

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 154/66

URTEIL

Verkündet am

22. Mai 1968

Werner,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Anton S [REDACTED] unter der Firma Anton S [REDACTED],
M [REDACTED], K [REDACTED]platz [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Ferdinand K [REDACTED] unter der Firma
Ferdinand K [REDACTED], Großschlächtereier und Fleischgroßhandel,
B [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. Oktober 1965 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kauft auf dem Münchner Viehhof lebende Kälber und Rinder ein. Er schlachtet sie und verkauft sie an seine Kundschaft. Am 20. Januar 1958 schloß er mit dem Beklagten, der den Großhandel mit Fleisch- und Wurstwaren betreibt, einen Agenturvertrag, wonach dieser sich verpflichtete, das vom Kläger nach Berlin zu liefernde Kalb- und Rindfleisch im Namen und für Rechnung des Klägers zu verkaufen. Die Provision betrug zunächst 4 %; in einem weiteren schriftlichen Vertrag vom 1. Oktober 1959, durch den der ursprüngliche Vertrag in einigen Punkten abgeändert wurde, wurde die Provision auf 3 1/2 % festgesetzt. Der Beklagte verpflichtete sich, wöchentlich abzurechnen.

Die Geschäftsverbindung wurde am 1. Dezember 1961 beendet. Während der gesamten Geschäftsverbindung hatte der Beklagte für Rindfleisch DM 4,--, für Kälber und Geschlinge DM 5,50 je kg abzurechnen.

Der Kläger hat vorgetragen, die in München geschlachteten Tiere seien alsbald in den Kühlraum gebracht worden. Nach vollständiger Auskühlung sei das Fleisch gewogen und unmittelbar anschließend mit Lastzügen nach Berlin befördert worden. Bei dieser Behandlung habe von der Verwiegung in München bis zum Verkauf in Berlin ein Gewichtsschwund von 1,75 % eintreten können.

Der Beklagte habe (nach Gutbringung dieses Gewichtsschwundes) über 8 348,97 kg Rinderviertel, 326 kg Kälber und 2 475,87 kg Geschlinge nicht abgerechnet.

Für die Rinderviertel berechne er	DM 32.804,40
für die Kälber	DM 1.793,--
für das Geschlinge	DM 13.617,28
	DM 48.214,68

Der Beklagte sei beim Verkauf nicht mit der nötigen Sorgfalt vorgegangen. Er habe ihm, dem Kläger, am 9. Dezember 1961 erklärt, er habe den Kunden Gewichtsnachlässe gewährt und, um das Fleisch leichter verkaufen zu können, geringere Gewichte berechnet, als sich bei der Verwiegung ergeben hätten.

Der Kläger hat nach Zurücknahme eines Teiles der Klage beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn DM 49.066,80 nebst 5 % Zinsen seit dem 30. März 1962 zu zahlen.



Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, er habe alle Lieferungen abgerechnet. Der Kläger habe zeitweise so große Mengen geliefert, daß diese nicht in der üblichen Zeit abzusetzen gewesen seien. Die gelieferten Tiere seien häufig zu schwer und zu fett und gerade in Berlin nur schwer zu verkaufen gewesen.

Der vom Kläger angenommene Gewichtsschwund von 1,75 % sei zu niedrig. Bei Rindern sei schon auf dem Wege von München nach Berlin ein Gewichtsschwund von durchschnittlich 0,75 % eingetreten; dieser habe sich in der Zeit vom Eingang in Berlin bis zum Verkauf um weitere 1,73 % erhöht.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im übrigen (hinsichtlich der Kälber) in Höhe von DM 46.245,96 stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte ergänzend vorgetragen, die Zeugin K. [REDACTED] habe bestätigt, daß er wiederholt bei dem Kläger beanstandet habe, das Rindfleisch sei zu fett und lasse sich deshalb nur schwer verkaufen. Der Kläger habe ihm und seiner Ehefrau wiederholt zugestanden, den Käufern Gewichtsnachlässe nach seinem Ermessen zuzubilligen. K. [REDACTED] habe die Übermenge an Fett bezeugt. Mit geringen Ausnahmen habe jedes vom Kläger gelieferte Rinderviertel nur mit einem Gewichtsnachlaß von 1/2 - 1 kg verkauft werden können. Er habe sich nach besten Kräften für den Kläger um den Verkauf bemüht und dabei alle erforderliche Sorgfalt walten lassen.

Das Kämmergericht hat die Berufung zurückgewiesen, soweit sie gegen die Verurteilung auf Zahlung von DM 13.441,56 (Anspruch aus der Lieferung von Geschlinge) gerichtet war und im übrigen die Klage abgewiesen (Anspruch aus der Lieferung von Rindervierteln).

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag aus dem Berufungsrechtszug weiter, die Berufung des Beklagten auch hinsichtlich des Anspruchs aus der Lieferung von Rindervierteln zurückzuweisen. Der Beklagte bittet, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage in Höhe von DM 32.804,40 abgewiesen, weil nicht bewiesen sei, daß der Beklagte aus den allein noch in Streit befindlichen Lieferungen von Rindervierteln Einnahmen in dieser Höhe gehabt und nicht mit dem Kläger abgerechnet habe. Denn der Gewichtsschwund, dem Rinderviertel unterlägen, bringe die Möglichkeit mit sich, daß der Beklagte Rinderviertel nur in Höhe des tatsächlich abgerechneten Gewichts veräußert habe. Das sei dann der Fall, wenn der Gewichtsschwund nicht, wie vom Kläger zugestanden, 1,75 %, sondern 2,4762 % betragen habe; dieser höhere Prozentsatz sei nach dem Beweisergebnis nicht auszuschließen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen betrage der Gewichtsschwund nur dann 1,75 %, wenn die Rinder vor dem Verwiegen bereits 36 Stunden im Kühlhaus gehangen hätten. Dies sei aber nicht bewiesen. Den Nachteil, daß ein Gewichtsschwund von 2,4762 % nicht auszuschließen sei, habe der Kläger zu tragen, da ihn die Beweislast für die Höhe des vom Beklagten erzielten Erlöses treffe.

II. Diese Ausführungen werden von der Revision mit Erfolg angegriffen.

1. Die Parteien haben, wie schon das Landgericht zutreffend angenommen hat, einen Handelsvertretervertrag mit besonderen Abreden geschlossen, wonach der Beklagte verpflichtet ist, das vom Kläger gelieferte Fleisch im Namen und für Rechnung des Klägers bestens zu verwerten (§ 2 des Vertrages vom 1. Oktober 1959) und wöchentlich abzurechnen (§ 3). Der Beklagte ist demnach verpflichtet, das, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, abzüglich seiner Provision und eventueller Unkosten an den Kläger herauszugeben, und, soweit dem Kläger durch ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden ist, diesen Schaden dem Kläger zu ersetzen.

Ohne Rechtsverstoß nimmt das Berufungsgericht an, daß der Nachweis für die Höhe des Erlöses, dessen Herausgabe begehrt wird, dem Kläger obliegt und daß der Kläger auch den Nachteil zu tragen hat, falls ein Gewichtsschwund in Höhe der Differenz zwischen dem Liefergewicht in München und dem tatsächlich abgerechneten Gewicht nicht auszuschließen ist. Denn der Kläger muß die Kühldauer nachweisen, bei deren Vorliegen die Erfahrungsregel von 1,75 % Gewichtsschwund anwendbar ist.

2. Das Berufungsgericht stellt aufgrund des Sachverständigengutachtens auch ohne Rechtsfehler fest, daß der vom Kläger zugestandene Gewichtsverlust (vom Wiegen in München bis zum Verkauf in Berlin) nur dann nicht überschritten wird, wenn die Rinderviertel nach dem Schlachten mindestens 36 Stunden im Kühlhaus gehangen haben. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hält das Berufungsgericht

eine durchschnittliche Kühldauer von 36 Stunden vor dem Verwiegen nicht für bewiesen.

3. Das Landgericht hat seine Feststellungen über die Dauer der Vorkühlung in erster Linie auf die Aussage der Ehefrau des Klägers gestützt. Demgegenüber hält das Berufungsgericht die Aussage der nur vor dem Landgericht vernommenen Zeugin für teilweise objektiv unrichtig und daher für insgesamt zur Bildung der Überzeugung des Gerichts ungeeignet.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte die Zeugin nochmals selbst vernehmen müssen, wollte es von der Würdigung der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugin durch das Landgericht abweichen.

Dieser in ständiger Rechtsprechung vertretene Grundsatz kommt jedoch im Streitfall nicht in Betracht, weil das Berufungsgericht darlegt (BU 11), das Gericht erkläre sich die Abweichung der Aussage der Zeugin von dem eigenen Vorbringen des Klägers damit, daß die Zeugin über die Rindertransporte nicht ausreichend Bescheid wisse; das Berufungsgericht stellt demnach nur auf das objektive Merkmal der Kenntnis ab und zieht nicht die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugin in Zweifel. Dem Berufungsgericht ist es auch nicht verwehrt, die Aussage eines im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen entgegen der Würdigung durch den Erstrichter für nicht ausreichend zu halten (WM 1967, 900, 901). Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung von der objektiven Unrichtigkeit und damit weiterhin von der Unverwertbarkeit der Aussage der Zeugin S. im wesentlichen auf deren Bekundung, die Rinder seien am Mittwoch auf dem Viehmarkt in München gekauft und vorwiegend am Mittwoch, im übrigen am

Donnerstag früh geschlachtet, sodann am Freitag oder Sonnabend nach Berlin abgesandt worden. In Wahrheit, so führt das Berufungsgericht aus, seien die auf dem Auslandsviehmarkt gekauften Tiere am Dienstag geschlachtet worden. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers seien aber auch am Donnerstag Transporte nach Berlin abgegangen. Aus den Lieferdaten ergebe sich schließlich, daß auch an allen anderen Tagen Transporte abgegangen seien und zwar 74 Lieferungen von insgesamt 226 Lieferungen an anderen Tagen als Freitag oder Sonnabend. Angesichts dieser Zahl könne auch nicht gesagt werden, die Angaben der Ehefrau wichen nur geringfügig von der Wirklichkeit ab und könnten die Glaubwürdigkeit der Zeugin hinsichtlich des die Rinder betreffenden Teiles der Aussage nicht beeinträchtigen. Das Berufungsgericht geht danach davon aus, daß der Ehefrau des Klägers nur die in der Aussage enthaltenen Tatsachen bekannt waren. Diese Folgerung begegnet angesichts der Formulierung der Niederschrift Bedenken.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Ehefrau des Klägers in ihrer Bekundung ausdrücklich nur aussagt, in München finde der Viehmarkt am Mittwoch statt. Es kann zweifelhaft sein, ob sich die an diesen Ausgangspunkt anschließende Darstellung über die weitere Behandlung der eingekauften Rinder nur auf diese auf dem Viehmarkt für Inlandsvieh gekauften Tiere bezieht, oder ob die Schilderung auch die auf den Auslandsviehmarkt eingekauften Tiere erfaßt. Von Auslandsvieh ist in der Vernehmung nicht die Rede, aus der Niederschrift ist auch kein entsprechender Vorhalt des Beklagten ersichtlich. Auch das Landgericht hat trotz der zeitlich früher liegenden Aussage Engelbrecht, in der gesagt ist, Auslands-tiere seien Montag und Dienstag geschlachtet worden, keinen Anlaß gesehen, auf eine Klärung in diesen Einzelheiten hinzuwirken. Wollte daher das Berufungsgericht aus der nach seiner

Auffassung gegebenen Unrichtigkeit der Darstellung so weitgehende Folgerungen ziehen und die Aussage der Ehefrau ganz außer Betracht lassen, soweit sie die Rinder betrifft, dann war es genötigt, die Ehefrau nochmals zu vernehmen. Der Fall liegt ähnlich dem, daß der Berufsrichter eine Aussage anders verstehen will als der Erstrichter und die Aussage widersprüchlich oder jedenfalls nicht ganz eindeutig ist. Auch in diesem Fall ist angenommen worden, daß das Berufungsgericht den Zeugen nochmals vernehmen müsse (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des VIII. Zivilsenats vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65).

4. a) Das Berufungsgericht unterstellt zu Gunsten des Klägers, daß die an Freitagen und Samstagen abgesandten 152 Lieferungen vor dem Verwiegen 36 Stunden im Kühlhaus gehangen haben.

Für die restlichen 74 Lieferungen lasse sich, so führt das Berufungsgericht aus, nicht ausschließen, daß das Fleisch noch am Schlachttag nach Berlin versandt worden sei und entsprechend dem Vortrag des Beklagten nur 3 Stunden im Kühlhaus gehangen habe. Das Berufungsgericht geht jedoch zu Gunsten des Klägers davon aus, daß diese Lieferungen 6 Stunden im Kühlhaus gehangen haben. Für diese Lieferungen berechnet das Berufungsgericht einen Gewichtsverlust von insgesamt 4 % und mithin für die Gesamtlieferung während der Gesamtzeit der Geschäftsbeziehungen einen Gewichtsschwund von 2,5 % ($\frac{2}{3}$ zu 1,75 % und $\frac{1}{3}$ zu 4 %).

b) Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO und trägt dazu vor, das Berufungsgericht hätte das Gewicht der Lieferungen seiner Berechnung zugrunde legen müssen, dann hätte es ein Verhältnis von 3 : 8 anstatt 1 : 2 festgestellt.

Dieser Einwand ist begründet. Die vom Kläger mit der Klageschrift vorgelegten Listen über die Rindertlieferungen (GA 10 ff) enthalten nicht nur die Lieferdaten, sondern auch die Zahl der Rinderviertel und das Wiegegewicht, der Beklagte hat eine entsprechende Aufstellung zu den Akten gereicht (GA 34 ff). Da die einzelnen Lieferungen erhebliche Gewichtsunterschiede aufweisen (z.B. im Jahre 1958 zwischen 900 und 7 500 kg) und nicht festgestellt ist, daß die Unterschiede sich gleichmäßig auf alle Versandtage verteilen, enthält das Verfahren des Berufungsgerichts eine Verletzung des § 286 ZPO. Wollte das Berufungsgericht aus den Einzelaufstellungen nicht selbst die Gewichtszahlen herausrechnen, dann hätte es den Kläger auffordern müssen, eine Zusammenfassung in dem von ihm gewünschten Sinne vorzulegen; dazu bestand umso mehr Veranlassung, als im Urteil des Landgerichts eine solche Aufteilung nicht behandelt worden war.

c) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts (BU 12) hat der Beklagte für die 74 außerhalb Freitag/Samstag durchgeführten Lieferungen geltend gemacht, sie seien nur 3 Stunden gekühlt worden. Die Revision kann daher nicht mit ihrem Vorbringen gehört werden, in der Berufungsbegründungsschrift habe der Beklagte vorgetragen, die Rinderviertel seien 12 Stunden vorgekühlt worden.

Dagegen besteht der vom Berufungsgericht zur Begründung der Richtigkeit dieses Vortrags des Beklagten herangezogene angebliche Erfahrungssatz nicht, die Kunden legten Wert darauf, möglichst frisches Fleisch zu erhalten, und es sei deshalb kein wirtschaftlich vernünftiger Grund ersichtlich, die Viertel 36 Stunden in München kühlen zu lassen und dann erst auf den 12-stündigen Weg nach Berlin zu

schicken. Denn erst nach einer Kühldauer von mindestens 36 Stunden kommt der für beide Parteien wirtschaftlich bedeutsame Regelsatz zur Anwendung, daß der Gewichts-
schwund bis zu und nicht mehr als 1,75 % beträgt.

5. Die Revision hat schließlich mit Recht gerügt, daß das Berufungsgericht nicht den durch eine Auskunft des Städtischen Schlachthofs in München angetretenen Beweis über die Dauer der Kühlhausaufbewahrung der Rinderviertel vor dem Versand nach Berlin erhoben habe. Dazu hatte der Kläger vorgetragen, in den Rechnungsunterlagen des Städtischen Schlachthofs sei genau festgehalten, wann der Kläger jeweils das frisch geschlachtete Fleisch in die Kühlanlage verbracht habe und wann es aus dieser Anlage in die Lastzüge nach Berlin verladen worden sei.

6. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Bestimmungen der §§ 400, 403 HGB über den Selbsteintritt des Kommissionärs nicht anwendbar. Insoweit ist jedoch die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß der Kläger jahrelang die Aufführung von "Kümpol" in den Abrechnungsschreiben sowie die vom Beklagten im Zusammenhang mit "Kümpel" angegebenen Preise nicht beanstandet und damit den Selbsteintritt zu den ihm vom Beklagten mitgeteilten Preisen genehmigt habe.

III. Der Beklagte hat vorgetragen, er habe wiederholt beanstandet, das gelieferte Rindfleisch sei zu fett und lasse sich deshalb schwer absetzen. Ihm und auch seiner Ehefrau gegenüber habe der Kläger zugestanden, er dürfe den Käufern nach seinem Ermessen einen Gewichtsachlaß zubilligen. Mit geringen Ausnahmen habe jedes vom Kläger gelieferte Rinderviertel nur mit einem Gewichtsachlaß von

1/2 bis 1 kg verkauft werden können. Auf dieses Vorbringen geht das Berufungsgericht in seinen Gründen nicht ein, weil nach seiner Auffassung ein Gewichtsverlust in voller Höhe des nicht abgerechneten Teiles der Lieferungen nicht auszuschließen sei.

Die Revision rügt Verletzung des § 286 ZPO, denn dieses Vorbringen stehe in Widerspruch zu der sonstigen Verteidigung des Beklagten und hätte vom Berufungsgericht bei der Würdigung der Einwendungen des Beklagten und seiner Glaubwürdigkeit beachtet werden müssen.

Der Revision ist zuzugeben, daß der Gewichtsverlust nicht die vom Berufungsgericht für nicht ausschließbar angenommene Höhe erreicht haben kann, wenn der Beklagte mit geringen Ausnahmen jedes vom Kläger gelieferte Rinderviertel nur mit einem Gewichtsachlaß von 1/2 bis 1 kg verkauft hat. Nach dem hinsichtlich der Zahl der gelieferten Rinderviertel fast völlig übereinstimmenden Vortrag der Parteien (Kläger 13 126 Rinderviertel, Beklagter 13 125) würde z.B. ein dem Vortrag des Beklagten entsprechender Mindestachlaß von 1/2 kg auf 12 000 Rinderviertel ein Gewicht von 6 000 kg ergeben gegenüber dem vom Beklagten nach dem Vortrag des Klägers nicht abgerechneten Teil der Rinderlieferung von 8 348,97 kg. Das Berufungsgericht durfte einen Gewichtsschwund in der vollen Höhe des nicht abgerechneten Teiles der Lieferungen nicht für nicht ausschließbar annehmen, weil in Höhe des vom Beklagten selbst zugestandenen Gewichtsachlasses an seine Kunden ein Gewichtsverlust nicht eingetreten sein kann. Insoweit hätte das Berufungsgericht auf den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten eingehen müssen, der Kläger sei mit der

Gewährung eines Gewichtsnachlasses beim Verkauf nach dem Ermessen des Beklagten einverstanden gewesen. Das Berufungsgericht hätte notfalls auch prüfen müssen, ob in dem vom Beklagten seinen Abnehmern gewährten Gewichtsnachlaß eine Verletzung der diesem obliegenden Pflicht gesehen werden kann, das gelieferte Fleisch bestens zu verwerten, und bejahendenfalls in diesem Umfang einen Schadensersatzanspruch zusprechen müssen.

IV. Das Urteil des Berufungsgerichts war daher aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt ist. In diesem Umfang war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Pehle

Sprenkmann

Alff

Simon

Merkel