

Ib ZR 2/63

Verkündet am 18. September 1964
Zug, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2222 023

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

In dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] Company GmbH in D [REDACTED], B [REDACTED]
Allee [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer Direktor
Thomas J [REDACTED] und Direktor Ha. Z [REDACTED], beide in
D [REDACTED], B [REDACTED] Allee [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Oberingenieur Albert K [REDACTED], Kö [REDACTED]-N [REDACTED], F [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagten und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. September 1964 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Pehle, Claßen, Dr. Sprenkmann,
Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 25. Oktober 1962 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision des Klägers wird das vorbe-
zeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufge-
hoben, als der Zahlungsanspruch des Klägers aberkannt
worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens werden der Beklagten 7/8 auferlegt; bezüglich des verbleibenden 1/8 der Kosten des Revisionsverfahrens wird die Entscheidung dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen .

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger war von 1956 bis zum 30. Juni 1960 als Handelsvertreter für die Beklagte tätig. Die Parteien streiten über den Umfang der dem Kläger aus dieser Tätigkeit erwachsenen Provisionsansprüche. Nach der am 18. März 1960 von der Beklagten zum 30. Juni 1960 ausgesprochenen Kündigung des Vertreterverhältnisses fand am 28. April 1960 im Büro des erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, Rechtsanwalt Dr. Sch[REDACTED], eine Besprechung statt, an der außer Dr. Sch[REDACTED] der Kläger, der Handelsrichter Bernhard Kl[REDACTED] und die beiden Geschäftsführer J[REDACTED] und Z[REDACTED] teilnahmen. In dieser ist nach Auffassung der Beklagten ein Vergleich über alle Provisionsansprüche bis zum 29. Februar 1960 zustande gekommen. Über das Ergebnis dieser Besprechung fertigte Rechtsanwalt Dr. Sch[REDACTED] unter dem 29. April 1960 ein Schreiben an, das er den Parteien und dem Handelsrichter Kl[REDACTED] übersandte und in dem es u.a. heißt: "

I.

.....

Es sind zwischen der P[REDACTED] und Herrn K[REDACTED] Meinungsverschiedenheiten über die Abrechnung und die Höhe der Herrn K[REDACTED] aus seiner Vertretertätigkeit zustehenden Provisionsforderungen entstanden. Zur Bereinigung dieses Streitpunktes ist in der vorerwähnten Verhandlung vom 28.4.1960 folgender Vergleich zwischen den Parteien zustande gekommen:

1. P[REDACTED] zahlt an Herrn K[REDACTED] zum Ausgleich seiner Provisionsforderungen und etwaiger sonstiger Nebenansprüche aus seiner Vertretertätigkeit, die bis zum 29.2.1960 entstanden sind, einen Betrag von

DM 10 000.-

(Zehntausend Deutsche Mark).

.....

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



2. Von der vorstehenden Vergleichssumme wird P. [REDACTED] einen Teilbetrag von DM 8.625,- (i.B. Achttausendsechshundertfünfundzwanzig Deutsche Mark) unverzüglich an Herrn Klie zahlen, sobald Herr Klie schriftlich sein Einverständnis mit dem Inhalt dieses Schreibens erklärt hat.
....."

Die Ziffer II. des Schreibens betrifft die Höhe der Provisionsansprüche ab 1. März 1960.

In der Ziffer III. wird bezüglich der "Liste III", enthaltend die für den Kläger geschützten Kunden, eine weitere Besprechung vorgesehen, in der auch die Möglichkeit einer Neuvereinbarung des Vertreterverhältnisses ab 1. Juli 1960 erörtert werden sollte. Abschließend heißt es dann:

"Ich bitte die Beteiligten, mir unverzüglich zu bestätigen, daß Einverständnis mit dem Inhalt des vorliegenden Schreibens besteht."

Unter dem 6. Mai 1960 schrieb der Kläger an Rechtsanwalt Dr. Sch. [REDACTED]:

"Mit der Zahlung von 10.000,- DM als Ausgleich für rückständige Provisionsforderungen bin ich einverstanden. Offen bleibt bis zur Ausführung der Anschlußauftrag Ko. [REDACTED] - Schw. [REDACTED] mit 1.375,- DM, so daß der Zahlung von 8.625,- DM nichts im Wege steht. Bezüglich der Nebenansprüche möchte ich nicht veräumen, darauf hinzuweisen, daß bei Nichtzustandekommen eines Vertretervertrages die in meinem Schreiben vom 25.6.59 fixierten Ersatzansprüche und der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB von mir aufrecht erhalten werden.
....."

Schließlich enthält das Schreiben den Vorschlag für eine Änderung der Formulierung bezüglich der Provisionen ab 1. März 1960.

Mit Schreiben vom 28. Mai 1960 bat der Kläger u.a., den noch offenstehenden Betrag aus dem Vergleich vom 29. April 1960 in Höhe von 8.625,- DM zu überweisen.

Hierauf antwortete Rechtsanwalt Dr. Sch[REDACTED] "nach Rücksprache mit der Geschäftsleitung der P[REDACTED]" mit Schreiben vom 21. Juni 1960, von dem er eine Durchschrift unmittelbar an Handelsrichter Kl[REDACTED] schickte:

"....

1. ... (Betrifft Einverständnis mit der Fassungsänderung betreffend Provision ab 1. März 1960).

2. Was dahingegen Ihnen im Schreiben vom 6.5.1960 gemachten Vorbehalt hinsichtlich des Ersatzes Ihrer Aufwendungen anbelangt, so kann sich die P[REDACTED] hiermit nicht einverstanden erklären.

Ich bin auch der Auffassung, daß in der Besprechung vom 28.4.60 klar zum Ausdruck gekommen ist, daß der Betrag von DM 10.000,- von der P[REDACTED] zum Ausgleich aller Ihrer bis zum 29.2.60 entstandenen Ansprüche gezahlt werden sollte, also auch für Ihre bis dahin aufgewendeten Spesen."

In seinem Antwortschreiben vom 28. Juni 1960 an Dr. Sch[REDACTED] ging Handelsrichter Kl[REDACTED] auf die Besprechung vom 28. April 1960 ein und entwickelte, wie der Vergleichsbetrag von DM 10.000,- berechnet worden sei. Die von Dr. Sch[REDACTED] errechnete Summe habe DM 9.208,- betragen. Es heißt dann in dem Schreiben wörtlich:

"... Auf diesen Vorschlag von Ihnen ging Herr K[REDACTED] nicht ein, und wir baten Sie, diese Summe auf 10.000 DM zu erhöhen. So kamen wir zu der Vergleichssumme von 10.000 DM. Der Ausgleich aller Provisionsansprüche aus 1959/60, soweit eine Abrechnung bereits endgültig erfolgt war, sollte damit gegeben sein"

Der Kläger teilte seinerseits der Beklagten unter dem 6. August 1960 mit, er stelle als Ergebnis des bisherigen Schriftverkehrs fest, daß der Vergleich gescheitert sei.

Der Betrag von DM 8.625,- ist im August 1960 an den Kläger ausgezahlt worden.

Mit der Behauptung, die ihm erteilten Abrechnungen seien unvollständig, hat der Kläger im ersten Rechtszug beantragt,

ihm Auskunft zu erteilen, und Rechnung zu legen über alle Geschäfte mit feuerfesten P[REDACTED]- und Pl[REDACTED]-erzeugnissen, die in der Zeit vom 1. Januar 1958 bis 30. Juni 1960 unter seiner Mitwirkung oder mit seinen Kunden abgeschlossen seien.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, angesichts des wirksam zustande gekommenen Vergleichs vom 28. April 1960 könne der Kläger keine Abrechnung mehr verlangen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage für die Zeit vom 1. Januar 1958 bis 29. Februar 1960 mit der Begründung abgewiesen, Ansprüche für diesen Zeitraum seien durch den Vergleich erloschen. Der Vergleich sei jedenfalls durch das Schreiben des Klägers vom 6. Mai 1960 an Dr. Sch[REDACTED] wirksam geworden; aus der Anforderung der DM 8.625,- ergebe sich schlüssig der Wille, die schriftlich fixierten Bedingungen anzunehmen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagte entsprechend dessen neu formuliertem Hauptantrag verurteilt,

dem Kläger einen Buchauszug unter Mitteilung aller Umstände, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung wesentlich sind, über alle Geschäfte mit feuerfesten P[REDACTED]- und Pl[REDACTED]-erzeugnissen zu erteilen, die in der Zeit vom 1.1.1958 bis 29.2.1960 unter Mitwirkung des Klägers oder mit Kunden des Klägers geschlossen worden sind.

Einen Anspruch auf Zahlung von DM 1.375,- hat das Oberlandesgericht abgewiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers, mit denen die Parteien ihre Anträge weiterverfolgen. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Revision der Beklagten.

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, dem Kläger stehe der Anspruch auf einen Buchauszug gemäß § 87c Abs. 2 HGB zu; er dürfe die Richtigkeit der ihm bisher erteilten Abrechnung anzweifeln; so habe die Beklagte z.B. bei den Vergleichsverhandlungen vom 28.4.60 an Provision für den Auftrag E/C ca. DM 3.000,- eingesetzt, während der Wert des Auftrages nach dem Vortrag der Beklagten im nachgerichteten Schriftsatz vom 16. Oktober 1962 DM 300.000,- betragen habe (1.); das Zustandekommen eines Vergleichs, der den Anspruch des Klägers unter Umständen hätte zum Erlöschen bringen können, sei nicht bewiesen (2.).

Diese Erwägungen sind frei von durchgreifenden Rechtsfehlern.

1. Der Ansicht der Revision, ein Buchauszug brauche seitens des Unternehmers nicht mehr erteilt zu werden, wenn eine Abrechnung erfolgt sei, kann nur in dem Sinne zugestimmt werden, daß nach der Einigung der Beteiligten (Unternehmer und Vertreter) über die Abrechnung ein Buchauszug nicht mehr verlangt werden kann. Die Worte "bei der Abrechnung" in § 87c Abs. 2 HGB bedeuten dagegen nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung

und Schrifttum nicht eine zeitliche Beschränkung des Anspruchs auf einen Buchauszug; dieser Anspruch kann vielmehr auch später geltend gemacht werden, solange sich Unternehmer und Vertreter nicht über die Abrechnung geeinigt haben (BGH vom 13.3.1961 in LM HGB § 87c Nr. 3 = NJW 61, 1059). Die Beklagte hat aber selbst nicht behauptet, die Parteien seien sich über die Abrechnung einig gewesen; sie vertritt vielmehr die Auffassung, der Vergleich vom 28. April 1960, auf den unter Ziff. 2 im einzelnen einzugehen sein wird, habe, wie es in dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Sch. vom 29. April 1960 heißt, "die Meinungsverschiedenheiten über die Abrechnung und die Höhe der Herrn K. aus seiner Vertretertätigkeit zustehenden Provisionsforderungen" beseitigen sollen.

Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Oberlandesgericht die in den erstinstanzlichen Schriftsätzen vom 11. Januar und 6. März 1961 und in der Berufungserwiderung vom 13. Dezember 1961 angetretenen Beweise nicht zu erheben; denn sie betreffen nur die Abrechnung, Auskunftserteilung und die Vorlage der Abrechnungs- und Buchungsunterlagen, nicht aber die ihrem Wesen entsprechend schriftlich anzufertigenden Buchauszüge. Es geht auch nicht an, in den von der Beklagten in den genannten Schriftsätzen verwendeten Begriff der Abrechnung die Erteilung eines Buchauszuges einzubeziehen; denn da der erstinstanzliche Klageantrag nur auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung ging, betraf er nur den Anspruch gemäß § 87c Abs. 1 HGB. Insoweit bestand für die Beklagte auch kein Anlaß, sich gegen etwaige Ansprüche des Klägers gemäß § 87c Abs. 2 und 3 HGB zu verteidigen. Die Berufungserwiderung vom 13. Dezember 1961 bezog sich allerdings auf den geänderten Antrag, einen Buchauszug zu erteilen; die allgemeine Formulierung aber, das erstinstanzliche Vorbringen nebst Beweiserbieten werde

uneingeschränkt zum Gegenstand der Berufsbeantwortung gemacht, und die abschließende Bemerkung, im übrigen werde bestritten, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erteilung eines Buchauszuges erfüllt seien, nötigen nicht zu der Annahme, die Beklagte habe ihren Beweisantritt nunmehr auch auf die Tatsache erweitert, es sei ein Buchauszug bereits erteilt worden; die gewählte Formulierung der Berufungserwidderung spricht im Gegenteil für eine Auslegung des Vorbringens dahin, einen Buchauszug habe die Beklagte nicht erteilt, weil es an den hierfür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen fehle. Auch daraus, daß nach der gesetzlichen Regelung des § 87c HGB der Unternehmer zunächst nur verpflichtet ist, monatlich abzurechnen, und der Buchauszug erst auf Verlangen des Handelsvertreters zu erteilen ist, ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Begriff der Abrechnung grundsätzlich nur im Sinne des Abs. 1 aufzufassen ist. Die Verpflichtung zur Erteilung eines Buchauszuges wird auch nicht durch eine Auskunftserteilung oder Vorlage und Erläuterung der Geschäftsbücher erfüllt.

Vorsorglich weist die Beklagte auf die Gesichtspunkte eines Verzichts, einer Verwirkung und Verjährung hin. Zu dieser Frage hat es der VII. Zivilsenat in seinem bereits erwähnten Urteil vom 13. März 1961 dahingestellt sein lassen, ob ein Verzicht auf die Rechte aus § 87c HGB angesichts der zwingenden Vorschrift des § 87c Abs. 5 HGB auch nur für die Vergangenheit während der Dauer des Vertreterverhältnisses zulässig ist, und die Ansicht vertreten, daß an die Annahme eines Verzichts oder der Verwirkung des Anspruchs jedenfalls strenge Anforderungen zu stellen seien; ein nur untätiges Verhalten des Handelsvertreters reiche dazu im allgemeinen nicht aus. Dieser Rechtsprechung, die der besonderen Lage des Handelsvertreters gerecht wird, schließt

sich der erkennende Senat an. Die Beklagte hat - abgesehen von dem nach ihrer Ansicht am 28. April 1960 geschlossenen Vergleich - keine Umstände vorgetragen, die bei Zugrundelegung dieser Auffassung die Annahme eines Verzichts oder einer Verwirkung ausnahmsweise rechtfertigen könnten. Ebenso liegen die Voraussetzungen für eine Verjährung nicht vor.

Der Kläger ist zur Begründung seines Anspruchs gemäß § 87c Abs. 2 HGB auch nicht genötigt darzulegen, daß Bedenken gegen die Richtigkeit der Abrechnung bestehen. Insoweit kommt es daher auf die Erwägungen des Oberlandesgerichts und die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision nicht an.

2. Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, das Zustandekommen eines den Anspruch des Klägers vernichtenden Vergleichs sei nicht bewiesen. Im einzelnen stellt es dazu folgende Erwägungen an: Das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Schindler vom 29. April 1960 könne den Inhalt der Besprechung vom Vortag nicht beweisen; es sei anhand weniger Notizen nach dem Gedächtnis entworfen; das sei aber angesichts der hin- und herwogenden Verhandlung besonders schwierig gewesen; Dr. Schindler sei Vertreter und Sachwalter der Beklagten gewesen; der Kläger habe nicht bestätigt, daß mit Zahlung der DM 10.000,- alle Provisionsansprüche bis zum 29. Februar 1960 hätten ausgeglichen sein sollen. Die Formulierung des Schreibens vom 6. Mai 1960 schließe nicht die Auslegung des Klägers aus, es seien nur abgerechnete Provisionen gemeint gewesen. Als "rückständig" könne man Provisionen von Aufträgen bezeichnen, die bereits abgerechnet seien; denn nur diese Provisionen ständen fest. Überdies habe die Beklagte dieses Schreiben selbst nicht als Bestätigung angesehen; das lasse sich aus

dem Antwortschreiben des Rechtsanwalts Dr. Sch[REDACTED] vom 21. Juni 1960 entnehmen; diese Auffassung habe der Kläger mit Schreiben vom 6. und 21. August 1960 bestätigt. Der Inhalt des Vergleichs sei auch nicht durch Aussagen der Zeugen bewiesen. Hier ständen die Aussagen der Geschäftsführer der Beklagten und des Rechtsanwalts Dr. Sch[REDACTED] einerseits und des Klägers und des Handelsrichters Kl[REDACTED] andererseits sich gegenüber. Alle Zeugen und Parteien seien gleich glaubwürdig; auf beiden Seiten seien Irrtümer nicht ausgeschlossen. Die bestehenden Zweifel gingen zu Lasten der Beklagten.

Diese auf tatsächlichem Gebiet liegenden und damit nur beschränkt nachprüfbaren Darlegungen lassen ebenfalls keine durchgreifenden Rechtsfehler erkennen.

Das Oberlandesgericht hat die vorgelegten Urkunden, die Aussagen der Zeugen und Parteien und die sonstigen vorgetragenen Umstände zum Gegenstand seiner Erwägungen gemacht. Entgegen der Auffassung der Revision enthält die Darlegung zur mangelnden Beweiskraft des Schreibens vom 29. April 1960 - Dr. Sch[REDACTED] habe das Schreiben anhand weniger Notizen überwiegend nach dem Gedächtnis angefertigt, das sei hier besonders schwierig gewesen, weil das Ergebnis einer langwierigen, hin- und herwogenden Verhandlung im endgültigen Ergebnis festzuhalten gewesen sei, Rechtsanwalt Dr. Sch[REDACTED] habe bei der Vergleichsverhandlung als Vertreter und Sachwalter der Beklagten mitgewirkt - keinen Vorstoß gegen die Lebenserfahrung. Die hierbei vom Oberlandesgericht festgestellten Umstände - "langwierige, hin- und herwogende Verhandlung", "wenige Notizen" - lassen den Schluß zu, die schriftliche Niederlegung

am folgenden Tage sei besonders schwierig gewesen. Nach dem Umfang und Inhalt des Schreibens vom 29. April 1960 war der Problemkreis auch durchaus nicht so klein und nicht so einfach zu übersehen, daß nach der Lebenserfahrung wenige Notizen eine sichere Wiedergabe gewährleisten hätten; schließlich ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Oberlandesgericht aus der Stellung des Rechtsanwalts Dr. Sch. [REDACTED] als Vertreter und Sachwalter der Beklagten Bedenken gegen die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit des Schreibens vom 29. April 1960 entnommen hat.

Keinen Rechtsfehler enthält weiterhin die Beurteilung des Schreibens des Klägers vom 6. Mai 1960; sie ist möglich und widerspricht nicht den festgestellten Tatsachen; die Formulierung des Schreibens ist mangelnde Verwendung von Begriffen feststehenden Inhalts nicht eindeutig und nicht unzweifelhaft, läßt vielmehr durchaus mehrere Deutungen zu; dies hat das Oberlandesgericht ersichtlich nicht verkannt. Wenn das Berufungsgericht die dem Vortrag des Klägers entsprechende Auslegung gleichwertig neben die Auslegung der Beklagten stellt, so bleibt es damit im Rahmen der sich ihm bietenden Möglichkeiten; seine Feststellung ist daher für das Revisionsgericht bindend.

Das Oberlandesgericht hat schließlich auch nicht die Beweislast verkannt. Die Beklagte beruft sich auf den Vergleich als einen rechtsvernichtenden Einwand. Sie trägt daher die volle Behauptungs- und Beweislast. Diesen Beweis hat sie nach der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht geführt und daher die Nachteile zu tragen. Wenn die Revision meint, angesichts der zahlreichen Indizien, die für die Behauptung der Beklagten sprächen, und des unstreitigen Bestehens

einer Vereinbarung müsse der Kläger beweisen, daß er in einer für die übrigen Teilnehmer erkennbaren Weise den Vorbehalt gemacht habe, daß lediglich die Provisionsansprüche hätten befriedigt werden sollen, von denen er ausgegangen sei, so will sie damit wohl auf eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen eines Vergleichs mit dem von ihr behaupteten Inhalt hinweisen, die dem Kläger den Gegenbeweis auferlegt. Eine solche Vermutung besteht hier aber nicht; es kann nicht abstrakt gesagt werden, die Parteien hätten sich geeinigt, ohne daß der Gegenstand der Einigung feststeht; daran fehlt es hier, wie das Oberlandesgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt hat. Das Begehren der Revision läuft darauf hinaus, einem mißlungenen Beweis angesichts einiger für den zu beweisenden Umstand sprechender Indizien auf dem Umweg über eine Vermutung wiederum entscheidende Bedeutung zu verschaffen und dem anderen Teil den Gegenbeweis aufzuerlegen; ein solcher Fall, in dem dieser Grundsatz Anwendung finden könnte, liegt hier nicht vor.

3. Der Ausspruch des Oberlandesgerichts enthält über den gemäß § 87c Abs. 2 HGB bestehenden Anspruch auf einen Buchauszug hinaus die weitere Verurteilung, den Buchauszug "unter Mitteilung aller Umstände, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung wesentlich sind", zu erteilen. Gegen diese Erweiterung bestehen jedoch keine Bedenken, weil der Handelsvertreter gemäß § 87c Abs. 3 HGB eine solche Ergänzung seines Rechts auf Erteilung des Buchauszugs verlangen kann. Die Revision erhebt insoweit auch keine besonderen Angriffe.

II. Zur Anschlußrevision des Klägers.

Den Zahlungsanspruch des Klägers hat das Oberlandesgericht mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe nicht bewiesen, daß der Auftrag Ke [REDACTED] ausgeführt sei, weitere Beweismittel habe der Kläger nicht angeboten. Insoweit sind durch Beschluß des Oberlandesgerichts vom 24. Januar 1963 die Entscheidungsgründe dahin ergänzt worden, der Kläger habe durch das Zeugnis des Prokuristen Stüber Beweis dafür angetreten, daß der zweite Auftrag der Keller GmbH in derselben Weise wie Schw [REDACTED] I über die Firma T [REDACTED] in Nu [REDACTED] erteilt, im Jahre 1960 ausgeführt und im Februar 1961 abgerechnet worden sei.

Mit Recht rügt die Anschlußrevision, daß dieser Beweisanspruch übergangen und damit der § 286 ZPO verletzt sei. Da auf dieser Gesetzesverletzung die Entscheidung bezüglich des Zahlungsanspruchs beruht (§§ 549, 550 ZPO), ist das Urteil des Oberlandesgerichts insoweit aufzuheben (§ 564 ZPO) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Von den Kosten des Revisionsverfahrens waren der Beklagten gemäß §§ 92, 97 ZPO 7/8 aufzuerlegen. Die Entscheidung über das restliche 1/8 der Kosten des Revisionsverfahrens sowie über die übrigen Kosten des Rechtsstreits war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Pehle

Claßen

Sprenkman

Mösl

Alff