

Verkündet
am 9. Januar 1961
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers und Holzhändlers Heinrich W [REDACTED]
in E [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Sägewerksbesitzer Werner R [REDACTED] in W [REDACTED],
Gemeinde R [REDACTED] (O [REDACTED] Kreis),

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 3. November 1959 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kaufte Anfang 1953 607,23 fm Rundholz auf. Davon ließ er den größeren Teil von Mai bis Oktober 1953 im Sägewerk des Beklagten zu Bauholz einschneiden. Die für ein bestimmtes Bauvorhaben benötigten Hölzer gab er dem Beklagten jeweils nach Stückzahl und Maßen auf. Was von dem Rundholz nach dem Herausschneiden des Bauholzes übrig blieb, wurde zu Vorratsholz (Schalbrettern, Kanthölzern, Dachlatten) verarbeitet. Der Beklagte hat dem Kläger sechs Rechnungen über den Lohnschnitt von insgesamt 416,25 fm Rundholz erteilt.

Der Kläger behauptet, er habe dem Beklagten 457,89 fm Rundholz anliefern lassen. Bei einem Schnittverlust von 30 % hätten sich 320,523 cbm Schnittholz ergeben müssen. Der Beklagte habe ihm nur 207,051 cbm Schnittholz ausgeliefert und demnach eine 113,472 cbm Schnittholz entsprechende Menge Rundholz einbehalten. Er verlangt vom Beklagten Wertersatz nach einem Preis von 180 DM je cbm Schnittholz und hat davon einen Teilbetrag von 6.100 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er behauptet, nur 416,25 fm Rundholz vom Kläger zum Einschneiden erhalten zu haben. Da ein Teil der Stämme sehr dünn gewesen sei, habe der Schnittverlust zwischen 30 und 35 % gelegen und sich demnach nur eine Schnittholzmenge zwischen 271,562 und 291,355 cbm ergeben können. Tatsächlich habe die Ausbeute 283,506 cbm betragen. Diese Menge habe der Kläger erhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Klagsanspruch weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

- 3 -

Entscheidungsgründe:

I.

Die letzte Schnittholzrechnung, die der Beklagte dem Kläger ausgestellt hat, trägt das Datum vom 9. November 1953. Der Beklagte hat dem Kläger die darin aufgeführte Menge Schnittholz geliefert. Das Berufungsgericht stellt fest, beide Parteien seien anschließend davon ausgegangen, daß damit das vom Kläger angelieferte Rundholz verarbeitet gewesen sei. Der Kläger habe vom Beklagten kein weiteres Schnittholz mehr angefordert, obwohl dies bei seinem laufenden Bedarf nahe gelegen hätte, wenn er den Beklagten noch im Besitze unverarbeiteten Rundholzes geglaubt hätte. Er habe auch den Beklagten nicht etwa aufgefordert, noch vorhandenes Rundholz ungeschnitten herauszugeben. Der Kläger trage vor, daß er erst wesentlich später auf Grund von Berechnungen zu der Ansicht gelangt sei, der Beklagte müsse ihm Holz vorenthalten haben. Nach Erhalt der letzten Schnittholzlieferung und der dazu gehörenden Schnittlohnrechnung habe der Kläger über ein Jahr lang geschwiegen.

1.) Auf Grund dieser festgestellten Umstände gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß der Kläger durch schlüssiges Verhalten den Werkvertrag als vom Beklagten vertragsgemäß erfüllt anerkannt habe. Der Kläger habe nicht nur das nach dem Vertrag geschuldete Werk, das hergestellte Schnittholz, als vertragsgemäß hergestellt abgenommen (§ 640 BGB), sondern zugleich zu erkennen gegeben, daß er den Werkvertrag auch insoweit als erfüllt ansehe, als den Beklagten die Verpflichtung treffe, weiteres Holz zurückzugeben. Der Kläger habe somit die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen. Nach § 363 BGB habe er deshalb seine Behauptung, die Leistung des Beklagten sei nicht vollständig

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



gewesen, zu beweisen. Somit müsse der Kläger nicht nur - schon nach allgemeinen Grundsätzen - dartun, daß er dem Beklagten mehr als die von diesem zugestandene Menge von 416,25 fm Rundholz angeliefert habe, sondern ebenso beweisen, daß er weniger als die vom Beklagten behauptete Menge von 283,506 cbm Schnittholz zurückerhalten habe.

2.) Zu Unrecht wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Lieferungen des Beklagten als Erfüllung der geschuldeten Leistung angenommen.

a) Unerheblich ist, daß alle Schnittlohnrechnungen des Beklagten über Teilleistungen gingen und ob in der letzten Rechnung vom 9. November 1953 zum Ausdruck gebracht war, daß das angelieferte Rundholz nunmehr verarbeitet sei. Auch wenn dies nicht der Fall war, konnten die Parteien die ganze vom Beklagten aus dem Werkvertrag geschuldete Leistung als erbracht ansehen.

b) Wenn der Kläger nach Erhalt der Rechnung vom 9. November 1953 trotz laufenden Bedarfs keine weiteren Schnittholzlieferungen mehr abrief und auch kein Rundholz zurückverlangte, so hat er damit nicht bloß, wie die Revision meint, auf die letzte Teilleistung hin "einstweilen" geschwiegen. Die Auslegung des Berufungsgerichts, er habe damit zum Ausdruck gebracht, daß er vom Beklagten kein Holz mehr zu erhalten habe, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der Kläger hat nicht dargetan, wieso er erst nach mehr als einem Jahr, wie er behauptet, durch Berechnungen habe feststellen können, daß der Beklagte ihm Holz vorenthalten habe. Seine Behauptung, er habe dies erst aus der Geschäftsbilanz ersehen können, ist nicht schlüssig. Das Berufungsgericht brauchte auf sie nicht einzugehen.

c) Der Beklagte hat in einem Vorprozeß einen Teil seines Schnittlohns mit Erfolg gegen den Kläger eingeklagt. Das beweist nur, daß der Kläger ihm diesen Lohn noch schuldete. Dagegen folgt daraus, entgegen der Meinung der Revision, nicht, daß der Kläger den Vertrag nicht als vom Beklagten erfüllt angesehen hätte.

3.) Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob eine positive Vertragsverletzung oder eine unerlaubte Handlung des Beklagten in Frage kommt. Das kann die Revision nicht mit Erfolg rügen. Auch unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten betrachtet wäre der Klaganspruch nur begründet, wenn der Kläger beweisen könnte, daß der Beklagte Holz einbehalten hat.

II.

Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß der Kläger dem Beklagten mehr als die von diesem zugestandene Menge von 416,25 fm Rundholz hat anliefern lassen. Die insoweit gegen die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

1.) Zwar heißt es im angefochtenen Urteil, der vom Kläger benannte Zeuge Fuhrunternehmer F. [REDACTED] habe, gestützt auf eine Aufstellung, bekundet, er habe dem Beklagten 385,20 fm Rundholz zugefahren; wenn die eigene Lieferung des Beklagten von 33,51 fm hinzugerechnet werde, ergebe sich eine Gesamtmenge von 418,61 (richtig: 418,71) fm Rundholz, also fast genau die vom Beklagten behauptete Menge.

Damit hat das Berufungsgericht aber nicht, wie die Revision meint, festgestellt, daß dem Beklagten entgegen seiner Darstellung nicht nur 416,25 fm, sondern 418,61 fm

Rundholz tatsächlich zugeführt worden sind. Daß das Berufungsgericht eine solche Feststellung nicht treffen wollte, ergibt sich aus seinem Hinweis auf die Bedenken gegen die Verlässlichkeit der genannten Liste. Auch betont es zutreffend, daß es nicht darauf ankomme, ob die Behauptung des Beklagten bewiesen, sondern daß die Darstellung des Klägers jedenfalls nicht bewiesen sei.

2.) Daß nach den Rechnungen des Beklagten 443,51 fm Rundholz angeliefert worden sein müssen, wozu noch die 6,25 fm aus der Rechnung vom 9. November 1953 kämen, trifft, entgegen der Darlegung der Revision, nicht zu. Drei der im Schriftsatz des Klägers vom 7. Januar 1956 aufgeführten Rechnungen des Beklagten betreffen den Verkauf von Rundholz an den Kläger, nicht den Lohnschnitt von Holz für ihn. Auch enthält der Schriftsatz des Beklagten vom 13. Januar 1956 nicht, wie die Revision meint, ein Zugeständnis im Sinne des Klägers, sondern der Beklagte hat darin die Darstellung des Klägers in dessen Schriftsatz vom 7. Januar 1956 ausdrücklich bestritten.

3.) Der Kläger hat versucht, unter Zugrundelegung der vorher von ihm als falsch bekämpften Angaben des Zeugen F. [REDACTED] die Richtigkeit der in seinem Schriftsatz vom 12. Juni 1959 unter II aufgestellten, mit 459,21 fm abschließenden Berechnung der Holzlieferungen an den Beklagten darzutun. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß nach dieser Berechnung des Klägers die seiner Klage zu Grunde liegende Anlieferungsmenge von 457,89 fm bedeutend überschritten würde und daß auch deshalb seine Berechnung nicht stimmen könne. Diese Erwägung des Berufungsgerichts ist im Rahmen der Beweiswürdigung rechtlich unbedenklich.

4.) Die Berechnung des Klägers im Schriftsatz vom 12. Juni 1959 ist nach Ansicht des Berufungsgerichts auch aktenwidrig. Die Zeugen Rö[REDACTED], Fi[REDACTED] und D[REDACTED] hätten nicht bekundet, daß von den 114 fm Rundholz, die F[REDACTED] seiner Aussage nicht zum Beklagten, sondern an andere Bestimmungsorte gefahren habe, 28,25 fm Rundholz dem Beklagten wieder zugeführt worden seien. Richtig an der Berechnung des Klägers sei lediglich, daß er dem Beklagten aus Essen 12,25 fm Rundholz angeliefert habe, zu denen noch die aus dem Steinbruch K[REDACTED] angefahrenen 9,48 fm kämen. Diese insgesamt 21,73 fm betragende Menge erhalten zu haben, bestreite der Beklagte auch nicht. Er behaupte lediglich, daß ihm dadurch 21,75 fm Rundholz ersetzt worden seien, die er zuvor auf Weisung des Klägers von dem bereits angelieferten Holz herausgegeben habe, nämlich 19,75 fm an den Holzhändler St[REDACTED] und 2 fm an den Kläger selbst. Die Behauptung des Klägers, die 19,75 fm seien von außerhalb des Sägewerks des Beklagten lagerndem Rundholz abgezweigt worden, hält das Berufungsgericht für unvereinbar mit dem Schreiben des Klägers vom 3. Juni 1953 an den Beklagten, er solle St[REDACTED] nicht ohne Ladung zurückschicken und auf prompter Bezahlung bestehen. Mit dem außerhalb des Sägewerks lagernden Holz habe der Beklagte aber nichts zu tun gehabt.

a) Hierbei hat das Berufungsgericht nicht, wie die Revision rügt, die Beweislast verkannt. Der Beklagte hat die Behauptung des Klägers, ihm, dem Beklagten, seien von den an andere Stellen gelieferten 114 fm Rundholz 28,25 fm wieder zugeführt worden, mit der Gegendarstellung bestritten, er habe nur 21,73 fm und zwar als Ersatz für die Menge erhalten, die er zuvor von dem ihm bereits angeliefertem Rundholz auf Weisung des Klägers herausgegeben hatte. Mit Recht hat das Berufungsgericht vom Kläger den Beweis für seine weitergehende Behauptung verlangt.

b) Der Kläger will aus der Höhe des 60 DM betragenden Fuhrlohns, den der Zeuge Kr [REDACTED] erhalten hat, folgern, daß dieser weit mehr als nur 9,48 fm Rundholz aus dem Steinbruch K [REDACTED] zur Säge des Beklagten gefahren habe. Das Berufungsgericht hat der Bekundung dieses Zeugen entnommen, daß er oder seine Leute noch weitere Holzfuhren für den Kläger ausgeführt haben, die nicht zum Beklagten gelangt sind.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht, wie vom Kläger beantragt, den Sohn Heinz Kraus vernommen. Im Schriftsatz des Klägers vom 12. Juni 1959 (S. 5) war der Sohn des Zeugen Kr [REDACTED] nur zur Klärung eines angeblichen Widerspruchs benannt. Das Berufungsgericht stellt jedoch fest, daß ein solcher Widerspruch nicht besteht.

c) Das Berufungsgericht durfte bei seiner Entscheidung die vom Einzelrichter in einem Protokoll niedgelegte Bekundung des Zeugen Kr [REDACTED] verwerten (§ 349 ZPO).

Inwiefern die Bekundungen dieses und anderer Zeugen vom Einzelrichter nicht ordnungsgemäß protokolliert sein sollen, ist in der schriftlichen Revisionsbegründung nicht durch Tatsachen belegt worden (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO). Zudem wären etwaige Fehler nach § 295 ZPO geheilt.

5.) Der mittelbare Beweis, daß von den unstreitig vom Kläger aufgekauften 607,23 fm Rundholz nur 149,32 fm an andere Abnehmer als den Beklagten gelangt seien und daß deshalb das übrige Rundholz der Beklagte erhalten habe, ist dem Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht gelungen.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Zeugen Fit [REDACTED], O [REDACTED], Bo [REDACTED], D [REDACTED] und S [REDACTED] nicht oder nicht nochmals vernommen. Diese Zeugen waren dafür benannt, daß die Angabe des Zeugen P [REDACTED], der erste Teil des bei ihm gekauften Holzes sei nicht in das Sägewerk der Beklagten gefahren worden, unrichtig sei.

Das Berufungsgericht brauchte diese Zeugen hierüber schon deshalb nicht zu vernehmen, weil es die Bekundung des Zeugen P [REDACTED] bereits als widerlegt ansieht.

Die vom Einzelrichter vernommenen Zeugen Kr [REDACTED], D [REDACTED], O [REDACTED], Sc [REDACTED], Margret und Helga W [REDACTED] und Bo [REDACTED] nochmals vor dem Senat des Berufungsgerichts zu vernehmen, war das Berufungsgericht rechtlich nicht gehalten (§ 398 ZPO).

c) Wenn im angefochtenen Urteil von dem "vom Senat erneut vernommenen Zeugen O [REDACTED]" die Rede ist, obwohl auch dieser Zeuge vor dem Einzelrichter des Berufungsgerichts ausgesagt hat, so hat das Berufungsgericht, wie der Urteilszusammenhang ergibt, damit lediglich darauf abgestellt, daß der Zeuge O [REDACTED] bereits vor dem Landgericht vernommen worden war; nicht ist damit gesagt, der Senat habe den vom Einzelrichter vernommenen Zeugen nochmals gehört.

III.

Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß der Kläger vom Beklagten nur 207,051 cbm statt, wie dieser vorträgt, 283,506 cbm Schnittholz zurückerhalten habe. Aus der vom Zeugen O [REDACTED], dem Fahrer des Klägers, überreichten Liste lasse sich zwar, so führt es aus, in etwa auf die vom Kläger genannte Menge von 207,051 cbm schließen. Durch die Bekundungen der Zeugen Ri [REDACTED] und

O[REDACTED] sei jedoch erwiesen, daß der Beklagte dem Kläger wesentlich mehr Schnittholz geliefert habe, als in der Liste des Zeugen O[REDACTED] festgehalten worden sei. Um seiner Beweislast zu genügen, hätte der Kläger dartun müssen, daß die vorgelegten Holzlisten alle von ihm erteilten Anweisungen zum Einschnitt von Bauholz umfassen. Von einem solchen Nachweis könne jedoch keine Rede sein. Unstreitig habe der Kläger auch telefonisch unter Durchsage von Stückzahl und Größenmaß beim Beklagten Bauholz bestellt, und der Kläger könne nicht ausräumen, daß es sich hierbei teilweise um bedeutende Posten gehandelt habe. Seine Behauptung, alle fernmündlichen Durchsagen seien stets schriftlich bestätigt worden und in den vorgelegten Holzlisten enthalten, sei nicht bewiesen. Der Schriftwechsel enthalte nicht eine einzige schriftliche Bestätigung.

Die gegen diese Beweiswürdigung gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch.

1.) Den Ausführungen auf Seite 5 unter e) der Revisionsbegründung ist nicht zu entnehmen, welche zu Gunsten des Klägers sprechende "Einlassung" des Beklagten das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen haben soll.

2.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht zu der Behauptung des Klägers Stellung genommen, daß der Posten Schalholz von 6,5 cbm nicht stimmen könne. Nachdem sich die Parteien im Erörterungstermin vom 4. Juli 1957 dahin geeinigt hatten, daß das gesamte Nicht-Listenholz, wozu auch das Schalholz gehört, ohne Präjudiz in diesem Rechtsstreit aus der weiteren Erörterung ausscheiden sollte, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, auf den Posten Schalholz einzugehen.

3.) Im Erörterungstermin vom 4. Juli 1957 war weiter klargestellt worden, welche Differenzen bei den unstreitigen Holzlisten der Aufklärung bedurften. Es war den Parteien aufgegeben worden, sich zu den herausgestellten Streitpunkten zusammenfassend zu äußern und Beweise hierzu anzutreten oder zu wiederholen. Dem sind die Parteien nachgekommen. Früheres Vorbringen durfte das Berufungsgericht deshalb als überholt ansehen.

Soweit die Revision (Revisionsbegründung S. 6) eine Stellungnahme des Berufungsgerichts zu den Darlegungen des Klägers in dessen Schriftsatz vom 16. April 1957 vermißt, handelt es sich um früheres Vorbringen. Den Ausführungen der Revisionsbegründung (S. 6) ist auch nicht zu entnehmen, inwiefern sich aus der Stellungnahme des Klägers zu den einzelnen Schnittholzposten ergeben sollte, daß die vom Beklagten angeführten Listen nicht stimmen. Die wesentlichste Meinungsverschiedenheit, die bezüglich der Holzliste L [REDACTED] bestand, hat das Berufungsgericht zudem als durch die Bekundung der Zeugin Margret W [REDACTED] aufgeklärt erachtet.

4.) Das Berufungsgericht hat dem Kläger nicht zugemutet, nicht bestehende Holzlisten und Posten aufzuklären. Es hat festgestellt, daß der Beklagte über die sich aus den vorhandenen Holzlisten ergebenden Mengen hinaus auf Grund telefonischer Bestellungen weitere erhebliche Mengen Bauholz dem Kläger geliefert hat. Es hält es nicht für gerechtfertigt, den Bekundungen der beiden Töchter des Klägers, alle telefonischen Bestellungen seien schriftlich bestätigt worden, vor der gegenteiligen Aussage der inzwischen aus dem Dienst des Beklagten geschiedenen Zeugin Sc [REDACTED] den Vorzug zu geben.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei der Beweiswürdigung insoweit den persönlichen, in der Beweisniederschrift nicht festgehaltenen Eindruck des Einzelrichters von der Glaubwürdigkeit dieser Zeuginnen verwendet, ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat lediglich geprüft, ob objektive Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Bekundungen der Töchter des Klägers sprechen.

5.) Der Bekundung der Zeugin Margret W. [REDACTED] durfte das Berufungsgericht entnehmen, daß der Kläger im "Falle La [REDACTED]" auf Grund einer telefonischen Nachbestellung über die in der Holzliste aufgeführten Mengen hinaus weiteres Schnittholz geliefert haben kann. Nach der Beweisniederschrift hat die Zeugin hinsichtlich der "Liste La [REDACTED]" gesagt, sie könne grundsätzlich nicht ausschließen, daß Nachbestellungen erfolgt seien. Das Berufungsgericht hat diese Bekundung in zulässiger Weise verwertet. Daß es das Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter seiner Entscheidung zugrunde legen durfte, ist bereits ausgeführt.

6.) Wenn der Beklagte 416,25 fm Rundholz erhalten und 283,506 cbm Schnittholz abgeliefert hat, beträgt der Schnittverlust, wie das Berufungsgericht errechnet, 31,9 %. Ob der Beklagte damit die zulässige Verschnittquote von 30 % überschritten habe, kann, so führt das Berufungsgericht aus, nicht mehr durch einen Sachverständigen nachgeprüft werden, da von dem Holz nichts mehr vorhanden ist und seit der Verarbeitung mehr als 6 Jahre vergangen sind, die Ausbeute an Schnittholz aber von der Stärke und Güte des Rundholzes abhängt.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe damit einen Antrag des Klägers übergangen, einen Sachverständigen darüber zu vernehmen, daß ein größerer

Schnittverlust als 30 % überhaupt nicht eintreten könne, ist unbegründet. Die Revision hat nicht dargelegt, daß der Kläger einen dahingehenden Beweisantrag gestellt hat. Dem angefochtenen Urteil ist das nicht zu entnehmen. In ihm hat das Berufungsgericht, soweit erkennbar, nur erörtert, ob Anlaß bestand, von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einzuholen. Das hat es mit zutreffender Begründung verneint.

Der Kläger hat in den Vorinstanzen nicht behauptet, der Beklagte habe Holz, das einen höheren Schnittverlust als 30 % ergebe, nicht bearbeiten dürfen. Was die Revision hierzu vorträgt, kann deshalb im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden.

IV.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner somit unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Erbel

Meyer

Dr. Vogt