

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII_ZR_218/67**URTEIL****Verkündet am**

9. Juli 1969

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Thomas den B[REDACTED], Baumschulen in
M[REDACTED] Post H[REDACTED] über O[REDACTED],
Inhaber Thomas den B[REDACTED] und Ehefrau
Bernhardine den B[REDACTED] geb. K[REDACTED] in M[REDACTED],
Post H[REDACTED] über O[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Otto R[REDACTED], Baumschulen in R[REDACTED],
Kr. Be[REDACTED],

Kläger und Revisionbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 28. Juli 1967 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 22. April 1966 lieferte der Kläger der Beklagten (im folgenden wird diese mit ihrem einen Inhaber dem Ehemann Thomas den B. gleichgesetzt und als "der" Beklagte bezeichnet) Obstbäume zum Rechnungsbetrag von 4 668,75 DM sowie Ziersträucher und Rosen zum Gesamtpreis von 3 308,45 DM in das Hauptgeschäft des Beklagten in Bad Z. Am 23. April 1966 lieferte er in die in D. gelegene Filiale des Beklagten eine weitere Sendung Ziersträucher zum Rechnungsbetrag

von 2 449 DM. Die Zahlung der der Höhe nach unstreitigen Gesamtrechnung über 10 426,20 DM lehnte der Beklagte mit der Behauptung ab, es sei vereinbart, daß er zum gleichen Rechnungsbetrage dem Kläger Ballenleinen liefern dürfe; er habe die Lieferung dem Kläger vergeblich angeboten. Die Kaufpreisforderung von insgesamt 10 426,20 DM macht der Kläger nunmehr mit der Klage geltend.

Aus früheren Lieferungen von Pflanzen schuldet der Beklagte dem Kläger lt. Abrechnung vom 5. April 1966 9 939,76 DM. Nach Abzug eines Betrages von 3 939,76 DM, über den der Kläger ein Wechselurteil erstritten hat, verbleibt diesem eine der Höhe nach ebenfalls unbestrittene Forderung von 6 000 DM, die der Kläger ebenfalls geltend macht. Der Beklagte verweigert die Zahlung dieses Betrages mit der Begründung, daß ihm Schadensersatzansprüche in gleicher Höhe zuständen, die er zur Aufrechnung stelle. Weiterhin beansprucht der Kläger einen Betrag von 74,94 DM verauslagter Diskontspesen. Insgesamt hat er einen Betrag von 16 501,14 DM nebst Zinsen eingeklagt. Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter und beantragt gleichzeitig, den Kläger gemäß § 717 Abs. 3 ZPO im Falle der Aufhebung des Berufungsurteils zur Zahlung von 26 500 DM zu verurteilen.

**JLaw – Gesetze und Urteile**Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

I. Saldo vom 5. 4. 1966

Gegenüber der unstrittigen Forderung des Klägers von 6 000 DM hat der Beklagte mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von mindestens 5 700 DM aufgerechnet.

Das Berufungsgericht sieht die Voraussetzungen des Gegenanspruches nicht als erwiesen an. Die Gegenforderung wird wie folgt begründet:

Die Parteien hätten in der Nacht vom 21. zum 22. April 1966 vereinbart, der Kläger solle am 22. April 1966 nach Bad Z [REDACTED] eine Ladung Ziersträucher, am 23. April 1966 einen Lastzug Ziersträucher zu der Filiale des Beklagten nach D [REDACTED] und am 26. April 1966 wiederum eine Ladung Obstbäume nach Z [REDACTED] senden. Der Kläger habe sich jedoch nicht an die Liefertermine gehalten. Er habe die Ladung Obstbäume ebenfalls am 22. April nach Zwischenahn verbringen lassen. Der Beklagte, dem nur der Gehilfe Ha [REDACTED] und der Fahrer M [REDACTED] zur Verfügung gestanden hätten, sei, da er am anderen Tage nach D [REDACTED] habe fahren müssen, um die dorthin bestellten Ziersträucher in Empfang zu nehmen, nicht in der Lage gewesen, die beiden Sendungen so zu versorgen, daß sie gesund und frisch geblieben wären. Der größte Teil der Ziersträucher sei vielmehr eingegangen, so daß der Beklagte einen Schaden von mindestens 4 500 DM gehabt habe. Ein weiterer Schaden von 1 200 DM sei ihm dadurch entstanden, daß er einen zusätzlichen Gehilfen habe einstellen müssen, der in den folgenden Tagen, wenn auch vergeblich, versucht habe, die Pflanzen noch zu retten.

Das Berufungsgericht hält den Nachweis für die vom Beklagten behauptete Vereinbarung bestimmter Liefertermine nicht für erbracht. Die Zeugen Ha[REDACTED] M[REDACTED] und K[REDACTED] seien bei der Unterredung der Parteien nicht zugegen gewesen. Aus ihren Bekundungen, der Beklagte habe sich fernmündlich beschwert, daß ihm der Kläger die beiden Sendungen am selben Tage geschickt habe, könne zwar entnommen werden, daß der Beklagte der Ansicht gewesen sei, etwas Bestimmtes mit dem Kläger über die Anlieferung vereinbart zu haben. Die Vereinbarung selbst könne aber damit nicht bewiesen werden, weil auch die Möglichkeit bleibe, daß die Parteien sich hinsichtlich des Liefertermins mißverstanden oder den genauen Tag der Anlieferung für die Obstbäume offen gelassen hätten. Für eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO hat das Berufungsgericht bei dieser Sachlage keine Veranlassung gesehen. Es sieht daher darin, daß der Kläger die beiden Ladungen von Ziersträuchern und Obstbäumen am 22. April 1966 übersandt und damit den Beklagten hinsichtlich der Versorgung der Pflanzen möglicherweise in eine mißliche Lage versetzt hat, keine Vertragsverletzung, die den Kläger Schadensersatzpflichtig hätte machen können.

II. Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung stand. Die Angriffe der Revision sind nicht begründet. Eine Schadensersatzpflicht des Klägers kommt nicht in Frage, weil eine positive Vertragsverletzung nicht nachgewiesen ist.

1. Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht hätte einen Sachverständigen darüber hören müssen,

daß die Pflanzen sofort nach ihrer Ankunft hätten versorgt werden müssen. Diese beim Beklagten eingetretene Zwangslage legt das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde.

2. Weiterhin rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Beklagten übergangen, dem Kläger sei bekannt gewesen, daß dem Beklagten am 22./23. April 1966 nur zwei Hilfskräfte, nämlich die Zeugen Ha [REDACTED] und M [REDACTED] zur Verfügung gestanden hätten; es habe auch nicht berücksichtigt, daß zwischen Mitgliedern des Bundes Deutscher Baumschulen, dem beide Parteien angehörten, eine Vereinbarung bestehe, wonach Pflanzen im Interesse der Schadensminderung nicht zurückgeschickt werden dürften. Hätte das Berufungsgericht diese beiden Umstände in Erwägung gezogen, so hätte es die hohe Wahrscheinlichkeit erkennen müssen, die für die Vereinbarung fester Liefertermine für die Sendungen nach Bad Z [REDACTED] (22. und 26. April 1966) spreche.

Das von der Revision als übergangen gerügte Vorbringen hätte, wie die Revision selbst nicht verkennet, nur als Indiz für das Zustandekommen der angeführten Vereinbarung dienen können. Daß das Berufungsgericht das Vorbringen übersehen hätte, ist seinen Ausführungen nicht zu entnehmen. Daß es den beiden Gesichtspunkten nicht die Bedeutung beimisst, wie die Revision es für richtig hält, ist, da ein Ermessensverstoß nicht erkennbar ist, nicht als Verfahrensfehler zu werten. Der Beklagte hatte im ersten Rechtszuge nur behauptet, von den im Regelfalle

beschäftigten vier Gehilfen seien am 22. April 1966 zwei verhindert gewesen. Er hatte weder den Grund der Verhinderung angegeben noch hatte er die Kenntnis des Klägers von der Abwesenheit der beiden Angestellten behauptet (s. Schriftsatz vom 17. Januar 1967); auch sein Vorbringen in der Berufungsbegründungsschrift ist nicht so gehalten, daß dem Berufungsgericht hätten Zweifel kommen können, ob der Beklagte ernsthaft behaupten wolle, dem Kläger seien die Verhältnisse im Betriebe des Beklagten so genau bekannt gewesen, daß ihm hätte klar werden müssen, der Beklagte könne unmöglich am 22. April 1966 beide Sendungen zusammen versorgen.

Auch der auf eine Verletzung des § 139 ZPO gestützten Revisionsrüge kommt keine Bedeutung zu, mit der die Revision weiteres dahingehendes Vorbringen in den Rechtsstreit einführen will, die beiden am 22. April 1966 abwesenden Angestellten des Beklagten hätten, der eine auf dem eigenen Hofe, der andere im Haushalt der Mutter ausgeholfen. Denn hieraus ist nicht zu entnehmen, daß dem Kläger die Abwesenheit der beiden Zeugen am 22. 4. 1966 bekannt gewesen wäre.

3. Kein Rechtsfehler ist es ferner, wenn das Berufungsgericht nicht auf das Vorbringen des Beklagten auf Seite 7 der Berufungsbegründung eingegangen ist. Der Beklagte verweist hier auf ein angebliches Schreiben des Klägers am 9. Mai 1966, das er, ohne es jedoch im Original oder im Durchschlag vorzulegen, in folgender Form wiedergibt:

"Sehr geehrter Herr den B[REDACTED]!
Auf Ihr Schreiben vom 6. d.M. teile
ich Ihnen mit, daß bei Abschluß
des Kaufvertrages die Lieferungsdaten
festgelegt worden sind."

Das Berufungsgericht hat diesem Vortrag des Beklagten ersichtlich keine Bedeutung beigemessen. Das ist angesichts der besonderen Umstände des Falles auch dann kein Rechtsfehler, wenn sich der Kläger in seiner Berufungserwiderung nur auf ein allgemeines Bestreiten beschränkt hat. Es ist nämlich in hohem Maße auffallend, daß ein solches nach seinem Wortlaute unter Umständen prozeßentscheidendes Schreiben im ersten Rechtszuge überhaupt nicht erwähnt worden ist, daß es auch im zweiten Rechtszug nicht nur nicht vorgelegt worden ist, sondern daß der Beklagte jede nähere Angabe über die Zusammenhänge und über die Gründe vermissen läßt, warum er erst im zweiten Rechtszuge hiermit hervortrat. Bei dieser Sachlage ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht den angeblichen Schriftwechsel vom 6. und 9. Mai 1966 im Hinblick auf das, wenn auch nur allgemeine Bestreiten des Klägers, als unbewiesen ansieht.

4. Vergeblich rügt die Revision schließlich, das Berufungsgericht habe die Anordnung der Parteivernehmung des Beklagten gemäß § 448 ZPO rechtsfehlerhaft unterlassen. Die Anordnung einer Parteivernehmung lag im nur beschränkt nachprüfbaren tatrichterlichen Ermessen des Berufungsgerichts. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob sich das Berufungsgericht der Möglichkeit des § 448 ZPO bewußt war und ob es sein Ermessen

mißbräuchlich ausgeübt hat. Nach beiden Richtungen ergeben sich keine Bedenken.

III. Rechnungen vom 2. Mai 1966 über zusammen
10 426,20 DM

Diesem Teil der Klageforderung hält der Beklagte entgegen, es sei ihm gestattet worden, die Rechnung durch Lieferung von Ballenleinen zu begleichen. Der Kläger hat eingeräumt, daß eine solche Vereinbarung für die nach Bad Zwischenahn übersandten Ziersträucher im Gegenwert von 3 308,45 DM getroffen worden sei. Nur insoweit hält das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten für erwiesen. Es bezieht sich dabei auf die entsprechende Bekundung des als Partei vernommenen Klägers sowie auf einen entsprechenden vom Beklagten unterschriebenen Vermerk auf dem Durchschlag des Lieferscheins vom 22.4.1966 "auf Vereinbarung = Gegenlieferung", der auf den anderen Lieferscheinen fehlt.

Das Berufungsgericht hat allerdings auf Grund der nachträglichen vom Kläger ebenfalls nicht bestrittenen Bestellung vom 20. Juli 1966 festgestellt, daß sich die Gegenlieferung des Beklagten im ganzen auf einen Gegenwert von 4 648 DM erstrecken sollte. Das ist rechtlich einwandfrei. Die gegen diese Feststellung gerichteten Revisionsangriffe sind nicht begründet.

1. Es bestand für das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision keine Verpflichtung, dem Kläger die Vorlage des Lieferscheins vom 22. April 1966 im Original aufzugeben. Denn, daß sich der Vermerk auf dem

Original befunden hätte, wird von keiner Partei behauptet.

2. Das Berufungsgericht stellt fest, die Lieferung des Ballenleinsens habe sofort zu erfolgen gehabt, weil es an der Vereinbarung eines bestimmten Liefertermines fehle. Die mit Schreiben vom 28. Juli 1966 in Verzug gesetzte Beklagte habe aber nicht innerhalb der ihr gesetzten Nachfrist geliefert, so daß dem Kläger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entstanden sei. Dieser führe dahin, daß er nunmehr Zahlung des Rechnungsbetrages in bar verlangen könne.

Die Revision greift die Feststellung des Berufungsgerichts, die Gegenlieferung sei sofort fällig gewesen, an. Das Berufungsgericht könne sich nicht auf den Vortrag des Beklagten in der Klageerwiderung stützen. Denn gerade dort sei ausgeführt, der Beklagte habe den Termin vom 15. September 1966 genannt.

Die Rüge ist nicht begründet. Ein Verfahrensverstöß liegt nicht vor. Das Berufungsgericht konnte und mußte bei der Würdigung des Vorbringens der Parteien den ihm vorliegenden Schriftwechsel mit berücksichtigen, aus dem jedoch in keiner Weise ersichtlich ist, daß der Beklagte dem Verlangen des Klägers, das Leinen sofort zu liefern, mit der Begründung entgegengetreten wäre, er brauche nicht vor dem 15. September 1966 zu leisten. Das wäre um so mehr erforderlich gewesen, als in dem Schreiben vom 20. Juli 1966 der Kläger einen Telefonanruf des Beklagten bestätigt hat, in dem dieser die Lieferung innerhalb einer Woche zugesagt hatte. Es ist daher kein Rechts-

fehler, wenn das Berufungsgericht die Vereinbarung eines Liefertermins vom 15. September 1966 nicht als dargetan ansieht.

In sachlich rechtlicher Hinsicht läßt der Umstand, daß der Kläger die Bestellung vom 20. Juli 1966 auf Lieferung einer bestimmten Menge von Ballenleinen zu bestimmten Preisen aufgegeben hat, erkennen, daß die Parteien zwei durch eine Verrechnungsabrede miteinander verbundene Kaufverträge abgeschlossen haben. Da die Voraussetzungen des § 326 BGB gegeben waren, (der Kläger hatte dem in Verzug gesetzten Beklagten eine Frist zur Lieferung bis 1. August 1966 mit der Androhung gesetzt, nach fruchtlosem Fristablauf die Gegenlieferung abzulehnen, der Beklagte hatte nicht geliefert), war der Kläger berechtigt, vom Kaufvertrag über das Ballenleinen zurückzutreten. Damit wurde auch die Verrechnungsabrede hinfällig. Der Beklagte hat daher den gesamten Kaufpreis von 10 426,20 DM in bar zu zahlen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt es auf die Hilfsröwägung des Berufungsgerichts, der Kaufpreisanpruch von 10 426,20 DM sei auch dann begründet, wenn der Beklagte den Kaufpreis in voller Höhe durch Gegenlieferung hätte tilgen dürfen, nicht mehr an.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht gehe zu Unrecht davon aus, der Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, die Leinwandlieferung zu erbringen, bedarf daher keiner Entscheidung.

IV. Diskontspesen von 74,94 DM

Diesen Posten hatte der Beklagte schon in der Berufungsinstanz nicht mehr bestritten. Das Berufungsgoricht hat ihn mit Recht zuerkannt.

V. Die Revision erweist sich somit als unbegründet. Sie war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier