

Verkündet am
20. März 1953
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V ö l k e s

In dem Rechtsstreit
des Kaufmanns Otto A. [REDACTED] als alleinigen Inhabers der Fir-
ma N. [REDACTED] Glycerin- und Fettsäurewerke Friedrich
T. [REDACTED], H. [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägers und Anschlussrevisions-
beklagten,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED],

gegen

die Firma N. [REDACTED] Oelmühlenwerke GmbH, H. [REDACTED]
[REDACTED], S. [REDACTED]strasse [REDACTED], vertreten durch den Geschäfts-
führer Conrad K. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und Anschlussrevisions-
klägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. März 1953 unter Mitwirkung
des Präsidenten des Bundesgerichtshofs Dr. Weinkauff und
der Bundesrichter Dr. Birnbach, Dr. Bock, Dr. Krüger-Nie-
land und Dr. Benkard für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten und die Anschlussrevision
der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des
Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 19.
Juni 1951 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges werden zu 1/7
der Klägerin und zu 6/7 der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Firma N [REDACTED] Glycerin- und Fettsäurewerke Friedrich T [REDACTED], deren Inhaber der Beklagte ist, stellte der Klägerin in den Jahren 1945/46 drei auf ihrem Werksgelände in Hamburg-Bergedorf stehende Tanks (Nr 11, 8 und 3) zur Einlagerung von Ölen zur Verfügung. Die Klägerin benutzte diese Tanks u.a. zur Einlagerung von Pflanzenölfettsäure, und zwar zunächst den Tank Nr 8, dann auch den Tank Nr 11, dessen Inhalt schliesslich in den grösseren Tank Nr 3 umgelagert wurde. Die eingelagerte Ware war für Seifenherstellung bestimmt. Nachdem ein Teil der Pflanzenölfettsäure bereits in den Monaten Januar bis Mai 1948 abgefüllt und an verschiedene Abnehmer ausgeliefert worden war, kündigte der Beklagte im Mai 1948 den Vertrag. Darauf nahm die Klägerin die noch eingelagerten Restbestände zurück. Im vorliegenden Rechtsstreit macht sie Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten geltend mit der Behauptung, dass sich bei der Auslagerung eine grössere Fehlmenge ergeben habe und dass der Inhalt von zwei zurückgelieferten Kesselwagen einen zu hohen Wassergehalt gehabt habe.

Die Klägerin hatte vereinbarungsgemäss für die benutzten Tanks eine feste monatliche "Lagermiete" von 1,20 RM je cbm sowie bestimmte Gebühren für die Aufnahme und das Absetzen der Ware und die hierbei notwendige Beheizung der Tanks zu zahlen. Die Pflanzenölfettsäure wurde von der Klägerin in Eisenbahnkesselwagen angeliefert, die bei Abgang aus dem Betrieb der Klägerin bahnamtlich verwogen und plombiert wurden. Die Ware wurde durch Leute des Beklagten übernommen. Bei der Ankunft in Hamburg-Bergedorf wurden die Waggons nur gelegentlich nachgewogen. Dabei ergaben sich mehrfach Gewichts-

- 3 -

differenzen, die Gegenstand des Schriftwechsels der Parteien waren. Die Klägerin beziffert die dem Beklagten zur Einlagerung übersandte Warenmenge nach ihren Unterlagen auf insgesamt 609.199 kg, und zwar für Tank Nr 3 bis zum 14. Oktober 1946 auf 393.959 kg und für Tank Nr 8 bis zum 11. Januar 1947 auf 215.240 kg.

Das Werksgelände in Hamburg-Bergedorf war umzäunt. Die Tanks waren verschlossen. Die Übernahme und Herausgabe der Pflanzenölfettsäure geschah mittels des von den Angestellten des Beklagten bedienten Pumpensystems des Werkes. Der Klägerin selbst war die Bedienung der Pumpenanlage untersagt.

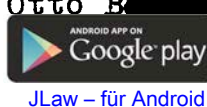
Die Klägerin zog aus dem Inhalt der ausgehenden Waggons Muster, die sie in ihrem Laboratorium in der Weise untersuchen liess, dass sie aus den Einzelmustern für jeden Tank vier Durchschnittsmuster zusammenstellen und diese untersuchen liess. Als Ergebnis einer im September 1947 durchgeführten Untersuchung gibt die Klägerin für Tank Nr 3 einen Wassergehalt von 0,36 % und einen Schmutzgehalt von 0,02 %, zusammen 0,38 % und für Tank Nr 8 einen Wassergehalt von 0,49 % und einen Schmutzgehalt von 0,02 %, zusammen 0,51 % an.

Gemäss Schreiben vom 13. September 1947 gab der Beklagte dem Amt für Wirtschaft (Landeswirtschaftsamt) der Hansestadt Hamburg für Tank Nr 3 ca 390 t und für Tank Nr 8 ca 210 t Pflanzenölfettsäure auf. Als Ergebnis der vom Beklagten durchgeführten Tankanalysen wurden für Tank Nr 3 "Spuren" und für Tank Nr 8 0,50 % Wasser angegeben.

Zu erheblich abweichenden Ergebnissen führte eine von dem Handelschemiker Dr. Otto B. [REDACTED] im Januar 1948



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

vorgenommene Untersuchung. Er gab auf Grund einer Vermessung den Inhalt des Tanks Nr 3 mit 408 102 kg und den Inhalt des Tanks Nr 8 mit 201 831 kg an und stellte weiter durch Analysen von Durchschnittsmustern "in beiden Partien geringe Mengen Wasser", und zwar für Tank Nr 3 4,08 % und für Tank Nr 8 0,95 % fest.

Anfang Januar 1948 trafen die Parteien die Vereinbarung, dass die in den Tanks Nr 3 und 8 eingelagerte Pflanzenölfettsäure durch den Beklagten und die zu diesem Geschäft hinzugezogene Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] verkauft werden sollte. Vorgesehen war ein Verkauf im Wege von Austausch- bzw. Kompensationsgeschäften. Die Abwicklung dieses Verkaufsgeschäfts sollte auf Basis des von Dr. Otto B. [REDACTED] vermessenen Einlagerungsgewichts von insgesamt 609 933 kg vorgenommen werden. Nachdem in den Monaten Januar und Februar 1948 bereits einige Auslieferungen an verschiedene Abnehmer aus Tank Nr 8 erfolgt waren - der Beklagte gibt diese Menge in seiner am 22. Mai 1951 überreichten Aufstellung mit 50 243,5 kg an -, wurde der gesamte noch vorhandene Bestand vom Landeswirtschaftsamt Hamburg auf Grund einer Leistungsanforderung vom 3. März 1948 in Anspruch genommen. Daraufhin erfolgten auf Anweisung des Landeswirtschaftsamts aus beiden Tanks weitere Auslieferungen von insgesamt rund 394 t. Alle Auslieferungen wurden ohne Kompensation nur gegen Reichsmarkzahlung vorgenommen. Im Hinblick auf diese durch die "Beschlagnahmeaktion" des Landeswirtschaftsamts geschaffene "neue Sachlage", die keine "Austauschmöglichkeiten" mehr zuließ, bezeichnete die Klägerin die zwischen den Parteien und der Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] im Januar 1948 getroffene Vereinbarung als "illusorisch" und die sich aus dieser Verabredung ergebenden beiderseitigen Ansprüche infolge der veränderten Sachla-

ge gegen den Widerspruch des Beklagten und der Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] als "erloschen" (Schreiben der Klägerin vom 14. und 24. Mai 1948). Im Zusammenhang mit den hieraus zwischen den Parteien entstandenen Unstimmigkeiten kündigte der Beklagte der Klägerin im Mai 1948 die Benutzung der Tanks.

Die Klägerin erhob nach der Räumung der Tanks gegen den Beklagten Beanstandungen wegen der Quantität und der Qualität der zurückgelieferten Ware. Sie geht dabei von einer eingelagerten Menge von 609 199 kg aus und beziffert die zurückgegebene Ware - unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten Auslieferungen in Höhe von 444 576 kg - auf 594 971,5 kg, so dass sich hieraus eine Fehlmenge von 14 227,5 kg ergibt. Die Klägerin beanstandet weiter, dass zwei zurückgelieferte Kesselwagen einen übermässigen Wassergehalt von 9,53 % auf 15 400 kg bzw. 10,10 % auf 14 500 kg gehabt hätten, so dass sich eine weitere Fehlmenge von 2 932 kg ergebe.

Von der so errechneten Fehlmenge von 17 159,5 kg hat die Klägerin im ersten Rechtszug als üblichen Lagerungsverlust (Schwund) $3/4$ % von 609 199 kg, d.s. 4 568 kg, abgesetzt, und den sich hiernach ergebenden Verlust von 12 591,5 kg unter Ansetzung eines Preises von 233,24 DM für 100 kg auf 29 368,42 DM berechnet.

Unter Bezugnahme auf den Schriftwechsel der Parteien vertritt die Klägerin die Auffassung, dass für die Einlagerung und für die Rückgabe der Pflanzenölfettsäure das bei ihr bahnamtlich ermittelte Gewicht massgeblich sei. Der Beklagte habe zudem die Haftung für Quantität und Qualität der eingelagerten Mengen in Form einer "allgemeinen abstrakten Garantie" übernommen. Auch nach dem anlässlich der Übernahme des Verkaufs durch den Beklag-

ten und die Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] geführten Schriftwechsel sei für die Abrechnung zwischen den Parteien das Einlagerungsgewicht massgebend. Im übrigen ergebe sich die Haftung des Beklagten daraus, dass er neben der Pflicht der Zurverfügungstellung der Tanks auch eine Obhutspflicht für die eingelagerte Pflanzenölfettsäure gehabt habe. Der Beklagte sei alleiniger unmittelbarer Besitzer der Tanks gewesen. Die Klägerin habe ohne Mitwirkung des Beklagten keinerlei Zutrittsmöglichkeit zu den Tanks gehabt; diese hätten vielmehr unter der alleinigen Aufsicht der Leute des Beklagten gestanden; auch das Aufnehmen und Absetzen der Ware sei durch den Beklagten geschehen, der schliesslich auch zusammen mit der Firma Rud.H.C.J. [REDACTED] den Verkauf der Ware übernommen und zum Teil auch durchgeführt habe. Entnahmen hätten nur durch das Personal des Beklagten erfolgen können. Der Verlust könne durch Diebstähle, die anscheinend von den Angestellten des Beklagten durch Hinzusetzen von Wasser hätten verdeckt werden sollen, durch Verluste beim Aufnehmen, Absetzen und Umfüllen der Ware oder durch Zuvielauslieferung beim Verkauf entstanden sein. Der Beklagte habe selbst erklärt, dass er seinen Förtnner bei Unehrlichkeiten ertappt habe. Der Beklagte hafte also auch aus unerlaubter Handlung.

Der Beklagte bestreitet die Schadensersatzansprüche der Klägerin nach Grund und Höhe. Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Verträge handele es sich um Raummiete. Die Tanks seien - unabhängig von der eingelagerten Warenmenge - zu einer festen Vergütung vermietet worden. Der Beklagte habe keine Obhutspflicht für die eingelagerte Ware gehabt. Die Quantität der eingelagerten Ware sei für ihn nur im Hinblick auf seine Mitwirkung bei der Übernahme und dem Absetzen und die da-

für von der Klägerin zu zahlende Vergütung von Bedeutung gewesen. Deshalb sei er auch von der Klägerin weder bei der Einlagerung noch bei der Auslagerung zur Feststellung der Quantität und Qualität herangezogen worden. Richtig sei, dass die Auslieferung der von ihm und der Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] vereinbarungsgemäss getätigten Verkäufe von der Klägerin nicht habe nachgeprüft zu werden brauchen, da etwa festgestellte Fehlmengen bei Einhaltung der Vereinbarung seitens der Klägerin zu seinen Lasten gegangen sein würden. Die Klägerin habe aber ihre Verpflichtung, die gesamte eingelagerte Ware durch ihn bzw. an ihn zu verkaufen, nicht eingehalten, sondern sei unter Hinweis auf die vom Landwirtschaftsamt ausgesprochene Beschlagnahme der Ware unberechtigterweise von dem Abkommen zurückgetreten. Damit sei auch die die Gewichtsfeststellung betreffende Vereinbarung hinfällig geworden. Die Klägerin könne auch nicht dartun, auf welche Weise der angebliche Verlust entstanden sei oder dass eine übermässige Steigerung des Wassergehalts auf unerlaubte Handlung der Angestellten des Beklagten zurückzuführen sei. Eine Wasserzuführung sei schon wegen der damit verbundenen komplizierten Schaltwege der Tankzuleitungen und des Pumpsystems ohne Mitwirkung der technischen Leitung des Werkes unmöglich gewesen. Der erhöhte Wassergehalt könne allenfalls auf folgende Weise erklärt werden: Bei jeder Abgabe von Fettsäure sei eine vorherige Erwärmung der Tanks durch Durchblasen von überheiztem Dampf durch die Heizschlangen der Tanks notwendig; infolge des aggressiven Charakters der Pflanzenölfettsäure könnten die Heizschlangen schadhaft geworden sein; unter diesen Umständen bestehe die Möglichkeit, dass eine gewisse Menge Wasser in die Fettsäure gelangt sei. Bei den vom Beklagten der Klägerin gegenüber erwähnten Unregelmässig-

keiten handele es sich darum, dass Arbeiter geringe Mengen von Ölen und Fetten mitgenommen hätten.

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin von ihrem angeblichen Schaden einen Teilbetrag in Höhe von 10.000 DM eingeklagt. Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und widerklagend eine negative Feststellungsklage wegen des über 10.000 DM hinaus bis zur Höhe von 29.368,42 DM geforderten Schadensersatzes erhoben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin die Klage erweitert. Sie hat ihren Schaden für eine Fehlmenge von 17.159,5 kg auf 40.022,82 DM berechnet und die Anerkennung eines allgemeinen Lagerungsverlustes abgelehnt mit der Begründung, dass sie ihren Anspruch auf die "konkret festgestellte Fehlmenge" beschränke. Von dem vorbezeichneten Betrag hat die Klägerin eine vom Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellte unstreitige Forderung von 14.679,07 DM abgesetzt und demgemäss beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihr 25.343,75 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 13. August 1948 zu zahlen.

Der Beklagte hat Zurückweisung der Berufung beantragt und im Wege der Widerklage beantragt, die Klägerin zur Zahlung des - hilfsweise zur Aufrechnung gestellten - Betrages von 14.679,07 DM nebst 5 % Zinsen seit dem Klagetage zu verurteilen.

Der Beklagte hat erklärt, dass der Gesamteinhalt des Tanks Nr 8 mit 215 470 kg an Abnehmer ausgeliefert worden sei. Aus Tank Nr 3, in den 393 729 kg eingelagert worden seien, seien 380 350,5 kg an Abnehmer bzw.

die Klägerin selbst ausgeliefert worden. Die Restmenge von 13 378,5 kg sei Wasser gewesen. Auf den Hinweis des Berufungsgerichts, dass der Beklagte nach seiner jetzigen Aufstellung 849 kg mehr ausgeliefert haben wolle, als die Klägerin bisher unbestritten angegeben habe, hat der Beklagte erklärt, dass er gegen die von der Klägerin als aus- und zurückgeliefert angegebenen Mengen keine Einwendungen erheben wolle. Beide Parteien haben übereinstimmend erklärt, dass mit den Darlegungen des Beklagten der Streit um den Tank Nr 8 erledigt sei und es sich nur noch um die Auslieferung der in Tank Nr 3 eingelagerten Pflanzenölfettsäure handele.

Nach Beweiserhebung hat das Berufungsgericht durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, der Klägerin 13.910,80 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 13. August 1948 zu zahlen. Das Berufungsgericht hat die Klage in Höhe von 4.594,35 DM nebst Zinsen sowie die Widerklage abgewiesen und die Entscheidung über den Restanspruch von 6.838,60 DM dem Schlussurteil vorbehalten.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge auf Abweisung der Klage und aus der Widerklage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision und hält im Wege der Anschlussrevision ihren Antrag auf Zahlung des abgewiesenen Teils der Klage zur Höhe von 4.594,35 DM aufrecht. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe:

Die Rechtsmittel beider Parteien konnten keinen Erfolg haben.

I.

1.) Soweit die Klägerin versucht hat, aus dem Schriftwechsel der Parteien in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht eine ausdrückliche Haftungs- und Garantiezusage des Beklagten herzuleiten, ist das Berufungsgericht der Klägerin nicht gefolgt. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsirrtum erkennen und werden auch von der Anschlussrevision der Klägerin nicht angegriffen.

2.) Das Berufungsgericht hat eine auf das tatsächlich eingelagerte Gewicht beschränkte Haftung des Beklagten angenommen und seine Rechtsauffassung aus der Natur des zwischen den Parteien geschlossenen Rechtsgeschäfts begründet. Das Vertragsverhältnis sei im Schriftwechsel der Parteien zutreffend als Miete gekennzeichnet worden; denn Gegenstand des Vertrages sei die Zurverfügungstellung bestimmter Tanks durch den Beklagten zur Benutzung durch die Klägerin gegen eine von dieser zu zahlenden Vergütung, die nach dem Rauminhalt der Tanks - nicht etwa nach der Menge der hereingenommenen Ware - bemessen worden sei. Bei dieser Sachlage könne man von einem Lagergeschäft im Sinne der §§ 416 ff HGB nicht sprechen, ganz abgesehen davon, dass es auf Seiten des Beklagten an dem Merkmal der Gewerbsmässigkeit mangle. Auch ein reiner entgeltlicher Verwahrungsvertrag nach § 688 BGB sei nicht gegeben. Dass die Klägerin keinen unmittelba-

ren Besitz an den Tanks und an der in ihnen gelagerten Ware gehabt habe, schliesse die Annahme eines Mietvertrages nicht aus; je nach Lage des Falles bedürfe es eines Besitzes des Mieters überhaupt nicht (RGZ 141, 99 [101 f]). Aus der besonderen Lage des Einzelfalles könne sich auch eine Aufsichts- und Obhutspflicht des Vermieters ergeben, so dass - je nach den Umständen - nicht mehr ein reiner Mietvertrag, sondern ein Vertrag gemischten Charakters vorliege. Ein solcher Fall sei hier anzunehmen. Das Rechtsverhältnis der Parteien sei als Mietvertrag, gemischt mit Elementen des entgeltlichen Verwahrungsvertrages, anzusprechen. Diese Beurteilung rechtfertige sich aus dem Besitzstand, wie er in der Zeit nach der Hereinnahme der Ware in die Tanks gewesen sei, und vor allem aus der dem Beklagten bekannten Tatsache, dass die Klägerin nach der Einlagerung keine Möglichkeit gehabt habe, irgend etwas für die Beaufsichtigung oder den Schutz des eingelagerten Gutes zu tun, dass sie insoweit vielmehr allein auf die Tätigkeit des Beklagten bzw. seiner Angestellten angewiesen gewesen sei. Dass beide Parteien das Verhältnis so angesehen hätten, ergebe sich insbesondere aus dem Schreiben der Klägerin vom 13. Januar 1947 und aus dem Schreiben des Beklagten vom 27. März 1947. Der sich aus diesen Schreiben ergebende Anspruch auf demnächstige Abrechnung und Abstimmung bedeute, dass die Klägerin berechtigt sei, die gleiche Art und Menge an Ware, wie eingelagert, zurückzuverlangen, und dass der Beklagte für die Rückgabe einzustehen habe, es sei denn, dass er sein und seiner Angestellten (Erfüllungsgehilfen) Nichtverschulden für Beschaffenheitsmängel und Fehlmengen nachzuweisen imstande sei.

Wie der erkennende Senat in der Entscheidung BGHZ 3, 200 für den Fall der Einlagerung von Möbeln in dem Speichergebäude einer Möbelhandlung ausgeführt hat, erschöpft sich die Miete in der blossen Gebrauchsüberlassung eines Raumes oder Raumteils, während bei der Verwahrung die Übernahme einer besonderen Obhutspflicht seitens des Rauminhabers hinzutritt. Ein Lagergeschäft erfordert die gewerbliche - nicht vereinzelte - Übernahme der Verwahrung, sei es auch nur als Nebengeschäft eines auf einen anderen Geschäftskreis gerichteten Handelsgewerbes. Ob unter Berücksichtigung der in dieser Entscheidung dargelegten Rechtsgrundsätze für den vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein Lagervertrag angenommen werden könnte, kann dahingestellt bleiben, weil sich die rechtliche Beurteilung der Haftung des Beklagten im Ergebnis in keinem Falle ändern würde. Auch bei Annahme eines Lagervertrages könnte sich der Beklagte für eine Haftungsbeschränkung nicht mit Erfolg auf die den "Allgemeinen Spediteurbedingungen" entsprechenden "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Rehrsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei, Fachgruppe Lagerei" berufen. Auch diese Bedingungen haben - wie die in der Entscheidung BGHZ 3, 200 erörterten Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports - den Charakter einer allgemeinen normativen Rechtsordnung, die an die Stelle dispositiver gesetzlicher Vorschriften treten kann, keinesfalls aber diese letzteren ohne weiteres ersetzt. Es bedarf vielmehr stets einer Unterwerfung der Vertragsparteien unter diese Rechtsordnung, die auch stillschweigend erfolgen kann. Der Beklagte hat aber eine solche beiderseitige Unterwerfung nicht behauptet, die auch im normalen Geschäftskreise des vom Beklagten in Hamburg-Ber-

gedorf betriebenen Glycerin- und Fettsäurewerkes nicht zu unterstellen ist. Damit scheidet also auch im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit der Allgemeinen Lagerbedingungen aus. Für die Beurteilung der Haftung des Beklagten kommt es entscheidend nur auf die Feststellung seiner Obhuts-, Überwachungs- und Verwahrungspflicht an.

a) Die Revision greift die Feststellung dieser Pflicht des Beklagten an und meint, die Begründung des angefochtenen Urteils lasse nicht klar erkennen, ob die Feststellung lediglich auf die Umstände gestützt werde, insbesondere auf den "Besitzstand" und die Tatsache, dass die Klägerin nach der Einlagerung keine Möglichkeit mehr gehabt habe, irgend etwas für die Beaufsichtigung oder den Schutz des eingelagerten Gutes zu tun, sie insoweit vielmehr allein auf die Tätigkeit des Beklagten bzw. seiner Angestellten angewiesen gewesen sei, oder ob nur aus der Tatsache, dass beide Parteien "das Verhältnis so angesehen hätten", gefolgert werden solle, dass dem Beklagten eine Obhutspflicht obgelegen habe. Im ersteren Falle würde es sich um die Auslegung des Inhalts des Vertrages aus den Umständen allein handeln, im zweiten Fall um die Feststellung des Willens der Parteien, insbesondere des Beklagten, dass dieser eine Obhutspflicht und damit eine Haftung für die Rückgabe des eingelieferten Quantums zu übernehmen habe.

Der von der Revision gegen das Berufungsurteil erhobene Vorwurf, dass die Begründung nicht ausreichend zwischen Auslegung des Vertrages und Feststellung des Parteiwillens unterscheide, ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf Grund rein tatsächlicher Erwägungen aus

den gesamten Umständen und dem Schriftwechsel den Inhalt des Vertrages dahin ausgelegt, dass der Beklagte eine Obhutspflicht und damit auch eine Haftung für die tatsächlich eingelagerte Ölmenge übernommen habe. Für diese Beurteilung ist von wesentlicher Bedeutung, dass die Klägerin keinen Zutritt zu den Tanks hatte, dass diese vielmehr unter der alleinigen Aufsicht der Leute des Beklagten standen. Zu dieser Auslegung des Vertragsinhalts gehört die auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Übernahme einer solchen Obhutspflicht auch nach dem Inhalt des Schriftwechsels, insbesondere der Schreiben vom 13. Januar 1947 und vom 27. März 1947 als erklärter Wille der Parteien, also auch des Beklagten, anzusehen sei.

b) Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe den ihm vorgetragenen Tatsachenstoff nicht erschöpfend ausgewertet und auch gegen die Denkgesetze verstossen (§ 286 ZPO), ist nicht gerechtfertigt.

Die Revision meint, der Beklagte habe deutlich zu erkennen gegeben, dass ihn das Einlagerungsgewicht zunächst nur mit Rücksicht auf die Berechnung seiner Einlagerungsgebühren sowie der Gebühren für die Zurverfügungstellung von Dampfkraft und Arbeitskraft bei der Einlagerung und Auslagerung interessiere; die Klägerin habe niemals darauf aufmerksam gemacht, dass eine Abstimmung der Gewichte mit Rücksicht auf die Obhutspflicht des Beklagten, also seine Verpflichtung, dasjenige Gewicht wieder auszuliefern, das bei ihm eingelagert worden sei, erforderlich sei. In diesem Fall würde er zur Feststellung des Einlagerungsgewichts die Einräumung eines Kontrollrechts verlangt haben.

Diese Erwägung der Revision geht schon deshalb fehl, weil der Beklagte durchaus die Möglichkeit der Kontrolle hatte und von dieser Möglichkeit auch wiederholt durch Nachwiegen der ihm zugeleiteten Eisenbahnkesselwagen Gebrauch gemacht hat. Über aufgetretene Gewichts differenzen haben die Parteien verschiedentlich korrespondiert. Soweit eine Aufklärung nicht möglich war, ist die Abstimmung auf den Zeitpunkt der Auslagerung verschoben worden. Eventuelle Untergewichte sollten auf Wunsch der Klägerin vom Beklagten festgehalten werden, "damit er bei der späteren Verladung gedeckt sei" (Schreiben der Klägerin vom 13. Januar 1947). Deshalb hat er auch vereinbarungsgemäss die Differenzen "zu Abstimmungszwecken bei späterer Auslagerung notiert" (Schreiben des Beklagten vom 20. Januar und 27. März 1947) und ausdrücklich bestätigt, dass es für ihn selbstverständlich sei, der Klägerin "die gesamten Mengen, die eingelagert seien, wieder auszuliefern, ganz gleich, ob das bei der Auslagerung ermittelte Neugewicht über oder unter dem Einlagerungsgewicht liege". Es ist richtig, dass dieses Einlagerungsgewicht zunächst nur für die Berechnung der bei der Aufnahme der Ware entstehenden Gebühren und, soweit eine ungeklärte Gewichts differenz blieb, nicht ohne weiteres für eine Haftung des Beklagten bei der Auslagerung der Ware massgebend sein sollte. Hierbei sollten vielmehr die von dem Beklagten festgehaltenen Gewichts differenzen zu Abstimmungszwecken Berücksichtigung finden. Dies ändert aber nichts an der vom Berufungsgericht im Wege der Vertragsauslegung getroffenen Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet war, die tatsächlich eingelagerte, seiner Obhut überlassene Ware zurückzuliefern.

c) Zu Unrecht rügt die Revision weiter, das Berufungsgericht habe für die Frage der Obhutspflicht die Bedeutung

des Verkaufsabkommens vom Januar 1948 übersehen. Die Revision meint, aus der Tatsache, dass im Zusammenhang mit dem durch dieses Nebenabkommen dem Beklagten eingeräumten Verkaufsmonopol eine Vereinbarung über die Abrechnungsbasis getroffen worden sei, müsse gefolgert werden, dass beide Parteien im übrigen, also ohne Bezugnahme auf dieses Verkaufsmonopolabkommen, nicht von einer Haftung des Beklagten für das Einlagerungsgewicht ausgegangen seien; hätten die Parteien dies getan, so hätte es im Rahmen des Verkaufsabkommens einer solchen besonderen Abrede überhaupt nicht bedurft.

Auch diese Erwägung der Revision ist nicht stichhaltig. Auf Grund der ursprünglichen Vereinbarung stand die Warenmenge, für die bei der Auslagerung eine Haftung des Beklagten in Frage kommen konnte, ziffernmässig noch nicht fest. Es sollte dabei zwar von dem sogenannten Einlagerungsgewicht ausgegangen, aber auch die vom Beklagten festgestellte Gewichts-differenz zu Abstimmungszwecken berücksichtigt werden. Die sich hieraus für die Parteien ergebende Ungewissheit sollte durch das Verkaufsabkommen dadurch beseitigt werden, dass der Beklagte und die Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] nunmehr im Zusammenhang mit dem ihnen eingeräumten Verkaufsmonopol die Abrechnung nach dem vom Sachverständigen Dr. Bartels auf Grund der Vermessung ermittelten Gewichts übernahmen; sie übernahmen also bewusst das in dieser Gewichtsermittlung liegende Risiko. Die Schaffung einer derartigen ziffernmässig bestimmten Abrechnungsbasis steht der Annahme einer schon vorher bestehenden Obhutspflicht und Haftung des Beklagten in keiner Weise entgegen, so dass das Berufungsgericht, das sich im übrigen eingehend mit dem Verkaufsabkommen befasst hat, keinen Anlass hatte, noch ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die dargelegte Aus-

legung des gegebenen Vertragsinhalts durch den Inhalt dieses Nebenabkommens nicht berührt werde.

3.) Das Berufungsgericht hat das zwischen der Klägerin einerseits und dem Beklagten und der Firma Rud.H.C. J. andererseits geschlossene Verkaufsabkommen als "Kompensationsgeschäft" wegen Verstosses gegen § 134 BGB in Verbindung mit § 1 a KWVO als nichtig angesehen und ausgeführt, dass demgemäss für die Klägerin auch die Möglichkeit entfalle, sich auf die in diesem Zusammenhang getroffene Vereinbarung, dass für die Abrechnung der Parteien das von ihr festgestellte Einlagerungsgewicht massgebend sein solle, zu berufen. Vielmehr könne die Klägerin - abgesehen von der Frage der Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung - Ansprüche gegen den Beklagten nur auf Grund des "Kietvertrages" erheben, der im Verhältnis der Parteien in seinen rechtlichen Auswirkungen unabhängig von dem späteren Verkaufsabkommen bestehen geblieben sei.

Auf Grund des ursprünglich geschlossenen Vertrages hat das Berufungsgericht einen Lagerungsverlust (Schwund) von $1\frac{1}{2}$ % des tatsächlichen Einlagerungsgewichts angenommen und ausgeführt, ein solcher Verlust werde in der Hauptsache mit dem Ein-, Um- und Auslagern in Zusammenhang stehen; die Möglichkeit eines Verlustes bei der in Teilmengen vorgenommenen Auslieferung könne jedenfalls nicht ausgeschlossen werden.

Die Klägerin hat dem Beklagten mit der Klage zunächst selbst einen Schwund von $3\frac{1}{4}$ % gutgebracht, aber im Berufungsrechtszug abgelehnt, einen solchen Lagerungsverlust weiter anzuerkennen, und die Klage dement-

sprechend erhöht. Mit der Anschlussrevision versucht sie, diese Rechtsauffassung aus der im Verkaufsabkommen enthaltenen Abrechnungsvereinbarung zu begründen. Die Klägerin leitet aus diesem nach ihrer Ansicht rechtswirksam geschlossenen Abkommen die Verpflichtung des Beklagten her, dass dieser über die ursprüngliche Vereinbarung hinaus eine von dem tatsächlich eingelagerten Gewicht unabhängige, auch jeden unverschuldeten Lagerungsverlust ausschliessende Haftung übernommen habe. Dabei konnte aber für den Beklagten und die Firma Rud.H.C. J. die Übernahme eines solchen Risikos selbstverständlich nur mit Rücksicht auf die ihnen durch das Verkaufsmonopol eingeräumten Gewinnchancen in Betracht kommen.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum festgestellt, dass nach dem Inhalt des Verkaufsabkommens "Austausch- oder Kompensationsgeschäfte" in der Weise vorgesehen waren, dass Vertragspartner gesucht werden sollten, die statt des unerwünschten Geldes wertbeständige Waren liefern konnten. Das Berufungsgericht hat dieses Verkaufsabkommen trotz der von den Parteien vorgesehenen Zustimmung des Landeswirtschaftsamts zu den einzelnen Kompensationsgeschäften als nichtig angesehen und sich auf den Standpunkt gestellt, dass eine derartige Zustimmung den vorgesehenen Kompensationsgeschäften ihrem ganzen Charakter nach das Merkmal der Verbotswidrigkeit nicht hätte nehmen können. Ob dieser Rechtsauffassung ohne Rücksicht auf die Art der Durchführung des Geschäfts und die vorgesehene Einholung der Genehmigung der zuständigen Wirtschaftslenkungsbehörde beizutreten ist, kann hier unentschieden bleiben. Denn selbst wenn das Abkommen zunächst rechtswirksam zustande gekommen wäre, könnte die Klägerin hieraus

keine Rechte mehr herleiten, nachdem sie dem Beklagten unter Hinweis auf die "veränderte Sachlage" jede weitere Durchführung des Abkommens unmöglich gemacht hatte. Nachdem das Landeswirtschaftsamt am 3. März 1948 auf Grund des Reichsleistungsgesetzes den gesamten noch vorhandenen Warenbestand in Anspruch genommen hatte, erwiesen sich nämlich die von den Parteien vorgesehenen Austausch- und Kompensationsgeschäfte nicht mehr als durchführbar. Die Klägerin bezeichnete daraufhin die im Januar 1948 getroffene Vereinbarung als "illusorisch" und die sich aus dieser Verabredung ergebenden beiderseitigen Ansprüche als "erloschen". Abgesehen davon, dass nach der Inanspruchnahme des Warenbestandes durch das Landeswirtschaftsamt keine Austausch- und Kompensationsgeschäfte mehr in dem vom Berufungsgericht dargelegten Sinn in Frage kommen konnten und auch tatsächlich nicht vorgenommen worden sind, war das Abkommen jedenfalls durch den von der Klägerin erklärten "Rücktritt" hinfällig geworden. Damit war, wie auch die Revision zutreffend ausführt, die im Zusammenhang mit diesem Verkaufsabkommen getroffene Vereinbarung, dass die Abrechnung auf der Grundlage des von Dr. Bartels ermittelten Warenbestandes vorzunehmen sei, beseitigt.

Die Anschlussrevision erkennt den von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt, wenn sie unter Hinweis auf RGZ 153, 59 aus der zunächst vereinbarten Gewichtsfeststellung für den Beklagten noch Rechte herzuleiten versucht mit der Begründung, dass eine Partei, deren Leistung noch offen stehe, gegen Treu und Glauben verstosse, wenn sie sich auf die Rechtsunwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts berufe, das von der anderen Partei "voll abgewickelt" worden sei. Im Rahmen des Abkommens vom Januar 1948 sind in den Monaten Januar und Februar 1948

nur aus dem Tank Nr 8 Auslieferungen erfolgt, und zwar handelt es sich dabei auch nur um eine Menge von 50 243,5 kg; der Beklagte hat in der von ihm am 22. Mai 1951 überreichten Aufstellung im einzelnen die ausgelieferten Mengen und die Empfänger angegeben. Aus dem Tank Nr 3 sind jedoch die ersten Abfüllungen erst im April 1948, also lange nach der Inanspruchnahme durch das Landeswirtschaftsamt vorgenommen worden. Diese Auslieferungen sind ausschliesslich nach Anweisung des Landeswirtschaftsamts im Rahmen der nach dem Reichsleistungsgesetz ausgesprochenen Inanspruchnahme vorgenommen worden. Aus Tank Nr 3, der allein Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, sind also überhaupt keine Auslieferungen im Rahmen des Verkaufsabkommens vom Januar 1948 erfolgt. Die Klägerin kann deshalb den Beklagten für diesen Tank keinesfalls an der in jenem Abkommen enthaltenen Gewichtsfeststellung festhalten. Die Frage, ob das Abkommen zunächst rechtsbeständig war oder nicht, ist hierfür nicht entscheidungserheblich. Daher gehen auch die auf § 816 BGB gestützten Erwägungen der Revision fehl. Im Falle der Nichtigkeit des die Klägerin hinsichtlich der Gewichtsfeststellung begünstigenden Verkaufsabkommens kann die Klägerin wegen des Schwundabzuges selbstverständlich nicht besser gestellt werden als im Falle einer ursprünglichen Rechtsbeständigkeit. Im übrigen hat bei den Auslieferungen nicht der Beklagte, sondern das Landeswirtschaftsamt über die auf Grund des Reichsleistungsgesetzes in Anspruch genommene Ware der Klägerin verfügt.

Schliesslich verkennt die Revision auch den Sinn der Ausführungen des Berufungsgerichts auf Seite 21 des angefochtenen Urteils, wenn sie meint, hiernach habe die Klägerin einen Anspruch darauf gehabt, dass kein

Untergewicht auftrete; allein auf Grund dieser Feststellung habe sie beanspruchen können, dass die Ölmenge sich nicht veränderte.

Diese Darlegungen des Berufungsgerichts betreffen nur die von dem Beklagten zu vertretenden Gewichts- und Beschaffenheitsänderungen. Sie enthalten aber noch keine Feststellung darüber, wie gross die von der Klägerin ursprünglich eingelagerte Menge ziffernmässig war und welche Beschaffenheit sie im einzelnen nach Wassergehalt usw. hatte; aus ihnen ergibt sich insbesondere auch nichts darüber, dass der Beklagte für die üblichen unverschuldeten Lagerungsverluste haften sollte. Die Anschlussrevision erkennt auch offenbar, dass das Berufungsgericht den Beklagten nicht von jeder Haftung für Irrtümer und Versehen bei der Auslieferung, sondern nur von der Haftung für den hierbei ohne Verschulden üblicherweise eintretenden Schwund hat freistellen wollen. Dies entspricht der sich aus § 282 BGB ergebenden Rechtslage.

II.

Bei der Feststellung der Schadenshöhe geht das Berufungsgericht nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien davon aus, dass der Inhalt des Tanks Nr 8 restlos entsprechend dem von der Klägerin angegebenen Einlagerungsgewicht ausgeliefert worden sei und deshalb für die Schadensberechnung ausscheiden könne. Im übrigen hafte der Beklagte nach dem Vertrag zunächst auf Rückgabe der tatsächlich eingelagerten Menge; dabei habe das bei der Klägerin bahnamtlich ermittelte Gewicht nicht schlechthin für die Abrechnung massgeblich sein sollen. Die Klägerin müsse grundsätzlich beweisen, wieviel tat-

sächlich eingelagert worden sei. Es könne dahingestellt bleiben, ob im Hinblick auf den Schriftwechsel der Parteien, insbesondere das Schreiben der Klägerin vom 15. Januar 1947, inhalts dessen der Beklagte bei Beschädigung der Plomben der Kesselwagen eine Nachprüfungspflicht gehabt habe, die Klägerin eines weiteren Beweises als Vorlage der bahnamtlichen Verwiegungsdokumente entoben und der Beklagte gehalten sei, für die ohne Beanstandung angenommenen Kesselwagen ein etwaiges Untergewicht nunmehr nachzuweisen. Denn wegen der quantitätsmässigen Fehlmenge bedürfe es eines Zurückgehens auf die Zeit der Einlagerung nicht. Nach dem Bericht des Sachverständigen Dr. Bartels stehe fest, dass am 6. Januar 1948 in Tank Nr 3 rechnermässig 408 102 kg vorhanden gewesen seien. Möge die Ermittlung des Gewichts auf rein rechnerischer Grundlage nicht haargenau sein, so könne der Unterschied jedoch nach den Erklärungen des Sachverständigen nicht sehr erheblich sein. Seien aber im Januar 1948 408 102 kg Pflanzenölfettsäure mit 4,08 % Wassergehalt in Tank Nr 3 vorhanden gewesen, so könne unbedenklich als erwiesen angesehen werden, dass das von der Klägerin bahnamtlich ermittelte Gewicht von 393 959 kg tatsächlich auch zur Einlagerung gekommen sei, und zwar mit dem von ihr angegebenen Wasser- und Schmutzgehalt von 0,38 %; denn die von Dr. Bartels festgestellte Mehrmenge von rund 14 000 kg entspreche, auf den vorhandenen Bestand von 408 102 kg berechnet, etwa dem Unterschied zwischen 0,38 % und 4,08 % Wassergehalt. Da nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien eine Gesamtmenge von 594 971,5 kg, hiervon aus Tank Nr 3 380 350,5 kg zurückgeliefert worden seien, belaufe sich die Fehlmenge gewichtsmässig auf 14 227,5 kg. Da der Beklagte den Verbleib dieser Fehlmenge und sein Nichtverschulden an der Entstehung des Fehlbestandes nicht nachgewie-

sen habe (§ 282 BGB), müsse er den insoweit entstandenen Schaden - abzüglich eines Schwundes von 1/2.% - ersetzen.

Die Revision greift diese Feststellungen mit Rügen aus §§ 139, 286 ZPO an. Diese Rügen können keinen Erfolg haben.

1.) Die Revision meint, das angefochtene Urteil gehe in Wahrheit nicht von dem von der Klägerin selbst angegebenen Einlagerungsbestand, sondern von dem von Dr. Bartels für den Tank Nr 3 festgestellten Bestand vom 6. Januar 1948 aus. Dies ist nur insofern richtig, als das Berufungsgericht aus dem von Dr. Bartels ermittelten Inhalt des Tanks Nr 3 bei einem Wassergehalt von 4,08 % einen Schluss auf den von der Klägerin angegebenen Einlagerungsbestand zieht. Diese Schlussfolgerung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Da das für diesen Tank ermittelte Mehrgewicht im ganzen einer Zunahme an Wassergehalt entspricht, hat das Berufungsgericht die von der Klägerin angegebenen Gewichtsmengen ohne Rechtsverstoß als ursprünglich eingelagert festgestellt.

Es ist richtig, dass Dr. Bartels für Tank Nr 8 nur einen Bestand von 201 831 kg ermittelt hat, obwohl die Parteien übereinstimmend ein Gewicht von 215 240 kg (bzw. 215 470 kg) als eingelagert und auch als ausgelagert angegeben haben. Die Revision weist darauf hin, dass die Differenz von 13 409 kg zuzüglich der Mengendifferenz von 734 kg, die sich aus den Gesamteinlagerungsziffern der Klägerin von 609 199 kg und der von Dr. Bartels ermittelten Gesamtziffer von 609 933 kg ergebe, einen Betrag von 14 143 kg ausmache, der der Differenz von 408 102 kg zu 393 959 kg entspreche; hieraus ergebe sich,

dass dieser Differenzposten mit der Ware aus dem Tank Nr 8 an die Klägerin ausgeliefert worden sei; es handle sich hier also gar nicht "um die Fehlmenge wegen erhöhten Wassergehalts, sondern um diejenige Differenz, die sich daraus ergebe, dass die Einlagerungsgewichte der Klägerin, verteilt zwischen Tank Nr 8 und Tank Nr 3, andere seien als die von Dr. Bartels vermessenen Gewichte". Die vorstehende Rechnung hätte der Beklagte aufgestellt, wenn er gemäss § 139 ZPO vom Berufungsgericht pflichtgemäss zur Aufklärung des unübersichtlichen Sachverhalts aufgefordert worden wäre.

Nachdem die Parteien übereinstimmend die in Tank Nr 8 eingelagerte Menge im vollen Umfange, d.h. mit einem Gewicht von 215 240 kg (bzw. 215 470 kg) als ausgeliefert bezeichnet hatten, konnte das Berufungsgericht für seine Schadensberechnung den Tank Nr 8 ganz ausscheiden. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils haben die Parteien den Streit um diesen Tank ausdrücklich für erledigt erklärt. Das Berufungsgericht hatte also nach der umfangreichen Vorbereitung des Prozesses keinen Anlass, noch die Differenz aufzuklären, die zwischen dem angegebenen Einlagerungsgewicht von 215 240 kg und dem von Dr. Bartels ermittelten Vermessungsgewicht von 201 831 kg bestand. Wenn die Klägerin mit der Revision versucht, es so darzustellen, als ob die Differenz von 14 143 kg, die für Tank Nr 3 zwischen dem Einlagerungsgewicht von 393 959 kg und dem von Dr. Bartels ermittelten Gewicht von 408 102 kg besteht, mit der sich für Tank Nr 8 ergebenden Differenz ausgeliefert oder ausgeglichen worden sei, so entfernt sie sich in unzulässiger Weise von den Feststellungen des Berufungsgerichts. Auch hat sie in den Vorinstanzen nicht behauptet, dass aus Tank Nr 8 irgend eine Mehrmenge zum Ausgleich eines

sich aus Tank Nr 3 ergebenden Untergewichts zur Verfügung gestanden habe. Mit den sich aus den Gewichtsfeststellungen des Sachverständigen Dr. Bartels ergebenden Differenzen lässt sich die grosse Fehlmenge, die zwischen dem bahnamtlich festgestellten gesamten Einlagerungsgewicht und der unstreitig ausgelieferten Warenmenge besteht, überhaupt nicht erklären; denn aus Tank Nr 8 sind eben nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien nicht mehr und nicht weniger als die hier unstreitig eingelagerten 215 240 kg bzw. 215 470 kg ausgeliefert worden.

Aus der Tatsache, dass die Parteien den Streit um den Tank Nr 8 übereinstimmend für erledigt erklärt haben, folgte für das Berufungsgericht, dass die Parteien nichts vortragen wollten, was einer Aufklärung der Differenz zwischen dem von den Parteien angegebenen Einlagerungsgewichten und dem hierfür von Dr. Bartels ermittelten Gewicht hätte dienen können. Sonst wäre es z.B. immerhin denkbar gewesen, dass ein dem Beklagten von der Klägerin zugeleiteter Kesselwagen von etwa 13-14 t in Tank Nr 3 entleert, aber versehentlich für Tank Nr 8 gebucht worden wäre. Da nämlich das von Dr. Bartels ermittelte Gesamtgewicht im wesentlichen dem von den Parteien notierten Gesamteinlagerungsgewicht entsprach, hätten sich - abgesehen von den Wassergehaltsdifferenzen - die von Dr. Bartels festgestellten Gewichts-differenzen hinsichtlich der beiden Tanks möglicherweise durch ein solches Versehen erklären lassen. Der Beklagte hat aber dahingehende Behauptungen nicht aufgestellt, sondern im Gegenteil die Einlagerung von 215 470 kg ausdrücklich zugestanden und auch in dieser Höhe der Klägerin die Auslieferung der Ware nachgewiesen. Hat der Beklagte aus Tank Nr 8 tatsächlich 215 470 kg ausgeliefert, so

kann nach dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt die von Dr. Bartels für Tank Nr 8 vorgenommene Gewichtsermittlung nicht richtig gewesen sein. Wäre - was das Berufungsgericht nicht nachzuprüfen hatte - etwa durch Verwechslung der beiden Tanks ein Buchungsversehen vorgekommen, so würde sich trotzdem an der Gesamtbeurteilung nichts ändern können; denn in jedem Fall würde sich die von der Klägerin errechnete grosse Gesamtfehlmenge von rund 14 000 kg ergeben.

Der Beklagte hat erstmalig im Berufungsrechtszug versucht, diese sich für Tank Nr 3 ergebende Fehlmenge dadurch zu erklären, dass die Ware stark wasserhaltig gewesen sei und dass dieses Wasser bei der Auslieferung "abgeschöpft", also nicht mit ausgeliefert worden sei. Das Berufungsgericht hat hierzu den von dem Beklagten benannten Zeugen D. [REDACTED] vernommen, aber in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass die Vernehmung in dieser Hinsicht keine Klarheit gebracht habe. Der Beklagte hat der Klägerin niemals Mitteilung über die angeblich bei der Auslieferung "abgeschöpften" und nicht nachgemessenen Wassermengen gemacht. Was der Beklagte jetzt über den Umfang des bei der Einlagerung vorhanden gewesenen Wassergehalts der Pflanzenölfettsäure behauptet, widerspricht im übrigen den vom Beklagten im September 1947 vorgenommenen Analysen, die für Tank Nr 3 nur "Spuren" von Wasser ergeben haben. Trotzdem will der Beklagte nach seiner - unbewiesen gebliebenen - Behauptung bessere, nämlich weniger wasserhaltige Ware ausgeliefert haben, als die Klägerin nach seiner Behauptung bei ihm eingelagert hat, ohne jedoch die Klägerin jemals auf die sich bei dieser Art der Behandlung der Ware zwangsläufig ergebenden Fehlmengen hingewiesen zu haben. Der Beklagte

hat auch keine Erklärung dafür gegeben, wie mit dieser Darstellung der von der Klägerin für die beiden letzten Kesselwagen auf 9 - 10 % festgestellte Wassergehalt in Einklang zu bringen sei. Das Berufungsgericht hat nach alledem in rechtlich nicht zu beanstandender Weise den dem Beklagten nach § 282 BGB obliegenden Beweis nicht als erbracht angesehen.

2.) Die Angriffe der Revision beruhen im wesentlichen auf der irrigen Vorstellung, dass der Schaden nur als Ausgleich eines auf unerlaubte Weise entstandenen, zu hohen Wassergehalts berechnet werden könne. In Wirklichkeit hat der Wassergehalt der Ware mit der vom Berufungsgericht festgestellten Gewichts Differenz, die sich aus einem Vergleich von Einlagerungs- und Auslieferungsgewicht ergibt, nichts zu tun.

Die Revision meint, die Ausführungen des Berufungsgerichts auf Seite 24 des angefochtenen Urteils beruhten auf einem Denkfehler; die Differenz zwischen dem von Dr. Bartels ermittelten Gewicht von 408 102 kg mit einem Wassergehalt von 4,08 % und dem von der Klägerin angegebenen Einlagerungsgewicht von 393 959 kg könne nicht durch Mehrgehalt von Wasser erklärt werden; denn nach dem Vortrage der Klägerin könne der Verlust nur dadurch entstanden sein, dass bei dem Beklagten durch Diebstahl Fettsäure entwendet und ein entsprechendes Quantum Wasser zugesetzt worden sei. Bei einer solchen Erklärung müsse die Menge logischerweise die gleiche bleiben und nur innerhalb der gleichbleibenden Menge werde die Qualität durch Hinzufügung von Wasser in demselben Gewicht verändert, in welchem Fettsäure entwendet werde. Bei einem Zuwachs an Gewicht von 393 959 kg auf 408 101 kg würde immer die eingelagerte Fettsäuremenge von 393 959

kg in unverfälschter Qualität übrig geblieben sein und der Klägerin zurückgeliefert werden können, wenn der Zuwachs nur einen Mehrgehalt an Wasser darstellen würde; demgegenüber behaupte die Klägerin aber gerade, "dass ihr im Rahmen des von dem Beklagten zurückerstatteten Gewichts an Fettsäure 14 227,5 kg Wasser statt Fettsäure geliefert worden sei".

Die Ansicht der Revision, dass hierin ein vom Berufungsgericht nicht gewürdigter "logischer Widerspruch zu der von ihm zugrunde gelegten Berechnung von Dr. Bartels" liege, ist nicht zutreffend.

Abgesehen von den Beschaffenheitsbeanstandungen, die wegen der beiden Kesselwagen erhoben, hier aber nicht nachzuprüfen sind, hat die Klägerin nicht behauptet, dass der Beklagte "ihr im Rahmen des von dem Beklagten zurückerstatteten Gewichts 14 227,5 kg Wasser statt Fettsäure geliefert habe". Es ist auch nicht richtig, wenn die Revision meint, das Berufungsgericht habe "eine Fehlmenge wegen erhöhten Wassergehalts" festgestellt. Wie bereits ausgeführt wurde, hat das Berufungsgericht in dem von Dr. Bartels ermittelten Mehrgewicht einer mit einem erheblich höheren Wassergehalt behafteten Fettsäure nur eine Bestätigung dafür gesehen, dass ursprünglich tatsächlich die von der Klägerin angegebene Menge mit dem von ihr ermittelten geringeren Wassergehalt eingelagert worden ist. Die Rüge der Revision könnte nur dann beachtlich sein, wenn das Berufungsgericht aus dem von Dr. Bartels festgestellten höheren Wassergehalt auf einen von den Leuten des Beklagten verübten, durch Zusatz von Wasser verdeckten Diebstahl geschlossen hätte. Das ist nicht geschehen. Die Klägerin hat zwar behauptet, dass der Verlust "nur

durch Diebstahl und - im Hinblick auf den überhöhen Wassergehalt - Wiederhinzusetzung von Wasser seitens der Angestellten des Beklagten" entstanden sein könne. Die Klägerin hat für diese Behauptung aber keinen Beweis antreten können. Ihr Hinweis auf die Äusserung des Beklagten, dass er den Pförtner bei Unehrlichkeiten ertappt habe, könnte den Umständen nach allenfalls als ein Indiz gewertet werden. Das Berufungsgericht hat die Frage der Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung völlig offen gelassen. Die Klägerin hat auch selbst die Möglichkeit eingeräumt, dass die Verluste beim Aufnehmen und Absetzen der Fettsäure oder durch Zuvielauslieferung beim Verkauf entstanden sein könnten. Nach der Darstellung des Beklagten besteht die Möglichkeit, dass infolge Schadhaftheit der Heizschlangen eine gewisse Menge Wasser in die Fettsäure gelangt sein kann. Da das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus die Voraussetzungen für eine unerlaubte Handlung nicht zu prüfen brauchte, hatte es auch keinen Anlass, eine weitere Klärung des Sachverhalts in der Richtung zu versuchen, auf welche Weise der von Dr. Bartels ermittelte erhöhte Wassergehalt entstanden sein könne. Nach dem für die Parteien massgebenden Vertrag kommt es nur auf die Feststellung an, dass aus Tank Nr 3 weniger Ware ausgeliefert worden ist als eingelagert worden war. Das Berufungsgericht hat diese Differenz ohne Verfahrensverstoss aus einem Vergleich des von der Klägerin nach den bahnamtlichen Unterlagen angegebenen Einlagerungsgewichts - nicht des von Dr. Bartels ermittelten Vermessungsgewichts - und dem zwischen den Parteien unstreitigen Auslieferungsgewicht auf 14 227,5 kg festgestellt. Bei der Schadensberechnung ist der von Dr. Bartels ermittelte höhere Wassergehalt als solcher nicht berücksichtigt worden. Das kann sich im übrigen nur zu Gunsten des Be-

klagten ausgewirkt haben; denn nach dem von Dr. Bartels ermittelten Wassergehalt wäre es zumindest nicht unwahrscheinlich, dass auch die vom Beklagten an verschiedene Abnehmer ausgelieferte Fettsäure diesen höheren Wassergehalt gehabt hätte, so dass sich die Fehlmenge noch um den Mehrgehalt an Wasser bei diesen Auslieferungen erhöhen würde. Da aber die Empfänger - es handelt sich um die Zeit vor der Währungsreform - keine Mängelrügen erhoben haben, hat sich die Klägerin bei der Schadensberechnung auf den tatsächlich festgestellten Gewichtsverlust beschränken können.

Die Revision missversteht den im angefochtenen Urteil enthaltenen Satz, dass es eines Zurückgehens auf die Zeit der Einlagerung nicht bedürfe, hiermit hat das Berufungsgericht nur zum Ausdruck bringen wollen, dass die Richtigkeit des von der Klägerin nach dem Stande vom 13. September 1946 angegebenen ursprünglichen Einlagerungsgewichts ihre Bestätigung in den von Dr. Bartels festgestellten Mengen- und Beschaffenheitsveränderungen finde. Diese die Überzeugung des Berufungsgerichts begründende Erwägung ist rechtlich umso weniger zu beanstanden, als der Beklagte gegen die von der Klägerin auf Grund der bahnamtlichen Verwiegunen notierten Einlieferungsmengen keinerlei substantiierte Einwendungen hat vorbringen können.

3.) Zu Unrecht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht setze bei seiner Schadensberechnung ohne weiteres voraus, "dass das Quantum von 14 227,5 kg auf einem Mehrgehalt von Wasser gegenüber dem Wassergehalt im Zeitpunkt der Einlagerung von 0,38 % beruhe". Die Berechnung der tatsächlich nicht ausgelieferten Fehlmenge

hat mit dem Wassergehalt der Ware aber nichts zu tun. Die Revision verkennt die Grundlage der Berechnung, wenn sie meint, "das Mindergewicht an Fettsäure sei durch den entstandenen Mehrwassergehalt ermittelt worden". Durch die Einlagerung als solche können sich weder der Wassergehalt der eingelagerten Ware noch die Warenmenge erhöhen; selbstverständlich kann hierdurch auch kein "Mindergewicht an Fettsäure" entstehen. Es kann auch keine Rede davon sein, dass die Klägerin "die Minderauslieferung an Fettsäure ausschliesslich auf den festgestellten Mehrgehalt an Wasser zurückführe". Neben der Sache liegen deshalb auch alle von der Revision angestellten Berechnungen, dass bei einer Erhöhung des Wassergehalts von 0,38 % auf 4,08 % das "Mindergewicht an Fettsäure" nicht 14 227,5 kg, sondern 14 576,22 kg bzw. 15 099,77 kg betrage, je nachdem, ob man von einem Einlagerungsgewicht von 393 949 kg oder 408 102 kg ausgehe. Da die Klägerin - abgesehen von den beiden noch streitigen Kesselwagen - aus einem zu hohen Wassergehalt der ausgelieferten Pflanzenölfettsäure keine Schadensersatzansprüche herleitet, sondern Schadensersatz nur für das festgestellte, nicht zurückgelieferte Fehlquantum fordert, brauchte das Berufungsgericht die verschiedenen Analysedaten über Wassergehalt nicht nachzuprüfen.

Nicht gerechtfertigt ist schliesslich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Frage des Schwundes noch nicht endgültig geklärt. Das Berufungsgericht hat zu Gunsten des Beklagten von der als eingelagert festgestellten Warenmenge von 393 959 kg einen Schwund von 1/2 % bei der Berechnung der hinsichtlich ihrer Entstehung im einzelnen unaufgeklärt gebliebenen Fehlmenge abgesetzt. Diese Bemessung des Schwundes lässt im Rahmen der Schadensermittlung nach § 287 ZPO keinen Rechtsirrtum erkennen.

4.) Unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen Eggers weist die Revision irrigerweise darauf hin, dass bei der Fettsäure eine "Toleranz" von 3 % Wassergehalt bestehe, und übersieht, dass sich diese Toleranz nur auf Raffinationsfettsäure, nicht aber auf die hier eingelagerte dest. Pflanzenölfettsäure bezieht. Es ist richtig, dass die beiden Kesselwagen wegen des angeblich übermässig hohen Wassergehalts vom Berufungsgericht besonders behandelt werden und noch nicht Gegenstand des angefochtenen Teilurteils sind. Bei der bisherigen Schadensfeststellung ist aber das Gesamtgewicht dieser beiden Kesselwagen mit 29 900 kg zu Gunsten des Beklagten als zurückgeliefert berücksichtigt worden. Der Beklagte ist also insoweit durch das angefochtene Teilurteil nicht beschwert. Die Rüge der Revision, dass das vorbezeichnete Gewicht für die beiden Kesselwagen vorerst einmal von der Inhaltsmenge des Tanks Nr 3, d.h. von dem Einlieferungsgewicht von 393 959 kg zum Zwecke "der Berechnung des Schadens auf der Grundlage von 4,08 %" hätte abgezogen werden müssen, ist nicht begründet. Soweit das Berufungsgericht in dem weiteren Verfahren hinsichtlich der beiden Kesselwagen einen möglicherweise durch den hohen Wassergehalt entstandenen geringeren Handelswert prüfen will, hat dies nichts mit dem bereits für die tatsächlich fehlende Menge festgestellten Schadensbetrag zu tun. Wie die Klägerin zutreffend ausführt, würde der von dem Beklagten geforderte Abzug des Gewichts der Kesselwagen an dem Ergebnis des errechneten Mengenverlustes nichts ändern, weil die Absetzung dann auch bei der ausgelieferten Menge erfolgen müsste.

5.) Unverständlich bleibt, was die Revision unter Hinweis auf § 286 ZPO aus der der Klägerin bekannten Tat-

sache, dass Dr. Bartels am 6. Januar 1948 in Tank Nr 3 einen Wassergehalt von 4,08 % ermittelt hat, herzu-
leiten versucht. Die Revision meint, die Klägerin habe
auf Grund dieser Feststellung dem Beklagten gegenüber
niemals geltend gemacht, dass er für diesen Mehrgehalt
an Wasser verantwortlich sei; vielmehr habe die Kläge-
rin unbedenklich für die Berechnung der Einlagerungs-
gebühren die Mengenfeststellung des Sachverständigen
Dr. Bartels zugrunde gelegt; die Klägerin hätte bereits
damals geltend machen müssen, dass das Mehrgewicht, das
auf den erhöhten Wassergehalt entfalle, von dem Beklag-
ten bei der Berechnung seiner Einlagerungsgebühren
nicht berücksichtigt werden dürfe, weil es sich hier
ja nicht um von der Klägerin eingelieferte Ware, son-
dern um einen nachträglichen Wasserzusatz gehandelt hät-
te, der für die Klägerin nicht einlagerungsgebühren-
pflichtig habe sein können.

Aus dem Verhalten der Klägerin kann nicht der
Schluss gezogen werden, dass diese ihren Anspruch im-
mer nur auf Rückgabe von 393 959 kg mit einem Wasser-
gehalt von 4,08 % habe richten wollen. Da sich das von
Dr. Bartels ermittelte Gesamtgewicht - von der Differenz
von 734 kg abgesehen - mit dem von der Klägerin angege-
benen Einlagerungsgewicht deckt, und der Beklagte und
die Firma Rud.H.C. J. [REDACTED] auf Grund dieser von ihnen an-
erkannten Gewichtsfeststellung den Verkauf der Ware über-
nommen hatten, bestand für die Klägerin kein Anlass,
schon damals irgendwelche Schadensersatzansprüche we-
gen quantitativer oder qualitativer Mängel der einge-
lagerten Ware geltend zu machen. Die Beklagte hat auch
niemals behauptet, dass die Klägerin über das von ihr
angegebene und auch von dem Beklagten notierte Einlage-
rungsgewicht von 609 199 kg hinaus weitere Gebühren für

eine später durch Wasserzusatz eingetretene Gewichtsvermehrung bezahlt habe. Die von Dr. Bartels getroffenen Gewichtsfeststellungen haben an der auf Grund der Einlagerungsgewichte vorgenommenen Gebührenberechnung nichts geändert.

6.) Schliesslich rügt die Revision noch, das Berufungsgericht habe bei der Feststellung des angeblich auf "Mehrwassergehalt" zurückzuführenden "Minderquantums" übersehen, dass die Klägerin dem von ihr für den Zeitpunkt der Einlagerung angegebenen Wassergehalt von nur 0,38 % nicht bewiesen habe und hierfür auch keinen Beweis angetreten habe. Auch das ist unrichtig. Die Klägerin hat sich zum Beweise für ihre Behauptung, dass der Wassergehalt bei der Einlagerung nur 0,38 % betragen habe, auf die von den Parteien vorgenommenen Analysen bezogen, wie sie sich aus den vorgelegten Berichten vom 13. und 29. September 1947 ergeben. Ausserdem hat sich die Klägerin auf das Zeugnis ihres Laboratoriumsleiters Sch[REDACTED] bezogen (Schriftsatz vom 15. April 1950 S 4). Das Berufungsgericht hat schon auf Grund der urkundlich vorgelegten Analyseergebnisse unter Berücksichtigung der von Dr. Bartels ermittelten Mengen- und Wassergehaltszunahmen ohne Rechtsverletzung festgestellt, dass bei der Einlagerung der von der Klägerin angegebene Wasser- und Schmutzgehalt von 0,38 % vorhanden war. Bei dieser Sachlage bedurfte es keiner weiteren Beweiserhebung durch Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen Sch[REDACTED].

Nach alledem waren Revision und Anschlussrevision mit der Kostenfolge aus §§ 97, 92 ZPO zurückzuweisen.

Weinkauff Birnbach Bock Krüger-Nieland Benkard