

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_199/64

URTEIL

Verkündet am

6. Juni 1966

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Tankstellenpächters Peter B [REDACTED], Be [REDACTED] (S [REDACTED]),
H [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Chemische Produkte-Mineralöle Handelsgesellschaft
Br [REDACTED] & Ha [REDACTED], vertreten durch ihren Gesellschafter
Walter Br [REDACTED], Be [REDACTED] (S [REDACTED]), Südhafen,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts vom 3. März 1964 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verpachtete durch Vertrag vom 6. November 1957 die ihr gehörende Tankstelle "Tankhof M" in Be NW 21 an den Beklagten. Der Beklagte übernahm die Verpflichtung, dort ausschließlich von der Klägerin zu liefernde Treibstoffe und Heizöle als "Agent" zu lagern und zu vertreiben. In § 4 des Vertrages war bestimmt:

"§ 4:

Die Anlieferung der Treibstoffe und Heizölmengen erfolgt frei Tankhof M. Die zu berechnende Liter-Menge erfolgt aufgrund von Wiegekarten oder Abgabe durch Meßuhren des Tankwagens. Die Umrechnung auf Liter bei Mengenfeststellungen durch Verwiegung erfolgt unter Zugrundelegung des an der Versandstelle festgestellten spezifischen Gewichtes und der Tagestemperatur. ... Der Stationär haftet für den Bestand der eingelagerten Ware.

- 3 -

Die dem Stationär überlassenen Waren sind im Namen und für Rechnung der Firma Ha[REDACTED] zu den von ihr jeweils festgesetzten Bedingungen zu verkaufen. ... Die verkauften Mengen werden jeweils am 10., 20. und Ultimo eines jeden Monats unter Verwendung der dem Stationär überlassenen Vordrucke abgerechnet...."

Bei der Übergabe der Tankstelle belastete die Klägerin das Konto des Beklagten mit 11.472,20 DM als Gegenwert für den übernommenen, in unterirdischen Tanks lagernden Bestand an Treibstoffen und Heizöl. In der Folgezeit stellte die Klägerin dem Beklagten zunächst die an ihn gelieferten Mengen in Rechnung. Am 10. Juni 1958 schrieb sie ihm 8.911,58 DM, den Wert des zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Bestandes, gut und erteilte ihm von dieser Zeit an Rechnungen auf der Grundlage der von ihm getätigten Verkäufe. (Vgl. dazu auch das Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 13. Juni 1958, wiedergegeben in ihrem Schriftsatz vom 25. Juli 1963 S. 8).

In einem beim Landgericht Berlin am 19. Juni 1961 abgeschlossenen Vergleich verpflichtete sich der Beklagte, die Tankstelle zum 31. März 1962 zu räumen. Die Klägerin verzichtete auf alle sich aus dem Zustand der Tankstelle im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses etwa ergebenden Ansprüche.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten die Bezahlung ihres Restguthabens aus dem Verkauf von Betriebsstoffen in Höhe von 7.735,41 DM, wobei sie die verkauften Mengen nach dem Stand der Tanksäulenuhren errechnete. Ferner begehrte sie aus verschiedenen Nebenansprüchen insgesamt 531,70 DM.

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



Mit der Klage hat sie vor dem Landgericht zuletzt u.a. beantragt, den Beklagten zur Zahlung von insgesamt 8.267,11 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte ist der Auffassung, daß die Klägerin nach § 4 des Vertrags nicht nach dem Stand der Tanksäulenuhren, sondern nach den von ihr angelieferten und den bei Vertragsbeendigung in den Tanks noch vorhandenen Mengen, wie sie nach § 4 Abs. 1 des Vertrags zu berechnen seien, hätte abrechnen müssen. Dann ergebe sich aber ein Restguthaben von nur 1.589,74 DM, die er bezahlt habe. Die Nebenforderungen hat der Beklagte bestritten.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 6.839,83 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten wurde - abgesehen von 30 DM, die das Oberlandesgericht noch zu einer Nebenforderung der Klägerin abgesetzt hat, - zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat der Klägerin folgende hier noch streitigen Beträge zugesprochen:

1. Aus Abrechnung für Treibstoffe	6.656,73 DM
2. Ersatz für unbrauchbare Glühbirnen und Leuchtröhren	88,10 DM
3. Schadensersatz aus Räumungsverzug hinsichtlich abgestellter Kraft- fahrzeuge	65,-- DM
	6.809,83 DM.

Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten ist nicht begründet.

1.) Anspruch aus Abrechnung: 6.656,73 DM:

a) Das Berufungsgericht legt den § 4 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags dahin aus, daß über den von der Klägerin dem Beklagten gelieferten Betriebsstoff nach den tatsächlich verkauften Mengen, wie sie sich aus dem Stand der Kontrolluhren an den Zapfsäulen ergäben, habe abgerechnet werden sollen.

Der Beklagte ist der Auffassung, aus den §§ 4 Abs. 1 und 12 des Vertrags ergebe sich eindeutig, daß nach den von der Klägerin gelieferten Liter-Mengen abzurechnen und ihm dann die bei Vertragsbeendigung noch vorhandenen Bestände gutzubringen seien. Er rügt deshalb die Verletzung des § 286 ZPO und der §§ 133 und 157 BGB.

Diese Rüge ist nicht begründet.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Feststellung der angelieferten Mengen (§ 4 Abs. 1 des Vertrags) habe nur dem Zwecke der Wareneingangskontrolle im Hinblick auf die

Haftung des Beklagten für den Bestand dienen sollen, widerspricht nicht dem Vertragsinhalt. Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht auch an, daß sich die Art der Abrechnung zwischen den Parteien aus § 4 Abs. 2 des Vertrags ergebe. Es verweist insoweit zutreffend auf den letzten Satz dieses Absatzes, wonach der Beklagte dreimal monatlich unter Verwendung der ihm überlassenen Vordrucke die verkauften Mengen abzurechnen hatte. Wenn es aus diesen Vordrucken den Schluß zieht, die Abrechnung habe nach dem Stand der Tanksäulenuhren zu erfolgen, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden; denn die dem Gericht vorgelegten Abrechnungen gründen sich auf den Uhrenstand an den Zapfsäulen, indem die Differenz zwischen dem alten und neuen Uhrenstand jeweils in Rechnung gestellt wurde. Damit steht auch nicht im Widerspruch, daß dabei ersichtlich zum Zweck der Vereinfachung zum Teil runde Summen zugrunde gelegt wurden.

b) Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß die Klägerin anfänglich den Beklagten mit dem übernommenen Bestand belastet, dann zunächst nach den an ihn gelieferten Mengen abgerechnet hat und daß sie erst am 1. Juni 1958 dazu übergegangen ist, nach dem Uhrenstand der Zapfsäulen, also nach den vom Beklagten verkauften Mengen, abzurechnen. Es ist jedoch der Ansicht, daß das ursprüngliche Abrechnungsverfahren der Klägerin nicht dem Vertrag entsprochen habe und nur darauf zurückzuführen sei, daß sie bei Beginn des Vertrags sich selbst noch nicht im Klaren gewesen sei, wie die Abrechnung buchungsmäßig zu erfolgen habe. Das Berufungsgericht kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß durch die Änderung der Abrechnungswise ab 1. Juni 1958 die Klägerin nicht, wie der Beklagte meint, den bisher geltenden Vertrag einseitig geändert, sondern dadurch auf das vertragliche Abrechnungsverfahren zurückgegriffen hat.

Der Beklagte rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe § 12 des Vertrags, wonach die Abrechnung nach den in Rechnung gestellten Preisen zu erfolgen habe, nicht beachtet. Der Beklagte hat sich unstreitig dem ab 1. Juni 1958 bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses von der Klägerin gehandhabten Verfahren der Abrechnung nach den verkauften Mengen widerspruchslos unterworfen, so daß zumindest von diesem Zeitpunkt an diese Bestimmung gegenstandslos geworden ist.

Die Auffassung des Berufungsgerichts ist daher - jedenfalls im Ergebnis - nicht zu beanstanden.

c) Der Beklagte hat behauptet, die Tanksäulen hätten verschiedentlich "Fehlschaltungen" aufgewiesen und infolgedessen mehr Betriebsstoff registriert, als tatsächlich durchgelaufen sei. Das Berufungsgericht sieht das als nicht erwiesen an. Lediglich im März 1960 sei bei einer Dieseltanksäule eine Fehlschaltung festgestellt worden, weswegen die Klägerin dem Beklagten aber unstreitig 1.600 Liter wieder gutgeschrieben habe. Überdies habe auch noch das Landgericht wegen dieser Fehlschaltung einen unaufgeklärten Bestand von 2.424 Liter Dieselmkraftstoff von der Rechnung der Klägerin abgesetzt. Damit seien alle möglicherweise erfolgten Fehlschaltungen dieser Säule zugunsten des Beklagten berücksichtigt worden.

Der Beklagte hatte dazu in der 1. Instanz vorgetragen, daß bei der Auswechslung der Tanksäule diese nachgeprüft und bei dieser Gelegenheit durch eine "Fehlschaltung" 1.600 Liter durch die Tanksäule gelaufen, aber wieder in den Tank zurückgeführt worden seien, so daß ihm nicht nur 1.600, sondern 3.200 Liter hätten gutgebracht werden müssen.

Seine Rüge, daß sich das Berufungsgericht damit nicht auseinandergesetzt habe, ist nicht begründet. Das Landgericht hatte angenommen, daß mit den von ihm berücksichtigten 2.424 Litern allen Beanstandungen des Beklagten Rechnung getragen sei. Er selbst kann nicht belegen, daß er in der Berufungsinstanz auf jenen Vortrag nochmals zurückgekommen wäre. Dann aber hatte das Berufungsgericht auch keine Veranlassung, sich damit zu befassen.

d) Da der Beklagte die Abrechnung der Klägerin im übrigen rechnerisch nicht beanstandet hat, ist seine Revision hinsichtlich des Postens von 6.656,73 DM nicht begründet.

2.) Beschädigte Leuchtkörper: 88,10 DM:

Das Berufungsgericht sieht es als nicht erwiesen an, daß die Leuchtkörper schon am 19. Juni 1961, dem Tag des Vergleichsabschlusses, unbrauchbar waren; der Beklagte sei beweisfällig geblieben und habe deshalb nach dem Vertrag vom 6. November 1957 die Kosten für den Ersatz der Leuchtkörper zu tragen, die bei der Räumung der Tankstelle am 31. März 1962 unbrauchbar waren.

Zu Unrecht rügt der Beklagte, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Nach § 1 des Vertrags hatte der Beklagte die verbrauchten Glühbirnen und Leuchtröhren zu ersetzen. Soweit er sich gegenüber dem Ersatzanspruch der Klägerin auf den Vergleich vom 19. Juni 1961 beruft, hat er zu beweisen, daß die Voraussetzungen für den in dem Vergleich ausgesprochenen Verzicht der Klägerin vorliegen, also auch,

daß die Leuchtkörper schon im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses unbrauchbar waren.

Von den von dem Beklagten zum Beweis seiner Behauptung, die Leuchtkörper seien schon am 19. Juni 1961 schadhaft gewesen, benannten Zeugen hat das Berufungsgericht zwei gemäß § 272 b ZPO geladen und vernommen. Die weiterhin benannte Zeugin T [REDACTED] konnte es nicht laden und vernehmen, da es an einer ladungsfähigen Anschrift fehlte. Entgegen der Auffassung des Beklagten war das Berufungsgericht nicht nach § 139 ZPO verpflichtet, den Beklagten in der Verhandlung noch ausdrücklich aufzufordern, die ladungsfähige Anschrift nachzubringen, zumal er nach Abschluß der Vernehmung der beiden geladenen Zeugen auf diese Zeugin nicht mehr zurückgekommen ist.

3.) Verzugsschaden wegen Nichträumung der Tankstelle: 65.-- DM:

Der Beklagte war nach dem Vergleich verpflichtet, die Tankstelle zum 31. März 1962 zu räumen. Unstreitig sind aber nach Beendigung des Vertragsverhältnisses drei Fahrzeuge, die von Dritten im Einverständnis des Beklagten dort abgestellt worden waren, stehengeblieben. Dadurch ist er, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß annimmt, mit seiner Räumungspflicht in Verzug gekommen. Die Auffassung des Beklagten, es hätte für einen Verzug einer vorherigen Mahnung durch die Klägerin bedurft, geht fehl. Eine solche war nicht erforderlich, da der Zeitpunkt der Räumung kalendermäßig festgelegt war (§ 284 Abs. 2 S. 1 BGB).

Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Tankwart der Klägerin dem Abholer eines der Fahrzeuge - möglicherweise zu Unrecht - die Herausgabe des Fahrzeugs verweigert hat. Insoweit hat schon das Berufungsgericht einen Verzug verneint und den Schadensbetrag gekürzt.

4.) Ausgleichsanspruch:

Der Beklagte hat in der Revisionsbegründung erstmalig einen Ausgleichsanspruch gem. § 89 b HGB geltend gemacht und zur Aufrechnung gestellt. Das ist neu und kann in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden. § 139 ZPO berechtigt das Gericht nicht, eine Partei zur Erhebung eines neuen Anspruchs zu veranlassen.

5.) Die Revision des Beklagten ist daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke