Sache nicht anzunehmen. Auch im Hinblick auf die Vorschrift des § 448 ZPO, welche eine Vernehmung der Partei ermöglicht, ist noch kein Verfahrensverstoß darin zu erblicken, daß das Berufungsgericht es abgelehnt hat, die Zeuginnen Frau Doller und Frau L. [REDACTED] über die Behauptungen des Beklagten zu vernehmen, er habe schon nach den ersten beiden Besuchen bei der Klägerin diesen Zeugen von der Abmachung über feste Lieferungsvereinbarungen erzählt.

4. Der Beklagte hatte vorgetragen, eine Haftung der Klägerin ergebe sich auch dann, wenn eine feste Abrede über die Lieferung von zunächst 50 und später 100 Geräten wöchentlich nicht getroffen worden sei, und zwar aus dem Grunde, weil er der Zeugin Ti. [REDACTED] seine Pläne für die Verkaufsorganisation schon Ende August/Anfang September 1954 vorgetragen gehabt habe, ohne daß diese ihn auf die Möglichkeit von Lieferschwierigkeiten hingewiesen habe.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, abgesehen davon, daß der Beklagte das nicht beweisen könne, trage er als selbständiger Kaufmann sein Betriebsrisiko selbst. Es lägen übrigens auch keine Anzeichen dafür vor, daß die Klägerin die Lieferschwierigkeiten der Firma M. hätte voraussehen und den Beklagten warnen können.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt und § 282 ZPO verletzt, auch übersehen, daß die Klägerin ja die Lieferschwierigkeiten gekannt und sie dem Beklagten nicht mitgeteilt habe. Im übrigen habe das Berufungsgericht vorher (in anderem Zusammenhang) ausgeführt, daß es auf die Aussage der Zeugin Ti. nicht ankomme.

Auch diese Bemängelungen des Berufungsurteils greifen nicht durch. Aus ihm ergibt sich, daß das Berufungsgericht die Klägerin nicht für verpflichtet angesehen hat, den Beklagten schon am 31. August und im September 1954 auf die Möglichkeit von Lieferschwierigkeiten hinzuweisen. Hierauf bezieht sich ersichtlich die Bemerkung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte sein Betriebsrisiko selbst trage. Auch wenn der Revision zuzugeben ist, daß mit dieser Erwägung noch nicht eine Verpflichtung der Klägerin verneint werden kann, den Beklagten auf Lieferschwierigkeiten, mit denen sie selbst rechnen mußte, rechtzeitig aufmerksam zu machen, so fehlt es doch an einem Nachweis dafür, daß die Klägerin es schuldhaft unterlassen hat, ihn auf Lieferschwierigkeiten hinzuweisen, mit denen sie unabhängig von dem später bei der Firma M. entstandenen Ausfall eines Werkzeuges und der dadurch bewirkten Lieferungsstockung gerechnet habe oder hätte rechnen müssen, und daß die Klägerin schon hierdurch Schaden erlitten habe.

Die zusätzliche Bemerkung des Berufungsgerichts, es läge auch kein Anzeichen dafür vor, daß die Klägerin die Lieferschwierigkeiten der Firma M. hätte voraussehen und den Beklagten warnen können, bezieht sich ebenfalls ersichtlich auf die Zeit vor Eintritt dieser Schwierigkeiten. Dem Berufungsgericht kann in diesem Zusammenhang auch nicht vorgeworfen werden, es habe die Beweislast verkannt, denn es oblag dem Beklagten zu beweisen, daß die Zeugin Ti. ihn auf Lieferungsschwierigkeiten hätte hinweisen müssen und daß sie das nicht getan hat. Die Revision hat nicht gerügt, daß das Berufungsgericht in dieser Hinsicht wesentliches Parteivorbringen übergangen hat. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß es auf die Zeugin Ti. nicht ankomme, steht in anderem Zusammenhang.

5. Das Berufungsgericht hat daher rechtlich einwandfrei angenommen, daß sich die Klägerin auf die Freizeichnungsklausel berufen kann und daß die unzureichende Belieferung des Beklagten von ihr nicht zu vertreten ist. Es hat in einer Hilfsbegründung dargelegt, die Klägerin hätte die verspätete Lieferung auch dann nicht zu vertreten, wenn die Freizeichnungsklausel nicht Vertragsinhalt geworden wäre. Ob dieser Rechtsansicht beizutreten ist, braucht nicht geprüft zu werden. Denn das Berufungsgericht hat jedenfalls ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die Freizeichnungsklausel Vertragsbestandteil geworden ist und daß auch keine Gründe vorliegen, der Klägerin zu versagen, sich auf diese Freizeichnung zu berufen.

III. Der Beklagte hatte in der Berufungsbegründung (S. 9/10) behauptet, die Klägerin habe "nach der unmittelbaren Belieferung am 27. Oktober 1954" die Lieferungen als

vollzogen bestätigt, während sie erst nach Wochen oder gar nicht erfolgt seien. Hierfür hat der Beklagte ebenfalls Frau D. und Frau L. als Zeugen benannt. Dazu hat er vorgetragen, er habe die unrichtigen Lieferungsmeldungen der Teilzahlungsbank Baden-Württemberg eGmbH in Stuttgart weitergegeben, die daraufhin und wegen der immer häufiger werdenden Absagen der Teilzahlungskunden auf ihre Zahlungsaufforderungen wegen Nichtbelieferung das Vertrauen zu ihm verloren und anstatt den Teilzahlungskredit, wie in Aussicht gestellt gewesen sei, zu erhöhen, keine neuen Teilzahlungsverträge mehr hereingenommen und die meisten vorliegenden Teilzahlungsverträge zurückgegeben habe. Diese Behauptungen hat der Beklagte dadurch unter Beweis gestellt, daß er sich auf eine einzuholende Auskunft der Teilzahlungsbank bezog. Das Berufungsgericht hat als richtig unterstellt, daß die Klägerin Lieferungen dem Beklagten als vollzogen gemeldet habe, daß sie erst nach Wochen oder gar nicht ausgeführt habe, und dazu bemerkt, daß sich deshalb die Vernehmung der hierfür benannten Zeuginnen D. und L. erübrige. Es hat jedoch dieses Vorbringen und das weitere über die Weitergabe der Vollzugsmeldungen an die Teilzahlungsbank und die Folgen, die sich daraus entwickelt haben, als zu wenig substantiiert angesehen, weil der Beklagte die Fälle, in denen die Klägerin fälschlich die Lieferung bestätigt haben soll, weder namentlich aufgeführt, noch die Zeit angegeben habe, so daß die Klägerin zu dem Vorbringen nicht habe Stellung nehmen können.

Dem Berufungsgericht ist jedenfalls darin zuzustimmen, daß der Beklagte die Weitergabe unrichtiger Vollzugsmeldungen an die Teilzahlungsbank unter Angabe der angeblich belieferten Kunden und der Zeit hätte angeben müssen,

um schlüssig darzulegen, daß hierdurch für ihn bestehende Kreditaussichten beeinträchtigt worden seien. Zu einer solchen Darlegung war der Beklagte um so mehr verpflichtet, als die bereits vom Landgericht eingeholte Auskunft der Teilzahlungsbank vom 15. August 1958, die das Berufungsgericht gewürdigt hat, die Erklärung enthält, es habe sich herausgestellt, daß der Beklagte Teilzahlungsverträge mit Empfangsbescheinigungen des Käufers zur Abrechnung mit der Bank vorgelegt habe, ohne daß Warenlieferungen erfolgt waren. Aus dem eigenen Schreiben des Beklagten an die Klägerin vom 12. November 1954 ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, daß der Beklagte damals schon für etwa 13.000 DM Teilzahlungsverträge bei der Teilzahlungsbank eingereicht hatte, deren Finanzierung, wie der Beklagte in dem Schreiben ausgeführt hat, die Bank abgelehnt habe, solange die Kunden nicht beliefert worden seien. Das Schreiben enthält andererseits nicht die Behauptung, daß die Klägerin damals schon die Belieferung irgendwelcher der Bank eingereichten Teilzahlungsverträge zu Unrecht behauptet gehabt habe, vielmehr die weitere Mitteilung, von nun an werde die Bank nur noch Verträge zur Finanzierung annehmen, wenn die Auslieferung des Gerätes an den Kunden erfolgt sei. Hatte aber der Beklagte der Bank Teilzahlungsverträge eingereicht, die, wie er wußte, noch nicht beliefert waren, und ist das Vertrauen der Bank auch dadurch erschüttert worden, daß er Teilzahlungsverträge eingereicht hat, bei denen sich später herausstellte, daß die Bescheinigungen des Käufers über den Empfang der Ware unrichtig waren, so mußte der Beklagte, um eine Haftung der Klägerin aus unrichtigen Meldungen über erfolgte Lieferungen schlüssig darzutun, unter Bezeichnung des Käufers mindestens näher darlegen, hinsichtlich

welcher Teilzahlungsverträge die Klägerin ihm unrichtige Liefermeldungen gemacht hat und wann solche Meldungen von ihm der Bank weitergegeben worden sind. Erst dann ließe sich beurteilen, ob solche Meldungen, die das Berufungsgericht unterstellt hat, die Beziehungen des Beklagten zur Teilzahlungsbank beeinflußt haben können. Solche Angaben sind auch in der Revisionsbegründung mit einer Rüge aus § 139 ZPO nicht nachgeholt worden. Deshalb muß dem Berufungsgericht darin zugestimmt werden, daß es an der Substantiierung einer Haftung der Beklagten aus unrichtiger Liefermeldungen mangelt. Es fehlt zudem auch, wie das Berufungsgericht ferner zutreffend ausgeführt hat, an Tatsachen, aus denen die Höhe des dem Beklagten aus solchen unrichtigen Liefermeldungen entstandenen Schadens geschätzt werden könnte.

Nach alledem ist unerheblich, ob das Berufungsgericht die beantragte Einholung einer Auskunft der Teilzahlungsbank über die oben wiedergegebenen Behauptungen des Beklagten auch mit der Begründung ablehnen durfte, die als Beweis angebotene Auskunft sei kein nach der Zivilprozeßordnung zulässiges Beweismittel. Ebenso ist auch die Rüge der Revision aus § 139 ZPO unerheblich, mit der der Beklagte geltend macht, er hätte sich anstelle der Bezugnahme auf eine Auskunft auf den Geschäftsführer der Teilzahlungsbank sowie auf Frau D. [REDACTED] und Frau L. [REDACTED] als Zeugen berufen.

Die Ansicht der Revision, der Beklagte habe nicht nachzutragen brauchen, als daß er wegen der Nichtauslieferung der Geräte jedenfalls in Schwierigkeiten mit der Bank gekommen sei, ist mindestens insoweit unrichtig, als der Kläger Schadensersatz wegen unrichtiger Liefermeldungen verlangt. Darauf, ob Schwierigkeiten mit der Bank dann vermieden worden wären, wenn die vom Beklagten aufgegebenen Bestellungen alsbald ausgeführt worden wären, kommt es ni

an, weil die Klägerin, wie oben in Abschnitt III ausgeführt worden ist, nicht wegen Lieferverzuges oder wegen fehlenden Hinweises auf zu erwartende oder eingetretene Lieferstockungen haftet.

IV. Auf die Rügen der Revision aus §§ 286, 287 und 139 ZPO zur Höhe des Schadens kommt es deshalb nicht an, weil eine Haftung der Klägerin schon dem Grunde nach ausscheidet.

Zusammenfassend ergibt sich, daß das Berufungsurteil den Angriffen der Revision standhält. Diese war daher als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 9^a ZPO.

Dr. Pagendarm Artl Dr. Spieler

Dr. Mezger Dr. Messner