

4
069

I ZR 15/52

V e r k ü n d e t
am 14. Okt. 1952

Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Johann Josef W [REDACTED], R [REDACTED] in
F [REDACTED] bei E [REDACTED],

Klägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
Dr. [REDACTED]

gegen

1. die Gesellschaft für H [REDACTED] - und W [REDACTED] mbH.
in K [REDACTED], L [REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer,

2. die Stadt Köln, vertreten durch den Oberstadtdirektor,

Beklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter des zweiten Rechtszugs der
Beklagten zu 1):

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

- Prozeßbevollmächtigter der
Beklagten zu 2):

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1952 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier,
Dr. Heidenhain, Schmidt, Wilde und Dr. Benkard

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 9. Januar 1952 wird auf ihre Kosten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 2) (Stadt Köln) verkaufte durch notariellen Vertrag vom 5. September 1947 an zwei Söhne und eine Nichte des Inhabers der Klägerin eine Grundfläche von 10,43 ha Ziegeleiland für 65.000 RM. Die §§ 6 und 8 des Vertrages lauten:

§ 6

Die Käufer verpflichten sich, nach Inangsetzung des Brennbetriebes des Fühlinger Ringofens, spätestens ab 15. Oktober 1947 wöchentlich 70 000 Steine der Stadt Köln zum Preise von 36 RM je 1000 Stück ab Ofen zur Verfügung zu stellen. Diese Lieferungen sind solange fortzusetzen, bis 1,8 Millionen Steine an die Stadt Köln geliefert sind. Bis zur Erfüllung dieser Bedingungen räumen die Käufer der Stadt Köln ein Rückkaufsrecht ein.

§ 8

Die Käufer verpflichten sich ferner, die Genehmigung der amtlichen Verteilungsstelle vorausgesetzt, auch nach Lieferung der 1,8 Millionen Ziegelsteine der Stadt Köln 6 Jahre lang jährlich 500 000 Ziegelsteine zu den behördlich festgelegten Preisen zu liefern.

Die Klägerin lieferte aus dem Kontingent des § 6 des Vertrages in den Jahren 1947/48 laufend Ziegelsteine an die Beklagte zu 2) und an ihr von dieser bezeichnete Drittabnehmer. Der Geschäftsverkehr mit der Klägerin wurde auf Seiten der Beklagten zu 2) durch das inzwischen aufgelöste Baustoffamt abgewickelt. Dieses rechnete auch ab. Als Zuteilungsscheine für Lieferungen aus dem Kontingent verwendete das Baustoffamt gedruckte Formulare und auch einfache Schreiben. Auf den Anweisungen waren der Lieferant (die Klägerin), die zu beliefernde Stelle und die Anzahl der zu liefernden Steine angegeben. Aus den Lieferungen der Klägerin haben sich Differenzen ergeben. Die Klägerin

- 3 -

behauptete, aus ihnen stünden ihr noch zu

- 1) eine Forderung von 16.028,50 DM gegen die jetzige Beklagte zu 2) (Stadt Köln) und
- 2) eine Forderung von 11.322,50 DM gegen beide Beklagte.

Die zweite Forderung bildet den Gegenstand des vorliegenden Prozesses. Die erste hat die Klägerin in einem Vorprozeß (5 0 89/49 LG Köln) gegen die jetzige Beklagte zu 2) (Stadt Köln) eingeklagt und in ihm beim Landgericht ein obsiegendes Urteil erstritten, das rechtskräftig geworden ist.

Die Beklagte zu 1) ist im Jahre 1947 als GmbH gegründet worden. Der Gegenstand des Unternehmens war die Beratung und Hilfe bei der Durchführung von Bauvorhaben, insbesondere die Förderung des Wiederaufbaues der Stadt Köln. Die Beklagte zu 2) hatte wegen des Wiederaufbaues der Stadt ein Interesse an der Beklagten zu 1). Zu den Gesellschaftern der Beklagten zu 1) gehörte u.a. der als Zeuge vernommene Dr. Müller. Er besaß Vollmacht von der Beklagten zu 1), für sie Verträge abzuschließen. Ob er in einem Rechtsverhältnis zu der Beklagten zu 2) stand und gegebenenfalls in welchem, ist streitig. In Köln besteht die G [REDACTED] AG für Wohnungsbau, allgemein als GAG bezeichnet. Mit ihr stand die Beklagte zu 1) in Geschäftsverbindung. Die Klägerin hat im Jahre 1948 unstreitig auf Veranlassung der Beklagten zu 2) Steine an die Beklagte zu 1) geliefert. Sie sind zum Teil durch den Fuhrunternehmer O [REDACTED] abgeholt worden. Einen Teil dieser Steine hatte die Beklagte zu 1) an Ossenbach weiterverkauft. Die von der Klägerin im Jahre 1948 an die Beklagte zu 1) gelieferten und von O [REDACTED] abgeholten Steine hat die Beklagte zu 2) (Stadt Köln) an die Klägerin bezahlt. Die Klägerin hatte der

- 4 -



Stadt Köln den Vorzugspreis gemäß dem Verträge vom 5. September 1947 für diese Steine berechnet. Die Beklagte zu 2) hatte ihrerseits den Drittabnehmern, denen sie Steine aus ihrem Kontingent überlassen hatte, höhere Preise eingesetzt. Die Beklagte zu 1) hat die Steine, die sie im Jahre 1948 bezogen hat, an die Beklagte zu 2) bezahlt.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit handelt es sich um den Anspruch auf Bezahlung von 161 750 Steinen, die der Fuhrunternehmer O [REDACTED] bei der Klägerin im Jahre 1949 abgeholt hat. Die Klägerin war der Auffassung, diese Steine seien für Bauten der GAG bestimmt gewesen. O [REDACTED] hat die Steine jedoch an andere Firmen weiterveräußert. Am 31. Januar 1949 schrieb die Klägerin der Beklagten zu 2) zu Händen des Städtischen Liegenschaftsamtes, ihr sei von diesem bedeutet worden, es herrsche Verstimmung darüber, daß die Stadt Köln von ihr, der Klägerin, keine Steine erhalte. Das veranlasse sie, darauf hinzuweisen, daß im Januar 1949 an die Stadt Köln bzw. die von ihr benannten Baustellen insgesamt 197 050 Steine abgegeben worden seien. In dem Schreiben ist erwähnt worden, daß davon die GAG 92 250 Steine bekommen habe. Die Klägerin sandte der Beklagten zu 2) ferner Rechnungen über im Januar und Februar 1949 gelieferte Steine zu. Sie fügte Aufstellungen darüber bei, wer die Steine erhalten haben sollte. In diesen Aufstellungen ist angegeben, die GAG habe im Januar 1949 im ganzen 92 250 und im Februar 1949 im ganzen 41 500 Steine bekommen. In Wirklichkeit hatte der Fuhrunternehmer O [REDACTED] diese Steine zwar bei der Klägerin abgeholt, sie aber anderweitig verkauft. Am 24. März 1949 schrieb die Beklagte zu 2) der Klägerin u.a., nach der mit dem Baustoff-

amt am 24. Januar 1949 getroffenen Vereinbarung seien ab 1. Januar 1949 Steinlieferungen an nichtstädtische Bauvorhaben von der Klägerin unmittelbar den Abnehmern zu berechnen. Das Baustoffamt habe lediglich eine Mitteilung über die ausgelieferte Menge zu erhalten, soweit sie auf Grund und im Rahmen von Zuteilungsscheinen auf das städtische Kontingent anzurechnen seien. Die Klägerin antwortete der Beklagten zu 2) mit Schreiben vom 25. März 1949, sie habe sich bereit erklärt, die Steine den privaten Bauunternehmern in Rechnung zu stellen, sie habe dabei jedoch den Vorbehalt gemacht, daß die Stadt Köln, die ihr gegenüber als Auftraggeberin gelte, die Ausfallbürgschaft hierfür behalte. Im Laufe des März 1949 holte O [REDACTED] nach Angabe der Klägerin weitere 18.000 Steine bei ihr ab. Die Klägerin sandte Ende März 1949 der Beklagten zu 1) Rechnungen über zusammen 161 750 (92 250, 41 500 und 18 000) Steine zu. Die Beklagte zu 1) lehnte die Bezahlung mit der Begründung ab, sie habe den Fuhrunternehmer O [REDACTED] im Jahre 1949 nicht beauftragt, die Steine abzuholen, sie habe im Jahre 1949 auch keine Steine erhalten.

Die Klägerin hat darauf Klage erhoben und beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihr 11.322,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. April 1949 zu zahlen. Die Beklagten haben um Klagabweisung gebeten.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe auf Grund des Vertrages vom 5. September 1947 und zwar unter Anrechnung auf das in ihm der Beklagten zu 2) zugebilligte Steinkontingent auf Weisung der Beklagten zu 2) an die Beklagte zu 1) in den Jahren 1948 und 1949 Ziegelsteine geliefert. Diese habe der Spediteur O [REDACTED] im Auftrage der Beklagten zu 1)

abgeholt. Die Lieferungen aus dem Jahre 1948 habe die Beklagte zu 2) bezahlt. Im Januar 1949 sei auf Weisung des Wirtschaftsdirektors K. der städtische Angestellte Glunz zusammen mit Dr. M. zu ihr, der Klägerin, gekommen. Glunz habe sie damals angewiesen, aus dem Kontingent und für Rechnung der Beklagten zu 2) täglich 5000 Steine an die Beklagte zu 1) zu liefern. Die Steine hätten durch die Beklagte zu 1) der GAG für Aufbauzwecke zur Verfügung gestellt werden sollen. In der Zeit vom Januar 1949 bis März 1949 habe der Fuhrunternehmer O. im Auftrage der Beklagten zu 1) 161 750 Steine zum Preise von 70 DM je tausend bei ihr abgeholt. Für die Lieferungen, die noch nicht beglichen seien und die die Klageforderung ausmachten, hafteten ihr beide Beklagten. Die Rechnungen für die Steine habe sie auf Veranlassung der Beklagten zu 2) im Einverständnis Dr. M.'s auf die Beklagte zu 1) ausstellen sollen, die die Steine habe bezahlen sollen. Sie, die Klägerin, habe sich bei der damaligen Abmachung aber ausdrücklich vorbehalten, die Beklagte zu 2) weiter haftbar zu machen. Die Beklagte zu 1) habe dem O. zwar nur einen Abholschein der Beklagten zu 2) über 20 000 Steine gegeben, sie habe O. aber erklärt, er könne ohne weiteres bis zu 500 000 Steine bei der Klägerin abholen. O. habe die Steine im Einverständnis der Beklagten zu 1) weiter veräußert. Nach der Behauptung O.'s habe die Beklagte zu 1) auch von ihm den Gegenwert für die Lieferungen bis auf einen Restbetrag von 3.095,24 DM erhalten.

Die Beklagte zu 1) hat erwidert, sie habe im Jahre 1948 von der Beklagten zu 2) Steine zum Preise von 55 DM je 1000 gekauft. Die Steine habe die Klägerin auf Veranlassung der

Beklagten zu 2) aus deren Kontingent geliefert. Sie, die Beklagte zu 1), habe die Steine zum Teil an O [REDACTED] weiterverkauft und von ihm im Jahre 1948 abholen lassen. Die Steine habe sie im Jahre 1948 an die Beklagte zu 2) bezahlt. Im Jahre 1949 habe sie weder Steine bestellt, noch solche erhalten. Zum Preise von 70 DM pro 1000 würde sie keine Steine gekauft haben. Wenn O [REDACTED], wie es scheine, im Jahre 1949 weiter bei der Klägerin Steine abgeholt haben sollte, so sei dies ohne ihren Auftrag und ohne ihr Wissen geschehen. O [REDACTED] habe ihr auch die Steine, die ihm die Klägerin im Jahre 1949 ausgehändigt habe, nicht bezahlt. Sie habe von O [REDACTED] zwar insgesamt 4.799,76 DM erhalten, aber für Lieferungen aus dem Jahre 1948. Von den angehlichen Lieferungen aus dem Jahre 1949 habe sie erst durch ein Schreiben der Klägerin vom 26. März 1949 erfahren. Sie habe ihm sofort widersprochen.

Die Beklagte zu 2) hat geltend gemacht, sie habe die Lieferung beglichen, die die Klägerin im Jahre 1948 aus dem Kontingent an sie selbst und ferner an die von ihr benannten Personen bewirkt habe. Im Jahre 1949 sei ausdrücklich mit der Klägerin vereinbart worden, daß die Klägerin ihr die Lieferungen an Dritte, im Gegensatz zum Jahre 1948, nicht mehr in Rechnung zu stellen habe, sondern daß sie die Rechnungen hierüber unmittelbar auf die Besteller auszustellen und die Beträge von ihnen selbst einzuziehen habe. Sie, die Beklagte zu 2), habe die Steine, deren Bezahlung die Klägerin jetzt verlange, nicht erhalten, sie habe die Steine auch nicht an die Beklagte zu 1) verkauft. Ziegelsteine seien im Jahre 1949 noch Mangelware gewesen. Sie, die Beklagte zu 2), habe

der Beklagten zu 1) damals daher ihr Steinkontingent zur Verfügung gestellt, so daß die Beklagte zu 1) von der Klägerin habe Steine beziehen können. Die Klägerin habe, als im Jahre 1949 besprochen worden sei, daß sie die Lieferungen im Gegensatz zu der früheren Handhabung unmittelbar den Beziehern in Rechnung stellen sollte, zwar angeregt, sie, die Beklagte zu 2), sollte verhaftet bleiben. Das habe sie aber abgelehnt. Ihr Angestellter Gl. [REDACTED] habe überdies für sie, die Beklagte zu 2), keine Verpflichtungen eingehen können. Vor allem habe die Klägerin nur auf Grund schriftlicher Anweisungen Steine liefern dürfen. Sie habe die Steine im Jahre 1949 jedoch herausgegeben, ohne sich solche Anweisungen vorlegen zu lassen. Sie, die Beklagte zu 2), habe auch keine Anweisungen erteilt.

Das Landgericht hat Beweis erhoben und sodann durch Urteil vom 10. Januar 1950 der Klage gegen beide Beklagte stattgegeben.

Gegen das Urteil haben beide Beklagte Berufung eingelegt. Die Klägerin hat ihre Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) im zweiten Rechtszuge auch auf unerlaubte Handlung gestützt. Weiter hat sie geltend gemacht, die Beklagte zu 2) besitze einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1) auf Bezahlung der Steine. Sie, die Klägerin, sei nach den Abmachungen befugt, diese Forderung einzuziehen. Auch hierauf stütze sie die Klage. Das Oberlandesgericht hat weiteren Beweis erhoben und darauf durch Urteil vom 9. Januar 1952 das Erkenntnis des Landgerichts geändert und die Klage gegen beide Beklagte abgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie beantragt, das

Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Die Beklagte zu 2) bittet, die Revision zurückzuweisen. Die Beklagte zu 1) ist im Revisionsrechtszuge nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten.

Entscheidungsgründe:

A. Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) (Stadt Köln).

I. 1) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der notarielle Vertrag vom 5. September 1947 sei, wie sein Wortlaut ergebe, nicht zwischen der Beklagten zu 2) und der Klägerin, sondern zwischen der Beklagten zu 2) und den in dem Vertrage aufgeführten drei Angehörigen des Inhabers der Klägerin abgeschlossen worden. Der notarielle Vertrag enthalte keine Verpflichtungen der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2) oder dieser gegenüber der Klägerin. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich hier gesetzwidrig mit dem unstreitigen Parteivorbringen in Widerspruch gesetzt. Die Revisionsrüge greift nicht durch, denn das angefochtene Urteil beruht, wie noch darzulegen sein wird, nicht auf der angegriffenen Darlegung.

2) Das Berufungsgericht hat bei der Erörterung des notariellen Vertrages erwähnt, der in ihm festgesetzte Kaufpreis sei auffällig billig. Die Revision rügt, zu dieser Annahme habe das Berufungsgericht nur unter Verletzung des § 139 ZPO kommen können, der Preis sei in Wirklichkeit angemessen gewesen. Die Rüge geht gleichfalls fehl; denn die Entscheidung des Berufungsgerichts gründet sich ersichtlich nicht auf die wiedergegebene Nebenbemerkung, aus der das Urteil keine Schlüsse zieht.

3) Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, auf welche Weise vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) zustande gekommen seien und welchen Inhalt sie gehabt hätten, sind nicht eindeutig. Auch enthält das Urteil keine klare Begründung der Aktivlegitimation der Klägerin. Vor allem gibt aber die rechtliche Beurteilung der Abmachungen aus dem Jahre 1949 zu Bedenken Anlaß. Die betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts haften zu stark an dem Wortlaut der beiden Schreiben vom 24. März 1949 und vom 25. März 1949. Sie berücksichtigen nicht genügend, daß das Schreiben vom 25. März 1949 nicht von einem Juristen, sondern von einem Laien stammt und daß der Ausdruck "Ausfallbürgschaft" auslegungsfähig ist. Das Berufungsgericht hätte hier prüfen müssen, ob die Abmachungen aus dem Jahre 1949 nicht dahin auszulegen waren, daß die Beklagte zu 2) weiter Käuferin der Steine bleiben und daß die Klägerin nur verpflichtet sein sollte, die Steine für Rechnung der Beklagten zu 2) an die Drittabnehmer zu liefern und von ihnen selbst im Auftrage der Klägerin den Preis einzuziehen. Darauf könnte der Ausdruck, die Ausfallbürgschaft "behalten" (nicht bekommen) hindeuten. Die dargelegten rechtlichen Mängel des Berufungsurteils sind indessen nicht entscheidungserheblich. Die Abweisung der Klage beruht nämlich nicht auf den erwähnten, zum Teil angreifbaren Ausführungen der ersten drei Seiten der Urteilsgründe, sondern auf der weiteren Begründung des Berufungsgerichts. Diese ist jedoch im Ergebnis von einem entscheidungserheblichen Rechtsirrtum frei.

II. Das Berufungsgericht unterstellt, wie sich aus dem Zu-

sammenhang der Urteilsgründe ergibt, in dem zweiten Teil seiner Gründe (§ 9 ff. der Urteilsausführungen) zugunsten der Klägerin, die Beklagte zu 2) sei der Klägerin gegenüber verpflichtet, auch die Lieferungen zu bezahlen, für die sie ihr Kontingent zugunsten Dritter freigegeben habe. Das Berufungsgericht geht in dem zweiten Teil seiner Gründe weiter zugunsten der Klägerin davon aus, die Beklagte zu 2) habe der Beklagten zu 1) freigestellt, aus dem Kontingent Steine zu beziehen. Danach traf die Klägerin, wenn sie bei dieser Sachlage durchdringen will, die Beweislast dafür, daß es sich um Lieferungen, für die die Beklagte zu 2) danach einzustehen hätte, gehandelt hat. In diesem Sinne stellt der Berufungsrichter mit Recht seine Entscheidung darauf ab, ob Ossenbach im Rahmen dieser Verpflichtung ermächtigt gewesen sei, die ihm ausgehändigten Steine abzuholen, oder ob die Klägerin auf Grund des Gesamtverhaltens der Beklagten das zum mindesten habe annehmen können. Für die so gekennzeichneten Voraussetzungen der Haftung hält das Berufungsgericht die Klägerin für beweispflichtig. Diese rechtliche Beurteilung besawert die Klägerin nicht. Die Revision verkennt das an sich selbst nicht. Sie richtet ihre Angriffe hier nur gegen die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts. Dieses legt nämlich weiter dar, die Klägerin habe die ihr obliegenden Beweise nicht erbracht. Die Revision führt demgegenüber aus, das Berufungsgericht habe die Beweisgrundsätze des ersten Anscheins verkannt und gegen Verfahrensvorschriften verstoßen. Die Rügen sind im Ergebnis nicht gerechtfertigt.

1) Die Revision führt aus, der Fuhrunternehmer Ossenbach habe im Dezember 1948 im Auftrage der Beklagten zu 1)

Steine, die von der Beklagten zu 2) zu bezahlen gewesen seien, abgeholt, daher spreche der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß er, als er die Steine in der Zeit vom Januar 1949 bis zum März 1949 abgefahren habe, dieselbe Rechtsstellung wie im Jahre 1948 besessen habe. Die Revision verkennt hier das Wesen des Beweises des ersten Anscheins, der im übrigen nichts mit der Beweislast als solcher zu tun hat, sondern dem Gebiet der Beweiswürdigung angehört. Der Beweis des ersten Anscheins setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich der erkennende Senat angeschlossen hat, (NJW 1951, 70; Lindenmaier - Möhring, Nachschlagewerk § 286 ZPO zu C 1) Tatbestände voraus, die nach den Regeln des Lebens auf eine bestimmte Ursache hinweisen und in bestimmter Richtung zu verlaufen pflegen. Es erhellt, daß es an diesen Voraussetzungen hier fehlt. Abgesehen davon, übersieht die Revision, daß Ossenbach nach der nicht widerlegten Darstellung der Beklagten im Jahre 1948 Steine nur gegen Abholscheine erhalten hat, während er ab Januar 1949 solche Scheine nicht besaß. Ossenbach hat sich ferner in der Zeit vom Januar bis März 1949 von der Klägerin Lieferscheine auf den Namen der "GAG" aushändigen lassen, obwohl er die Steine von vornherein nicht der GAG liefern, sondern sie anderweit veräußern wollte.

2) Der weitere Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe das Parteivorbringen nicht erschöpfend berücksichtigt und dadurch gegen § 286 ZPO verstoßen, ist gleichfalls nicht gerechtfertigt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der der Bundesgerichtshof gefolgt ist (BGHZ 3, 162 ff. [175 mit Nachweisen]), bedarf es für eine einwandfreie Würdigung der Sach- und Rechtslage durch das Berufungsgericht

nicht eines ausdrücklichen Eingehens auf jedes einzelne Vorbringen der Partei oder jede einzelne Zeugenaussage oder jedes einzelne Beweismittel und einer ausdrücklichen Auseinandersetzung damit. Es genügt vielmehr, daß sich aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, eine sachentsprechende Beurteilung des Verfahrens- und Beweisergebnisses habe überhaupt stattgefunden. Das Berufungsgericht war nicht genötigt, in den Urteilsgründen darauf einzugehen, daß die Beklagte zu 2) auf die Zusendung der Rechnungen nicht alsbald geantwortet und daß sie dem Schreiben der Klägerin vom 31. Januar 1949 nicht widersprochen hat. Der Klägerin war nach ihrem eigenen Vorbringen Ende Januar 1949 mitgeteilt worden, die GAG habe im Januar 1949 keine Steine von ihr erhalten. Sache der Klägerin wäre es gewesen, dieser Behauptung nachzugehen. Hätte sie das getan, so wäre sie schon damals darauf gestoßen, daß O [REDACTED] die Steine nicht der GAG, auf die die von der Klägerin ausgestellten Lieferscheine lauteten, ausgehändigt hatte. Wenn die Beklagte zu 2) den objektiv unrichtigen Angaben des Schreibens der Klägerin vom 31. Januar 1949 zunächst Glauben geschenkt und ihnen daher nicht widersprochen hat, so kann die Klägerin daraus nichts für sich herleiten. Das Berufungsgericht hat sich ferner mit der Frage, ob O [REDACTED] ermächtigt war, die Steine abzuholen, des näheren auseinandergesetzt. Weiter hat es auch die Frage eingehend geprüft, ob die Klägerin zum mindesten glauben durfte, sie könne O [REDACTED] Steine aushändigen, auch wenn dieser keine Abholscheine vorlegte oder sich sonst entsprechend legitimierte. Das Berufungsgericht hat die Beweisaufnahme des ersten Rechtzuges weitgehend ergänzt. Die Würdigung des Beweisergebnisses und insbesondere die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der

Zeugen ist nach dem Gesetz Sache des Tatrichters. Beides ist im Revisionsrechtszuges nicht nachprüfbar. Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, sich in den Entscheidungsgründen seines Urteils mit der Beweismwürdigung des Landgerichts in dem Vorprozeß auseinanderzusetzen. Das Berufungsgericht hat, da dies für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen O [REDACTED] und Dr. MÜ [REDACTED] von Bedeutung sein konnte, aufzuklären versucht, ob die Zahlungen O [REDACTED]s an die Beklagte zu 1) für die Lieferungen aus dem Jahre 1948 oder ob sie für solche aus dem Jahre 1949 erfolgt seien. Es ist zu dem Ergebnis gekommen, die Frage lasse sich in Anbetracht der sich widersprechenden Bekundungen der als Zeugen vernommenen Eheleute O [REDACTED] und Dr. MÜ [REDACTED] nicht aufklären. Der Fuhrunternehmer O [REDACTED] hatte nach seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht diesem eine Erklärung nachgereicht und dieser Auszüge aus seinem Konto bei der Sparkasse über seine Abhebungen im Januar und Februar 1949 beigelegt. In der nachgereichten Erklärung heißt es u.a.: "Hinsichtlich der Steine in der Zeit vor dem 31. Dezember 1948 betone ich, daß diese Steine von mir mit Dr. MÜ [REDACTED] mit Fuhrlohn verrechnet worden sind und daß nach dieser Verrechnung zu meinen Gunsten noch ein Restbetrag von 669,76 DM verblieb, den ich dann mit Steinen aus der Zeit nach dem 1. Januar 1949 verrechnet habe, wie aus der beim Gericht vorliegenden Abrechnung hervorgeht. Als Zeuge hierfür benenne ich den damals bei mir als Buchhalter tätig gewesenen Herrn Th [REDACTED]. Herr Th [REDACTED] weiß auch, daß die Beträge, die an Dr. MÜ [REDACTED] bar gezahlt worden sind, sich ausschließlich auf Lieferungen nach dem 1. Januar 1949 beziehen. Herr Th [REDACTED] weiß ferner, daß Dr. MÜ [REDACTED] telefonisch bei ihm wegen Geld und Abrechnung wiederholt angerufen hat. Das war

aber nur im Jahre 1949, denn Herr Th[REDACTED] ist erst mit dem 1. Januar 1949 bei mir eingetreten." Die Klägerin hat darauf Th[REDACTED] als Zeugen "für die Richtigkeit des Inhalts der nachgereichten Erklärung" O[REDACTED]s benannt. Das Berufungsgericht hat sich in den Urteilsgründen mit den Kontoauszügen befaßt und ausgeführt, aus ihnen ergebe sich nichts Entscheidendes. Es ist auf den Antrag, den Buchhalter Th[REDACTED] als Zeugen zu vernehmen, nicht eingegangen. Die Revision beanstandet das. Die Rüge greift jedoch nicht durch. Die Klägerin hat nicht behauptet, Th[REDACTED] sei bei irgendwelchen Verhandlungen der Parteien oder O[REDACTED]s und Dr. K[REDACTED]s zugegen gewesen. Sie hat lediglich den wiedergegebenen Inhalt der Eingabe O[REDACTED]s als Parteibehauptung übernommen. Irgendwelche Angaben darüber, welche tatsächlichen Vorgänge (abgesehen von dem Inhalt der Telefongespräche, auf die noch zurückzukommen ist) Th[REDACTED] bekunden sollte, hat die Klägerin in dem Berufungsrechtzuzug nicht aufgestellt. Der Inhalt der Eingabe enthielt aber insoweit kein erhebliches Beweisangebot. Die allgemeine Behauptung, der erst im Jahre 1949 als Buchhalter bei O[REDACTED] eingetretene Th[REDACTED] "wisse", daß sich das streitige Rechnungsverhältnis zwischen O[REDACTED] und der Beklagten zu 1) so darstelle, wie O[REDACTED] es angegeben, und nicht so, wie es die Beklagte zu 1) behauptet hatte, und daß Th[REDACTED] ferner "wisse", daß bestimmte Barzahlungen aus dem Jahre 1949 nicht auf unstreitig erfolgte Lieferungen aus dem Jahre 1948, sondern sich auf umstrittene, aus dem Jahre 1949 bezogen hätten, war kein geeignetes Beweisthema. Da die Klägerin nicht dargelegt hatte, auf welche Weise Th[REDACTED], der bei keiner der Verhandlungen zugegen war, zu seinem Wissen gelangt sein sollte, so war das Berufungsgericht nicht ver-

pflichtet, dem bisher erörterten Beweisangebot nachzugehen. In das Wissen Th[REDACTED] war, wie erwähnt, als tatsächliche Behauptung zwar noch gestellt, Dr. M[REDACTED] habe im Jahre 1949 wiederholt telefonisch bei O[REDACTED] angerufen und Geld und Abrechnung verlangt. Da O[REDACTED] nach seinen eigenen Angaben noch im Jahre 1949 Zahlungen an die Beklagte zu 1) geleistet haben will, so können sich die telefonischen Anrufe Dr. M[REDACTED] im Jahre 1949 ohne weiteres daraus erklären, daß damals noch Beträge aus dem Jahre 1948 offenstanden. Somit war dieses Beweisangebot nicht erheblich.

4) Die Revision führt weiter aus, der dritte Satz der Schlußseite des Urteils sei unverständlich. Das Urteil verstoße somit gegen § 557 Ziff 7 ZPO. Der Angriff ist schon deshalb unbegründet, weil es sich bei dem beanstandeten Satz nur um eine für die Entscheidung selbst unwesentliche Nebenbemerkung handelt. Im übrigen enthält der Satz, wenn er im Zusammenhange mit den vorhergehenden Sätzen gelesen wird, eine verständige Erwägung.

5) Der weitere Angriff der Revision geht dahin, das Berufungsgericht habe die Vorschrift des § 448 ZPO über die Parteivernehmung nicht beachtet. Es sei verpflichtet gewesen, den Inhaber der Klägerin als Partei zu vernehmen, wenn es das Ergebnis der Zeugenaussagen für widerspruchsvoll hielt. Die Rüge ist ebenfalls nicht begründet. Die Anordnung einer Parteivernehmung ist allerdings von einem Antrag und von der Beweislast unabhängig (RGZ 144, 321 f. [323], 145, 271 ff. [273]). Die Frage, ob der Richter von seiner Befugnis aus § 448 ZPO Gebrauch machen will, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das im Revisionsrechtszuge nicht nachzu-

prüfen ist. Der Richter muß sich bei der Urteilsfällung allerdings der Möglichkeit bewußt sein, eine Partei gemäß § 448 ZPO vernehmen zu können. Für eine Nachprüfung, ob § 448 ZPO verletzt ist, ist im Revisionsrechtszuge nur insoweit Raum, als in Frage steht, ob das Berufungsgericht es unterlassen hat, die Frage der Parteivernehmung sachgemäß zu erwägen (RGZ 144, 321 ff; OGHZ 1, 226 [228]). Die angefochtene Entscheidung ergibt keinen Anhalt dafür, daß der Berufungsrichter die Vorschrift des § 448 ZPO übersehen hat. Der Inhaber der Klägerin war bei der Beweisaufnahme des zweiten Rechtszuges zugegen. Er hat den Zeugen Vorhaltungen gemacht. Das Berufungsgericht ist in den Urteilsgründen hierauf und auch auf die von den Zeugen auf die Vorhaltungen hin gemachten weiteren Bekundungen eingegangen. In diesem Zusammenhange erwähnt das Urteil ausdrücklich, der Angestellte der Klägerin R. habe eine ihm vom Inhaber der Klägerin gemachte Äußerung wiedergegeben, er habe aber über die einschlägige Behauptung aus eigener Wissenschaft nichts zu bekunden vermocht. Der Wiedergabe der Äußerung des Inhabers der Klägerin hat das Berufungsgericht jedoch keinen Wert beigemessen. Daraus ist zu entnehmen, daß es sich auch von einer Vernehmung des Inhabers der Klägerin keine Klärung versprochen hat. Die Frage, ob es den Inhaber der Klägerin vernehmen wollte, stand aber, wie erwähnt, in seinem Ermessen. Der § 448 ZPO ist somit nicht verletzt. Da das Urteil, soweit es die Klage gegen die Beklagte zu 2) abgewiesen hat, auch sonst keine entscheidungserheblichen Rechtsverstöße enthält, so war die Revision der Klägerin insoweit zurückzuweisen.

B. Ansprüche gegen die Beklagte zu 1).

Der Beklagten zu 1) sind zu Händen ihres Prozeßbevollmächtigten II. Instanz die Revisionsschrift am 1. Februar 1952 und die Revisionsbegründungsschrift am 2. bzw. 21. April 1952 ordnungsmäßig zugestellt worden. Die Beklagte zu 1) ist auch zu der Verhandlung vor dem Senat am 29.4. 1952 rechtzeitig geladen worden. Sie hat sich im Revisionsrechtszuge nicht vertreten lassen. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung ihren Revisionsantrag auch gegen die Beklagte zu 1) gestellt. Das angefochtene Urteil war, soweit es die Beklagte zu 1) betrifft, rechtlich in der gleichen Weise zu überprüfen als wenn die Beklagte zu 1) im Termin vertreten gewesen wäre. Die Revision erhebt gegen das Urteil des Oberlandesgerichts, soweit es die Klage gegen die Beklagte zu 1) abgewiesen hat, einmal auch die bereits oben unter I erörterten Rügen. Darüber hinaus führt sie aus, das Urteil des Berufungsgerichts sei gesetzwidrig nicht darauf eingegangen, daß die Klage gegen die Beklagte zu 1) auch auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen gestützt worden sei, in dieser Unterlassung liege ein Verstoß gegen § 551 Ziff 7 ZPO. Das angefochtene Urteil enthält indessen, auch soweit es die Klage gegen die Beklagte zu 1) abgewiesen hat, keinen rechtserheblichen Fehler. Das Berufungsgericht hat das Beweisergebnis, ohne daß ihm dabei ein Verfahrensverstoß zur Last fällt, dahin gewürdigt, es sei nicht festzustellen, daß die Beklagte zu 1) den Fuhrunternehmer O [REDACTED] veranlaßt habe, die Steine in der Zeit vom Januar 1949 bis zum März 1949 abzufahren. Es fehle auch an einem Beweise dafür, daß O [REDACTED] im Jahre 1949 Steine von der Beklagten zu 1) gekauft habe. Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten somit mittelbar auch die Feststellung, daß es an den Voraus-

setzungen einer unerlaubten Handlung der Beklagten zu 1) in Bezug auf die Lieferungen, deren Bezahlung die Klägerin mit der Klage verlangt, mangelt. Ein Verstoß gegen § 551 Ziff 7 ZPO ist somit nicht gegeben. Daß auch die übrigen Revisionsrügen nicht durchgreifen, ergibt sich aus den Ausführungen zu I, die hier entsprechend gelten. Daher war die Revision, auch soweit sie sich dagegen richtet, daß das angefochtene Urteil die Klage gegen die Beklagte zu 1) abgewiesen hat, zurückzuweisen, und zwar durch ein sogenanntes unechtes Versäumnisurteil.

Nach alledem war, wie geschehen, zu erkennen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Lindenmaier

Heidenhain

Schmidt

Wilde

Benkard