

Nachschlagewerk: ja

2217 011

Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 276 Cc 433

Hat der Bauherr ein Bauunternehmen bevollmächtigt, bis zu einem bestimmten Betrag Baustoffe zu bestellen, und erkundigt er sich bei einem Lieferanten über die Höhe der durch solche Bestellungen für ihn begründeten Verpflichtungen mit dem Hinweis darauf, er wolle die Bestellungen des Bauunternehmers überprüfen, so muß der Lieferant den dem Bauherrn zu erteilenden Kontoauszug mit erhöhter Sorgfalt erstellen. Erteilt er einen unvollständigen Kontoauszug über Lieferungen, die er durch einen Zulieferanten unmittelbar an die Baustelle hatte vornehmen lassen, so kann ein Verschulden bei Erteilung der Auskunft darin liegen, daß er unterlassen hat, die Vollständigkeit der in den Kontoauszug aufgenommenen Lieferungen durch nochmalige Rückfrage bei seinem Zulieferanten zu überprüfen.

BGH, Urt. v. 12. Oktober 1960 - VIII ZR 8/60 -

OLG München

VIII ZR 8/60

Verkündet

am 12. Oktober 1960
Hoffmeister, Justizange-
stellter als Urkundsbe-
amter der Geschäftsstelle

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

der Hausbesitzerin Therese M [REDACTED] in M [REDACTED],
H [REDACTED] Platz [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die B [REDACTED]-Z [REDACTED]-Gesellschaft der Gemeinnützigen
W [REDACTED] S [REDACTED] mit beschränkter Haftung
in M [REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED] gesetzlich vertreten durch
die Geschäftsführer Leo G [REDACTED] und Karl Friedrich E [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshof auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrich-
ter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 4. November 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte ließ 1956 durch die Baufirma R. in M. mehrere Wohnhäuser errichten. Die Baufirma hatte die gesamten Erd- Beton- und Maurerarbeiten zum Pauschpreis von 365 000 DM übernommen, während sich die Beklagte verpflichtet hatte, für die Bauausführung Ziegelsteine und sonstige Baumaterialien (Zement, Kalk, Kies und Moniereisen) im Gesamtrechnungsbetrage von DM 225 000 zur Verfügung zu stellen. Diese Materialien durften von der Firma R. im Namen und für Rechnung der Beklagten bestellt werden. Die Baufirma bestellte bei der Klägerin Ziegelsteine für das Bauvorhaben der Beklagten. Diese verlangte Ende Juli 1956 von dem Geschäftsführer der Klägerin G. eine Gesamtaufstellung der Lieferungen für die Neubauten, um eine Übersicht über die bisherigen Lieferungen von Baumaterial zu gewinnen. Darauf übermittelte die Klägerin der Beklagten einen Kontoauszug vom 30. Juli 1956, der Lieferungen im Gesamtbetrage von 29 031,80 DM auswies, jedoch, wie sich später herausstellte, unvollständig war.

Durch Rundschreiben vom 31. Juli 1956 teilte die Beklagte den Lieferfirmen, darunter auch der Klägerin, mit, sie werde ab sofort für Materiallieferungen nur noch aufkommen, wenn diese von ihr selbst bestellt worden seien, da das Materialkontingent für die Firma R. erschöpft sei.

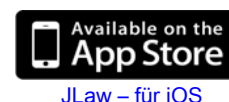
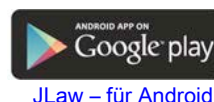
Am 13. September 1956 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen des Inhabers der Firma R. eröffnet.

Unter dem 3. Oktober 1956 übersandte die Klägerin der Beklagten zwei Rechnungen vom 29. September 1956 für Steinlieferungen von je 24 500 Stück an die Baustelle der

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



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



Beklagten, die im Mai und Juni 1956 durch das Ziegelwerk Ke[REDACTED] vorgenommen worden seien. Die Beklagte verweigerte die Zahlung der beiden Rechnungsbeträge von je 3.626,- DM.

Die Klägerin fordert mit der Klage unter Vorlage von Lieferscheinen, die von Angestellten der Baufirma R[REDACTED] quittiert worden sind, und der beiden Rechnungen Nr. 3074 und 3075 Zahlung von 7.252 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 20. Oktober 1956. Sie hat behauptet, die Firma R[REDACTED] habe die Ziegellieferungen bei ihr bestellt und zwar im Namen der Beklagten. Die Ziegel seien von der Vertragsziegelei der Klägerin, dem Ziegelwerk Ke[REDACTED], in der Zeit zwischen dem 28. Mai und 8. Juni 1956 an die Baustelle der Beklagten geliefert worden. Die beiden Rechnungen seien ihr von dem Ziegeleiunternehmen erst nach der Aushändigung der Aufstellung vom 30. Juli 1956 an die Beklagte auf Grund einer Überprüfung im September 1956 zugeleitet worden, während die Vertragsziegelei sonst wöchentlich über ihre Lieferungen abgerechnet habe.

Die Beklagte hat bestritten, daß die Ziegelsteine für sie bestellt, auf ihre Baustelle geliefert und dort verbaut worden seien. Sie hat ferner eingewandt, die Klägerin habe nicht sorgfältig genug geprüft, welche Ansprüche ihr bis zur Ausstellung des Kontoauszuges vom 30. Juni 1956 entstanden seien, und hafte ihr deshalb wegen schuldhaft unvollständiger Auskunft über den Umfang der Lieferungen auf Schadensersatz. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Aufstellung, die als Abrechnung anzusehen sei, habe sie an die Firma R[REDACTED] im August 1956 weitere 55 947,95 DM gezahlt, von denen sie die 7 252 DM hätte abziehen können, wenn die Klägerin sie nicht in Un-

kenntnis von den behaupteten Lieferungen gelassen hätte. Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Firma R[REDACTED] sei ihr diese Möglichkeit genommen worden. Gegenüber der allenfalls bestehenden Kaufpreisforderung rechne sie daher vorsorglich mit dem ihr erwachsenen Schadensersatzanspruch auf.

Die Klägerin hat in Abrede gestellt, daß ihr vor Erteilung der Aufstellung schon mitgeteilt worden sei, es handle sich darum festzustellen, ob das Mengenkontingent von 225 000 DM von der Firma R[REDACTED] erschöpft worden sei. Sie hat außerdem bestritten, daß es sich um eine Abrechnung handle und daß ihr bei der lediglich als Auskunft anzusehenden Erklärung ein Verschulden zur Last falle. Sie habe im September 1956 über einen der Firma Ke[REDACTED] vorausgezählten Betrag abgerechnet. Erst dabei sei festgestellt worden, daß durch ein Versehen der Ziegelei die jetzt geltend gemachten Lieferungen nicht in Rechnung gestellt worden seien. Im übrigen hat die Klägerin mit weiteren Ausführungen in Abrede gestellt, daß die Beklagte nicht in der Lage gewesen sei, sich in dem Abrechnungsverhältnis der späteren Gemeinschuldnerin schadlos zu halten. Bei einer Vereinbarung über die Regelung ihrer Ansprüche mit dem Konkursverwalter, der während des Konkursverfahrens die Bauausführungen habe fortsetzen lassen, sei vielmehr der von ihr nachgeforderte Betrag voll berücksichtigt worden.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag zur Zahlung verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich ihre Revision, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage erstrebt, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

[REDACTED]

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Bau-firma R [REDACTED] von der Beklagten bevollmächtigt war, Baumaterial für die zu errichtenden fünf Wohnhäuser zum Höchstbetrag von 225 000 DM im Namen und für Rechnung der Beklagten zu bestellen, und daß der Zeuge R [REDACTED] die ihm erteilte Vollmacht vor Baubeginn der Klägerin bekannt gegeben habe. In der Folgezeit hätten der Polier St [REDACTED] oder auch sein Vorgesetzter, der Bauführer K [REDACTED], die für die Bauten der Beklagten erforderlichen Ziegelsteine bei der Klägerin abgerufen. Nach Feststellung des Berufungsgerichts befanden sich darunter die umstrittenen Lieferungen der Ziegelei Ke [REDACTED], die in der Zeit zwischen dem 28. Mai und 8. Juni 1956 nach den vorliegenden Empfangsbestätigungen bei der Baustelle eingetroffen seien. Daraus folgert das Berufungsgericht, daß die Firma R [REDACTED] auch diese Ziegelsteine in Vollmacht der Beklagten bestellt hat.

Demgegenüber macht die Revision geltend, die Beklagte habe in der Berufungsbegründung behauptet, die Firma R [REDACTED] habe ihre Vollmacht jedenfalls um den hier strittigen Betrag überschritten. Wenn diese Behauptung richtig sei, so seien Ansprüche der Klägerin schon aus diesem Grunde nicht gegeben.

Die Revision rügt jedoch vergeblich, das Berufungsgericht habe § 286 ZPO verletzt, weil es dieses Vorbringen nicht beachtet habe. Denn es ist nicht richtig, daß die Beklagte in der Berufungsbegründung erkennbar in Abrede gestellt hat, schon in dem Zeitpunkt, in dem die hier in Frage kommenden Lieferungen bestellt oder abgerufen worden seien, sei das Materialkontingent

erschöpft und damit die der Firma R[REDACTED] erteilte Vollmacht ausgenutzt gewesen. Die Beklagte hat vielmehr in dem Schriftsatz vom 11. Oktober 1957 Seite 10 ff, auf den sich die Revision bezieht, ihren Standpunkt darzulegen versucht, sie habe unter Berücksichtigung der Gesamtlieferungen die die Firma R[REDACTED] bestellt hatte, nicht mehr im Rahmen des Abrechnungsverhältnisses mit der Firma R[REDACTED] für den Klagebetrag eintreten müssen, ihn vielmehr bei der an die Firma R[REDACTED] noch später geleisteten Zahlung von 55 947,95 DM kürzen dürfen. Nachdem der Zeuge R[REDACTED] schon im ersten Rechtszug bekundet hatte, daß er die Bestellungen bei der Klägerin im Rahmen der ihm erteilten Vollmacht vorgenommen habe, hätte es auch in zeitlicher Beziehung einer substantiierten Darlegung seitens der Beklagten bedurft, wenn sie hätte geltend machen wollen, daß das der Firma R[REDACTED] vertraglich zur Verfügung zu stellende Material im Umfange der der Firma R[REDACTED] erteilten Vollmacht schon bestellt gewesen sei, als die hier streitigen Lieferungen abgerufen wurden. Das hat die Beklagte aber nie behauptet. Die Beklagte hat nicht einmal dargelegt, daß die Bestellungen der Firma R[REDACTED] bei der Klägerin und die entsprechenden Abrufe nicht mehr im Rahmen der von der Beklagten erteilten Vollmacht lagen. Deshalb brauchte das Berufungsgericht ihrem Vorbringen nicht zu entnehmen, sie wolle auch insoweit die Überschreitung der Vollmacht behaupten. Wenn die Firma R[REDACTED] bei verschiedenen Lieferanten insgesamt für einen Betrag von mehr als 225 000 DM Materialien für die Bauten der Beklagten gekauft haben sollte, so ergäbe sich daraus noch nicht ohne weiteres, daß die von der Klägerin der Beklagten in Rechnung gestellten Lieferungen nicht mehr im Rahmen der Vertretungsbefugnisse der Firma R[REDACTED] bestellt waren.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bleibt auch kein Raum für die weitere Erwägung der Revision, es sei zunächst offen geblieben, ob R. für sich selbst oder für die Beklagte Bestellungen vorgenommen habe, und er habe von seiner Vollmacht erst nachträglich dadurch Gebrauch gemacht, daß er der Klägerin gegenüber im Rahmen seiner Vollmacht die Beklagte als Schuldner bezeichnet habe. Die Revision will dies daraus folgern, daß die Firma R. die erforderlichen Materialien durch ihre Angestellten abrufen ließ und daß bei dieser Handhabung ihr Inhaber R. keine Kontrolle mehr über den Umfang der abgerufenen Materialien gehabt habe. Diese Folgerung ist jedoch nicht vereinbar mit den Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach der Zeuge R. die ihm erteilte Vollmacht vor Baubeginn der Klägerin bekannt gegeben hat, die erforderlichen Ziegelsteine sodann für die Bauten der Beklagten bei der Klägerin abgerufen wurden, auch die umstrittenen Lieferungen nach den vorliegenden Empfangsbestätigungen bei der Baustelle eingetroffen sind und hierfür bestimmt waren.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann die der Firma R. erteilte Vollmacht nur dahin verstanden werden, daß ihr Inhaber R. die Bestellung seinen Bauleitern übertragen durfte. Die Revision bezeichnet diese Beurteilung der Vollmacht als rechtsirrig und meint, die Unzulässigkeit einer solchen Übertragung der Vollmacht folge schon aus ihrer ziffernmäßigen Begrenzung. Diese Erwägung ist jedoch nicht zwingend. Es lag vielmehr in der Natur der Sache, daß die Firma R. die Abrufe der benötigten Baustoffe durch ihre Angestellten vornehmen ließ. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß sich die Vollmacht auch hierauf erstreckte, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II. Die Klägerin hat die beiden Rechnungen im Konkurs der Firma R[REDACTED] zum Gegenstand einer Anmeldung ihrer Konkursforderungen gemacht. Die Beklagte hat hieraus gefolgert, daß diese Lieferungen nicht für sie, sondern für die Firma R[REDACTED] selbst bestellt worden seien. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage auseinandergesetzt und auch mit der Behauptung der Beklagten, ein Teil der an ihre Baustelle gelieferten Materialien sei von der Baufirma auf andere Baustellen überführt worden.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dabei übersehen, daß beide Behauptungen ein wichtiges Anzeichen für die Meinung der Beklagten gewesen seien, daß der Zeuge R[REDACTED] nicht schon bei Bestellung der Baumaterialien als Vertreter der Beklagten gehandelt habe. Das Berufungsurteil ergibt aber, daß das Berufungsgericht die Anmeldung im Konkursverfahren ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt gewürdigt hat, ob daraus ein entscheidendes Beweisanzeichen für die Behauptung zu erblicken sei, die umstrittenen Lieferungen seien nicht für die Beklagte bestellt worden (Berufungsurteil Seite 14/15). Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt, daß die Lieferungen auch tatsächlich auf die Baustelle der Beklagten gelangt und dort abgeladen worden sind. Es hat daraus auch folgern dürfen, daß sie im Namen der Beklagten bestellt waren. Wenn es im Anschluß daran den Umstand, daß gelegentlich auch Baumaterial von der Baustelle der Beklagten zu einer anderen der Firma R[REDACTED] verbracht worden ist, unter dem Gesichtspunkt würdigt, daß dies nur das Verhältnis der Beklagten zu der Firma R[REDACTED] berühre, so ist auch darin kein Rechtsfehler zu sehen. Das Berufungsgericht brauchte diesen Umstand nicht auch unter dem Gesichtspunkt zu würdigen, ob etwa aus der gelegentlichen Verbringung von Baumaterial an andere Baustellen gefolgert werden könne, daß den hier

streitigen Lieferungen keine Bestellungen im Namen der Beklagten zu Grunde liegen könnten, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (Urteil S. 15/16) die Firma R [REDACTED] nach dem Vertrage mit der Beklagten ausdrücklich ermächtigt war, gelegentlich Material vom Bau der Beklagten an andere Baustellen zu schaffen.

III. Weitere Rügen der Revision wenden sich gegen Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es den zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch der Beklagten verneint hat.

Das Berufungsgericht hat dazu erwogen: Es sei davon auszugehen, daß die Klägerin als Nebenverpflichtung des Lieferungsverhältnisses übernommen habe, der Beklagten durch die Aufstellung vom 30. Juli 1956 einen Überblick über das erhaltene Baumaterial zu verschaffen. Es könne dabei als richtig unterstellt werden, daß der Ehemann der Beklagten den Geschäftsführer der Klägerin schon, als er den Kontoauszug angefordert habe, davon unterrichtet habe, daß die Beklagte für ihre Bauten ein bestimmtes Materialkontingent zu liefern habe und wissen wolle, ob es bereits erfüllt sei. Die hierfür angebotenen Zeugen hätten daher nicht vernommen zu werden brauchen. Es sei zwar davon auszugehen, daß ein kaufmännisches Unternehmen, das einen unvollständigen Kontoauszug erteile, nach dem Beweis des ersten Anscheins schuldhaft gehandelt haben müsse. Durch die Beweisaufnahme sei aber bewiesen, daß die Klägerin kein Verschulden daran treffe, daß die beiden Rechnungen in ihrer Aufstellung nicht erhalten waren. Der Zeuge Ke [REDACTED] habe glaubhaft bekundet, er habe 1956 für den Umbau seiner Ziegelei von der Klägerin einen Betrag von 60.000,-- DM erhalten, den er im Laufe des Jahres durch Ziegellieferungen habe tilgen können. Die Ziegel, die er im Auftrag der Klägerin 1956 an deren Kunden geliefert

habe, seien nicht bar bezahlt sondern verrechnet worden. Erst auf Grund einer Unterhaltung des Zeugen mit dem Geschäftsführer der Klägerin Mitte oder Ende September 1956 über die Höhe des noch nicht durch Lieferungen getilgten Restbetrages habe sich ergeben, daß die Klägerin in ihrem Kontoblatt die Beträge der Rechnungen vom 2. und 8. Juni 1956 nicht aufgeführt gehabt habe. Sie seien deshalb auf Wunsch der Klägerin vom Zeugen nachgereicht und als Rechnungen Nr. 3074 und 3075 an die Beklagte weitergegeben worden. Die hohen Rechnungsnummern sprächen dafür, daß die Rechnungen erst viel später erstellt worden seien als die für die etwa gleichzeitigen Lieferungen der Firma Ke [REDACTED], die die Beklagte selbst vorgelegt habe. Wie es zu diesem Versehen gekommen sei, habe der Zeuge nicht klären können. Er zeichne in seinem Betrieb die Lieferungen persönlich in einer primitiven Kladde auf und schreibe persönlich die Rechnungen aus, behalte aber weder eine Durchschrift noch mache er sich einen Vermerk, wenn er die Rechnungen hinausschicke. Aus diesen Bekundungen und dem Umstand, daß die Klägerin alle anderen Rechnungen im Kontoauszug für Ke [REDACTED] aufgeführt habe und diese offensichtlich auch rechtzeitig der Beklagten zugegangen seien, folgert das Berufungsgericht, daß Kellerer es versäumt habe, die Rechnungen der Klägerin zuzuleiten. Es spreche die Wahrscheinlichkeit weit eher dafür, daß der Fehler bei der Ziegelei Ke [REDACTED] mit ihren recht primitiven Aufzeichnungen als bei der Klägerin gelegen habe, die als kaufmännisches Unternehmen eine geordnete Buchführung haben müsse. Die Klägerin habe über die Lieferungen auch deshalb nicht unterrichtet sein können, weil die Ziegelei Ke [REDACTED] die Ziegelsteine mit eigenem Lastkraftwagen zur Baustelle gefahren und selbst die Empfangsbestätigungen an sich genommen habe.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Beklagte, weil sie die Auskunft zu Kontrollzwecken

gebraucht habe, sich nur an die Klägerin und nicht an Rättsch gewandt habe und daß sie vermögensrechtliche Entscheidungen von der erhaltenen Auskunft abhängig machen wollte. Die Klägerin habe mindestens mit einer solchen Lage rechnen müssen. Diese Umstände hätten sie zur besonderen Sorgfalt verpflichtet. Sie habe sich nicht darauf verlassen dürfen, daß Ke [REDACTED] ihr sämtliche Lieferungen in Rechnung gestellt habe, vielmehr auch damit rechnen müssen, daß noch nicht ausgeführte Bestellungen aufgegeben gewesen seien. Deshalb hätte sie bei der Ziegelei Ke [REDACTED] eine Rückfrage halten müssen. Wenn sie ohne eine solche Rückfrage die Aufstellung vom 30. Juli 1956 der Beklagten am 1. August ausgehändigt habe, so sei das auf ihr Risiko geschehen. Eine solche Rückfrage habe die Klägerin nicht einmal behauptet.

Diese Bedenken der Revision gegen das Berufungsurteil sind begründet.

Die Klägerin war, da die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien noch nicht beendet waren, im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses verpflichtet, der Beklagten über den Umfang von Lieferungen Auskunft zu erteilen, welche die Firma R [REDACTED] als Bevollmächtigte der Beklagten bestellt hatte. Wußte die Klägerin bei der Anforderung des Kontoauszuges, wie das Berufungsgericht auf Seite 17 des angefochtenen Urteils unterstellt hat, daß die Beklagte sich vergewissern wollte, ob das von ihr nach den Vereinbarungen mit der Firma R [REDACTED] zur Verfügung zu stellende Materialkontingent erreicht war, so mußte die Klägerin damit rechnen, daß der erbetene Kontoauszug für das Abrechnungsverhältnis zwischen der Beklagten und der Baufirma R [REDACTED] von Bedeutung sein könnte und daß in dieser Hinsicht entscheidende Maßnahmen der Beklagten von der Auskunft abhängig sein könnten. Gleichzeitig durfte unter der genannten Voraussetzung die

Beklagte darauf vertrauen, daß die Klägerin eine besonders sorgfältige Überprüfung des Kontostandes vornehmen würde. Unter solchen Umständen genügte die Klägerin ihrer Sorgfaltpflicht nicht, wenn sie die Aufstellung über die der Beklagten in Rechnung zu stellenden Lieferungen fertigen ließ, ohne die Richtigkeit der Aufstellung mit der Vertragsziegelei Ke [REDACTED] abzustimmen und diese veranlaßt zu haben, die Vollständigkeit ihrer Mitteilungen über ausgeführte Lieferungen an die Baustelle der Beklagten zu überprüfen. Den Feststellungen im Berufungsurteil ist zwar zu entnehmen, daß die "Bestellungen", (gemeint sind offenbar die "Abrufe" durch die Leute der Firma R [REDACTED]) der Bausteine jeweils telefonisch bei der Klägerin vorgenommen und von dieser ebenso an die Ziegelei Ke [REDACTED] weitergegeben worden sind. Das Berufungsgericht findet jedoch die Ursache für die Nichtaufnahme der umstrittenen Lieferungen in die der Beklagten erteilte Kontoaufstellung darin, daß Kellerer es versäumt habe, diese Lieferungen der Klägerin in Rechnung zu stellen und ihr darüber Rechnungen zuzuleiten. Es geht dabei also ersichtlich davon aus, daß die Klägerin auf diese Mitteilung der Ziegelei Ke [REDACTED] über die tatsächlich gelieferten Ziegelsteine angewiesen war, um der Beklagten die an die Baustelle gelieferten Bausteine in Rechnung stellen zu können. War dies der Fall, so mußte die Klägerin auch mit der Möglichkeit rechnen, daß der Ziegelei Ke [REDACTED] ein Fehler unterlaufen sein könnte. Gerade unter solchen Umständen genügte sie der ihr zuzumutenden Sorgfalt nur, wenn sie die Ziegelei vor Erteilung des Kontoauszuges veranlaßt hätte, die Vollständigkeit ihrer Mitteilungen an die Klägerin über ausgeführte Lieferungen zu überprüfen. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt unter diesem Gesichtspunkt nicht gewürdigt. Es durfte aber ohne eine solche Prüfung der von der Klägerin anzuwendenden Sorgfalt nicht für erwiesen ansehen, sie treffe kein Verschulden daran, daß die beiden Rechnungen in ihrer Aufstellung vom 30. Juli 1956 nicht enthalten waren.

Das Berufungsurteil kann daher mit der ihm gegebenen Hauptbegründung nicht gehalten werden.

IV. Das Berufungsurteil läßt sich auch nicht mit der Hilfsbegründung halten, mit welcher das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, die Beklagte habe nicht beweisen können, daß ihr durch den unvollständigen Kontoauszug der Klägerin überhaupt ein Schaden entstanden sei.

Wenn die Klägerin, wie hier unterstellt werden muß, verpflichtet ist, der Beklagten den Schaden zu ersetzen, der ihr durch den unvollständigen Kontoauszug entstanden ist, so würde es nach § 249 BGB darauf ankommen, wie die Klägerin gestanden hätte, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Zustand wäre herzustellen. Es fragt sich also, wie die Lage der Beklagten gewesen wäre, wenn die Klägerin in den Kontoauszug die beiden umstrittenen Lieferungen mit dem Betrage von zusammen 7.252,-- DM aufgenommen hätte. Dann hätte die Beklagte nach ihrer Behauptung der Firma R. im August 1956 nicht insgesamt 55.947,45 DM, sondern 7.252,-- DM weniger gezahlt, so daß die Firma R. bis zur Konkursöffnung am 13. September 1956 diesen Betrag nicht erhalten haben würde. Auch das Berufungsgericht geht von dieser Behauptung der Beklagten aus, meint aber, ein Schaden hätte ihr nur entstehen können, wenn und soweit sie durch den Konkurs die Möglichkeit verloren hätte, "Ersatz für die Materiallieferung zu erlangen". Das habe sie weder ausreichend dargelegt noch bewiesen. Erst die durch die Klägerin angeregte Beweisaufnahme habe einen teilweisen Aufschluß über die spätere Schlußabrechnung mit dem Konkursverwalter über das Bauvorhaben der Beklagten gegeben. Bei dieser Schlußabrechnung habe sie den streitigen Betrag offenbar mit dem Konkursverwalter ausgleichen können. Dazu hat das Berufungsgericht im einzelnen erwogen:

Die Beklagte habe der Firma R[REDACTED] im Zusammenhang mit dem ihr erteilten Bauauftrag ein Grundstück Wasserburgerstraße 1 verkauft, das auf die Werklohnforderung der Firma R[REDACTED] für ausgeführte Bauarbeiten mit 115.000,-- DM habe angerechnet werden sollen. Nach dem Vertrag habe die Auflassung des Grundstücks erst nach Fertigstellung der Bauarbeiten erklärt und entgegen genommen werden sollen. Da dem Konkursverwalter die Übernahme des Grundstücks unwirtschaftlich erschienen sei, habe er mit der Beklagten eine Regelung getroffen, wobei ihr das Grundstück verblieben sei. In der Vereinbarung vom 14./15. Juni 1957 habe er über die gegenseitigen Ansprüche aus dem Bauvorhaben abgerechnet. Bei den Verhandlungen über diese Vereinbarung habe sich die Beklagte auch auf ihre "Regreßforderung" gegen die Firma R[REDACTED] berufen und von dem vorliegenden Prozeß berichtet. In dieser Vereinbarung, bei welcher sie demnach die Forderung mit einberechnet haben müsse, habe sie sich bereit erklärt, das Anwesen Wasserburgerstraße 1 zu behalten und an die Konkursmasse noch 2.000,-- DM zu zahlen. Auf diese Weise habe die Beklagte bei Berücksichtigung der 7.252,-- DM das Grundstück mit Aufwendungen von 107.152,-- DM sich erhalten, während es nach dem Bauvertrage mit 115.000,-- DM auf die Bauforderung der Firma R[REDACTED] verrechnet werden sollte. Die Beklagte habe zwar geltend gemacht, sie habe das Grundstück später zu einem geringeren Preis als 115.000,-- DM verkauft. Darauf könne es jedoch nicht ankommen, da für sie im Gegensatz zum Konkursverwalter ein Zwang zum alsbaldigen Verkauf nicht in Frage gekommen sei, sie also bei den ständig steigenden Grundstückspreisen ruhig hätte warten können, bis sich eine entsprechende Verkaufsmöglichkeit bieten würde. Nach alledem habe die Beklagte nicht beweisen können, daß ihr durch den unvollständigen Kontoauszug der Klägerin überhaupt ein Schaden entstanden sei. Soweit hierzu noch Zweifel bestehen möchten, gingen sie zu Lasten der Beweispflicht der Beklagten.

Die Revision macht dagegen geltend, der Schaden der Beklagten sei bereits dadurch entstanden, daß sie im August 1956 insgesamt 55.947,95 DM an R. [REDACTED] gezahlt habe, ohne die Klagesumme zu verrechnen. Die Aufhebung des Kaufvertrages über das an die Firma R. [REDACTED] verkaufte Grundstück hätte bestenfalls zu einem nachträglichen Wegfall des bereits entstandenen Schadens dann geführt, wenn Einigkeit über die Vergütung der 7.252,-- DM durch den Konkursverwalter an die Beklagte bestanden hätte. Das Berufungsgericht äußere indessen zwar eine solche Vermutung, ohne jedoch zu einer entsprechenden Feststellung zu kommen. Überdies wäre in diesem Zusammenhang von Bedeutung, daß die Beklagte mit dem Behalten des Grundstücks eine hohe Zinsverpflichtung der auf dem Grundstück ruhenden beiden Grundschulden von zusammen 50.000,-- DM übernommen habe. Das Berufungsgericht irre bei der Annahme, die Beklagte sei nicht zu einem alsbaldigen Verkauf des Grundstücks genötigt gewesen. Denn sie habe das Grundstück zum Zwecke der Geldbeschaffung veräußern müssen und würde durch das Zeugnis des Grundstückserwerbers unter Beweis gestellt haben, daß sie das Grundstück für weniger als 99.900,-- DM tatsächlich verkauft habe. Die zwingende Notwendigkeit zum Verkauf würde sie überdies unter das Zeugnis ihres Ehemannes gestellt haben.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht die Frage, ob die Beklagte einen Schaden erlitten hat, nicht einwandfrei und erschöpfend geprüft hat.

Die Beklagte hat nämlich einen ihr entstandenen Nachteil schon damit dargetan, daß sie jedenfalls nach ihrer Behauptung, die das Berufungsgericht übernommen hat, der Firma R. [REDACTED] vor Konkurseröffnung im Falle der Vollständigkeit des am 1. August 1956 erhaltenen Kontoauszuges

einen um die Klagesumme geringeren Betrag bezahlt haben würde. Es handelt sich daher darum, ob die Beklagte diesen Nachteil durch Verrechnung mit dem Konkursverwalter ausgleichen konnte. Das Berufungsgericht ist ersichtlich der Auffassung, die Beklagte habe darzulegen und zu beweisen, daß diese Möglichkeit nicht bestanden habe. Dabei ist jedoch die Beweislast verkannt. Denn grundsätzlich ist der zum Schadensersatz Verpflichtete dafür beweispflichtig, daß ein von ihm zu vertretender dem anderen Vertragsteil zugefügter Schaden durch weitere Umstände wieder beseitigt wurde oder daß der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Frage, ob die Beklagte einen Ausgleich in einer Verrechnung mit dem Konkursverwalter gefunden hat, betrifft nicht eine Entstehungsvoraussetzung des Ersatzanspruchs, sondern einen Entlastungsgrund. Das Berufungsgericht durfte daher bestehende Zweifel, ob die Beklagte durch die Vereinbarung mit dem Konkursverwalter einen vollen Schadensausgleich gefunden hat, nicht unter dem Gesichtspunkt der Darlegungs- und Beweislast zu Ungunsten der Beklagten offen lassen.

Es spricht zwar viel dafür, daß die Beklagte den Betrag von 7.252,-- DM nicht nur mit dem Konkursverwalter verrechnet, sondern daß sie bei dieser Verrechnung auch einen entsprechenden Gegenwert durch die Befreiung von der im Kaufvertrag übernommenen Verpflichtung zur Auflassung des Grundstücks an die spätere Gemeinschuldnerin erhalten hat. Denn sie hat sich in dem Abkommen mit dem Konkursverwalter verpflichtet, an ihn noch 2.000,-- DM zu zahlen. Der Konkursverwalter hat zudem als Zeuge bekundet, er hätte sich mit einem Vergleich, bei dem die Konkursmasse nur 2.000,-- DM erhielt, nicht einverstanden erklärt, wenn bei Abschluß des Vergleichs der Anspruch der Beklagten in Höhe von 7.252,-- DM nicht bestanden hätte. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht ohne weiteres, welche Regelung mit der Beklagten getroffen worden wä-

re, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, die Beklagte also vor der Konkurseröffnung an die Firma R. 7.252,-- DM weniger gezahlt hätte. Das Berufungsgericht hat ersichtlich unter dem Gesichtspunkt einer unrichtigen Beurteilung der Beweislast nicht für erforderlich gehalten, in eine weitere Prüfung der Frage einzutreten, ob die Beklagte bei der Regelung mit dem Konkursverwalter wirklich einen vollen Ausgleich für den Nachteil erhalten hat, den sie als ihren Schaden geltend macht. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen auch nicht aus, diese Frage eindeutig im Sinne der Klägerin zu entscheiden.

Deshalb kann das Berufungsurteil auch nicht mit der Begründung aufrecht erhalten werden, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, ihr sei ein Schaden entstanden.

V. Die Revision hat ferner gerügt, das Berufungsgericht habe Ausführungen der Beklagten unberücksichtigt gelassen, wonach die Klägerin wegen ihrer "Gesamtansprüche" an die Firma R. durch Zahlung von 17.000,-- DM befriedigt worden sei. Das Berufungsgericht hätte sich, so meint die Revision, mit dieser Behauptung auseinandersetzen müssen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob auch diese Rüge durchgreift. Sie könnte nur zur Aufhebung des Berufungsurteils zwecks weiterer Sachaufklärung führen, nicht aber zur Abweisung der Klage im Revisionsrechtszug. Da schon aus den zu III und IV erörterten Gründen das angefochtene Urteil mit der ihm gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden sowie mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen im Revisionsrechtszug eine abschließende Entscheidung nicht getroffen werden kann und deshalb unter Aufhebung des Urteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, kann der Beklag-

ten überlassen bleiben, ihre Einwendungen gegen die Klageforderung insoweit vor dem Berufungsgericht weiter zu verfolgen.

VI. Demnach war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens hängt von der Endentscheidung des Rechtsstreits ab und mußte daher dem Berufungsgericht übertragen werden.

Dr. Pagendarm Artl Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger