

BUNDESGERICHTSHOF

2088 097

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 200/63

URTEIL

Verkündet am

3. Juni 1965

Jodas,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Verlegers C. [REDACTED] v. K. [REDACTED], F. [REDACTED] a.M.
H. [REDACTED] Allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm H. [REDACTED] Kommanditgesellschaft, Buch- und
S. [REDACTED] druckerei, G. [REDACTED], W. [REDACTED] str. [REDACTED]-[REDACTED], vertreten
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Karl
Br. [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Frosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finko

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt vom 6. Februar 1963 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Gemäß einem schriftlichen Vertrag vom 23. Juni 1959 druckte die Klägerin die vom Beklagten verlegten "Lehrbriefe für den Berufsnachwuchs des Lebensmitteleinzelhandels" und lieferte sie an die Bezieher aus. Als Vergütung erhielt sie 50 % der Bezugsgelder.

Die Klägerin übernahm von der T [REDACTED] KG, die bis dahin die Lehrbriefe gedruckt hatte, deren Bestand an Lehrbriefen sowie Klischees und Klischeeunterlagen. Sie zahlte der T [REDACTED] KG hierfür 23.000 DM; davon entfielen

- 3 -

auf die Lehrbriefe 10.829,32, auf die Klischees und Klischeeunterlagen 12.170,68 DM. Nach § 10 des Vertrages ging der Betrag für Klischees und Klischeeunterlagen zu Lasten des Beklagten und war von ihm spätestens bei Vertragserbe an die Klägerin zu zahlen.

§ 11 des Vertrages bestimmte, daß der Verleger, wenn er den Vertrag kündigte, die Lehrbriefe und sonstige vorhandene Drucksachen zum Selbstkostenpreis plus 10 % übernehme.

Als Meinungsverschiedenheiten auftraten, kündigte zunächst die Klägerin am 30. November 1960 und dann der Beklagte am 21. Dezember 1960 zum 31. März 1961 den Vertrag. Die Parteien sind darüber einig, daß/um 31. März 1961 beendet worden ist.

Bei der Klägerin waren die von ihr selbst hergestellten Lehrbriefe mit den von der T. KG übernommenen vermischt worden. Der Beklagte wollte die Lehrbriefe nur übernehmen, wenn die Klägerin sie wieder trennte und ferner ein Sachverständiger die Briefe auf Mängel im Druck untersuchte. Eine Einigung hierüber kam nicht zustande. Die Klägerin ist noch im Besitz der Briefe.

Sie hat mit der Klage Zahlung von 37.518,89 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe von Lehrbriefen, Drucksachen, Klischees und Klischeeunterlagen beansprucht. Der Betrag setzt sich zusammen aus

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



20.383,21 DM für Lehrbriefe und Drucksachen,
12.170,68 DM, die die Klägerin an die T [REDACTED]
KG für Klischees und Klischeeunterlagen ge-
zahlt hatte,
3.719,35 DM Anteil an ausstehenden Bezugs-
gebühren,
1.245,65 DM für Satz und Korrektur der Broschüre
"Praktische Weinkunde".

Der Beklagte hat geltend gemacht, er brauche die Lehrbriefe und Klischees nicht zu übernehmen und zu bezahlen, weil die Klägerin die Lehrbriefe nicht nach ihrer Herkunft getrennt, sie mangelhaft gedruckt und die Klischees beschädigt habe. Er hat ferner mit einem auf 20.477,95 DM bezifferten Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den er daraus herleitet, daß die Klägerin ihm bei Vertragsablauf keine fehlerfreien Lehrbriefe zur Verfügung gestellt und er deshalb ab 1. April 1961 keine Lehrbriefe mehr an die Bezieher habe liefern können.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, der Klägerin 15.185,84 DM nebst Zinsen zu zahlen, davon einen Betrag von 3.643,68 DM Zug um Zug gegen Herausgabe eines Klischeebestandes. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, die Klage in Höhe von 15.185,84 DM nebst Zinsen abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Vorinstanzen haben der Klägerin zugesprochen:

für die von der T[REDACTED] KG übernommenen Klischees, Abbildungen und Zeichnungen 12.170,68 DM, wovon 3.643,48 DM auf Klischee fallen,
1.769,51 DM als der Klägerin zustehenden Anteil an Bezugsgebühren
und 1.245,65 DM für Satz und Korrektur der Broschüre "Praktische Weinkunde".

Der Beklagte hatte außer der Aufrechnung mit Gegenforderungen, auf die noch eingegangen wird, geltend gemacht, er habe zur Zahlung des von der Klägerin für Klischees verauslagten Betrags von 3.643,48 DM nur Zug um Zug gegen Lieferung unbeschädigter Klischees verurteilt werden dürfen (vgl. S. 7 12 BU).

1.) Das Berufungsgericht erachtet diese Verteidigung des Beklagten als unbegründet. Es stellt fest, eine von der Klägerin zu vertretende Beschädigung der Klischees sei nicht erwiesen. Der als Zeuge vernommene Kommanditist Friedel Br[REDACTED] der Klägerin habe ausgesagt, die Klischees seien nicht im eigentlichen Sinne des Wortes beschädigt, sondern nur infolge normalen Gebrauchs abgenutzt. Diese Aussage sei glaubhaft und werde durch das vom Beklagten vorgelegte Gutachten des Sachverständigen He[REDACTED] gestützt.

2.) Diese Feststellungen des Berufungsgerichts sind nach Ansicht der Revision unter Verfahrensverstößen zustande gekommen.

a) Sie macht geltend, der Kommanditist sei im Prozeß der klagenden Kommanditgesellschaft Partei und habe deshalb nicht als Zeuge vernommen werden dürfen.

In dieser umstrittenen Frage kann sich die Revision allerdings auf die von ihr angeführte Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 32, 398) berufen; auch ein großer Teil des Schrifttums nimmt den von ihr vertretenen Standpunkt ein (vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., § 22 III mit Nachweisen). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht aber der Auffassung des Berufungsgerichts, der Kommanditist sei im Prozeß seiner Gesellschaft Zeuge, nicht entgegen. Die von der Revision angeführte Entscheidung des III. Zivilsenats in BGHZ 34, 293, 297 betrifft die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters; daß "die Gesellschafter" einer Personengesellschaft nicht Zeugen sein könnten, ist dort auch nur beiläufig gesagt. Der II. Zivilsenat hat neuerdings (BGHZ 42, 230) ausdrücklich entschieden, daß nur vertretungsberechtigte Gesellschafter als Partei vernommen werden können. Dieser vom II. Zivilsenat aus dem Wesen der Parteivernehmung hergeleiteten Ansicht schließt sich der erkennende Senat an. Danach ist eine Parteivernehmung des Kommanditisten, der nach § 170 HGB zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist, nicht möglich. Wenn sein Wissen überhaupt im Rechtsstreit der Kommanditgesellschaft verwertbar sein soll, so kann das nur durch seine Vernehmung als Zeuge geschehen. Deren Zulässigkeit muß deshalb bejaht werden. Die Auffassung, daß der Kommanditist und andere nicht vertretungsbefugte Gesellschafter überhaupt nicht im Rechtsstreit ihrer Gesellschaft über ihnen bekannte Tatsachen gehört werden könnten, ist ernstlich nicht zu vertreten (vgl. Hueck aaO Fn. 21; Fischer, Festschrift für Hedemann 1958, S. 75, 81, 85). Auf dem Standpunkt, daß der nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter als Zeuge zu vernehmen sei,

steht ersichtlich auch das genannte Urteil des II. Zivilsenats.

Danach kann die Rüge der Revision nicht durchgreifen.

b) Die Revision rügt weiter Verletzung des § 288 ZPO. Es liege nämlich ein Geständnis der Klägerin über die Beschädigung der Klischees vor. Sie habe diese Behauptung zu erst aufgestellt mit dem Zusatz, daß die Klischees schon bei der Übernahme von der T. KG beschädigt gewesen seien. Die Behauptung, die Klischees seien beschädigt, habe sich dann der Beklagte zu eigen gemacht mit dem Hinweis, daß die Beschädigungen bei der Klägerin eingetreten sein müßten. Damit stehe durch vorweggenommenes Geständnis der Klägerin jedenfalls die Beschädigung fest. Daß aber die Klägerin die Beschädigung herbeigeführt haben müsse, ergebe sich aus dem vom dem Beklagten vorgelegten Gutachten He. , und hierfür habe sie auch das Gutachten eines gerichtlich zu bestellenden Sachverständigen als Beweismittel angeboten.

Die Vorschrift des § 288 ZPO ist nicht verletzt. Der Aussage des Kommanditisten, die Klischees hätten keine eigentlichen Schäden, sondern nur Mängel durch normale Abnutzung, konnte das Berufungsgericht folgen. Gegenteiliges hatte die Klägerin nicht vorher bindend zugestanden. Was der Kommanditist bekundet hat, ist keine dem vorhergehenden Vortrag der Klägerin entgegengesetzte und mit ihm unvereinbare Darstellung, sondern nur dessen nähere Erläuterung. Auch in Vortrag der Klägerin ist nicht nur von Beschädigung die Rede, sondern gesagt worden, die Klischees seien "mangelhaft, beschädigt oder sonst für den Druck ungeeignet" (S. 7 des Schriftsatzes vom 30. Juni 1961), sie seien "schlecht" und "unzulänglich" (S. 4 f des Schriftsatzes vom 18. Mai 1962).

Demnach steht nicht infolge Geständnisses fest, daß die Klischees Schäden aufweisen, die nicht durch normale Abnutzung bewirkt sind. Eine Rechtsgrundlage für eine Haftung der Klägerin für solche Abnutzungsschäden ist nicht ersichtlich.

c) Es ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht zur Unterstützung seiner Überzeugung, es lägen gemäß der Aussage des Kommanditisten keine Beschädigungen, sondern nur Abnutzungsschäden vor, auch das vom Beklagten vorgelegte Gutachten He [REDACTED] heranzieht. Der Beklagte selbst hat aus diesem Gutachten den Schluß gezogen, daß noch im März 1961 keine Beschädigungen der Klischees vorhanden gewesen seien (S. 4 des Schriftsatzes vom 19. Juni 1962). Daß nach diesem Zeitpunkt noch Schäden eingetreten seien, ist weder von der Klägerin zugestanden noch sonst bewiesen noch unter Beweis gestellt worden. Das Vorbringen der Beklagten auf S. 9 und 15 der Berufungsbegründung, auf das die Revision Bezug nimmt und das den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens enthält, läßt nicht erkennen, daß dort für eine Beschädigung nach März 1961 Beweis angetreten werden sollte. Im übrigen stand die Zuziehung eines Sachverständigen im Ermessen des Berufungsgerichts.

II.

Der Beklagte wehrt sich dagegen, daß das Berufungsgericht das Bestehen der von ihm aufgerechneten Gegenforderungen verneint.

1.) Von diesen Forderungen wird eine (in Höhe von 3.700 DM) aus schuldhafter Beschädigung der Klischees hergeleitet. Der Anspruch ist nach dem unter I Ausgeführten unbegründet.

Die Revision rügt unter Hinweis auf § 551 Nr. 1 ZPO das Berufungsgericht sei auf eine weitere aufgerechnete, mit 274,30 DM bezifferte Forderung nicht eingegangen. Dies Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht befaßt sich mit diesem Posten (S. 11 BU). Wie es zutreffend ausführt, hat das Landgericht die Sache insoweit nicht für entscheidungsreif gehalten und den Betrag von 274,30 DM von dem Guthabe der Klägerin einstweilen abgesetzt. Über ihn ist im Schlußurteil des Landgerichts zu entscheiden. Die Sache ist insoweit nicht in die Berufungsinstanz erwachsen.

2.) Das Hauptgewicht⁸ legt die Revision auf einen auf 20.477,95 DM bezifferten Schadensersatzanspruch. Ihn stützt der Beklagte darauf, daß die Klägerin ihm bei Vertragsablauf keine fehlerfreien Lehrbriefe zur Verfügung gestellt habe und er deshalb ab 1. April 1961 die Beziehung nicht mehr habe beliefern können.

a) Zu diesem Anspruch führt das Berufungsgericht zu nächst aus:

Nach Beendigung des Vertrags sei die Klägerin nicht mehr verpflichtet gewesen, den Vertrag zu erfüllen, d.h. vertragsgemäße Drucksachen zu liefern. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem § 11 des Vertrags. Bei der dort vorgesehenen Übernahme der Lehrbriefe handele es sich um eine Verpflichtung des Beklagten, die darin ihren Grund habe, daß die Klägerin die laufende Herstellung des Lehrbriefwerkes übernommen habe und Gefahr gelaufen sei, bei einer Kündigung erhebliche Bestände nicht mehr absetzen zu können.

Das Berufungsgericht versteht daher, wie dem Zusammenhang seiner Ausführungen zu entnehmen ist, den § 11 da-

hin, daß der Beklagte den bei Vertragsende vorhandenen Lehrbriefbestand der Klägerin in dem Zustand zu übernehmen hat, in dem er sich befindet. Hieraus folgert es, daß schon deshalb ein Schadensersatzanspruch des Beklagten gemäß § 635 BGB wegen dieser Lehrbriefe ausscheide. Der Einwand mangelhafter Herstellung habe nur Bedeutung für den noch beim Landgericht anhängigen Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der Lehrbriefbestände.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand.

aa) Sie wendet sich gegen die Auslegung des § 11 des Vertrags durch das Berufungsgericht. Diese Auslegung stand indessen dem Tatrichter frei; sie bindet das Revisionsgericht.

Der Umstand, daß die Klägerin sich gegen den Schadensersatzanspruch der Beklagten mit der Behauptung verteidigt hat, die Lehrbriefe seien einwandfrei gedruckt, bedeutet kein Eingeständnis, daß sie verpflichtet sei, noch nach Vertragsende mangelfrei zu liefern. Ein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO, auf das sich die Revision beruft, liegt schon deshalb nicht vor, weil ein Geständnis sich auf Tatsachen beziehen muß, hier aber das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung in Streit ist. Im übrigen erklärt sich das Vorbringen der Klägerin daraus, daß sie dem Standpunkt des Beklagten entgegentritt, er brauche die noch vorhandenen Lehrbriefe wegen ihrer Mängel nicht zu übernehmen und zu bezahlen. Die Verteidigung der Klägerin hiergegen paßt durchaus zu der Auslegung, die das Berufungsgericht dem § 11 des Vertrags gibt; denn danach ist die Frage, ob die Lehrbriefe mangelhaft waren, von Bedeutung für den Anspruch der Klägerin auf Übernahme und Bezahlung des Lehrbriefbestandes.

bb) Die Revision meint, der Beklagte sei nicht nur verpflichtet, den Lehrbriefbestand der Klägerin zu übernehmen; es stehe ihm auch ein Anspruch auf dessen Lieferung zu. Dieses Recht folge, wenn es nicht schon nach § 11 des Vertrages zu bejahen sei, jedenfalls daraus, daß die Klägerin ihrerseits von ihm die Übernahme des am 31. März 1961 vorhandenen Bestands gefordert habe.

Die Ausführungen der Revision hierzu sind nicht erheblich. Ob eine Verpflichtung der Klägerin auf Herausgabe der noch vorhandenen Lehrbriefe bestand, läßt das Berufungsgericht dahingestellt; dies kann daher zu Gunsten der Revision unterstellt werden. Ein Anspruch auf Lieferung mangelfreier Lehrbriefe ergab sich aus einer solchen Herausgabepflicht noch nicht und konnte ohne Rücksicht auf sie im Wege der Vertragsauslegung verneint werden.

Ob überhaupt ein Anspruch des Beklagten auf die Lehrbriefe (in dem Zustand, wie sie bei Vertragsende waren) bestand, kann jedoch dafür bedeutsam sein, ob die Klägerin mit der Herausgabe der Briefe in Verzug gekommen ist und deshalb Schadensersatz leisten muß.

b) Dies wird aber vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint.

aa) Es führt aus: Ob ein etwaiger Verzug der Klägerin mit der Herausgabe der Briefe ursächlich für den vom Beklagten behaupteten Schaden sei, sei zweifelhaft, weil er geltend mache, wegen der Mängel der Lehrbriefe zu deren Übernahme nicht verpflichtet zu sein. Davon abgesehen habe die Klägerin sich nicht in Verzug befunden. Wegen der ihr im Teilurteil des Landgerichts zuerkannten Forderungen und wegen ihres Vergütungsanspruchs gemäß § 11 des Vertrages habe

sie ein Zurückbehaltungsrecht an den Lehrbriefen und Drucksachen gehabt und es rechtzeitig geltend gemacht.

bb) Die Revision macht geltend, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, gemäß dem Verlangen des Beklagten die von ihr selbst hergestellten Lehrbriefe von denen, die sie von der T■■■■ KG übernommen hatte, zu trennen und eine Überprüfung der Lehrbriefe auf Mängel durch einen Sachverständigen zu gestatten. Sie sei insoweit zur Vorleistung verpflichtet gewesen und in Verzug geraten, ein Zurückbehaltungsrecht habe ihr nicht zugestanden. Aus dem Verzug folge ihre Schadensersatzpflicht.

cc) Diese Verteidigung des Beklagten dringt nicht durch. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht ein den Verzug der Klägerin ausschließendes Zurückbehaltungsrecht bejaht.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin eine Pflicht zur Aussonderung der Bestände nach ihrer Herkunft und zur Duldung der Untersuchung auf Mängel traf und ob sie insoweit vorzuleisten hatte. Es handelt sich hierbei, wie auch die Revision ausführt, allenfalls um Nebenleistungen, die die Abwicklung des Vertrags im Rahmen des § 11 vorbereiten, also den Anspruch der Klägerin auf Übernahme und Bezahlung des Bestands der Lehrbriefe und sonstigen Drucksachen klären sollten.

An der Trennung der Bestände nach ihrer Herkunft bestand ein berechtigtes Interesse des Beklagten nur in Bezug auf die Höhe der von ihm zu entrichtenden Vergütung, weil nach seiner Darstellung der Selbstkostenpreis der von der T■■■■ KG übernommenen Briefe niedriger als der für die von der Klägerin selbst hergestellten war (S. 4 der Berufungsbegründung, S. 7 der Revisionsbegründung).

Auch die Untersuchung der Briefe auf etwaige Mängel konnte nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Vertragsinhalt nur für den Anspruch der Klägerin auf Übernahme und Bezahlung des Bestandes bedeutsam sein; Rechte des Beklagten, insbesondere Schadensersatzansprüche, wegen etwa vorhandener Mängel kamen, wie dargelegt, nicht in Betracht.

Ein etwaiger Anspruch auf Trennung und Untersuchung der Bestände hätte, da seine Erfüllung, vom Beklagten aus gesehen, nur eine Vorstufe für die Durchführung seines hier zu unterstellenden Anspruchs auf Auslieferung der Lehrbriefe gewesen wäre, eine Schadensersatzpflicht der Klägerin aus Verzug nur begründen können, wenn sie die Auslieferung selbst nicht mit Rücksicht auf eigene Ansprüche hätte zurückhalten dürfen. Das war aber der Fall.

Zwar mag die Ansicht des Berufungsgerichts bedenklich sein, daß ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen des Anspruchs auf Bezahlung der Lehrbriefe und Drucksachen gegeben war. Dieser Anspruch war umstritten, da der Beklagte sich auf Mängel der Lehrbriefe berufen hatte, und es mag auch zu Gunsten der Revision davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die Lehrbriefe nicht abzunehmen und zu bezahlen braucht bevor sie nach ihrer Herkunft getrennt und von einem Sachverständigen untersucht worden waren. Es blieben aber dann noch die übrigen Ansprüche der Klägerin (für Klischees und Klischee Unterlagen, Bezugsgebühren, Satz und Korrektur der Broschüre "Praktische Weinkunde").

Von der Erfüllung dieser Ansprüche durfte sie entgegen der Meinung der Revision nach § 273 BGB die Auslieferung der Lehrbriefe abhängig machen. Die Ansprüche stammten aus demselben Vertrag wie der etwaige Anspruch des Beklagten auf Auslieferung der Lehrbriefe, und sie waren, da sie jedenfalls über 15.000 DM ausmachten, auch so hoch, daß sie die Klägerin zur Zurückhaltung des Bestandes an Lehrbriefen und Drucksachen berechtigten. Dessen Wert hat die Klägerin mit 20.383,20 DM angegeben; nach der Darstellung des Beklagten ist er geringer; jedenfalls kann keine Rede davon sein, daß die Klägerin mit der Zurückhaltung der Briefe und Drucksachen eine ungebührlich hohe Sicherung für ihre Ansprüche erstrebt hätte. Sie hat auch das Zurückbehaltungsrecht wegen der Ansprüche, die ihr außer dem umstrittenen Anspruch auf Bezahlung der Lehrbriefe zustanden, ausdrücklich geltend gemacht und es dem Beklagten damit ermöglicht, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden, wie das Berufungsgericht feststellt. Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht einen Verzug der Klägerin mit Recht verneint.

Ohne Bedeutung ist dabei, daß sie möglicherweise zu Unrecht die Auslieferung der Briefe auch von deren Bezahlung abhängig gemacht hat. Berechtigt war sie zur Zurückhaltung jedenfalls mit Rücksicht auf ihre übrigen Ansprüche, und da sie auch insoweit ihr Zurückbehaltungs-

recht geltend gemacht hat, ist sie nicht in Verzug geraten.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke