

I ZR 83/51

32

Verkündet am 14. März 1952
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

2498 066

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

In dem Rechtsstreit

des Wilhelm R [REDACTED] in He [REDACTED] /H [REDACTED], Fa [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H a [REDACTED] & Co., Alleininhaber Otto
Ha [REDACTED] in H [REDACTED], An d [REDACTED] A [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Bundesgerichtshof, Erster Zivilsenat, auf die
mündliche Verhandlung vom 14. März 1952 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier, Dr. Heidenhain,
Dr. Birnbach, Wilde und Dr. Krüger-Nieland

für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 17. April 1951 wird
aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung auch über die Kosten des Revisions-
verfahrens an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 28. Januar 1948 übernahm der Kläger für die Beklagte den Einkauf und Einschlag von 1000 fm Fichtenstammholz sowie den Transport des Holzes zur Bahn bis zur waggonfertigen Verladung. Die Beklagte verpflichtete sich, dem Kläger - außer dem Einschlag-, Abfuhr- und Verladelohn - 10% der eingekauften Holzmenge für den Einkauf und weitere 10% für die Überwachung des Einschlags und des Transportes bis zur Verladung in Einkaufsscheinen zur Verfügung zu stellen. Außerdem sollte der Kläger das eventuelle Übermaß erhalten, d.h. die Holzmenge, die sich über die von dem vermessenden Förster in Rechnung gestellte Menge beim Abtransport etwa ergeben würde. Der Kläger sollte mit Übergabe der vertraglichen Festmeterzahl seine Vertragspflichten erfüllt haben. Später wurde vereinbart, daß diese Vertragsbestimmungen sich auf eine Holzmenge von 1500 fm beziehen sollten.

Das Holz wurde vor der Währungsreform zu einem Preis von 29,80 RM von dem Kläger eingekauft. Der Einschlag wurde zum größten Teil noch vor der Währungsumstellung durchgeführt, während der Abtransport zur Bahn erst nach der Währungsreform erfolgte, nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 30. Juni 1948 von dem Vertrag vom 28. Januar 1948 gemäß § 20 des Umstellungsgesetzes zurückgetreten war. Die Beklagte ließ das Holz durch mehrere Fuhrunternehmer, darunter auch den Kläger, abfahren.

Der Kläger behauptet, es sei später vereinbart worden, daß er von der Beklagten statt der Einkaufsscheine die in diesen vorgesehene Menge Holz in natura gegen Zahlung des Einkaufspreises erhalten solle. Er habe daher

- 3 -

Anspruch auf 300 fm Holz gegen Zahlung des Reichsmark-einkaufspreises, der im Verhältnis 10 : 1 auf Deutsche Mark umzustellen sei. Außerdem stehe ihm das Übermaß zu, das sich auf 294 fm belaufe. Da er bislang nur 65 fm erhalten habe, habe er noch 529 fm zu beanspruchen.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 529 fm Fichtenstammholz Zug um Zug gegen Zahlung des von der Beklagten seinerzeit gezahlten Einkaufspreises für 300 fm Fichtenstammholz zu liefern. Die Beklagte hat beantragt, die Klage mit der Maßgabe abzuweisen, daß sie bereit sei, an den Kläger 31 fm Fichtenstammholz Zug um Zug gegen Zahlung von 923,80 DM sowie Nachzahlung von 2747,39 DM für die vom Kläger bereits entnommenen 69,03 fm Fichtenstammholz zu liefern.

Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe, da er infolge ihres Rücktritts von dem Vertrage den Transport des Holzes zur Bahn nicht überwacht habe, nur Anspruch auf Einkaufscheine über 10 %, höchstens 12 % der eingekauften Menge gehabt, also auf Einkaufscheine für 150 fm, höchstens 180 fm Holz. Sie habe dem Kläger mit Schreiben vom 9. August 1948 Einkaufscheine über 125 fm zugesandt, während sie ihm die Einkaufscheine für die restlichen 25 fm später habe zur Verfügung stellen wollen. Es sei dann jedoch vereinbart worden, daß der Kläger zur endgültigen Abdeckung seiner Forderung 100 fm Holz zum Einkaufspreis, umzustellen von RM auf DM im Verhältnis 1 : 1, erhalten solle. Die Beklagte habe demzufolge mit Schreiben vom 4. Oktober 1948 die Einkaufscheine für 125 fm vom Kläger zurückverlangt und auch erhalten. Von den 100 fm habe der Kläger 69,03 fm bereits empfangen.



Er habe sich diese zwar widerrechtlich aus einer in He[REDACTED] für die Beklagte lagernden Partie angeeignet, sie habe sich aber später mit Schreiben vom 23. November 1948 mit der Anrechnung dieser 69,03 fm auf die 100 fm einverstanden erklärt. Zu dem Einkaufspreis von 29,80 DM pro fm für diese 69,03 fm seien noch Abfuhrkosten in Höhe von 10 DM pro fm zuzurechnen, die bereits an den Kläger gezahlt worden seien. Das von ihm behauptete Übermaß habe der Kläger nicht erzielt. Das ergebe sich schon daraus, daß das Übermaß im allgemeinen höchstens 2 - 3 % betrage. Die Höhe des Übermaßes lasse sich auch gar nicht mehr feststellen, da für die Beklagte in dem fraglichen Waldgebiet insgesamt 3000 fm Holz eingeschlagen worden seien und die Verladung durcheinander gegangen sei. Der Kläger könne deshalb nur die Lieferung von 31 fm Holz Zug um Zug gegen Zahlung von 923,80 DM und nach vorheriger Zahlung von 2747,39 DM für die bereits erhaltenen 69,03 fm verlangen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte zur Lieferung von 100 fm Fichtenstammholz Zug um Zug gegen Zahlung von 2980 DM verurteilt und die Klage insoweit abgewiesen, als der Kläger die Lieferung weiterer 200 fm Fichtenstammholz Zug um Zug gegen Zahlung des Einkaufspreises der Beklagten begehrt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Sie haben in dem Berufungsverfahren ihre ursprünglichen Anträge weiter verfolgt, jedoch mit der Abweichung, daß der Kläger nunmehr Verurteilung der Beklagten zur Lieferung von 300 fm Fichtenstammholz Zug um Zug gegen Zahlung von 894 DM beantragt und die Beklagte die Lieferung von

31 fm Fichtenstammholz - abgesehen von der Zahlung von 2747,39 DM für die bereits gelieferten 69,03 fm Holz - bei Lieferung ab Harzer Station von einer Zahlung von 1233,86 DM abhängig machen will. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, daß die Beklagte verurteilt wird, an den Kläger 31 fm Fichtenstammholz Harzer Herkunft frei Wald zu liefern, und zwar Zug um Zug gegen Zahlung von 923,80 DM für diese 31 fm und von 2747,39 DM für bereits gelieferte 69,03 fm.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers, die die Aufhebung des Berufungsurteils anstrebt, soweit es zum Nachteil des Klägers erkannt hat und beantragt, die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Landgerichts zurückzuweisen und im Umfang der Berufung des Klägers, hilfsweise auch im Umfang der Berufung der Beklagten, den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt aufgrund des Ergebnisses der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme fest, daß nach der Währungsreform zwischen den Parteien eine Einigung erzielt worden ist, wonach die Verpflichtung der Beklagten zur Überlassung von Holzeinkaufsscheinen durch Lieferung von Holz in Natur zum Einstandspreis habe abgelöst werden sollen. In Übereinstimmung mit dem

Landgericht sieht dagegen das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers nicht als erwiesen an, daß die Beklagte sich zur Lieferung der gleichen Menge Holz, die der Kläger ursprünglich in Einkaufscheinen erhalten sollte, zu einem Preis verpflichtet habe, der dem 10 : 1 auf DM umgestellten Einstandspreis der Beklagten entsprechen würde. Hieraus folgert das Berufungsgericht, daß der Kläger von der Beklagten nur die Menge Holz an Stelle der Einkaufscheine fordern könne, die die Beklagte einräume, ihm zu schulden. Dies seien entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung nicht 100 fm Holz, sondern nur 31 fm, da der Kläger sich die bereits erhaltenen 69,03 fm anrechnen lassen müsse. Dies ergebe sich aus § 366 BGB, da die Beklagte mit Schreiben vom 23. November 1948 diese Anrechnungsbestimmung getroffen habe. Diese Bestimmung sei für den Kläger bindend, weil er dem Schreiben vom 23. November 1948 nicht widersprochen und darüber hinaus die Anrechnung des bereits empfangenen Holzes auf den Lieferanspruch, der an Stelle des Anspruchs auf Überlassung von Holzeinkaufscheinen getreten sei, in der Klagschrift ausdrücklich anerkannt habe. Auch habe die Beklagte nur eine Verpflichtung zur Lieferung von 31 fm Holz eingeräumt.

Da die Bereitschaftserklärung der Beklagten, 100 fm Holz zum Einkaufspreis zu liefern, nach der Währungsreform und in einem Zeitpunkt abgegeben worden sei, in dem die Holzeinkaufspreise von 29,80 DM auf 55 DM gestiegen gewesen seien, sei diese Erklärung dahin auszulegen, daß die Beklagte mit dem Einkaufspreis nicht den von ihr gezahlten RM-Preis, sondern den Preis von 29,80 DM im Gegen-

satz zu dem erhöhten Preis von 55.-- DM gemeint habe. Diese Erklärung müsse der Kläger, der sie widerspruchslos hingenommen habe, gegen sich gelten lassen. Der Kläger könne deshalb nur Lieferung frei Wald von 31 fm gegen Zahlung von 29,80 DM pro fm, also von 923,80 DM verlangen, und zwar nur Zug um Zug gegen Zahlung weiterer 2747,39 DM, die der Kläger für die bereits ab Harzer Station gelieferten 69,03 fm einschließlich der Transportkosten schulde.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat ungeprüft gelassen, ob die in dem Vertrag vom 28. Januar 1948 von der Beklagten übernommene Verpflichtung, der Klägerin Holzeinkaufscheine zur Verfügung zu stellen, nicht gegen Bewirtschaftungsbestimmungen verstieß und deshalb nichtig war. Hierbei ist es unerheblich, daß die Beklagte die Wichtigkeit dieser Vereinbarung erst nach Ablauf der bis 1. August 1950 eingeräumten Schriftsatzfrist in ihrem Schriftsatz vom 7. August 1950 geltend gemacht hat; denn ein etwaiger Verstoß dieser Vertragsbestimmung gegen § 134 BGB war von Amts wegen zu beachten. Ob ein solcher Verstoß vorliegt, kann von dem Revisionsgericht nicht abschließend beurteilt werden, weil es an ausreichenden tatsächlichen Unterlagen fehlt. Wenn auch die Übertragung von Bezugsberechtigungen im Regelfall verboten war, so ist es denkbar, daß den Parteien Ausnahmegewilligungen zur Verfügung standen. Jedenfalls muß dem Kläger durch Ausübung des richterlichen Fragerechts gemäß § 139 ZPO Gelegenheit gegeben werden, zu der Rechtswirksamkeit der fraglichen Vereinbarung Stellung zu nehmen.

Die etwaige Nichtigkeit der fraglichen Vertragsbestimmung wäre zwar für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich, wenn in der nach der Währungsreform getroffenen Vereinbarung der Parteien, daß der Kläger anstelle der Holzeinkaufscheine Holz in natura zum Einkaufspreis erhalten solle, eine Bestätigung des Rechtsgeschäfts gemäß § 141 BGB zu erblicken oder anzunehmen wäre, daß durch diese Vereinbarung der Vertrag als Ganzes oder doch in seinem hier maßgeblichen Teil - unabhängig von seiner etwaigen ursprünglichen Nichtigkeit - auf eine neue Grundlage gestellt werden sollte. Da eine Vertragsbestätigung voraussetzt, daß die Parteien im Zeitpunkt der Nachtragsvereinbarung wussten oder doch zumindest damit rechneten, daß die ursprüngliche Leistungsabrede nichtig sein könnte (RGZ 138, 36), bedarf es hierzu noch weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Berufungsgericht, um eine Entscheidungsgrundlage zu gewinnen. Die Frage, ob der Vertrag vom 28. Januar 1948 ganz oder teilweise nichtig ist, ist zwar bedeutungslos, soweit die Beklagte die Lieferungsansprüche des Klägers gegen Zahlung gewisser Beträge in diesem Rechtsstreit anerkannt hat. Sie ist jedoch erheblich für eine Entscheidung darüber, ob dem Kläger über das Zugeständnis der Beklagten hinaus Ansprüche auf Holzlieferungen zustehen.

Falls eine erneute Prüfung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht zu dem Ergebnis führen sollte, daß die Vereinbarung über die Hingabe von Einkaufscheinen keinen Gesetzesverstoß darstellt oder die Nichtigkeit dieser Vereinbarung durch die Nachtragsabrede ausgeräumt

worden ist, so ergibt sich folgende Rechtslage:

Der Kläger kann trotz des Rücktritts der Beklagten von dem Vertrag vom 28. Januar 1948 gemäß § 20 UmstG für den bis zum Währungsstichtag bewirkten, wirtschaftlich abgrenzbaren Teilerfolg, den er durch seine Tätigkeit im Rahmen dieses Vertrages für die Beklagte erzielt hat, die in dem Vertrag für diese Teilleistung vereinbarte Gegenleistung beanspruchen, wobei die Verpflichtung zur Lieferung von Einkaufscheinen durch die später übernommene Verpflichtung zur Leistung von Holz in Natur zum Einstandspreis ersetzt worden ist. Der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung, daß der Kläger anstelle der Einkaufscheine nur diejenige Holzmenge fordern könne, die die Beklagte einräume, ihm zu schulden, weil er nicht habe beweisen können, daß eine Einigung über eine umfangreichere Holzlieferung als Ersatzleistung erfolgt sei, kann nicht beigetreten werden. Zwar kann die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge keinen Erfolg haben, wonach das Berufungsgericht den Antrag auf Vernehmung der Ehefrau des Klägers nicht hätte übergehen dürfen; denn diese Zeugin war nur für die vom Berufungsgericht bereits festgestellte Vereinbarung, daß statt der Einkaufscheine Holz in Natur geliefert werden sollte, nicht aber für das weitergehende Beweisthema benannt worden, welche Holzmenge anstelle der Einkaufscheine treten sollte. Es stellt jedoch einen entscheidungserheblichen Rechtsfehler dar, wenn das Berufungsgericht, obwohl es davon ausgeht, daß lediglich der Umfang der von der Beklagten zu liefernden Holzmenge offengeblieben sei, annimmt, der Kläger sei an eine willkürliche Bestimmung dieser Menge

durch die Beklagte gebunden. Sowohl nach Dienst- wie Werkvertragsrecht gilt, wenn über die Höhe der Vergütung nichts bestimmt ist, die taxmäßige und beim Fehlen einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart (§§ 612 Abs 2, 632 Abs 2 BGB). Da über die Art der Vergütung - nämlich Lieferung von Holz in Natur zum Einstandspreis - bereits eine Einigung zwischen den Parteien erzielt war, hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, welche Holzmenge der Taxe oder der Üblichkeit entsprechen würde. Läßt sich auf dieser Grundlage eine taxmäßige oder übliche Vergütung nicht ermitteln, so wäre der Umfang der von der Beklagten für die Vertragsleistungen des Klägers zu erbringenden Gegenleistung gemäß § 316 in Verbindung mit § 315 BGB nach billigem Ermessen durch rechtsgestaltendes Urteil festzulegen (RG in Warn 1929 Nr 30). Hierbei wären die in dem ursprünglichen Vertrag vom 28. Januar 1948 übernommenen Verpflichtungen der Beklagten zur Auslegung des Parteiwillens mit heranzuziehen. Bei einer etwa im Rahmen des § 316 BGB vorzunehmenden Prüfung, welche Holzmenge angemessen erscheint, um das durch die Entwertung der Einkaufscheine gestörte Leistungsgleichgewicht wiederherzustellen, wird das Berufungsgericht nicht nur abzuwägen haben, welches wirtschaftliche Interesse der Kläger bei Vertragsabschluß an dem Erwerb der Einkaufscheine hatte, sondern welche Einbusse - wirtschaftlich betrachtet - die Hingabe der Scheine damals für die Beklagte bedeutet haben würde.

Während hiernach der Angriff der Revision berechtigt ist, das Berufungsgericht habe den Umfang der von der Beklagten statt der Einkaufscheine zu liefernden

Holzmenge nicht allein von der einseitig vorgenommenen Begrenzung dieser Verpflichtung durch die Beklagte auf 100 fm Holz abhängig machen dürfen - wenn auch aus andern Gründen, als sie die Revision geltend macht -, kann der Revision nicht gefolgt werden, soweit sie beanstandet, daß das Berufungsgericht der Zahlungsverpflichtung des Klägers einen dem RM-Einstandspreis der Beklagten entsprechenden DM-Betrag zu Grunde gelegt hat. Die Revision führt hierzu aus, die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, dem Kläger Holzeinkaufscheine zur Verfügung zu stellen, habe nach dem übereinstimmenden Parteiwillen die wirtschaftliche Bedeutung gehabt, die Möglichkeit, Sachwerte gegen Reichsmark zu erwerben und sich über die Währungsreform zu erhalten, von der Beklagten auf den Kläger zu verlagern. Dieser wirtschaftliche Zweck des Vertrages müsse im Rahmen des § 157 BGB zu einer ergänzenden Vertragsauslegung dahin führen, daß die Beklagte nach Entwertung der Einkaufscheine dem Kläger den entsprechenden Sachwert gegen Vergütung ihres RM-Einstandspreises, umgestellt auf 10 : 1, zu überlassen habe. Diese Ausführungen der Revision verkennen, daß während der Zwangsbewirtschaftung das wirtschaftliche Ziel von Vertragsklauseln, die die Hingabe von Bezugsberechtigungen zum Gegenstand hatten, sich in der Regel darin erschöpfte, dem Berechtigten die Möglichkeit zu eröffnen, aus eigenen Mitteln die ihm ohne diese Bezugsberechtigung nicht oder doch nur zu erhöhten Preisen zugänglichen Waren zu erwerben. Selbst wenn im vorliegenden Falle die Parteien bei Abschluß des Vertrages mit einer kurz bevorstehenden Geldentwertung gerechnet und der Kläger

beabsichtigt haben sollte, das auf die Einkaufscheine zu beziehende Holz sich über die Währungsreform zu erhalten - das Berufungsurteil enthält insoweit keine tatsächlichen Feststellungen - so würde es sich bei dieser Zielsetzung lediglich um einen für die Vertragsauslegung unbeachtlichen Beweggrund für den Vertragsabschluß handeln, dessen von dem Kläger etwa erhoffte wirtschaftliche Bedeutung nicht Vertragsinhalt geworden ist. Der Vertrag vom Januar 1948 bietet jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte bereit gewesen wäre, das Währungsrisiko für den RM-Betrag zu übernehmen, den der Kläger bei einer Verwertung der Einkaufscheine vor der Währungsreform hätte in Sachwerten anlegen können. Auf eine derartige Risikoübernahme aber würde die von der Revision gewollte ergänzende Vertragsauslegung hinauslaufen.

Auch daraus, daß die Beklagte nach ihrem Schreiben vom 23. November 1948 für das von dem Kläger einbehaltene Holz den "seinerzeitigen" Einkaufspreis berechnen wollte, kann nichts für die von der Revision angestrebte Umstellung des RM-Einstandspreises 10 : 1 in DM entnommen werden. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Holzpreise bei Abfassung dieses Schreibens um ca 25 DM pro fm gestiegen waren, unterliegt es keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht diese Erklärung der Beklagten dahin ausgelegt hat, daß der von ihr gezahlte niedrigere Preis, jedoch in voller Höhe in DM als dem bei Abgabe der Erklärung allein geltenden gesetzlichen Zahlungsmittel maßgebend sein sollte.

Es ist dem Berufungsgericht auch beizupflichten, daß die Beklagte befugt ist, das von dem Kläger einbehaltene Holz auf die statt der Einkaufscheine geschuldete Holzmenge anzurechnen. Zu Unrecht macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe § 366 BGB verletzt, weil der Kläger bereits vor Erhalt des Schreibens der Beklagten vom 23. November 1948 die in seinem unmittelbaren Besitz befindliche Holzmenge durch Umwandlung seines Fremdbesitzes in Eigenbesitz zur Erfüllung der ihm gegenüber bestehenden Verbindlichkeit der Beklagten aus dem Übermaß gemäß § 181 BGB verwendet habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus der Bestimmung des Vertrages vom Januar 1948, wonach dem Kläger das sogenannte Übermaß vorbehalten und er mit Übergabe der vertraglichen fm-Zahl seine Vertragspflichten erfüllt haben sollte, zu entnehmen ist, daß der Kläger berechtigt gewesen sei, das für die Beklagte gekaufte und für sie in Empfang genommene Holz durch Insichgeschäft gemäß § 181 BGB insoweit auf sich zu übertragen, als sich bei dem Abtransport ein Übermaß herausstellen sollte. Denn der Abtransport des Holzes ist nur teilweise und nicht im Rahmen des ursprünglichen Vertrages von dem Kläger durchgeführt worden und der Kläger hat die fraglichen fm nicht bei der Übergabe des Holzes aufgrund der Feststellung eines Übermaßes für sich behalten, sondern dieses Holz aus einer in Herzberg für die Beklagte lagernden Holzpartie entnommen. Es ist von dem Kläger nichts dafür dargetan worden, daß die Beklagte ihn bereits vor ihrem Schreiben vom 23. November 1948 ermächtigt habe, sich aus dieser Holzpartie für seine

angeblichen Ansprüche auf ein Übermaß zu befriedigen. Ein gültiges Insichgeschäft zur Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne von § 181 BGB könnte aber nur angenommen werden, wenn die dem Kläger von der Beklagten eingeräumte Vertretungsmacht sich auch auf die Vornahme dieses Geschäftes erstreckt hätte. Hierfür sind Anhaltspunkte nicht vorhanden, wobei es unerheblich ist, ob die Beklagte bereits mittels eines vorweggenommenen Besitzkonstituts das Eigentum an diesem Holz erworben hatte oder ihr insoweit gegen den Kläger nur ein Herausgabeanspruch aus Geschäftsbesorgung zustand.

Werden aus einem oder mehreren Schuldverhältnissen gleichartige Leistungen geschuldet, so steht das Bestimmungsrecht, welche Schuld durch eine Leistung getilgt werden soll, grundsätzlich dem Schuldner zu. Dieses Recht aber hat die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 23. November 1948 ausgeübt. Da die Beklagte erstmalig mit ihrem Schreiben dem Kläger gestattet hat, sich aus den von der Herzberger Holzpartie einbehaltenen fm zu befriedigen - und zwar nicht wegen seines angeblichen Anspruchs auf das sogenannte Übermaß, sondern nur wegen seines Anspruchs auf die anstelle der Einkaufscheine geschuldete Holzmenge - ist diese Bestimmung auch "bei der Leistung" im Sinne von § 366 Abs 1 BGB erfolgt. Die Revision beanstandet auch zu Unrecht, daß es sich nicht um eine freiwillige rechtsgeschäftliche Erfüllungsleistung der Beklagten gehandelt habe; denn die Beklagte ist zur Abgabe dieser Erklärung, die der Erfüllungshandlung gleichzusetzen ist, nicht gezwungen worden. Gegen die von der Revision vertretene Auffassung spricht auch,

daß der Kläger erst im Verlaufe des Rechtsstreits geltend gemacht hat, er habe das fragliche Holz als sogenanntes Übermaß einbehalten, während er in der Klagschrift den Standpunkt eingenommen hat, daß das von ihm einbehaltene Holz nicht auf das Übermaß, sondern auf die anstelle der Einkaufscheine geschuldete Holzmenge anzurechnen sei.

Zu beanstanden ist jedoch, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung eine Anrechnungspflicht in Höhe von 69,03 fm zugrunde legt, obwohl der Kläger nur den Empfang von 65 fm einräumt. Die Beklagte ist beweispflichtig für den Umfang der von ihr behaupteten Erfüllung. Da die Beklagte die Übernahme einer Verpflichtung zur Lieferung von 100 fm zugestanden hat, vermag sie der Umstand, daß sie sich im Verlaufe dieses Rechtsstreits nur zur Lieferung von 31 fm bereit erklärt hat, nicht von der Beweislast zu befreien, daß der Vertrag tatsächlich in der von ihr behaupteten Höhe von 69 fm erfüllt sei. Das Berufungsgericht wird deshalb zu dieser Frage die von der Beklagten angebotenen Beweise erheben müssen.

Da die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts das angefochtene Urteil nicht zu tragen vermögen, es aber noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, um eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu gewinnen, war das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die

Kosten des Revisionsverfahrens an das Berufungsgericht
zurückzuverweisen.

Lindenmaier

Heidenhain

Birnbach

Wilde

Krüger-Nieland