

BUNDESGERICHTSHOF

2074 060

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 153/66

URTEIL

Verkündet am

9. März 1967

Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Mathilde D [REDACTED], B [REDACTED] ([REDACTED]),
E [REDACTED]straße,

Beklagter, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Wilhelm K [REDACTED], M [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 19. Juni 1963 wird zurückgewiesen, soweit es die Beklagte verurteilt hat, 25.000 DM nebst Zinsen zu zahlen und einen Ringgliederkessel herauszugeben, und die Widerklage abgewiesen hat.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben; inso- weit wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über 1/22 der Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück- verwiesen.

Die Beklagte hat 21/22 der Revisionskosten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Gemäß der in einem Schreiben des Klägers vom 28. Juli 1959 wiedergegebenen Vereinbarung ließ der Kläger durch die Firma L. in Münster an die Beklagte Eichenbretter liefern, aus denen diese für den Kläger

Parkettstäbe herzustellen hatte, und zwar aus 1 cbm Eichenbretter mindestens 25 qm Parkettstäbe. Die Beklagte erhielt für 1 qm ausgelieferter Parkettstäbe je nach Güte einen Schnittlohn von 8 - 15 DM. Von ihrer Vergütung wurde der vom Kläger an die Firma L. gezahlte Kaufpreis, je cbm 30 DM, abgezogen.

Vom Sommer 1959 bis zum Frühjahr 1962 arbeiteten die Parteien entsprechend dieser Vereinbarung zusammen. Der Kläger hat jedoch Eichenbretter nicht nur von der Firma L., sondern auch von anderen Firmen liefern lassen. Die Beklagte erhielt auf ihren Vergütungsanspruch laufend Zahlungen, meist 500 DM wöchentlich.

Der Kläger behauptet, am 10. Mai 1962 sei bei einer Bestandsaufnahme im Betrieb der Beklagten ein erheblicher Fehlbestand festgestellt worden. Die Beklagte habe insgesamt 768,481 cbm Eichenbretter erhalten. Daraus hätte sie 19.212,06 qm Parkett herstellen müssen. Sie habe aber nur 15.050,75 qm an den Kläger ausgeliefert. Bei der Beklagten hätten sich am 10. Mai 1962 noch 1.042,98 qm befunden. Der Fehlbestand betrage danach 3.118,33 qm. Insgesamt schulde die Beklagte 26.387,19 DM.

Auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen hat der Kläger unter Beifügung von Abrechnungsunterlagen geklagt. Ferner hat er Herausgabe eines Ringgliederkessels verlangt, der ihm gehöre und den er der Beklagten geliehen habe.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zu verurteilen, ordnungsgemäß Abrechnung über die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien für die Zeit vom 28. Juli 1959 bis Mitte Mai 1962 zu legen.



Sie hat bestritten, alle in der Abrechnung des Klägers aufgeführten Lieferungen erhalten zu haben. Sie habe bei den meisten Lieferungen nicht, wie vereinbart gewesen sei, einen Lieferschein bekommen. Sie könne deshalb die Angaben des Klägers nicht überprüfen. Dieser müsse zunächst ordnungsgemäß Rechnung legen. Sie hat weiter behauptet, aus dem von anderen Firmen gelieferten Holz habe sie nur wesentlich weniger Parkettstäbe schneiden können als aus den von der Firma L. bezogenen Brettern; das habe sie dem Kläger mehrfach mitgeteilt. Schließlich hat sie behauptet, der Ringgliederkessel sei ihr Eigentum.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision bittet die Beklagte, die Klage abzuweisen und nach ihrem Widerklageantrag zu erkennen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt zunächst aus, die Widerklage sei unbegründet. Einen Anspruch auf Rechnungslegung würde die Beklagte nur haben, wenn sie entschuldbar über die sich aus den Geschäftsbeziehungen zum Kläger ergebenden Ansprüche im Ungewissen sei. Das sei nicht der Fall. Die Beklagte habe vielmehr ihrerseits dem Kläger Auskunft und Rechenschaft geben müssen. Um dieser Pflicht nachzukommen, habe sie die notwendigen Aufzeichnungen machen müssen. Wenn sie bei einem großen Teil der Lieferungen keinen Lieferschein erhalten habe, so hätte sie die Unterlagen alsbald nachfor-

dern können und müssen. In jedem Fall hätte sie die Lieferungen überprüfen müssen.

Die Revision greift diese Ausführungen ohne Erfolg an.

1. Die Beklagte kann das Fehlen von Aufzeichnungen über das ihr angelieferte Holz nicht damit entschuldigen, daß dieses Holz nicht ihr Eigentum geworden sei und deshalb nicht in ihre Buchführung gehört habe. Sie mußte die Menge des angelieferten Holzes im Interesse des Klägers feststellen und festhalten, da dieser die von den Holzhandlungen unmittelbar an die Beklagte ausgelieferte Ware nicht zu Gesicht bekam.

2. Die Beklagte war hierzu auch in der Lage. Jedenfalls hat sie das Gegenteil nicht dargelegt. Sie kann sich nicht darauf berufen, daß die Rechnungen über das gelieferte Holz und in vielen Fällen auch die Lieferscheine ihr nicht ausgehändigt worden seien. Fehlende Lieferscheine hätte sie, wie das Berufungsgericht ausführt, alsbald nachfordern können. Ohnehin hätte sie die angelieferte Menge jeweils feststellen müssen; auch wenn ein Lieferschein ausgehändigt wurde, mußte sie die darin angegebene Menge mit der gelieferten vergleichen. Das Vorbringen der Beklagten ergibt auch gar nicht, daß sie bei der Anlieferung nicht über die gelieferte Menge unterrichtet worden sei. Sie hat lediglich behauptet, ihr seien Lieferscheine nicht übergeben worden. Das ist nicht gleichbedeutend mit der Behauptung, Lieferscheine seien ihr auch nicht vorgelegt worden. Wie die Beklagte vorgetragen hat, sollten jeweils drei Lieferscheine ausgestellt werden, einer für den Kläger, einer für die Lieferfirma und einer für die Beklagte (S. 4 des Schriftsatzes vom 6. August 1962). Das Berufungsurteil stellt auf S. 8 als unstreitig fest, daß die Beklagte die

angelieferten Holzmengen hinsichtlich ihres Umfangs nicht beanstandet und die ihr von den Lieferfirmen vorgelegten Lieferscheine unterschrieben hat. Danach kann davon ausgegangen werden, daß der Beklagten auch dann, wenn ihr kein Lieferschein ausgehändigt wurde, doch der für den Lieferanten bestimmte Schein vorgelegt und von ihr unterzeichnet worden ist; es entspricht auch der Lebenserfahrung, daß das Holz jeweils nur gegen Quittung ausgehändigt worden ist. Die Menge war der Beklagten also bekannt und konnte von ihr aufgezeichnet werden.

Daraus konnte sie auch, da nach dem Schreiben vom 28. Juli 1959 1 cbm Holz mit 130 DM in Rechnung gestellt wurde, ermitteln, was von ihrem Schnittlohn als Aufwendung des Klägers abzusetzen war. Der Vorlage der von den Lieferanten an den Kläger erteilten Rechnungen bedarf die Beklagte nicht, um die gegenseitigen Ansprüche zu überprüfen.

Wie aus dem Gesagten hervorgeht, rügt die Revision zu Unrecht, das Berufungsgericht habe Beweis darüber erheben müssen, daß in vielen Fällen der Beklagten kein Lieferzettel übergeben worden sei und daß eine genaue Abmessung unverhältnismäßige Unkosten gemacht habe.

3. Unbegründet ist ferner die Rüge, das Berufungsgericht hätte Beweis erheben müssen über die Behauptungen, der bei der Beklagten vorhandene Bestand sei dem Kläger wöchentlich gemeldet und auch mehrfach von diesem überprüft und nie beanstandet worden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Umstände die Beklagte davon freigestellt haben sollen, die Lieferungen zu überprüfen und aufzuzeichnen.

4. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Kläger mit der Klage eine Abrechnung bereits vorgelegt hat. Sie enthält alles Holz, das nach Behauptung des Klägers an die Beklagte geliefert worden ist, und gibt für jede Lieferung den Lieferanten, das Datum der Rechnung und die gelieferte Menge in cbm an. Andererseits sind die von der Beklagten an den Kläger gelieferten Parkettstäbe unter jeweiliger Angabe des Rechnungsdatums und der qm-Zahl aufgeführt. Diese Abrechnung hätte die Beklagte, wenn sie die von ihr zu erwartenden Aufzeichnungen gemacht hätte, ohne weiteres überprüfen können. Sie behauptet nicht, daß eine ihrer Rechnungen in der Aufstellung des Klägers fehle oder unrichtig aufgeführt sei. Hinsichtlich der ihr angelieferten Eichenbretter haben sich, soweit sie den Empfang bestimmter Lieferungen bestritten hat, ihre Angaben als unrichtig erwiesen, wie unten unter II 2 noch erörtert wird; nur ein Posten ist ungeklärt geblieben. Im übrigen die Aufstellung des Klägers in Bausch und Bogen als unrichtig zu bezeichnen, muß ihr, die die notwendigen Aufzeichnungen unterlassen hat, verwehrt werden.

II.

Die Revision bleibt auch, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung wendet, im wesentlichen ohne Erfolg.

1. Die Revision behauptet, es habe ein Kontokorrentverhältnis bestanden. Das ist nicht festgestellt und nicht in Einklang zu bringen mit der Behauptung der Beklagten, vom Kläger nie Abrechnungen und Kontoauszüge erhalten zu haben. Im übrigen ist es nicht verständlich, wenn die Beklagte aus dem angeblichen Kontokorrentverhältnis den Einwand herleitet, der Kläger könne nur den Saldo einklagen, aber keine Einzelposten. Der Kläger macht gerade den Be-

trag geltend, den nach seiner Behauptung die Beklagte am Ende der Geschäftsverbindung insgesamt schuldet. Mit dem Hinweis auf das angebliche Kontokorrentverhältnis kann auch nicht die Feststellung des Berufungsgerichts entkräftet werden, das Vorbringen der Beklagten, sie habe aus Geschäftsbeziehungen vor dem 28. Juli 1959 ein erhebliches Guthaben gehabt, sei unsubstantiiert. Wenn sie das Bestehen eines früheren Guthabens überhaupt nicht darlegen kann, fehlt auch der Behauptung, das Guthaben hätte ins Kontokorrent aufgenommen werden müssen, die Grundlage.

2. Wie schon erwähnt, hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Beklagte die angelieferten Holzmengen hinsichtlich ihres Umfangs nicht beanstandet und die von den Lieferanten vorgelegten Lieferscheine unterschrieben hat. Daraus folgert es, die Beklagte sei beweispflichtig, soweit sie jetzt geltend mache, die Lieferungen hätten nicht den angegebenen Umfang gehabt. Es führt weiter aus, die Beklagte habe den Gegenbeweis nicht geführt und nicht einmal Tatsachen nachprüfbar in spezifizierter Form vorgebracht. Deshalb seien die vom Kläger an Hand der Rechnungen und Lieferscheine errechneten Holzmengen zugrunde zu legen.

Dem ist grundsätzlich beizutreten. Die Beklagte hätte im einzelnen angeben müssen, welche Lieferungen sie nicht erhalten haben will oder bei welchen die vom Kläger angegebene Menge nicht zutreffe. Sie hat auch einzelne Beanstandungen erhoben, die sich aber zum größten Teil als unbegründet erweisen.

a) Die im Schriftsatz vom 11. Juli 1962 genannte Lieferung vom 31. Dezember 1959 soll nach Darstellung der Beklagten in einem Kontoauszug stehen, den der Kläger

in einem anderen Rechtsstreit vorgelegt hat. In der der vorliegenden Klage beigefügten Aufstellung ist sie nicht enthalten. Eine Unrichtigkeit dieser Aufstellung ist daher insoweit nicht dargelegt.

b) Im selben Schriftsatz hat die Beklagte drei Lieferungen der Firma L. (vom 11. Februar, 15. März und 23. Juni 1960), die Lieferung der Firma Sch. vom 8. Juni 1960 und acht Lieferungen der Firma E. im Jahre 1960 abgestritten. Der Kläger hat darauf die Rechnungen über diese zwölf Lieferungen, zum Teil auch die sich auf sie beziehenden, vom Ehemann der Beklagten unterschriebenen Lieferscheine vorgelegt. In den Schriftsätzen der Beklagten, insbesondere in den im zweiten Rechtszug von ihr eingereichten, ist nichts davon zu finden, daß sie den Empfang dieser Lieferungen weiter bestreite. Dem Hinweis des Klägers in dem Schriftsatz vom 26. Januar 1963, die im ersten Rechtszuge bestrittenen Lieferungen seien durch Vorlage der Lieferscheine nachgewiesen worden, hat sie nicht widersprochen.

c) Die Beklagte hatte geltend gemacht, nach dem in ihrem Besitz befindlichen Frachtbrief vom 17. Mai 1961 habe die Firma P. in Bebra Eichenbretter im Gewicht von 24.840 kg geliefert. Diese Lieferung erscheine in der Aufstellung des Klägers unter dem 17. Mai 1961 mit 29,224 cbm. Nach dem angegebenen Gewicht könne es sich jedoch nicht um rund 29, sondern nur um rund 19 cbm gehandelt haben.

Der Kläger hat erwidert, über diesen Fall liege ein Schriftwechsel vor, aus dem sich ergebe, daß er die von P. angelieferte Menge richtig angegeben habe.

In diesem Fall kann die Beklagte nicht als beweispflichtig angesehen werden. Hier kann nicht davon ausgegangen werden, daß sie den Umfang der Lieferungen nicht beanstandet hat, da ein Schriftwechsel stattgefunden hat. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Beklagte den Empfang einer in cbm ausgedrückten Menge bescheinigt hat; nach ihrer unwiderlegten Darstellung enthielt der Frachtbrief nur eine Gewichtsangabe.

Es war deshalb Sache des Klägers, die von der Firma P. gelieferte Menge nachzuweisen. Er hat Vorlegung der Korrespondenz angeboten. Der Beweisantritt entspricht nicht der Vorschrift des § 420 ZPO; er hätte den Schriftwechsel, der in seinem Besitz ist, sogleich vorlegen müssen. Gleichwohl ist die Klage nicht schon zum Teil abzuweisen. Das Oberlandesgericht wäre verpflichtet gewesen, den Kläger zur Vorlegung aufzufordern, und ihm muß deshalb dazu noch Gelegenheit gegeben werden.

Nach der Darstellung der Beklagten ist sie in diesem Falle mit rund 10 cbm zuviel belastet worden. Das entspricht einem Betrag von rund 1.300 DM. Deshalb ist es angebracht, die Verurteilung zur Zahlung nur in Höhe von 25.000 DM zu bestätigen.

3. Die Behauptung, die Beklagte habe auch selbst Holz eingekauft und daraus für andere Auftraggeber Parkettstübe geschnitten, war unerheblich.

4. Die Beklagte hatte geltend gemacht, der Kläger habe nach dem Vertrag nur durch die Firma L. Holz liefern dürfen. Das Berufungsgericht legt den Vertrag anders aus und verneint eine solche Verpflichtung mit der Erwägung, daß der Ehemann der Beklagten wiederholt selbst Holz bei anderen

Firmen ausgesucht und dessen Bestellung veranlaßt habe.

Diese Auslegung bindet das Revisionsgericht. Über die Behauptung, es sei mündlich vereinbart worden, daß nur Holz von der Firma L. [REDACTED] geliefert werden solle, brauchte das Berufungsgericht keinen Beweis zu erheben. Selbst wenn das ursprünglich vereinbart worden sein sollte, durfte das Berufungsgericht annehmen, daß die Vereinbarung später einverständlich geändert worden ist; dazu berechnigte der Umstand, daß die Beklagte wiederholt selbst Holz bei anderen Firmen durch ihren Ehemann hat aussuchen lassen.

Die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe nicht Beweis erhoben über die Behauptung, die Beklagte habe sich darüber beschwert, daß das von anderen Firmen gelieferte Holz schlechter sei und nicht die gleiche Ausbeute wie das von der Firma L. [REDACTED] stammende Holz ermögliche, ist nicht begründet, weil das Berufungsgericht diese Behauptung als richtig unterstellt hat. Es hat weiter unterstellt, daß der Kläger auf diese Beschwerden hin erklärt habe, das mache nichts, die Beklagte solle weitermachen. Es führt aus, das Vorbringen der Beklagten ergebe nicht, daß sie die Minderwertigkeit des Holzes in der nach § 377 HGB vorgeschriebenen Weise gerügt habe. Der Äußerung des Klägers könne allenfalls entnommen werden, daß er sich zufriedengeben werde, wenn die Beklagte das bestmögliche Einschnittergebnis heraushole. Daß die Beklagte das getan habe, sei nicht feststellbar. Es fehle schon daran, daß sie nicht, wie erforderlich, substantiiert für die einzelnen Lieferungen Art und Umfang der angeblichen Qualitätsmängel sowie die dadurch verursachte Einschnittdifferenz dargelegt habe. Daß sie hierzu nicht in der Lage sei, gehe zu ihren Lasten.

Dem ist im Ergebnis beizutreten.

Allerdings ist § 377 HGB nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar, da es sich nicht um Waren handelt, die die Beklagte vom Kläger auf Grund eines Kauf- oder Werklieferungsvertrags bezogen hat, sondern um Stoffe, die er ihr zur Bearbeitung auf Grund eines Werkvertrags zur Verfügung stellte. Die Pflicht, Mängel des Holzes unverzüglich dem Kläger mitzuteilen, ergab sich aber aus den nach Treu und Glauben zu beurteilenden vertraglichen Beziehungen. Da das Holz unmittelbar an die Beklagte geliefert wurde und der Kläger Mängel nicht wahrnehmen konnte, waren solche ihm von der Beklagten mitzuteilen, damit er seine Rechte gegenüber den Lieferanten wahren konnte.

Sofern heute die Beklagte gegenüber dem Kläger Rechte aus angeblicher Minderwertigkeit gelieferten Holzes herleiten will, müßte sie, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, substantiiert angeben, welche Lieferungen minderwertig waren, worin die Mängel lagen und wie sie die Ausbeute beeinflussen. Sie hat keinerlei Einzelangaben gemacht.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang nicht die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Nach seiner nicht zu beanstandenden Auslegung durfte der Kläger auch durch andere Lieferanten als die Firma L. Holz anliefern. Die Beklagte muß dann beweisen, daß sie, die nach dem Vertrag aus 1 cbm Holz mindestens 25 qm Parkettstäbe herstellen sollte, die vertragsgemäßen Leistungen erbracht hat oder daß ihr dies ohne ihr Verschulden teilweise unmöglich geworden ist. Das hätte sie im einzelnen darlegen müssen.

III.

Das Berufungsgericht führt aus, der Ringgliederkessel sei dem Kläger nach § 985 BGB herauszugeben. Der Kläger, nicht die Beklagte, habe von dem Verkäufer des Kessels, M■■■■, das Eigentum erworben. Das ergebe sich aus M■■■■ Aussage sowie daraus, daß die Rechnung auf den Kläger laute, daß er den Kaufpreis bezahlt und die Beklagte damit nicht belastet habe.

1. Die Revision meint demgegenüber, aus dem Berufungsurteil ergebe sich nicht, daß der Kessel "bereits abgerechnet worden" sei. Dieses Vorbringen liegt neben der Sache. Eine Abrechnung hätte nur dann stattfinden müssen, wenn die Beklagte den Kessel erworben und der Kläger ihn bezahlt hätte. Das ist aber nicht geschehen; vielmehr hat der Kläger das Eigentum erworben.

2. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die als Zeugen benannten Wilhelm D■■■■ und W■■■■ nicht vernommen.

a) D■■■■ sollte einmal bekunden, die Beklagte habe mit M■■■■ vereinbart, daß sie den Kessel kaufe, der Kläger aber ihn bezahle.

So war es ursprünglich vorgesehen. Das Berufungsgericht hat das auch berücksichtigt. Es legt aber ohne Rechtsfehler dar, daß M■■■■ mit der Beklagten nur einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag, dann jedoch mit dem Kläger einen endgültigen Vertrag geschlossen hat, auf Grund dessen das Eigentum an den Kläger übertragen worden sei.

b) D. [REDACTED] sollte ferner bekunden, in seinem Gespräch mit dem Kläger sei keine Rede davon gewesen, daß der Kessel in das Eigentum des Klägers übergehen sollte.

Die Behauptung ist unerheblich. Gleichwohl können M. [REDACTED] und der Kläger vereinbart haben, daß dieser für sich kaufe und Eigentümer werde.

c) Das Vorbringen der Revision, die Beklagte habe Wilhelm D. [REDACTED] und W. [REDACTED] dafür benannt, daß sie den Kessel bezahlt habe, ist unrichtig. Diese Behauptung hat die Beklagte weder an der angegebenen Stelle in der Berufungsbegründung noch sonst aufgestellt.

IV.

Danach hat die Revision nur in dem unter II 2 c erörterten Punkt Erfolg. Es sind also lediglich die Verurteilung zur Zahlung eines Betrags von 1.387,19 DM nebst Zinsen sowie die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts aufzuheben; insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Da die Revision zum größten Teil erfolglos ist, ist der Beklagten schon jetzt der entsprechende Teil der Revisionskosten nach § 97 ZPO aufzuerlegen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke