

Verkündet
am 26. Juni 1958
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2333 027

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Friedrich R. Kommanditgesellschaft, vertre-
ten durch den Gesellschafter Friedrich R.,
, C.,

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma N. Eisenbau B., Kommanditgesellschaft
in N., D. Str. vertreten durch die per-
sönlich haftenden Gesellschafter

- 1.) Dr. Ing. Hermann P., D., K.,
- 2.) Dipl.-Kfm. Karl Robert M., N.,
G. str.,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düs-
seldorf vom 25. Oktober 1957 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Bergwerksgesellschaft H. [REDACTED] bestellte am 1. Oktober 1950 bei der Beklagten vier Treibstoffbehälter. Dementsprechend erteilte die Beklagte der Klägerin am 10. Oktober 1950 schriftlich den Auftrag, zwei 1000 cbm-Treibstoffbehälter mit einem Stückgewicht von 30.800 kg und zwei 500 cbm-Behälter mit einem Stückgewicht von 18.800 kg zum Gesamtfestpreis von 63.000.-- DM bis spätestens 30. Januar 1951 zu liefern.

In ihrem Antwortschreiben vom 18. Oktober 1950 wies die Klägerin einleitend darauf hin, daß in einer zwischen den Parteien am 28. September 1950 geführten Verhandlung von dem Auftragsschreiben der Beklagten abweichende Vereinbarungen getroffen worden seien. Sie nehme den Auftrag, zwei Behälter mit einem Fassungsvermögen von je 1000 cbm und einem Stückgewicht von je etwa 28 to sowie zwei 500 cbm-Behälter mit einem Gewicht von je etwa 18 to zu liefern, unter Zugrundelegung des Ergebnisses der Besprechung vom 28. September 1950 an. Der Gesamtpreis betrage 63.000.-- DM. Die Preise seien auf Grund der geltenden Materialkosten, Löhne, Frachten usw. ermittelt, also einschließlich der Lohnerhöhung vom 1. August 1950. Sie behalte sich vor, bis zur Abwicklung des Auftrags eintretende Preis- und Lohnerhöhungen, die von ihr nicht zu vertreten seien "bei der endgültigen Abnahme zu berücksichtigen". Mit der Montage werde sie vier Wochen nach Materialeingang beginnen.

Diesem Schreiben der Klägerin hat die Beklagte schriftlich nicht widersprochen.

- 3 -

Die Klägerin hat die beiden großen Behälter erst im März 1952, die beiden kleineren noch später geliefert. Bis zur Fertigstellung hatten sich infolge von Lohn- und Materialkostensteigerungen die Herstellungskosten um insgesamt 7.400.-- DM erhöht.

Die Klägerin hat eine Restforderung von 18.486,94 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat u.a. eingewandt:

1.) Die Erhöhung der Lohn- und Materialkosten gehe nicht zu ihren Lasten. Zwar habe die Klägerin in ihrem Schreiben vom 18. Oktober 1950 den in ihrem Auftragsschreiben vom 10. Oktober 1950 genannten Liefertermin nicht anerkannt. Man sei sich jedoch nachträglich mündlich darüber einig geworden, daß die Behälter spätestens bis zum 30. Januar 1951 geliefert werden sollten. Hätte die Klägerin bis dahin geliefert, so würde sich die erst später eingetretene Kostensteigerung nicht ausgewirkt haben.

2.) Die Klägerin habe ihr höhere Gewichte in Rechnung gestellt als die Behälter gehabt hätten, der B [REDACTED] dagegen die richtigen Gewichte angegeben. Die Differenz zwischen dem ihr von der Klägerin berechneten und dem wahren Gewicht betrage insgesamt 8.415 kg. Bei einem Preis von 832.-- DM je Tonne ergebe sich ein Betrag von 7.001,28 DM, den die Klägerin ihr erstatten müsse.

Die Klägerin hat bestritten, daß eine von ihrem Schreiben vom 18. Oktober 1950 abweichende Lieferfrist



vereinbart worden sei. Eine etwaige Fristüberschreitung würde sie auch nicht zu vertreten haben, da sie die Behälter infolge der durch die Koreakrise ausgelösten Materialverknappung nicht früher habe liefern können.

Für den Preis der Behälter sei nicht deren Gewicht, sondern die Stärke der dafür verwendeten Bleche maßgebend. Ein Mindergewicht sei auch nicht gegeben.

Das Landgericht hat von den eingeklagten 18.486,94 DM der Klägerin 17.037,26 DM nebst Zinsen zugesprochen und den weitergehenden Betrag von 1.449,68 DM auf Grund der Aufrechnung der Beklagten mit zwei Gegenforderungen aus anderen Geschäften abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage in Höhe einer weiteren zur Aufrechnung gestellten Forderung über 3.766,50 DM abgewiesen. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage auch hinsichtlich des vom Oberlandesgericht der Klägerin zuerkannten Betrags von 13.270,76 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin könne auf Grund der vereinbarten Preisgleitklausel die bis zur Abwicklung des Auftrags auf Lieferung

der vier Behälter durch das Ansteigen der Löhne und Materialkosten unstreitig entstandenen Mehrkosten von 7.400.— DM über den vereinbarten Preis von 63.000.— DM hinaus beanspruchen, läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

1.) In ihrem Schreiben vom 18. Oktober 1950 hat die Klägerin, so stellt das Berufungsgericht fest, unmißverständlich gesagt, daß sie sich nicht verpflichten könne, die Behälter zu dem von der Beklagten in ihrem Auftragsschreiben vom 10. Oktober 1950 angegebenen Festpreis von 63.000.— DM zu liefern. Statt dessen hat sie sich eine Erhöhung des Lieferpreises beim Ansteigen der Löhne und Materialpreise bis zur Abwicklung des Auftrags vorbehalten. Die Beklagte hat dem nicht widersprochen und damit, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, der Preisgleitklausel zugestimmt.

Die Erwägung, die Beklagte habe ihr Einverständnis mit den im Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 1951 genannten Vertragsbedingungen auch dadurch zu erkennen gegeben, daß sie am 28. Oktober 1950 die vereinbarte Anzahlung von 21.000.— DM auf die Bestellung geleistet habe, hat das Berufungsgericht nur zusätzlich angestellt. Auf den erstmalig im Revisionsverfahren erfolgten Hinweis der Beklagten, sie habe die 21.000.— DM schon vor Erhalt des Schreibens vom 18. Oktober 1950 abgeschickt gehabt, kommt es schon deshalb nicht an.

2.) Die Befugnis der Klägerin, gemäß der Preisgleitklausel die späteren Mehrkosten zu berechnen, entfällt auch nicht deshalb, weil die Klägerin eine ausbedungene Lieferfrist nicht eingehalten hätte.

Das Berufungsgericht läßt es auf sich beruhen, ob die Parteien, wie die Beklagte behauptet, nach dem 18. Oktober 1950 doch noch mündlich eine Lieferfrist bis zum 30. Januar 1951 vereinbart haben. Es kommt zu dem Ergebnis, daß die Parteien, wenn eine solche Vereinbarung getroffen worden sein sollte, diese jedenfalls später, als sich herausstellte, daß die Klägerin das Material für die Behälter bis zu dem genannten Zeitpunkt nicht zu beschaffen vermochte, als überholt und nicht mehr verbindlich betrachtet haben.

Das Berufungsgericht begründet seine Ansicht folgendermaßen:

a) Nach dem Bericht des Angestellten der Klägerin Sch. [REDACTED] vom 20. Dezember 1950 über eine Besprechung mit dem Gesellschafter R. [REDACTED] habe die Beklagte gewußt, daß die Klägerin etwa sechs Wochen vor dem 30. Januar 1951 noch nicht das für die Herstellung der Behälter erforderliche Material besessen habe.

b) Daß die Klägerin auch Ende Januar 1951 das Material noch nicht hatte, sei der Beklagten ausweislich ihres Schreiben vom 25. Januar 1951 bekannt gewesen. Darin habe sie der Klägerin mitgeteilt, daß sich auch die Hibernia um die Beschaffung der Bleche für die Behälter bemühen wolle. Der Brief enthalte weder einen Hinweis auf den bevorstehenden Ablauf der angeblich vereinbarten Lieferfrist noch die Vorhaltung, die Klägerin habe trotz zugesagter Lieferung zum 30. Januar 1951 noch nicht mit der Herstellung der Behälter begonnen.

c) Selbst in ihrem Schreiben vom 3. August 1951 habe sich die Beklagte nicht beschwert, daß die Liefer-

frist seit Monaten überschritten sei, sondern nur darauf hingewiesen, daß auftragsgemäß 10 Tage nach dem damals erwarteten Materialeingang mit der Montage der beiden großen Behälter begonnen werden solle. Mit der Bezugnahme auf einen Auftrag könne die Beklagte nur das Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 1950 gemeint haben, denn nur in diesem und nicht in dem Auftragsschreiben der Beklagten vom 10. Oktober 1950 sei der Montagebeginn vom Materialeingang abhängig gemacht worden; daß dort eine Vierwochenfrist angegeben war, habe die Beklagte offenbar übersehen.

d) Am 18. August 1951 habe die Beklagte der Klägerin geschrieben, daß nach ihren Erkundigungen bei der Hibernia das restliche Material geliefert worden sei und nun nichts mehr im Wege stehe, die Arbeiten so schnell wie möglich aufzunehmen.

3.) Auf die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht alle Umstände und Beweisangebote berücksichtigt, aus denen sich ergebe, daß eine Lieferfrist bis zum 30. Januar 1951 vereinbart worden war, kann es nicht ankommen, denn das Berufungsgericht unterstellt, daß diese Lieferfrist entgegen dem Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 1950 nachträglich mündlich vereinbart worden sei.

4.) Die Angriffe der Revision gegen die Folgerung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten dennoch später die vereinbarte Lieferfrist wieder als überholt und nicht mehr verbindlich betrachtet, sind unbegründet.

a) Dem Umstand, daß die H[REDACTED] in ihrem Schreiben vom 19. Januar der Beklagten vorgehalten hat, sie habe ihre ursprüngliche Lieferzusage für Dezember 1950/Januar 1951 nicht eingehalten, brauchte das Berufungsgericht keine Bedeutung beizumessen. Die H[REDACTED] hat in der Folgezeit nicht etwa von der Beklagten wegen verspäteter Lieferung Schadensersatz gefordert, sondern selbst sich bemüht, das für die Herstellung der Behälter erforderliche Material zu beschaffen. Ihr Verhalten steht daher der Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht mehr auf der angeblich vereinbart gewesenen Lieferfrist bestanden, nicht entgegen.

b) Deshalb kommt es auch nicht auf das Beweiserbieten der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 2. Mai 1957 (S. 3) durch den Zeugen Sc[REDACTED] an, die H[REDACTED] habe in den Vorverhandlungen auf kurzfristiger Lieferung bestanden gehabt. Hierfür spricht ohnedies schon das Auftragschreiben der Beklagten vom 10. Oktober 1950. Für das spätere Verhalten der Beklagten brauchte das Berufungsgericht aus der unter Beweis gestellten Tatsache keine Folgerungen zu ziehen. Erheblich hätte nach Sachlage nur die Behauptung sein können, daß die H[REDACTED] wegen der Nichteinhaltung einer Lieferfrist der Beklagten die Geltendmachung von Ansprüchen angedroht hätte und aus diesem Grund die Beklagte keinen Anlaß gehabt hätte, mit einer späteren Lieferung einverstanden zu sein; dergleichen ist aber nicht vorgetragen worden.

c) Bei ihrem Hinweis auf das Schreiben der Beklagten vom 18. August 1951, in dem diese der Klägerin mitteilte, daß nach ihren Erkundigungen bei der H[REDACTED] das restliche Material vom Werk geliefert sei und nun

nichts mehr im Wege stehe, die Arbeiten so schnell, wie möglich aufzunehmen, übersieht die Revision das Antwortschreiben der Klägerin vom 5. September 1951. Danach besaß die Klägerin damals immer noch nicht das restliche Material. Die Preisgleitklausel war deshalb auch nicht etwa bereits von diesem Zeitpunkt ab, wie die Revision meint, unwirksam geworden.

d) Die Folgerung des Berufungsgerichts, aus den Umständen ergebe sich, daß die Parteien eine entgegen dem Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 1951 doch noch mündlich vereinbarte Lieferfrist nicht mehr als bindend angesehen habe, hält sich im übrigen im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung und bindet deshalb das Revisionsgericht.

5.)a) In der Preisgleitklausel hat sich die Klägerin das Recht vorbehalten, alle bis zur Abwicklung des Auftrags eintretenden Erhöhungen der Materialpreise und Löhne, die von ihr nicht zu vertreten sind, bei der Abnahme der Beklagten zu berechnen. Die Behauptung der Klägerin, sie habe infolge der durch die Koreakrise bedingt gewesenen Materialverknappung die für die Behälter erforderlichen Bleche nicht früher beschaffen können, hat die Beklagte, wie aus ihren Schriftsätzen vom 7. September 1955 (S. 4) und vom 2. Mai 1957 (S. 7) erhellt, nicht bestritten. Auch ihre im Berufungsurteil angeführten Schreiben an die Klägerin enthalten, wie das Berufungsgericht hervorhebt, nicht den Vorwurf, die Klägerin habe die verspätete Lieferung zu vertreten.

b) Allerdings hat die Beklagte im Schriftsatz vom 2. Mai 1957 (S. 2, 4, 8) behauptet, die Klägerin habe

48

für die Nichtlieferung bis zum 30. Januar 1951 deshalb einzustehen, weil sie der Wahrheit zuwider bei den Vertragsverhandlungen erklärt habe, das für die Behälter erforderliche Material bereits zu besitzen. Das Berufungsgericht hebt hervor, daß die Beklagte diese Behauptung erst zweieinhalb Jahre nach Klagerhebung aufgestellt und in den seit der angeblichen wahrheitswidrigen Zusage verstrichenen sechs Jahren weder den Vertrag angefochten noch Schadensersatz verlangt hat. Es ist deshalb der Ansicht, daß die Klägerin die behauptete Zusage nicht gemacht hat und stützt sich hierfür auch auf den Vermerk des Angestellten Sc [REDACTED] vom 20. Dezember 1950, wonach sich der Gesellschafter R [REDACTED] der Beklagten nach der Lieferzeit für die Bleche erkundigt hat, und auf das Schreiben der Beklagten vom 3. August 1951, in dem diese selbst darauf hinwies, daß auftragsgemäß 10 Tage nach dem Materialeingang mit der Montage begonnen werden solle. Den von der Beklagten im Schriftsatz vom 2. Mai 1957 (S. 2) benannten Zeugen A [REDACTED] brauchte das Berufungsgericht nicht zu vernehmen. Daß dieser etwa für die behauptete Zusage der Klägerin, das Material sei vorhanden, benannt gewesen sei, ist dem Schriftsatz der Beklagten nicht zu entnehmen.

6.) Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht nicht ausdrücklich erörtert hat, ob die Parteien damit, daß sie jedenfalls später eine Lieferfrist nicht mehr als verbindlich betrachteten, auch die Preisgleitklausel als überholt ansahen. Daß die Klägerin behauptet hat und das Berufungsgericht der Ansicht ist, die Preisgleitklausel habe weitergelten sollen, kann aber nach den Ausführungen im angefochtenen

Urteil nicht zweifelhaft sein. Das Berufungsgericht ist ersichtlich der Meinung, daß nach dem Willen der Parteien wieder die frühere Vereinbarung, einschließlich der Preisgleitklausel, auf die die Klägerin entscheidendes Gewicht gelegt und auf die sich die Beklagte eingelassen hatte, gelten sollte.

Diese Auslegung des Berufungsgerichts ist nahe-
liegend und jedenfalls frei von Rechtsirrtum. Die Be-
klagte hat auch nicht behauptet, sie habe in der Zeit
bis zur Abwicklung des Auftrags der Klägerin zu erken-
nen gegeben, daß sie die Preisgleitklausel in Anbe-
tracht der späten Lieferung der Behälter für nicht mehr
anwendbar halte. Die Preisgleitklausel galt gerade für
den Fall, daß die Klägerin eine später Lieferung nicht
zu vertreten hatte.

7.) Da das Berufungsgericht nicht darauf abstellt,
daß die Beklagte einen ihr obliegenden Beweis nicht er-
bracht habe, kann von einer Verkennung der Beweislast
zum Nachteil der Beklagten keine Rede sein.

II.

1.) Die Beklagte will mit einem Schadensersatz-
anspruch wegen eines angeblichen Mindergewichts der
Behälter aufrechnen. Diesen leitet sie daraus her,
daß die Klägerin ihr ein höheres Gewicht der Behälter
angegeben habe als der H[REDACTED]. Da sie, die Beklag-
te, mit der H[REDACTED] nach Gewicht habe abrechnen müs-
sen und die H[REDACTED] sich auf die Gewichtsangaben der

Klägerin berufen habe, sei sie gezwungen gewesen, ihre Forderungen gegenüber der Hibernia um 18.070,15 DM herabzusetzen.

2.) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt:

a) In ihrem für die vertraglichen Beziehungen der Parteien maßgebenden Schreiben vom 18. Oktober 1950 habe die Klägerin die Gewichte der Behälter nur annähernd, nämlich mit "etwa" 28 to und 18 to angegeben.

b) Der von der Beklagten behauptete Gewichtsunterschied sei nicht bewiesen und nach den Gutachten des Dr.-Ing. Klein nicht anzunehmen. Das Gewicht der montierten Behälter könne heute auch nicht mehr festgestellt werden.

c) Auf eine etwaige Abweichung der theoretisch errechneten Gewichte von den tatsächlichen, könnte sich die Beklagte insoweit nicht berufen, als diese sich im Minustoleranzbereich halte. Darüberhinaus wäre die Abrechnung dadurch gedeckt, daß die Klägerin nur ungefähre Gewichtsangaben gemacht habe.

d) Beim Verschneiden der Bleche entstehe zwangsläufig eine Gewichtsminderung.

e) Die Beklagte habe auch nicht dargetan, daß ihr durch den von ihr behaupteten Gewichtsunterschied ein Schaden entstanden sei.

aa) Zwar ergebe ihre für die H[REDACTED] bestimmte Rechnung vom 2. Oktober 1952 einen um 18.070,15 DM ge-

ringeren Betrag als ihr Abrechnungsvorschlag vom 16. September 1952. Dafür, daß dieser Unterschiedsbetrag durch ein Mindergewicht der Behälter bedingt sei, bestehe aber kein Anhaltspunkt, denn beide Schriftstücke enthielten keine Gewichtsangabe. Die Beklagte habe mit der H[REDACTED] für die Behälter Festpreise vereinbart und ausweislich der Rechnung vom 2. Oktober 1952 sogenannte Mehrpreise eingesetzt. Deshalb sei anzunehmen, daß nicht eine etwaige Gewichtsdivergenz, sondern die Frage, ob die Beklagte der H[REDACTED] die Erhöhung der Löhne und Materialpreise in Rechnung stellen durfte, die Abwicklung mit der H[REDACTED] beeinflusst habe.

. bb) Einen Schaden, der der Beklagten dadurch entstanden sein soll, daß die Klägerin sie bei der H[REDACTED] durch die Mitteilung geringerer Gewichte in Misskredit gebracht habe, habe die Beklagte nicht substantiiert. .

3.)a) Die Beklagte hat die Behälter bei der Klägerin zu einem festen Preis, gegebenenfalls zuzüglich eines Teuerungszuschlags bestellt. Daß die infolge der Löhne- und Preiserhöhungen entstandenen Mehrkosten 7.400.-- DM ausmachen, ist unstreitig. Die Beklagte wendet sich auch nicht etwa wegen des von ihr behaupteten Mindergewichts der Behälter gegen den ihr von der Klägerin in Rechnung gestellten Preis, sondern sie verlangt Schadensersatz, weil die Klägerin der H[REDACTED] ein geringeres Gewicht angegeben habe als ihr, der Beklagten. Die ihren Schadensersatzanspruch begründeten Tatsachen muß aber die Beklagte, entgegen der Ansicht der Revision, beweisen.

b) Im Rahmen des von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs geht es nur um die Frage, ob die Klägerin der H[REDACTED] ein geringeres Gewicht mitgeteilt hat, als sie der Beklagten in Rechnung gestellt hat und ob sie hierdurch die Beklagten gezwungen hat, der H[REDACTED] einen niedrigeren Preis zu berechnen. Dazu hat das Berufungsgericht festgestellt, daß ausweislich der voneinander abweichenden Rechnungen der Beklagten für die H[REDACTED] vom 16. September 1952 und vom 2. Oktober 1952 der Unterschiedsbetrag von 18.070,15 DM nicht durch ein Kindingewicht der Behälter bedingt ist. Bereits damit entfällt der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch. Auf die weiteren Ausführungen des angefochtenen Urteils und die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision kommt es daneben nicht an. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob diese so ausgeführt sind, wie § 554 Abs. 3 Ziff. 2 b es verlangt. Daß der Zeuge WU[REDACTED] die von der Beklagten behauptete Gewichtsdiﬀerenz bestätigt hatte, trifft nicht zu.

4.) Das Berufungsgericht hat mit Recht die bloße Behauptung der Beklagten, sie sei dadurch geschädigt, daß die Klägerin sie bei der H[REDACTED] durch unrichtige Gewichtsangaben in Misskredit gebracht habe, nicht für die Feststellung eines Schadens ausreichend erachtet. Insbesondere reichte diese unsubstantiierte Behauptung der Beklagten für das Berufungsgericht nicht aus, gemäß § 287 ZPO nach freier Überzeugung einen Schaden als gegeben anzunehmen und hierfür einen Betrag festzusetzen. Eine freie Würdigung nach § 287 ZPO setzt voraus, daß die Schadensersatz verlangende Partei die Umstände dar- tut, aus denen sich der Schaden ergeben soll. Daran fehlt es hier.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer
sich somit als unbegründet erweisenden Revision zu tra-
gen.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Dr. Winkelmann

Erbel