

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V E R S Ä U M N I S

VIII ZR 87/68

URTEIL

Verkündet am

19. Januar 1970

Klett,

Justizhauptssekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich B [REDACTED], Hoch- und Tiefbauunternehmen,
Inhaber Kaufmann Heinrich B [REDACTED] sen., in R [REDACTED]
[REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Bernhard R [REDACTED] in L [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1970
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm
vom 22. Februar 1968 insoweit aufgehoben, als
die Beklagte zur Zahlung von mehr als 10 521,46 DM
nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Die Klage wird in Höhe eines weiteren Betrages
von 1 286,30 DM nebst Zinsen hiervon abgewiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der
Kläger 2/3 der Kosten des ersten Rechtszuges,
1/3 der Kosten des Berufungsverfahrens und
1/24 der Kosten des Revisionsverfahrens, die
Beklagte die übrigen Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der sich Gelände zur Entnahme von Sand
durch Pachtverträge mit Grundstückseigentümern gesichert
hatte, verpflichtete sich zunächst durch Vereinbarung vom

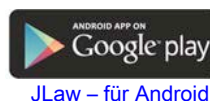
- 3 -

vom 24. Juli 1964 zur Lieferung von geeignetem Damm-schüttmaterial für den Autobahn-Neubau der Hansalinie an die Beklagte nach den üblichen Bestimmungen über Qualität in einer Menge von täglich 1 000 - 1 500 t. Die Lieferzeit sollte sich nach der Abnahme des Materials seitens des Auftraggebers der Beklagten richten. Diese Vereinbarung änderten die Parteien am 21. August 1964, wobei sie festlegten, daß die Lieferung des Sandes für eine Baustelle E 6 erfolgen solle. Am selben Tage bestätigte die Arbeitsgemeinschaft Hansalinie I, Erdlos 6 (künftig mit Arge bezeichnet) der Beklagten eine Vereinbarung über die Lieferung von geeignetem Sandmaterial aus der Entnahmestelle Ottmarsbocholt (Gelände des Landwirts R [REDACTED]). In dem Bestätigungsschreiben heißt es u.a., vereinbarungsgemäß beginne die Beklagte mit der Lieferung am 26. August 1964; es seien arbeitstätig und schichtmäßig mindestens 1 500 cbm anzuliefern, jedoch könne diese Anlieferung im einzelnen ohne Festlegung einer Masse von der örtlichen Bauleitung der Arge bestimmt werden. Die Beklagte bestätigte durch Schreiben an den Kläger vom 25. August 1964 die Vereinbarungen, die zwischen ihnen für die Lieferungen gelten sollten. Am 27. August 1964 begannen ihre Lieferungen aus der zur Verfügung gestellten Entnahmestelle an die Arge.

Nach dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 25. August 1964 sollte der Kläger für Sandlieferungen ab Entnahmestelle frei verladen je cbm 2,--DM erhalten und die Beklagte, wenn sie das Verladen des Sandes selbst übernahm, hierfür von dem Kläger 0,60 DM je cbm. Bei evtl. Lieferungen frei Baustelle sollte die



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



Vergütung je cbm mit 5,--DM berechnet werden. Dabei sollte die Beklagte für das Laden je cbm ebenfalls 0,60 DM und im Falle eines "Raupeneinsatzes" durch sie weitere 0,15 DM je cbm erhalten. Nr. 5 des Bestätigungsschreibens lautet: "Beim Verkauf des Abraummateri als wird Herr Re (Kläger) am Bruttoverdienst zu 2/3 beteiligt, die Firma E (Beklagte) zu 1/3". In dem Bestätigungsschreiben nahm die Beklagte auf die schriftliche Vereinbarung vom 21. August 1964 Bezug, die für die Beklagte von ihrem Angestellten B unterzeichnet worden war. Dieser unterzeichnete auch das Schreiben vom 25. August 1964. Auch in der schriftlichen Vereinbarung vom 21. August 1964 hieß es bereits: "Bei dem Abraum wird Herr Re am Verdienst zu 2/3 + die Firma E zu 1/3 beteiligt".

Die Beklagte bezog sich sodann in einem Schreiben an den Kläger vom 28. August 1964 auf eine Verhandlung an der Baustelle Ottmarsbocholt vom 27. August 1964, wobei der Kläger gehört habe, daß sie für den Abraum frei Baustelle (von der Arge) nur 2,40 DM pro cbm erhalte. Die Fuhrunternehmer erhielten 2,--DM, für das Laden stünden ihr 0,60 DM zu, deshalb habe der Kläger an die Beklagte 0,20 DM je cbm zu zahlen, vorbehaltlich einer Nachvergütung von der "E 6".

Mit Schreiben vom 11. September 1964 bat die Beklagte den Kläger um die Bestätigung der in diesem Schreiben aufgeführten Einzelheiten. Dem Schreiben widersprach der Kläger am 12. September 1964 in verschiedenen Punkten. Dazu nahm die Beklagte durch Einschreiben vom 15. September 1964 Stellung. Darin heißt es:

- "1) Der Preis von 5,00 DM von Entsandungsstelle Rückmann zur E 6 ist insoweit richtig, wie es sich um einwandfreien Sand handelt und nicht um Abraummateriail.

.....

.....

.....

- 5) An dem verbleibenden Verdienst sind wir mit 50 % beteiligt, das ist vereinbart. Eine Ausnahme war lediglich lt. Änderungsvertrag vom 25.8.64 für das Abraummateriail getroffen worden, weil hier schon klar war, daß Sie nicht wußten wohin mit dem Materiail und daß schon ein Verlust vorauszusehen war. Aus diesem Grunde wurde die 1/3 Beteiligung akzeptiert, aber nur für das Abraummateriail.

.....

- 7) Zu der Lieferung von Haus K [REDACTED] zur E 6 gilt dasselbe, wie unter 5) aufgeführt."

Am Schluß des Schreibens erwähnte die Beklagte, daß der Kläger in verschiedenen Punkten grob gegen die vertraglichen Abmachungen verstoßen habe. Sie erinnere nur an die "Stillegung der Baustelle Ottmarsbocholt", die erfolgt sei, weil der Kläger Auflagen nicht erfüllt habe, die man ihm seitens der Behörden gestellt und zu deren Einhaltung er sich der Beklagten gegenüber durch den Vertrag vom 24. Juli 1964 verpflichtet habe. Das gleiche gelte für die Stillegung der Grube Haus K [REDACTED], für die der Kläger nicht einmal eine Entsandungsgenehmigung gehabt habe. Aus allen diesen Gründen behalte sie sich vor, Regreßansprüche geltend zu machen.

Über die Abrechnung konnten sich die Parteien nicht einigen. Der Kläger sandte der Beklagten mit Schreiben vom 30. November 1964 eine Aufstellung, in der er u.a. für Sandlieferungen aus der Entnahmestelle R [REDACTED] 15 590 cbm zum Preise von 2,--DM und für Abraum aus dieser Entnahmestelle 1,30 DM je cbm in Rechnung stellte. Ferner beanspruchte er einen Verdienstanteil von 50 % an der Lieferung der 15 590 cbm Sand in Höhe von 0,85 DM je cbm mit 13 251,50 DM.

Die Beklagte legte ihrer Abrechnung vom 3. Dezember 1964 einen Vergütungsanspruch des Klägers für 14 470 cbm zugrunde, wobei sie für diese Menge auf eine Abrechnung der Arge Bezug nahm. Sie errechnete sich aus der Gegenüberstellung von Forderungen und Gegenforderungen einschließlich geleisteter Zahlungen eine Überzahlung zu ihren Gunsten von 2 838,14 DM.

Inzwischen hatte der Kläger bereits den vorliegenden Rechtsstreit durch Zahlungsbefehl eingeleitet, in dem weitere Ansprüche und Gegenansprüche aus dem beiderseitigen Abrechnungsverhältnis streitig wurden, die sich z.T. erledigt haben.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 9 670,39 DM nebst Zinsen und wies im übrigen die Klage ab. Gegen dieses Urteil legten die Beklagte Berufung und der Kläger unselbständige Anschlußberufung ein. Die Beklagte forderte die volle Abweisung der Klage und erhob gleichzeitig Widerklage auf Zahlung von 16 304,24 DM nebst Zinsen. Der Kläger verlangte mit der Anschlußberufung außer der zuerkannten Hauptsumme nebst Zinsen Zahlung weiterer 13 251,50 DM nebst Zinsen.

Das Oberlandesgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 11 807,76 DM nebst Zinsen, wies im übrigen die Anschlußberufung des Klägers zurück und die Widerklage ab.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in Höhe der dem Kläger zuerkannten Summe; mit der Widerklage verlangt sie noch Zahlung von 13 552,14 DM nebst Zinsen. Im Revisionstermin war der Kläger, nachdem sein Prozeßbevollmächtigter, Rechtsanwalt Dr. R[REDACTED], die Vertretung niedergelegt hatte, nicht vertreten. Die Beklagte beantragte, Versäumnisurteil zu erlassen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Berechnung des dem Kläger zugesprochenen Betrages von 11 807,76 DM legt das Berufungsgericht folgende Feststellungen zugrunde:

1. Von der Entnahmestelle R[REDACTED] und möglicherweise z.T. von einer anderen Entnahmestelle seien an die Arge insgesamt 14 470 cbm Erdmengen geliefert worden, davon unstreitig 2 390 cbm Abraum aus der Entnahmestelle R[REDACTED]. Außerdem habe die Beklagte 1 083 cbm Sand, die an die Strabag zur Dammschüttung geliefert worden seien, zu vergüten. Danach habe sie für Sandlieferungen von insgesamt 13 163 cbm je 2,--DM pro cbm, also insgesamt 26 326,--DM an den Kläger zu entrichten.

2. Für den Abraum aus der Entnahmestelle R[REDACTED] von 2 390 cbm habe der Kläger in seiner Aufstellung 1,30 DM je cbm berechnet. Diesen Betrag habe er nicht zu beanspruchen,

denn er habe nach der Vereinbarung vom 21. August 1964 lediglich an dem Verdienst zu $\frac{2}{3}$ beteiligt sein sollen. Der Ermittlung dieses Verdienstes sei zugrunde zu legen, daß die Arge der Beklagten zwar zunächst nur 2,40 DM je cbm habe zahlen wollen, später aber, wie die Beklagte im Berufungsverfahren vorgetragen habe, einen höheren Preis, nämlich 3,69 DM je cbm, ihm zugestanden habe. Da der Fuhrlohn beim Abraum unstreitig mit 2,10 DM je cbm und die Ladekosten mit 0,60 DM anzusetzen seien, betrage der Verdienst 0,99 DM je cbm. Davon errechne sich der Verdienstanteil des Klägers mit $\frac{2}{3}$ für 2 390 cbm Abraum auf 1 577,40 DM (BU S. 31/32).

3. Der Kläger habe auf Grund späterer Vereinbarungen auch für die Sandentnahmen zusätzlich zu dem Betrag von 2,--DM je cbm eine Beteiligung am Verdienst in Höhe von 50 % zu beanspruchen. Diese Beteiligung habe die Beklagte zwar zunächst bestritten. Die Vereinbarung hierüber sei jedoch als erwiesen anzusehen. Sie sei dem Kläger durch das Schreiben vom 15. September 1964 als vereinbart bestätigt worden. Diesem Schreiben sei nicht zu entnehmen, daß die Verdienstbeteiligung von weiteren Voraussetzungen habe abhängen sollen. Der Verdienst sei wie folgt zu berechnen: Der Preis für die Sandlieferungen an die Arge und S [REDACTED], den die Beklagte erhalten habe, sei mit 5,60 DM je cbm anzusetzen. Davon seien abzusetzen der Preis von 2,--DM, den der Kläger zu beanspruchen habe und der Fuhrlohn mit 2,10 DM je cbm. Dann ergebe sich ein Verdienst von 1,50 DM je cbm. Dabei seien die Verladekosten von 0,60 DM nicht zu berücksichtigen, weil sie im Rahmen der Abrechnung der Beklagten besonders gutgebracht würden. Die Verdienstbeteiligung des Klägers an den Sandlieferungen betrage

dennach $0,75 \text{ DM} \times 13\,163 \text{ cbm} = 9\,872,25 \text{ DM}$.

4. Hinzuzusetzen seien vier weitere Forderungen des Klägers, die unstreitig seien, mit 1 261,97 DM.

Auf dieser Grundlage errechnet das Berufungsgericht die begründeten Forderungen des Klägers auf 39 037,62 DM. Hiervon setzt es ab für Ladekosten DM 10 086,60 und für anerkannte Gutschriften 17 143,26 DM, so daß die Forderungen des Klägers an die Beklagte ihm mit einem Restbetrage von 11 807,76 DM zuzusprechen seien.

II. Die Revision beanstandet die Berechnung des Verdienstanteils des Klägers an dem Abraum (2 390 cbm) und den Verdienstanteil an den Sandlieferungen (Sandentnahmen). Außerdem macht sie Gegenforderungen geltend, die das Berufungsgericht bei seiner Berechnung nicht anerkannt hat.

1. Die Revision bezieht sich auf die Ausführungen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen und Beweisangebote dafür, daß die Verwertung des Abraums bei richtiger Bewertung der tatsächlichen Unkosten, die der Beklagten entstanden seien, ihr keinen Verdienst, sondern Verluste gebracht habe. Dazu hatte die Beklagte zunächst vorgetragen, bei einem Preis von 2,40 DM, den die Arge für den Abraum nur bewilligt habe, ergebe sich schon unter Zugrundelegung der Ladekosten von 0,60 DM und der reinen Fuhrlohne mit 2,10 DM je cbm ein Verlust von 0,30 DM pro cbm. Mit dem Kläger sei in einer Besprechung vereinbart worden, daß er der Beklagten, soweit ihre

effektiven Unkosten für den Abtransport des Abraummateri- als den Betrag von 2,40 DM übersteigen würden, den Mehrbetrag zu erstatten habe. (Beweis Zeugnis des Bauingenieurs K [REDACTED]). Mit dieser Begründung stellte die Beklagte im ersten Rechtszuge eine Gegenforderung in Höhe von 717,--DM zur Aufrechnung (Schriftsatz vom 19.10.1965 S. 6/7) und verlangte im Berufungsverfahren diesen Betrag mit ihrer Widerklage. Dazu führte sie im Schriftsatz vom 19. Januar 1966, mit dem sie die Widerklage erhob, mit näherer Begründung aus, es habe sich erst nach Beginn der Arbeiten auf der Entnahmestelle R [REDACTED] wider Erwarten herausgestellt, daß ungewöhnlich viel Mutterboden wegzuräumen war und die Schicht bis zum mehr als 1 m tief liegenden Grundwasserspiegel reichte. Die Vereinbarung vom 21. August 1964, wonach dem Kläger ein Anteil von 2/3 am Gewinn zustehen sollte, habe nur übliche Unkosten für das Abräumen und Wegfahren des Abraums (einschl. Mutterbodens) vorausgesetzt. Als sich gezeigt habe, daß viel mehr Mutterboden als üblich abgeräumt werden mußte, habe sich der Kläger bereiterklärt, einen etwaigen Verlust allein zu tragen.

a) Die Revision rügt, die im Schriftsatz vom 19. Januar 1966 S. 4 angebotenen Beweise seien nicht erhoben worden. Die Rüge ist unbegründet. Der Bauingenieur K [REDACTED] und der Betriebsführer B [REDACTED] jr., Adoptivsohn des Inhabers der Beklagten, sind am 24. Juni 1966 vom Berufungsgericht als Zeugen vernommen worden. Wenn die Beklagte noch auf eine Vernehmung von Zeugen über die behauptete Vereinbarung mit dem Kläger Wert legte, so hätte sie spätestens jetzt die Vernehmung der Zeugen über diesen Punkt beim Berufungsgericht beantragen müssen. Das ist ersichtlich

nicht geschehen. Die Beklagte hatte inzwischen eingeräumt, daß die Arge nachträglich für den Abraum eine höhere Vergütung bewilligt hatte. Damit wurde ihre frühere Berechnung der Gegenforderung, die auf eine Vergütung von 2,40 DM je cbm Abraum abgestellt war, gegenstandslos. Im übrigen hatte sie noch im Schreiben an den Kläger vom 11. September 1964 erklärt, daß sie an dem Verdienst aus dem Verkauf des Abraummaterials zu 1/3 beteiligt sei, ohne dabei geltend zu machen, daß für sie höhere Aufwendungen für das Abtragen des Mutterbodens entstanden seien. Es bedurfte daher weder einer Beweiserhebung darüber, ob der Kläger sich verpflichtet hatte, einen zu errechnenden Verlust bei der Verwertung des Abraums allein zu tragen, noch sind die weiteren Beanstandungen der Revision gegen die Berechnung eines Gewinnanteils des Klägers in diesem Punkt begründet.

b) Im Schriftsatz vom 31. Oktober 1967 hatte die Beklagte darauf verwiesen, daß mehr Abraum und mehr Grundwasser aufgetreten seien, als sonst üblicherweise, zu erwarten gewesen sei. Sie verwies hierbei auf entsprechende Bekundungen der Zeugen W. [REDACTED] und Sieger bei ihrer Vernehmung am 27. Oktober 1967. Sie machte geltend, die eingesetzten Transport- und Ladekosten von 2,--DM und 0,60 DM seien zu niedrig bemessen. Der Einsatz ihrer teuren Geräte und Maschinen habe sich bei dieser Sachlage nicht rentiert. Hierfür bezog sich die Beklagte auf Sachverständigengutachten.

Die Rüge der Revision, dieser Beweis hätte erhoben werden müssen, kann deshalb nicht durchgreifen,

weil es an einer ausreichenden Darlegung dafür fehlt, welche höheren Unkosten für die Wegschaffung des (veräußerten) Abraums entstanden sein sollen. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, daß die Beklagte im ersten Rechtszuge ihren angeblichen Verlust selbst lediglich damit begründet hatte, daß sie für den verwerteten Abraum nur 2,40 DM je cbm von der Arge erhalte und die Unkosten mit 2,70 DM anzusetzen seien. Sie hat hierbei nicht näher dargelegt, daß ihr noch höhere Unkosten für das Abräumen und die Wegschaffung des Abraums entstanden seien. Das Berufungsgericht durfte der Berechnung des Gewinnanteils des Klägers daher die Unkosten zugrundelegen, die die Beklagte in diesem Zusammenhang im ersten Rechtszuge selbst geltend gemacht hatte und die auch den Berechnungsgrundlagen entsprachen, die sich aus dem Schriftwechsel zwischen den Parteien entnehmen lassen.

2. Entsprechende Angriffe der Revision richten sich gegen die zuerkannte Beteiligung des Klägers an dem Verdienst aus den Sandlieferungen. Die Revision macht auch in dieser Hinsicht geltend, der Verdienst sei dadurch geschmälert worden, daß sich wider Erwarten eine zu starke Abraumschicht herausgestellt, der Sand zu tief gelegen habe und außerdem das Sandvorkommen unergiebig gewesen sei. Deshalb seien die angenommenen Transport- und Verladekosten zu niedrig bemessen worden. Den Kläger treffe der Vorwurf, daß er es unterlassen habe, vor Abschluß des Vertrages die für die Beklagte vorgesehene Entnahmestelle ordnungsmäßig zu überprüfen. Hätte er das getan, so wären wohl weder er noch die Beklagte als Fachleute überhaupt an dieses Objekt

herangegangen (Beweis Sachverständigengutachten).

Auch diesen Beweis brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben, denn der Sachvortrag der Beklagten enthält keine schlüssige Begründung dafür, daß bei der Berechnung des Verdienstanteils des Klägers im Sinne ihres Schreibens vom 15. September 1964 noch andere als die dort genannten Unkostenfaktoren berücksichtigt werden sollten. Insbesondere ist auch nichts darüber gesagt, daß Aufwendungen für die Wegschaffung des Abraums oder Verluste durch unrentablen Einsatz ihrer Geräte in Abzug gebracht werden dürften. Insoweit fehlt den entsprechenden Behauptungen der Beklagten die erforderliche nähere Substantiierung. Deshalb rügt die Revision in diesem Zusammenhang auch vergeblich, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung des Gewinnanteils nicht einmal die Umsatzsteuerlast der Beklagten berücksichtigt habe.

III. Von den Gegenforderungen der Beklagten sind in diesem Rechtszuge noch folgende im Streit:

1. In der Aufstellung der Beklagten vom 3. Dezember 1964 sind folgende Forderungen aufgeführt worden:

Fuhrlohn (Halde)	624,64 DM
Tragsch.+Binder	664,41 "
Betonrohre	34,-- "
Transporte	128,-- "
Gebühren, Zeugnis usw.	172,-- "
Fuhrlohne S [REDACTED]	<u>2 200,-- "</u>
	3 823,25 DM.

Im ersten Rechtszuge bestritt der Kläger diese Gegenforderungen. Im Berufungsverfahren wurde die Beklagte durch Verfügung des Berichterstatters vom 21. März 1966 unter Hinweis auf dieses Bestreiten des Klägers aufgefordert, näher darzulegen, welche Leistungen den streitigen Belastungen im einzelnen zugrundeliegen. Die Beklagte kam dieser Auflage nicht nach. Sie ließ lediglich dann im Schriftsatz vom 31. Oktober 1967 vortragen, aus den Schwierigkeiten, die bei der Entnahmestelle R [REDACTED] durch den unerwartet hohen Abraum, dessen Lagerung und das Grundwasser entstanden seien, resultierten die vom Kläger nicht anerkannten Abrechnungsposten. Dieses Vorbringen ergänzte sie in dem Schriftsatz vom 29. November 1967 S. 3 wie folgt: "Die weiteren Positionen der Abrechnung der Beklagten umfassen die Straßenbaukosten, die Einfahrt von der Bundesstraße zur Sandentnahmestelle Ottmarsbocholt". Diese Unkosten habe der Kläger nach dem Verträge der Parteien allein zu tragen. Hierfür sei die Beklagte bei den für die Straßenmaterialien zuständigen Firmen in Vorlage getreten (Beweis: Parteivernehmung des Klägers).

Das Berufungsgericht hat die angebotenen Beweise nicht erhoben. Es lehnt die Berücksichtigung der sechs Posträge deshalb ab, weil die Beklagte nicht angegeben habe, welche Leistungen diesen Positionen zugrundeliegen. Der allgemein gehaltene Beweisantritt in der Berufungsbegründung dafür, daß ihre Aufstellung vollständig und richtig sei, stelle kein substantiiertes Darlegen dieser Forderungen dar.

Demgegenüber macht die Revision geltend, die Beklagte habe bereits bei der Übersendung der Abrechnung vom 3. Dezember 1964 und im ersten Rechtszuge auf die Entstehung der Posten hingewiesen. Der Beweisantritt (gemeint ist hiermit ersichtlich die vom Berufungsgericht erwähnte Benennung von K [REDACTED], B [REDACTED] jr. und S [REDACTED] in der Berufungsbegründung) sei daher schlüssig. Nicht gerügt ist hiermit, daß auch der Kläger hätte vernommen werden müssen.

Daß die Beklagte Aufwendungen für Wegebau und den Ausbau der Ein- und Ausfahrt gehabt hat, war indes unstreitig. Denn der Kläger selbst hat im ersten Rechtszuge vorgetragen, die Parteien seien übereingekommen, die Einfahrt und Ausfahrt instandzuhalten, den Weg, soweit notwendig, auszubauen sowie die beiderseits entstehenden Kosten zwischen den Parteien zu teilen. Im Zusammenhang mit der Abrechnung der sich hieraus ergebenden Ansprüche hat der Kläger dazu vorgetragen, die Beklagte habe hinsichtlich der Einfahrt und Ausfahrt Kosten in Höhe von 621,70 DM und hinsichtlich der Wegekosten 664,60 DM aufgewendet (Schriftsatz vom 15. Juni 1965 S. 7). Dies ist daher bei Prüfung der Revisionsrügen zu berücksichtigen, ungeachtet dessen, daß die Beklagte die vom Kläger behauptete Vereinbarung über die Teilung der Kosten bestritten und der Kläger dann, wie das Landgericht feststellt, den in der Rechnung vom 30. November 1964 geltend gemachten hälftigen Anteil an Wegekosten und Ein- und Ausfahrtkosten fallen gelassen hat. Demnach hätte das Berufungsgericht die eigenen Angaben des Klägers, daß auch der

Ieklagten Kosten entstanden seien, bei der Prüfung ihres Vorbringens berücksichtigen müssen.

Da mithin der Kläger im ersten Rechtszuge Aufwendungen der Beklagten in Höhe von 621,70 und 664,60 DM selbst zugestanden hat, ohne diese Angaben später zu berichtigen, sind diese Beträge der Beklagten zuzusprechen und von der höheren Forderung des Klägers abzuziehen. Für die frühere Behauptung des Klägers, es sei vereinbart worden, daß die Parteien je die Hälfte dieser Aufwendungen zu tragen haben, sind keine ausreichenden Anhaltspunkte vorgetragen worden, zumal der Kläger seinen Anspruch auf Erstattung der Hälfte seiner eigenen Aufwendungen, dessen er sich ursprünglich berühmte, nicht weiterverfolgt hat. Nach Lage der Sache ist daher der Entscheidung zugrunde zu legen, daß der Kläger diese Aufwendungen der Beklagten in vollem Umfange zu erstatten hat.

Die weiteren Beträge sind dagegen, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, nicht ausreichend substantiiert worden; auch die von der Beklagten überreichte Aufstellung vom 2. September 1966 gibt hierfür keine genügenden Anhaltspunkte, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtlich bedenkenfrei ausführt.

2. Das Berufungsgericht hat dem Kläger die vereinbarten 2,--DM für Sandlieferungen auf die festgestellte Gesamtmenge von 13 163 cbm zugebilligt, dagegen der Beklagten Verladekosten nur für 11 158 cbm Sand zugesprochen. Wie das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei dargelegt hat, fehlte es an dem erforderlichen Beweis dafür, daß die Beklagte mit ihrem Bagger mehr Sand geladen

hat. Entgegen der Ansicht der Revision ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen davon ausgegangen ist, der Beklagten hätte es obgelegen, einen Anspruch auf Ladekosten für eine höhere Menge Sand zu beweisen.

IV. Die Widerklage war in der Vorinstanz mit dem Verlangen auf Zahlung von 16 304,24 DM erhoben worden. Diesen Anspruch stützte die Beklagte auf den Saldobetrag ihrer Abrechnung vom 3. Dezember 1964 in Höhe von 2 238,14 DM. Ferner auf ihren Anspruch, daß der Kläger ihr einen beim Abräumen des Mutterbodens entstandenen Verlust in Höhe von 717,--DM ersetzen müsse und ferner darauf, daß sie wegen schuldhafter Leistungsstörungen und ungenügender Belieferung mit Sand Ersatzansprüchen der Arge in Höhe von 12 749,10 DM ausgesetzt worden sei.

Dem Anspruch auf den Saldovortrag ist der Boden schon dadurch entzogen, daß das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei dem Kläger Ansprüche auf Beteiligung am Gewinn bei der Verwertung des Abraums und an den Sandlieferungen zugebilligt hat.

Die 717 DM angeblicher Verlust aus den Abraumlieferungen werden mit der Revision nicht mehr weiterverfolgt.

Den Ersatzanspruch wegen ungenügender Lieferungen an die Arge, den die Beklagte im Berufungsverfahren ermäßigt hatte, hat das Berufungsgericht ebenfalls aberkannt. Auch die hierzu vorgebrachten Angriffe gegen das Berufungsurteil können keinen Erfolg haben.

Zur Begründung des Ersatzanspruchs, den die Beklagte im ersten Rechtszuge hilfsweise zur Aufrechnung stellte, ließ sie vortragen: Nach ihrer Vereinbarung mit der Arge sei sie verpflichtet gewesen, für den Autobahn-Dammbau arbeitstäglich mindestens 1 500 cbm geeignetes Sandmaterial anzuliefern. Sie habe von dieser Verpflichtung dem Kläger Kenntnis gegeben. Er hätte daher dafür sorgen müssen, daß sie diese Mengen aus den in Betracht kommenden Entnahmestellen, in erster Linie aus der Entnahmestelle R [REDACTED] erhielt. Dabei sei vorgesehen gewesen, daß diese Entnahmestelle allein von ihr ausgebeutet werden sollte. Diese Abrede habe der Kläger nicht eingehalten; denn er habe sich unstreitig gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere der Firma Köster, zur Anlieferung von Sand für den Bau der Autobahn verpflichtet. Um diesen eigenen Verpflichtungen nachzukommen, habe der Kläger dann auch aus der Entnahmestelle R [REDACTED] Sand abfahren lassen und dadurch schuldhaft und vertragswidrig die Entnahmen und Lieferungen für die Beklagte beeinträchtigt. Deshalb habe sie ihren Lieferverpflichtungen nicht nachkommen können. Es komme hinzu, daß die Ausbeute dieser Entnahmestelle auf weitere Schwierigkeiten gestoßen sei, für die der Kläger ebenfalls die Verantwortung treffe. Wenn der Kläger seinen Verpflichtungen aus dem Vertrage vom 24. Juli nachgekommen wäre, so hätte er insgesamt 39 000 cbm Sand liefern müssen. Tatsächlich seien aber nur ca. 15 000 cbm angeliefert worden. Die Arge habe 9 807 cbm zu einem Mehrpreis von 1,30 DM zukaufen müssen; das ergebe den Betrag von 12 749,10 DM.

Das Landgericht lehnte den Schadensersatzanspruch mit der Begründung ab, die Beklagte habe ihn nicht unter Beweis gestellt. In der Berufungsbegründung bot die Beklagte Zeugenbeweis dafür an, den vertraglichen Abmachungen vom 14. Juli und 21. August 1964 habe als Geschäftsgrundlage die Abrede zugrunde gelegen, daß die Sandentnahmestelle R [REDACTED] allein von ihr ausgebeutet werden solle. Beim Abräumen des Mutterbodens seien dann die ersten Schwierigkeiten entstanden. Darauf habe sich der Kläger bereiterklärt, einen etwaigen Verlust allein zu tragen (Beweis: K [REDACTED], B [REDACTED] jr., Parteivernehmung). Im Schriftsatz vom 14. Juni 1966 bestritt die Beklagte, damit einverstanden gewesen zu sein, daß der Kläger aus der Entnahmestelle R [REDACTED] für die Firma K [REDACTED] Sand abfahren ließ. Sie bezog sich auf W [REDACTED] und B [REDACTED] jr. als Zeugen dafür, daß sie wegen der Eingriffe des Klägers in diese Entnahmestelle nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Lieferverpflichtungen gegenüber der Arge E 6 mit 1 500 cbm täglich zu erfüllen, und daß ihr deswegen bei der Endabrechnung mit der Arge Vertragsstrafen in Höhe von 8 500,--DM abgezogen worden seien. Zunächst sei sie der Arge gegenüber dadurch in Verzug gekommen, daß sie auf der Entnahmestelle R [REDACTED] im wesentlichen mit dem Abraum beschäftigt gewesen sei, und dann dadurch, daß der Kläger einen großen Teil des aufgefundenen Sandes für seine Zwecke abfahren ließ, statt diesen Sand der Beklagten entsprechend der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung zu belassen (Beweis: W [REDACTED], Sch [REDACTED], S [REDACTED], B [REDACTED] jr.). Der Kläger habe sich durch Proteste der Beklagten nicht stören lassen,

sondern in aller Ruhe weitergebaggert (Beweis wie zuvor). Das könne insbesondere der Geschäftsführer der Arge E 6 W [REDACTED] bekunden, der wiederholt an der Baustelle gewesen sei und alles miterlebt habe.

Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch der Beklagten abgelehnt und dies mit folgenden Erwägungen begründet: Die Beklagte könne ihren Schadensersatzanspruch nicht auf Verletzung einer Lieferpflicht stützen. Das würde eine Lieferpflicht des Klägers frei Baustelle voraussetzen. Die tatsächliche Handhabung zwischen den Parteien zeige aber, daß die Beklagte das benötigte Material mit einem eigenen Bagger und eigenen Fahrzeugen entnommen habe. Ein Anspruch auf Belieferung durch den Kläger habe danach nicht bestanden. Er habe auch nicht dafür garantiert, daß der Beklagten eine Entnahme von täglich 1 000 - 1 500 cbm Sand möglich sein werde. Auch die Tatsache, daß der Kläger später selbst in der Grube R [REDACTED] einen Bagger aufgestellt und dort Sand für eigene Zwecke entnommen habe, begründe keinen Schadensersatzanspruch. Die Beklagte habe in dem Einzelrichtertermin vom 24. Juni 1966 eingeräumt, daß der Bagger des Klägers nicht unmittelbar die Arbeit mit dem Bagger der Beklagten behindert habe. Sie habe auch nichts dagegen gehabt, daß der Kläger seinen Bagger in dieser Grube aufstellte. Die Beklagte habe sogar mit ihrem Bagger einen großen Teil der Sandmenge, die der Kläger für die Baustelle Küster entnommen habe, verladen und mache dafür Ladekosten geltend. Unter diesen Umständen könne die Beklagte aus eigenen Entnahmen des Klägers keine Vertragsverletzung herleiten. Auch sonstiges Zuwiderhandeln des Klägers gegen vertragliche Verpflichtungen seien nicht bewiesen. Wenn der

Angestellte des Klägers Bauführer Z. [REDACTED] wirklich gelegentlich für die Beklagte eingesetzte Fuhrunternehmer Sand für den Kläger abfahren ließ, so hätte sie den Kläger mit dem Hinweis energisch abmahnen müssen, daß sie sonst ihre Verpflichtungen gegenüber der Arge nicht einhalten könne. Eine solche Abmahnung sei jedoch nicht bewiesen, auch dem Schreiben der Beklagten vom 11. September 1964 nicht zu entnehmen.

Die Revision rügt demgegenüber, das Berufungsgericht hätte davon ausgehen müssen, daß der Kläger bei den Vereinbarungen zwischen den Parteien durch die Beklagte darüber unterrichtet gewesen sei, was sie mit der Arge über die anzuliefernden Sandmengen vereinbart hatte. Diese Vereinbarung sei deshalb Vertragsgrundlage der Abmachungen zwischen den Parteien gewesen. Hierfür habe die Beklagte im Schriftsatz vom 19. Januar 1966 S. 11 Beweis angeboten. Darüber hinaus habe sie unter Beweis gestellt, daß der Kläger sich entsprechend gegenüber der Beklagten verpflichtet habe. Daß ihr zu wenig Sand zur Verfügung gestellt worden sei, habe jedenfalls auch daran gelegen, daß die Sandgrube nicht Sand in dem Umfange hergegeben habe, den die Parteien beim Abschluß ihrer Vereinbarungen vorausgesetzt hätten. Die Revision weist in diesem Zusammenhang auf Bekundungen des Zeugen E. [REDACTED] jr. bei seiner Vernehmung am 24. Juni 1966 hin, nach denen der Kläger durch Z. [REDACTED] dazu übergegangen sei, die von der Beklagten beschäftigten Fuhrunternehmer abzuwerben, so daß sie den von ihr gebaggerten Sand an andere Baustellen abfahren und

der Bagger der Beklagten nicht mehr voll für sie arbeiten konnte. Dadurch und durch den hohen Anteil an Abraum sei der Bagger der Beklagten nicht ausgelastet worden.

Diese Angriffe der Revision sind nicht geeignet, die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis in Frage zu stellen.

1. Es ist nicht entscheidungserheblich, ob dem Kläger bei den Vereinbarungen zwischen den Parteien bekannt war, daß die Arge Lieferung bis zu 1 500 t Sand täglich beanspruchen konnte. Denn der Kläger hatte für eine entsprechende Belieferung der Beklagten nicht nach Art der Haftung eines Verkäufers von Handelsware einzustehen. Er durfte es der Beklagten überlassen, die von ihr benötigte Menge Sand selbst aus der vorgesehenen Entnahmestelle R. [REDACTED] zu gewinnen. So haben die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Abwicklung des Vertrages auch gehandhabt. Es ist daher kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht der Beklagten keinen Anspruch wegen Nichterfüllung einer Lieferpflicht zugebilligt hat.

2. Den Kläger traf allerdings die Verpflichtung, der Beklagten Entnahmen aus der Sandgrube in dem von ihr benötigten Umfang zu gestatten und dies dabei nicht zu behindern. B. [REDACTED] jr. hat jedoch, wie das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei feststellt, bei seiner Vernehmung selbst erklärt, daß der Einsatz des Baggers des Klägers die Entnahmen der Beklagten zunächst jedenfalls nicht beeinträchtigt habe. Wenn

dann der Angestellte Z■■■■, wie das Berufungsgericht unterstellt hat, die Ausbeute von Sand für die Beklagte dadurch geschwälert haben sollte, daß er Sand für die Erfüllung von Lieferpflichten des Klägers gegenüber anderen Unternehmern abfahren ließ, so könnte darin zwar eine schuldhaftige Vertragsverletzung liegen. Einem hierauf begründeten Schadensersatzanspruch der Beklagten steht jedoch entgegen, daß sie keine ausreichenden Angaben darüber gemacht hat, welcher Schaden ihr durch die insoweit in Rede stehenden Übergriffe entstanden sei. Hierfür wäre eine nähere Darlegung über die Abwicklung des Vertragsverhältnisses mit der Arge und die behaupteten Ersatzansprüche auch in zeitlicher Hinsicht erforderlich gewesen. Das schriftsätzliche Vorbringen der Beklagten zu diesem Punkt ist so allgemein gehalten, daß es keine ausreichende Grundlage dafür bietet, einen der Beklagten entstandenen Schaden zu schätzen. Aus diesem Grunde ist die Ablehnung des Schadensersatzanspruchs im Ergebnis nicht zu beanstanden, ohne daß es in diesem Zusammenhang noch darauf ankommt, ob dem Berufungsgericht auch darin beigetreten werden kann, daß es einer energischen Abmahnung gegenüber den behaupteten Übergriffen des Angestellten Z■■■■ bedurft hätte.

3. Die weiteren Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet. Das gilt insbesondere von der Beanstandung, P■■■■ jr. sei nur gehört, nicht aber als Zeuge vernommen worden. Diese Rüge steht im Widerspruch zu dem Protokoll vom 24. Juni 1966, in dem Beckmann jr. als Zeuge aufgeführt worden ist. Soweit die Beklagte schriftsätzlich eine Parteivernehmung des Klägers beantragt hatte, um den Inhalt

der Vereinbarungen zwischen den Parteien zu beweisen, liegt ebenfalls kein Verfahrensverstoß vor. Denn darauf kommt es, wie bereits oben dargelegt worden ist, deshalb nicht an, weil der Kläger keine Garantie für das Ausmaß der Ausbeute von Sand übernommen und er auch nicht nach Art eines Verkäufers für die Leistungsfähigkeit einzustehen hat.

4. Auch die Rüge der Revision, durch die Mitbenutzung der Grube durch den Kläger sei zumindestens die Geschäftsgrundlage verändert worden, ist nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch der Beklagten zu rechtfertigen.

Zusammenfassend ergibt sich demnach, daß die Ansprüche, auf die die Beklagte im Berufungsverfahren ihre Widerklage gestützt hat, nicht bestehen oder jedenfalls nicht ausreichend begründet worden sind.

V. Demnach war auf die Revision der Beklagten die Klage in Höhe eines weiteren Betrages von 1 286,30 DM abzuweisen.

Bei der Kostenentscheidung ist dieser Teilerfolg der Revision berücksichtigt worden. Es erschien daher angemessen, dem Kläger $\frac{2}{3}$ der Kosten des ersten Rechtzuges, $\frac{1}{3}$ der Kosten des Berufungsverfahrens und $\frac{1}{24}$ der Kosten des Revisionsverfahrens aufzuerlegen, während die Beklagte die übrigen Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier