

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 84/79

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

2. Oktober 1980

Schorm,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

der Firma M[REDACTED]-Eiskrem GmbH & Co. KG, vertreten durch
die M[REDACTED]-Eiskrem GmbH, diese vertreten durch die
Geschäftsführer Ulrich F[REDACTED] und Udo Fl[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],
Me[REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Klaus Sc[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED],
D[REDACTED], als Testamentsvollstrecker des Kaufmanns
Ewald R[REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz und Kröner

für Recht erkannt:

Die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. April 1979 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil aufgehoben, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist, und im Kostenpunkt mit Ausnahme der Kostenentscheidung zugunsten des früheren Beklagten T[REDACTED]-B[REDACTED].

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker des während des Rechtsstreits verstorbenen früheren Klägers Ewald R[REDACTED] (im folgenden: Erblasser). Dieser hatte langjährig zunächst den unterdessen aus dem Rechtsstreit

ausgeschiedenen früheren Beklagten T-B und später, seit Herbst 1968, die Firma BE Tiefkühlerzeugnisse GmbH & Co. KG (im folgenden: BE) mit den Erzeugnissen seines Speiseeiswerks beliefert, die ihrerseits das Speiseeis an Einzelhändler vertrieben. T-B, der sein Geschäft auf die BEKÖ übertragen hatte, war deren Kommanditist und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

Im Jahre 1969 erhielt der Erblasser davon Kenntnis, daß T-B mit der Firma Artigel Gespräche über den Verkauf der BE führte. Da der Erblasser fürchtete, bei einem Übergang der BE auf die Firma A sein Vertriebsnetz im Rheinland zu verlieren, und er selbst an einem Kauf der BE interessiert war, trat er mit Thiäner-Behlert in Verhandlungen ein. In einer Unterredung am 1. September 1969 kamen beide überein, daß T-B den Verkauf der BE vorerst um ein Jahr zurückstellte und die BE vom Erblasser einen zinslosen Kredit erhielt, der es ihr ermöglichen sollte, die Verbindlichkeiten gegenüber der Firma A zu tilgen, die sich auf etwa 200.000 DM beliefen. Die Einzelheiten der Vertragsabreden, die T-B in einem Schreiben vom 4. September 1969 zusammenfaßte, sind streitig.

T-B veräußerte im Jahr 1970 seine Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH der BE an die Beklagte. Zugleich schied er zum 30. November 1970 als Kommanditist aus. Die Beklagte übernahm von der BE, die inzwischen aufgelöst und im Handelsregister gelöscht ist, den Kundenstamm.



Nach Beendigung der Geschäftsbeziehungen übersandte der Erblasser der BE■ mit Datum vom 30. November 1970 einen Kontoauszug mit einem - unstreitigen - Saldo von 274.799,81 DM zu seinen Gunsten.

Da der Erblasser zum 1. Oktober 1971 seine Firma in die Firma A■ einbrachte, erstellte er unter diesem Datum einen weiteren Kontoauszug, der mit einem Saldo von 173.090,09 DM zu Lasten der BE■ endet. Er enthält als neue Forderungen im wesentlichen Darlehens- und Zinsansprüche aus den Jahren 1969 und 1970.

Der Kläger hat mit einem nicht zugestellten Schriftsatz vom 21. Oktober 1974 seine ursprünglich gegen die BE■ erhobene Klage gegen die jetzige Beklagte gerichtet, die sich in der Verhandlung vom 24. Oktober 1974 auf die Klage rügelos eingelassen hat. Der Kläger macht gegen die Beklagte die Forderung aus dem Saldo vom 1. Oktober 1971 nebst Zinsen abzüglich einer Gutachrift geltend und behauptet: Die Kontoauszüge vom 30. November 1970 und 1. Oktober 1971 seien aufgrund einer Kontokorrentabrede mit der BE■ aufgestellt worden. Danach hätten sämtliche gegenseitigen Forderungen im Winter eines jeden Jahres verrechnet werden sollen, wobei die BE■ die Zinsen habe zahlen müssen, die der Kläger gegenüber seiner Bank zu entrichten gehabt habe, nämlich 20 %. Die Salden beider Kontoauszüge seien von der BE■ anerkannt worden, nachdem ihr wegen einer nicht berücksichtigten Forderung 5.906,66 DM nebst Zinsen gutgeschrieben worden seien.

Die in dem Kontoauszug vom 1. Oktober 1971 in Rechnung gestellten Wechsel per 10. Dezember 1969 über 20.000 DM und per 15. Dezember 1969 über 23.563 DM seien der BE■

darlehensweise zur Abdeckung ihrer Schulden bei der Firma A■■■■ zur Verfügung gestellt worden.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 238.418,83 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat den Abschluß einer Kontokorrentabrede und ein Anerkenntnis der Kontoauszüge vom 30. November 1970 und 1. Oktober 1971 bestritten und weiter vorgetragen:

Die Wechsel über 20.000 DM und 23.563 DM habe die BE■■ von dem Erblasser gekauft, weil er sie nicht bei seiner Bank habe diskontieren können. Das vereinbarte Entgelt sei dem Erblasser zugeflossen. In den Kontoauszügen seien im übrigen ihre Gegenforderungen nicht berücksichtigt worden:

Darüber hinaus fehlten Gutschriften für die Einlösung von sieben Wechseln durch die BE■■ über insgesamt 134.432 DM.

Schließlich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr gegenüber der Beklagten in Höhe von 47.986 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, während der Kläger mit der Anschlußrevision den Klageantrag weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe

Die Anschlußrevision des Klägers bleibt erfolglos. Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit das Berufungsgericht zu ihrem Nachteil entschieden hat.

I.

Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob zwischen dem Erblasser und der BE eine Kontokorrentabrede bestanden hat. Es meint, für den Kontoauszug vom 1. Oktober 1971 sei sie jedenfalls aufgehoben gewesen, weil die Geschäftsbeziehungen mit dem Verkauf der BE an die Beklagte beendet gewesen seien. Im übrigen sei nicht bewiesen, daß die BE den Saldo anerkannt habe. Für den Kontoauszug vom 30. November 1970 sei die Frage, ob eine Kontokorrentabrede getroffen worden sei, deshalb unerheblich, weil der Saldo zwischen den Parteien unstreitig sei.

Das Berufungsgericht greift deshalb auf die im Streit befindlichen Einzelpositionen zurück und führt dazu aus: Die Beklagte hatte - was in der Revisionsinstanz von den Parteien nicht angegriffen wird - für die Forderungen des Erblassers gegen die BE nach § 419 BGB, weil sie von der BE durch den Übernahmevertrag mit dem Kundenstamm deren einzigen beachtlichen Vermögensgegenstand übernommen habe. Ansprüche ergäben sich gegen die Beklagte in Höhe von 20.000 DM und 23.563 DM wegen der darlehensweisen Hingabe zweier Wechsel Anfang September 1969 an die BE. Weiter bestehe aus den Warenlieferungen des Erblassers noch ein Restanspruch. Von der ursprünglichen Forderung von 274.799,81 DM aus dem Kontoauszug vom

30. November 1970 seien 11.460 DM als Rabatt, weiter 7.793,50 DM für Warenlieferungen für den Erblasser im Jahre 1970 und 5.546,31 DM als Warenrückvergütung abzuziehen. Die Akontozahlungen am 18. Dezember 1970 über 100.000 DM und am 27. Januar, 3. Februar und 12. Februar 1971 über jeweils 50.000 DM seien zum weitaus überwiegenden Teil auf die Kaufpreisforderungen des Klägers anzurechnen, zum anderen Teil gemäß § 367 Abs. 1 BGB auf Zinsforderungen. Da der Erblasser der BE das zinslose Darlehen nur gewährt habe, damit sie den Verkauf der Firma um ein Jahr zurückstelle, sei davon auszugehen, daß mit Ablauf dieser Zeit, also vom 1. September 1970 an, die BE Fälligkeitszinsen von 5 % zu zahlen habe. Der Kläger habe die behauptete höhere Zinsvereinbarung nicht bewiesen. Bei Anrechnung der Zahlungen zuerst auf die angefallenen Zinsen bleibe eine Kaufpreisforderung von 4.423,45 DM.

Den Vortrag der Beklagten, weitere Forderungen des Klägers seien durch eingelöste Wechsel in Höhe von 134.432 DM erfüllt, hat das Berufungsgericht nicht zugelassen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung in einigen Punkten nicht stand.

II.

Die Anschlußrevision des Klägers hat keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht konnte offen lassen, ob der Erblasser und die BE eine Kontokorrentabrede ge-

troffen hatten. Eine laufende Rechnung nach § 355 HGB hat den wirtschaftlichen Zweck, den Zahlungs- und Abrechnungsverkehr zwischen Personen, die miteinander in ständiger Geschäftsverbindung stehen, zu vereinfachen (Canaris in GroßKomm. HGB, 3. Aufl., § 355, Anm. 2; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 355, Rdn. 2). Da nach dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen zwischen dem Erblasser und der BE im November 1970 gegenseitige Ansprüche nicht mehr laufend entstehen konnten, war von nun an kein Raum mehr für ein bis dahin etwa bestehendes Kontokorrentverhältnis. Es erlosch mit dem Ende der Geschäftsverbindungen, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufhebung bedurfte (vgl. RGZ 140, 219, 221; BGH NJW 1956, 17; Canaris aaO Anm. 111; Baumbach/Duden, HGB, 23. Aufl., §§ 355 - 357, Anm. 9 A). Der Kontoauszug vom 1. Oktober 1971 war daher in jedem Fall nicht in ein Kontokorrentverhältnis eingebunden. Für den Auszug vom 30. November 1970 spielt die Frage, ob eine entsprechende Abrede bestand, schon deshalb keine Rolle, weil der Saldo zwischen den Parteien nicht im Streit steht.

2. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht auch davon aus, daß sich der Kläger nicht darauf berufen könne, die BE habe den Saldo des Kontoauszuges vom 1. Oktober 1971 anerkannt (§ 781 BGB). Das Berufungsgericht sieht den Kläger insoweit als beweisfällig an.

Die Anschlußrevision beanstandet unter Hinweis auf die Berufungsbegründung, daß das Berufungsgericht einen vom Kläger angetretenen Beweis vernachlässigt habe. Damit deckt sie keine Verfahrensfehler auf.

a) Die wiederholte Vernehmung der Zeugen, die im ersten Rechtszug zu der Frage gehört wurden, ob die BE den Saldo des Kontokorrents vom 1. Oktober 1971 anerkannt habe, stand im Ermessen des Berufungsgerichts (§§ 523, 398 Abs. 1 ZPO). Ein Ermessensfehler liegt in seiner Entscheidung, von der erneuten Vernehmung der Zeugen abzusehen, auch nach dem Vorbringen der Anschlußrevision, nicht vor.

b) Da die Anschlußrevision nicht ausführt, welches Beweismittel das Berufungsgericht hätte verwerten sollen, ist es im Ergebnis ohne Bedeutung, daß sich der Kläger in der Berufungsbegründung zusätzlich auf einen Zeugen bezogen hat, den das Landgericht nicht vernommen hat. Im übrigen wäre dieser Beweisantritt nicht erheblich. Der Kläger hat in das Wissen dieses Zeugen gestellt, daß die BE dem ihr jährlich übersandten Kontosaldo niemals widersprochen habe. Hieraus folgt für den hier wesentlichen Auszug vom 1. Oktober 1971 jedoch nichts, denn dieser Kontoauszug enthielt die Darlehensforderungen, die in die vorangegangenen Kontoauszüge nicht aufgenommen waren, die nach dem Vortrag des Klägers im Rahmen einer Kontokorrentabrede erstellt sein sollen. Der Kläger kann sich daher jedenfalls insoweit nicht auf eine mit dem Kontokorrent im Zusammenhang stehende Praxis der Geschäftspartner berufen, die Salden der Abrechnungen gegebenenfalls stillschweigend anzuerkennen.

3. Nach Auffassung der Anschlußrevision hätte sich das Berufungsgericht auch zumindest über die Einzelheiten der Verhandlungen der Parteien vergewissern müssen. Diese Rüge bleibt erfolglos, weil aus ihr nicht zu ersehen

1

ist, um welche Einzelheiten es gehen soll und unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten sie für die Entscheidung bedeutsam sein sollen.

4. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Haftung der Beklagten aus einem Saldo-
anerkennntnis nach §§ 355 HGB, 781 BGB verneint, greift die Anschlußrevision nicht an. Diese Ausführungen lassen einen Rechtsfehler auch nicht erkennen.

III.

Zur Revision der Beklagten:

1. Zu Recht greift die Revision zunächst die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den vom Kläger geltend gemachten Wechselforderungen in Höhe von 20.000 DM und 23.563 DM an. Das Berufungsgericht nimmt an, der Erblasser habe die Wechsel im September 1969 der BEKÖ als Darlehen überlassen und meint: Grundsätzlich habe zwar der Kläger zu beweisen, daß die Wechsel darlehensweise gegeben worden seien. Aus dem zeitlichen Zusammenhang mit der am 1. September 1969 zugesagten Kreditgewährung ergebe sich jedoch die tatsächliche Vermutung, daß die Wechsel dem Kreditbedürfnis der BEKÖ dienen sollten. Diese rechtfertige es, eine Umkehr der Beweislast zugunsten des Klägers anzunehmen und der Beklagten aufzuerlegen, die Umstände im einzelnen darzutun, wie es zu dem von ihr behaupteten Ankauf der Wechsel gekommen sei. Das von ihr dazu angebotene Beweismittel sei ungeeignet.

Die Darlegungen des Berufungsgerichts zur Beweislastverteilung sind rechtsfehlerhaft.

a) Nach der allgemeinen Beweislastregel des deutschen Rechts trägt jede Partei, die eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, die Beweislast für die die Rechtsfolge begründenden Tatsachen (Senatsurteile vom 17. Februar 1970 - III ZR 139/67 = BGHZ 53, 245, 250 = 27. Februar 1975 - III ZR 9/73 = WM 1975, 593 m.w.N.). Diese Regel findet auch auf das Darlehen Anwendung, weil es bei einer Kapitalüberlassung an einer gesetzlichen Vermutung für eine Darlehenshingabe fehlt (allg. Auffassung, vgl. Senatsurteil vom 24. Mai 1976 - III ZR 63/74 = WM 1976, 974, 975 m.w.N.). Allerdings können, je nach Gestaltung der Lebenssachverhalte, auch tatsächliche Vermutungen für ein Darlehen, insbesondere für eine durch schlüssiges Verhalten erklärte Darlehensvereinbarung sprechen (Senatsurteil vom 24. Mai 1976 - III ZR 63/74 = aaO; vgl. auch Senatsurteil vom 3. November 1977 - III ZR 69/75 = WM 1978, 13, 14). Eine tatsächliche Vermutung führt jedoch, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Sie erlaubt es als Erfahrungsregel oder aus Erfahrungssätzen abgeleitete Schlußfolgerung lediglich, im Wege der freien Beweiswürdigung aus dem feststehenden Sachverhalt auf die Wahrheit der bestrittenen Behauptung zu schließen. So kann sie allein einen weiteren Beweis überflüssig machen oder, wenn ihr eine so starke Beweiskraft nicht zukommt, neben anderen Umständen gewürdigt werden (BGHZ 2, 82, 85).

b) Ob das Urteil auf der irrtümlich zugrunde gelegten Beweislastverteilung beruht, ist allerdings nicht mit hinreichender Sicherheit zu erkennen. Manche Formulierungen sprechen eher dafür, daß das Berufungsgericht von der darlehensweisen Hingabe der Wechsel überzeugt war,

✓

so wenn es ausführt, daß die Umstände eindeutig für die Richtigkeit des Vortrags des Klägers sprächen. Andererseits ergeben dann die Ausführungen zur Beweislastverteilung, die sich durch die gesamten Entscheidungsgründe hindurchziehen, was ein nur sprachliches Versehen ausschließt, keinen Sinn, wenn sich das Berufungsgericht eine hinreichende Überzeugung gebildet hätte. Wegen der widersprüchlichen Begründung läßt sich jedenfalls nicht ausschließen, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts hinsichtlich der umstrittenen Wechsel auf einer Verkenntung der Beweislast beruht.

c) Das Urteil war insoweit aber auch noch aus einem anderen Grunde aufzuheben. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht das von der Beklagten für den von ihr behaupteten Ankauf der Wechsel benannte Beweismittel als ungeeignet angesehen und ist deshalb dem Beweisantrag rechtsirrtümlich nicht gefolgt.

Der von der Beklagten in der Berufungsverhandlung für den Ankauf der Wechsel benannte Zeuge war bei dem Erblasser als Buchhalter angestellt. Als solcher konnte er wissen, wie der Erblasser die Wechsel hatte verbuchen lassen. Dieses wiederum konnte Schlüsse auf den Rechtsgrund der Übergabe der Wechsel gestatten. Das Berufungsgericht vermißt deshalb zu Unrecht Angaben der Beklagten darüber, ob und wann der Zeuge bei der Übergabe der Wechsel zugegen war. Es fehlt daher ein Anhalt dafür, daß die Beklagte diesen Zeugen auf Verdacht hin gleichsam ins Blaue benannt hat. Das Berufungsgericht stellt in dieser Hinsicht auch nichts fest. Nach dem bisherigen Verhandlungsergebnis kann danach nicht davon ausgegangen werden, daß es sich bei dem Beweisantrag um einen bloßen Ausforschungsbeweis handelt (vgl. dazu Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 38. Aufl., Einf. § 284, Anm. 6).

Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht, wie die Revision meint, die im ersten Rechtszug mit ihrer Verteidigung erfolgreiche Beklagte zunächst nach § 139 ZPO auf seine Bedenken gegen die Eignung des von ihr benannten Beweismittels hätte hinweisen müssen, bevor es seine Zulassung ablehnte.

Das Berufungsgericht wird sich nach allem unter Beachtung dieses Beweisantritts mit dem Rechtsgrund der Wechselhingabe erneut zu befassen haben.

2. Das Berufungsgericht hat dem Kläger neben den Darlehensforderungen einen Kaufpreisrestanspruch in Höhe von 4.423,45 DM zugesprochen. Es ist dabei von den Abrechnungen des Klägers und einer Verzinsung der Kaufpreisforderungen von 5 % ausgegangen. Auch insoweit hält das angefochtene Urteil den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

a) Zunächst hat das Berufungsgericht allerdings die Zahlungen der BE in der Zeit vom 18. Dezember 1970 bis 12. Februar 1971 von insgesamt 250.000 DM rechtsbedenkenfrei nach § 366 Abs. 1 BGB mit dem von der Beklagten anerkannten Saldo der Kaufpreisforderungen im Kontoauszug vom 30. November 1970 in Höhe von 274.799,81 DM verrechnet.

Die Revision beanstandet dies. Sie meint, das Berufungsgericht habe § 366 Abs. 2 BGB mit der Folge anwenden müssen, daß die älteren Darlehensverbindlichkeiten vor den jüngeren Kaufpreisforderungen getilgt worden seien, weil das Berufungsgericht abweichend vom Vortrag der Beklagten nicht von einem Verkauf, sondern einer darlehensweisen Überlassung der Wechsel ausgegangen sei. Darin kann der Revision nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht gefolgt werden.

Als die BE■ die insgesamt 250.000 DM zahlte, hatte der Erblasser die Wechselforderungen noch nicht geltend gemacht. Ihre Erfüllung verlangte er zum ersten Mal im Kontoauszug vom 1. Oktober 1971. Dagegen hatte der Erblasser den Kontoauszug vom 30. November 1970 bereits übersandt, als die BE■ die fraglichen Zahlungen leistete. Diesen Umständen konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum entnehmen, die BE■ habe mit den Zahlungen dem Erblasser erkennbar die Forderungen aus den Warenlieferungen tilgen wollen.

b) Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, sind diese Zahlungen jedoch nicht nach § 367 Abs. 1 BGB zunächst auf die Zinsen und erst dann auf den jeweiligen Rest der Kaufpreisforderungen anzurechnen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts entsprach es vielmehr dem Willen beider Parteien, diese Zahlungen vollständig auf die Kaufpreisforderungen selbst anzurechnen.

Zwar soll der Erblasser nach den Behauptungen des Klägers bereits in einer Besprechung im November 1970 Zinsen beansprucht haben; zu einer Übereinkunft darüber ist es aber nicht gekommen. So hat der Erblasser in seinem nach dem Ende der Geschäftsverbindung aufgestellten Kontoauszug vom 30. November 1970 Zinsen auch nicht in Rechnung gestellt und darin die Zahlungen der BE■, zuletzt vom 4. November 1970, auf die Kaufpreisforderungen angerechnet. Für die BE■ bestand unter diesen Umständen zu Beginn des Jahres 1971 kein Anlaß, Zahlungen auf im Kontoauszug nicht verlangte Zinsen der Kaufpreisforderungen zu leisten. Gerade im Hinblick auf den von ihm erstellten Kontoauszug konnte der Erblasser die Zahlungen der BE■ nur dahin verstehen, daß sie damit die Kaufpreisforderungen selbst tilgen wollte. Der Erblasser hat als Gläubiger die

Annahme der Zahlungen nicht abgelehnt (§ 367 Abs. 2 BGB). Damit sind die Kaufpreisforderungen durch die Zahlungen der BE ■ bis auf einen Rest von 24.799,81 DM erloschen.

3. Ob der Restanspruch der Erben durch die von der Beklagten behauptete Einlösung von Wechseln mit einer Gesamtsumme von 134.432,00 DM getilgt worden ist, muß offen bleiben, weil das Berufungsgericht dieses Vorbringen, das im ersten Rechtszug nach § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen worden ist, zu Recht als ausgeschlossen angesehen hat (§ 528 Abs. 3 ZPO).

a) Entgegen den Angriffen der Revision hat das Berufungsgericht seine Auffassung ausreichend begründet, das Landgericht habe § 296 Abs. 2 ZPO rechtsfehlerfrei angewendet; ein absoluter Revisionsgrund nach § 551 Nr. 7 ZPO liegt nicht vor. Aus den Gründen des Berufungsurteils geht hervor, daß es die Beurteilung des Vortrags der Beklagten durch das Landgericht zu den umstrittenen Wechseln teilt. Nach § 543 Abs. 1 ZPO konnte es deshalb insoweit von einer Darstellung der Entscheidungsgründe absehen, was es durch Bezugnahme "auf die zutreffenden entsprechenden Ausführungen des Landgerichts" getan hat.

b) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß das Landgericht das Vorbringen der Beklagten zu Recht nicht zugelassen hat. Obwohl das Verfahren gegen die Beklagte bereits am 24. Oktober 1974 rechtshängig geworden war und seitdem mehrere mündliche Verhandlungstermine stattgefunden hatten, hat die Beklagte ihren Vortrag, die Forderung der Erben sei durch Wechseleinlösungen getilgt worden, erstmals mit Schriftsatz vom 26. Juni 1978 in den Prozeß eingeführt, also kurz vor dem auf den 4. Juli 1978 angesetzten abschließenden Termin zur mündlichen Verhandlung, ohne daß für den späten Zeitpunkt

✓

ein Grund ersichtlich ist. Die Beklagte hat also das Verteidigungsmittel nicht so zeitig vorgebracht, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entsprach (§ 282 Abs. 1 ZPO).

c) Die Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert und zwar unabhängig davon, ob die Frage der Verzögerung nach dem Stand des Verfahrens im Zeitpunkt des verspäteten Vorbringens zu beurteilen ist (BGHZ 75, 138, 142; BGHZ 76, 133, 135 und vom 17. April 1980 - VII ZR 114/79 = NJW 1980, 1960) oder danach, wie der Prozeßverlauf sich hypothetisch bei rechtzeitigem Vorbringen gestaltet hätte (vgl. die Nachweise in BGHZ 75, 138, 142 und BGHZ 76, 133, 135; offengelassen in BGH, Urteil vom 13. Februar 1980 - VIII ZR 61/79 = NJW 1980, 1102, 1103 = WM 1980, 555). Das Landgericht hätte nämlich aufklären müssen, ob die Einlösungen der Wechsel der BE gutgeschrieben worden sind. Dies hätte es bei rechtzeitigem Vorbringen bis zur letzten mündlichen Verhandlung abschließen können. Entgegen dem Hinweis der Revision läßt das Berufungsgericht nicht offen, ob das Gegenvorbringen des Klägers den Sachvortrag der Beklagten hätte entkräften können oder unerheblich war, was die Folge hätte haben können, daß eine weitere Aufklärung hätte entbehrlich sein können und eine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits damit nicht eingetreten wäre. Das Berufungsgericht läßt es umgekehrt vielmehr dahinstehen, ob der Vortrag der Beklagten zu der Erfüllung der klägerischen Forderung durch Wechseleinlösungen "überhaupt schlüssig dargetan" ist. Unterstellt man dies, hätte das Verteidigungsmittel der Beklagten ebenfalls keinen Erfolg, so daß diese Unterstellung die Beklagte nicht beschwert.

Geht man von der Schlüssigkeit des Vorbringens der Beklagten und damit von der Notwendigkeit der Aufklärung des gegenseitigen Sachvortrags aus, so hätte das Landgericht eine Verzögerung des Verfahrens nicht durch Maßnahmen nach § 273 ZPO zur Vorbereitung des bereits auf den 4. Juli 1978 bestimmten Termins zur mündlichen Verhandlung vermeiden können. Allein aus dem Vortrag der Beklagten konnte es sich kein Bild über den Sach- und Streitstand machen. Erst mit der Erwiderung des Klägers auf den Schriftsatz der Beklagten vom 26. Juni 1978 war erkennbar, welche Maßnahmen erforderlich würden. Eine solche Erwiderung ist bis zum letzten Verhandlungstermin nicht beim Landgericht eingegangen.

d) Auch die Annahme der Vorinstanz, die Verspätung beruhe auf grober Nachlässigkeit, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Es war von vornherein offenkundig, daß die Frage der Tilgung der klägerischen Forderung durch Einlösungen von Wechseln entscheidungserheblich sein konnte. Einen plausiblen Grund, weshalb sie das Vorbringen erst so spät in den Prozeß eingeführt hat, hat die Beklagte zu keiner Zeit gegeben. Schon deshalb ist auch der Vorwurf der Revision unberechtigt, das Berufungsgericht habe "in eine sachliche Prüfung der Entschuldigungsgründe eintreten müssen".

e) Schließlich verstößt § 528 Abs. 3 ZPO nicht gegen Vorschriften des Grundgesetzes. Weder das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GrundG) noch der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GrundG werden durch § 528 Abs. 3 ZPO verletzt. Dies haben bereits der VII. Zivilsenat in seinem Urteil BGHZ 76, 133, 135 wie auch der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 13. Februar 1980 - VIII ZR 61/79 = aaO entschieden. Auf die ausführlichen Begründungen der Entscheidungen wird Bezug genommen.

4. Die Beklagte hat weiter mehrere Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt, die auf sie durch den Kauf- und Abtretungsvertrag vom 30. November 1970 von der BE [REDACTED] übertragen worden sind (§ 398 BGB).

a) Davon hat das Berufungsgericht einen Rabattanspruch in Höhe von 11.460 DM und eine Forderung wegen einer Warenlieferung in Höhe von 7.793,50 DM als gerechtfertigt angesehen, während es weitere Ansprüche wegen der Begleichung von Rechnungen für den Erblasser in Höhe von 509,21 DM, 1.110 DM und 166,50 DM nicht berücksichtigt hat. Dagegen haben die Parteien keine Angriffe geführt. Die Kaufpreisforderung reduziert sich damit auf 5.546,31 DM.

b) Nach Ansicht des Berufungsgerichts besteht gerade in dieser Höhe ein Gegenanspruch der Beklagten aus der Vereinbarung über eine Warenrückvergütung, die das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht durch die Aussage des Zeugen T [REDACTED]-B [REDACTED] für bewiesen erachtet. Die Darlegungen sind jedoch von Rechtsfehlern beeinflußt.

Das Berufungsgericht führt aus: Eine Warenrückvergütung könne die Beklagte nur verlangen vom Zeitpunkt der Vereinbarung an bis zur Beendigung der Geschäftsbeziehungen des Erblassers mit der BE [REDACTED], also vom Februar bis November 1970. Die Beklagte habe nichts dafür dargetan, daß die Warenrückvergütung für die Zeit vor der Vereinbarung habe gelten sollen. Das Berufungsgericht setzt sich damit in Widerspruch zu dem Sachvortrag der Beklagten und zu den Ausführungen des Landgerichts, die es aber zur Stützung seiner Ansicht heranzieht.

Die Beklagte hat in dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsatz vom 28. Juni 1974 behauptet, die Warenrückvergütung habe "für Lieferungen in vorange-

gangenen Jahren" gelten sollen. Die Forderung der Beklagten bezieht sich somit nicht auf die Zeit nach dem Gespräch im Februar 1970, sondern auf die Zeit davor. Entsprechend hat das Landgericht angenommen, im Frühjahr 1970 sei eine Übereinkunft geschlossen, daß die BEKÖ für die in der Vergangenheit getätigten Umsätze eine Rückvergütung in Höhe von 1 %, höchstens jedoch 50.000 DM erhalten sollte. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Rückvergütung läßt sich nach allem mit ihren tatsächlichen Grundlagen nicht in Übereinklang bringen.

Auch die Berechnung der Höhe des Rückvergütungsanspruchs ist fehlerhaft. Für den Zeitraum, für den nach Ansicht des Berufungsgerichts eine Rückvergütungs-forderung berechtigt ist, lag der Kontoauszug mit den maßgeblichen Umsatzzahlen vor, die die Grundlage der Berechnung bilden müssen. Dennoch hat das Berufungsgericht nicht diese Zahlen herangezogen, sondern auf den Betrag zurückgegriffen, den das Landgericht in diesem Zusammenhang errechnet hat. Dabei hat das Berufungsgericht verkannt, daß das Landgericht die Höhe des Anspruchs der Beklagten ausdrücklich offen gelassen hat. Das Landgericht geht in seinem Urteil von einer noch offenen Klagforderung in Höhe von 5.546,31 DM aus und spricht dann aus, daß mindestens in dieser Höhe der Beklagten ein Anspruch auf eine Warenrückvergütung zustehe. Über die genaue Höhe des Gegenanspruchs besagt das Urteil des Landgerichts nichts. Da wegen der vom Landgericht nicht zugesprochenen Forderungen wegen der Wechsel über 20.000 DM und 23.563 DM jedoch ein weitaus höherer Klageanspruch in Frage kommt, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls erneut zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls für welche Zeit und in welcher Höhe der Beklagten ein Rückvergütungsanspruch zusteht.

1

5. Die Frage, inwieweit die Kaufpreisforderungen und etwaige Darlehensforderungen durch Erfüllung und Aufrechnung erloschen sind, kann nicht deshalb offen bleiben, weil die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat. Die Einrede greift nicht durch.

Für die Darlehensansprüche, die nach § 195 BGB in 30 Jahren verjähren, ist die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen.

Das gilt auch für die von dem Kläger geltend gemachten Kaufpreisforderungen, die frühestens im Jahre 1970 entstanden sind. Die auf sie anzuwendende vierjährige Verjährungsfrist (§§ 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2; 197 BGB) begann gemäß §§ 201, 198 BGB mit dem Schlusse dieses Jahres. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 21. Oktober 1974 die ursprünglich gegen die BEKÖ erhobene Klage gegen die Beklagte gerichtet. Auf die Klage hat sich die Beklagte in der nächsten mündlichen Verhandlung am 24. Oktober 1974 eingelassen und die fehlende notwendige Klagzustellung nicht gerügt (§ 295 ZPO). Da die Beklagte auf die Zustellung wirksam verzichten konnte (BGHZ 25, 66, 72; BGHZ 65, 46, 47 m.w.N.), ist die Klage damit gegen die Beklagte von diesem Zeitpunkt an (BGHZ 25, 66, 75; vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO, § 295, Anm. 1 B), also noch innerhalb der Verjährungsfrist, rechtsanhängig und die Verjährung unterbrochen worden (§ 209 Abs. 1 BGB).

6. Die Sache war nach alldem an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil noch tatrichterliche Feststellungen zu treffen sind. Sollte das Berufungsgericht zu einer Verurteilung der Beklagten kommen, so wird es sich erneut mit der Frage einer Zinspflicht für die geltend

gemachten Forderungen befassen müssen, die es für die Kaufpreisforderungen bisher in rechtsfehlerfreier Weise gemäß §§ 352 Abs. 1 Satz 1, 353 Satz 1 HGB in Höhe von 5 v.H. für die Zeit seit dem 1. September 1970 bejaht hat.

Nußgens

Krohn

Tidow

Peetz

Kröner