

II ZR 152/62

Verkündet  
am 28.9.1964  
Schorm, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

2105 014

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

In dem Rechtsstreit

des früheren Gastwirts Hubert C [REDACTED], K [REDACTED],  
F [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Hans F [REDACTED], K [REDACTED], N [REDACTED] Straße  
Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 28. September 1964 unter Mit-  
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundes-  
richter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 4. Mai 1962  
verkündete Urteil des 4. Zivilsenats des Ober-  
landesgerichts Köln wird auf Kosten des Klägers  
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 10. März 1958 erwarben die Parteien gemeinschaftlich die Gaststätte "Im S [REDACTED]" in K [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED]. Sie betrieben die Gastwirtschaft gemeinsam bis zum 8. Dezember 1958. Mit Schreiben von diesem Tage erklärte der Kläger, ein weiteres Zusammenarbeiten sei nicht mehr möglich, und bat um Auszahlung seines Anteils. Es kam zu einem Briefwechsel hierüber (Hülle 41 der Sache J [REDACTED] ./o. C [REDACTED] 2 O 158/59 LG Köln). Der Kläger entnimmt diesem Schriftwechsel, die Parteien hätten sich dahin geeinigt, daß er mit dem 8. Dezember 1958 aus der Gesellschaft ausgeschieden sei und daß ihm der Beklagte einen Betrag von 11 500 DM zu zahlen habe. Er motiviert diesen Betrag damit, so viel habe er zum Erwerb der Gaststätte aufgebracht.

Mit der Klage hat er beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 11 500 DM zu verurteilen.

Der Beklagte will sich zur Zahlung dieses Betrages nur für den Fall bereitgefunden haben, daß darauf ein Betrag von 10 000 DM verrechnet werde. Er meint, der Kläger sei auf diesen Vorschlag nicht eingegangen und könne daher nur den sich aus einer Berechnung des Auseinandersetzungs-guthabens ergebenden Betrag verlangen. Dieser Betrag müsse erst ermittelt werden und liege weit unter der Klagesumme. Hilfsweise rechnet er mit seiner angeblichen Forderung von 10 000 DM auf.

Das Landgericht hat ihn zur Zahlung von 11 500 DM verurteilt.

Seine Berufung führte in Höhe von 10 000 DM zur Abweisung der Klage, während sie in Höhe von 1 500 DM zurückgewiesen wurde.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag in Höhe von 10 000 DM weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

1. Die Parteien sind sich dahin einig geworden, daß die von ihnen gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts seit Ablauf des 8. Dezember 1958 aufgelöst und der Beklagte berechtigt ist, die Gaststätte allein weiterzubetreiben. Das ergibt sich aus dem von ihnen geführten Schriftwechsel und ihrem seitherigen Verhalten. Der Kläger hat die Gesellschaft schon nicht zum Zweck der Liquidierung, sondern zum Zweck seiner Abfindung gekündigt. So haben die Parteien seitdem ihr Rechtsverhältnis auch gehandhabt. Der Kläger will mit der Gaststätte nichts mehr zu tun haben. Der Beklagte hat sie allein weitergeführt.

2. Entgegen der Ansicht des Klägers kann dem Schriftwechsel nicht entnommen werden, daß sich der Beklagte zur Zahlung von 11 500 DM verpflichtet hat.

Mit Schreiben vom 17. Januar 1959 bot der Kläger dem Beklagten an, sich auf eine Zahlung von 11 500 DM, zahlbar in monatlichen Raten von 500 DM, zu einigen. Der Beklagte unterbreitete hierauf dem Kläger mit Schreiben vom 19. Januar 1959 den Gegenvorschlag, hierauf einen Betrag von 10 000 DM zu verrechnen und die restlichen 1 500 DM in monatlichen Raten von 300 DM zu zahlen. Der Kläger ging hierauf nicht ein (Schreiben vom 19. Februar 1959). Bei dieser



Sachlage ist ein Vertrag zur Höhe der Abfindungssumme nicht zustande gekommen. Denn der Beklagte hat die Offerte des Klägers nicht uneingeschränkt angenommen, sein Gegenvorschlag galt daher nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag, und diesen Antrag wiederum hat der Kläger nicht angenommen.

3. Gleichwohl kann der Beklagte den Kläger nicht auf das sich nach dem Vermögensstande der Gesellschaft für den 8. Dezember 1958 ergebende Auseinandersetzungsguthaben verweisen, wenn seine Aufrechnung durchgreift. Er hat dem Kläger einen Betrag von 11 500 DM für den Fall zugestanden, daß dieser damit einverstanden sei, daß hiergegen ein Betrag von 10 000 DM verrechnet werde. Mit dem angeblichen Anspruch auf diese 10 000 DM hat der Beklagte aufgerechnet. Ist diese Aufrechnung begründet, so kann der Beklagte bei der Kompliziertheit der Sache nicht, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, dem Kläger die unter einem Verrechnungsvorbehalt zugesagten 11 500 DM vorenthalten und ihn auf das sich nach dem Gesellschaftsvermögen ergebende Auseinandersetzungsguthaben verweisen. Denn die Aufrechnung führt letztlich zu demselben Ergebnis wie die vom Beklagten angestrebte, jedoch nicht erreichte Verrechnungsvereinbarung, nur daß es hierzu erst des vorliegenden Prozesses bedurfte.

## II.

Die Aufrechnung ist aber gerechtfertigt.

Der Kaufpreis der Gaststätte betrug 20 000 DM abzüglich der Kosten für eine Fußbodenreparatur, für die unstreitig 1 600 DM gerechnet wurden. Außerdem übernahmen die Parteien vom Verkäufer der Gaststätte, Alfred K., dessen Warenbestand, der auf 3 671,41 DM errechnet wurde. Die Parteien

hatten also an K [REDACTED]

|   |                 |
|---|-----------------|
|   | 20 000          |
| - | <u>1 600</u>    |
|   | 18 400          |
| + | <u>3 671,41</u> |
|   | 22 071,41       |

oder je 11 035,70 DM zu zahlen.

Der Kläger zahlte an Kraemer vor Übergabe der Gaststätte 9 000 DM. Als der Betrieb am 13. März 1958 übergeben werden sollte, hatte der Beklagte kein Geld mit. Die Schwester des Klägers und intime Freundin des Beklagten, Frau J [REDACTED], erklärte sich bereit, den zur Herbeiführung der Übergabe der Gaststätte erforderlichen Betrag vorzustrecken. Sie besaß einen Betrag von 10 000 DM, den der Kläger für sie verwahrte. Sie und der Kläger holten den Betrag aus ihrer gemeinsamen Wohnung. Der Kläger händigte ihn Kraemer aus.

Die Abrechnung mit K [REDACTED] hatte folgendes Bild:

|   |                 |                                  |
|---|-----------------|----------------------------------|
|   | 20 000          | (Kaufpreis der Gaststätte)       |
| - | <u>9 000</u>    | (Anzahlung des Klägers)          |
|   | 11 000          |                                  |
| - | <u>1 600</u>    | (Fußbodenreparatur)              |
|   | 9 400           |                                  |
|   | 9 400           |                                  |
|   | <u>3 671,41</u> | (Ware K [REDACTED])              |
| + | <u>71,50</u>    | (weitere Ware)                   |
|   | 13 142,91       |                                  |
| - | <u>10 400</u>   |                                  |
|   | 2 742,91        |                                  |
| - | <u>100</u>      | (Verrechnung mit Kaffeemaschine) |
|   | 2 642,91        |                                  |

Diesen Betrag zahlte der Beklagte an K [REDACTED].

Die Parteien rechneten miteinander im April 1958 ab, nach der Behauptung des Beklagten war es am 15. dieses Monats. Sie gingen übereinstimmend davon aus, daß auf jeden von ihnen vom Kaufpreis der Gaststätte (nach Abzug des Ansatzes für die Fußbodenreparatur) die Hälfte von 18 400 DM, also 9 200 DM, und von dem von K [REDACTED] übernommenen Warenbestand die Hälfte von 3 671,41 DM = 1 835,70 DM entfalle. Sie waren und sind sich auch darin einig, daß der Beklagte Ware aus seiner (befuggebenen) Gastwirtschaft in K [REDACTED] in das gemeinschaftliche Unternehmen gebracht hat.

Der Kläger behauptet (S. 2 seines Schriftsatzes vom 15.3.62, Bl. 120 d.A., S. 3 seines Schriftsatzes vom 8.11.60, Bl. 72 der Sache 2 O 158/59): Er habe dem Beklagten bei dieser Abrechnung 2 500 DM gezahlt. Dieser Betrag setze sich aus drei Beträgen von 1 835, 200 und 465 DM zusammen. Die 1 835 DM seien sein Anteil an jenen 3 671,41 DM, die 200 DM der Rest seines Anteils am Kaufpreis der Gaststätte und die 465 DM sein Anteil am Preis der vom Beklagten aus dessen Gastwirtschaft übernommenen Ware. Diese Angaben hat er weder in der Sache 2 O 158/59 noch in der vorliegenden Sache unter Beweis gestellt. Sie stehen in einem gewissen Widerspruch zu seiner Behauptung (S. 1/2 seines Schriftsatzes vom 20.6.59, Bl. 16/17 der Sache 2 O 158/59). Danach sollen sich die 2 500 DM, die er an den Beklagten gezahlt haben will, aus zwei Beträgen von 1 000 und 1 500 DM zusammensetzen; 1000 DM will er als Rest seines Anteils am Preis der Gaststätte und 1 500 DM für von Kraemer übernommene Ware gezahlt haben.

Der Beklagte behauptet: In die Abrechnung vom 15. April 1958 seien die von Frau J [REDACTED] zur Verfügung gestellten

10 000 DM einbezogen worden. Er habe aus seiner Gaststätte in K [REDACTED] Ware zum Betrage von 3 597,31 DM in den gemeinsamen Betrieb gebracht. Dieser Betrag habe ihm aus der vom Kläger geführten Gesellschaftskasse erstattet werden sollen. Ihn habe man von jenen gemeinsam errechneten 11 035,70 DM abgezogen. Den sich danach ergebenden Betrag (7 438,39 DM) habe er dem Kläger am Schluß der Abrechnung gezahlt. Der Kläger habe diesen Betrag um 2 561,61 DM auf 10 000 DM auffüllen und dann wieder 10 000 DM für Frau J [REDACTED] unter Verschuß nehmen sollen, die kein verschließbares Verhältnis besessen und befürchtet habe, daß ihr unverschlossenes Geld, wie schon einmal, abhanden kommen könne.

Der Kläger bezeichnet die Darstellung des Beklagten als freie Erfindung.

Frau J [REDACTED] hat gegen ihren Bruder auf Zahlung von 10 000 DM geklagt ( 2 O 158/59 LG Köln). Diese Klage ist in zwei Instanzen abgewiesen worden, weil Frau J [REDACTED] nicht dem Kläger, sondern dem Beklagten ein Darlehen von 10 000 DM gegeben habe und sich daher an den Beklagten halten müsse.

Der vorstehend wiedergegebene Sachverhalt läßt sich nur mühsam aus den Schriftsätzen der Parteien und den Akten 2 O 158/59 herauschälen. Die Angaben der Streitteile sind größtenteils unklar. Der Kläger spricht zumeist nur von auf tausend abgerundeten Beträgen und stellt mehrere Vorgänge zusammenfassende Behauptungen auf, ohne sie zu zergliedern. Der Beklagte weiß nicht, ob er dem Kläger 7 438,39 DM voll oder auf 7 438 DM abgerundet gezahlt hat; seine Zahlung an K [REDACTED] die nach den Unterlagen über die Abrechnung mit diesem 2 642,91 DM betragen haben müßte, gibt er mit "Ca. 2 642,91 DM" an. K [REDACTED] hat dem Beklagten über 3 671,41 DM quittiert, der Beklagte weiß nicht, wie das geschehen ist, er gibt an, mit den 2 642,91 DM habe er 8-900 DM mehr als die aus der Über-

nahme des Warenbestandes K [REDACTED] auf ihn entfallenden 1 835,70 DM bezahlt. Die Zahlung von 2 642,91 DM kann nicht für sich allein betrachtet werden, dem Beklagten ist die in der Abrechnung mit K [REDACTED] erwähnte Zahlung von 10 400 DM voll zuzurechnen. Denn der Kläger will seinerseits nur 9 000 DM an K [REDACTED] und dem Beklagten zum Ausgleich dafür, daß sein Anteil am Kaufpreis der Gaststätte 9 200 DM beträgt, 200 DM gezahlt haben. Die in der Abrechnung mit K [REDACTED] erwähnten Beträge von 71,50 DM und 100 DM sind nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des Beklagten bei der Abrechnung der Parteien nicht berücksichtigt worden. Wie dem beiderseitigen Vortrag zu entnehmen ist, haben die Parteien jenen 11 035,70 DM nicht ihre Zahlungen (der Kläger: 9 000 DM, der Beklagte: 10 400 DM - oder 400 DM - plus 2 642,41 DM plus 3 597,31 DM) gegenübergestellt, sondern von jenem Betrage entweder - so der Kläger - 200 + 1 835,70 DM oder - so der Beklagte - 3 597,31 DM abgezogen. Der letztere Betrag gehörte eigentlich nicht in eine Abrechnung der beiderseitigen Leistungen, wenn er, wie der Beklagte behauptet, der Gesellschaftskasse entnommen werden sollte. So hat sich der Kläger aber nicht verteidigt. Der Streit der Parteien hat sich vielmehr auf die Frage konzentriert, ob der Beklagte dem Kläger am 15. April 1958 einen Betrag von 7 438,39 DM gezahlt hat und ob der Kläger diesen Betrag um 2 561,61 DM auffüllen und den sich so ergebenden Betrag von 10 000 DM für seine Schwester unter Verschluß nehmen sollte.

Das Berufungsgericht hat hierüber Beweis erhoben und stellt auf Grund der eidlichen Vernehmung des Kaufmanns Heinrich E [REDACTED] und der uneidlichen Aussage der Frau J [REDACTED] fest: Der Beklagte habe dem Kläger 7 438,39 DM gezahlt und ihn damit beauftragt, diesen Betrag und 2 561,61 DM, die der Kläger der Gesellschaftskasse habe entnehmen sollen, an Frau J [REDACTED] abzuführen. Dem sei der Kläger nicht nachgekommen, er habe

die Gesellschaftskasse, ohne über sie abzurechnen, hinter sich behalten. Daher habe der Beklagte, so meint das Berufungsgericht, gegen den Kläger einen Anspruch aus § 667 BGB auf Zahlung von 10 000 DM und mit dieser Forderung zu Recht gegen den Klageanspruch aufgerechnet.

Die Revision wendet sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Ihre Angriffe sind jedoch unbegründet.

1. Sie wirft dem Berufungsgericht vor, es habe nicht darauf abgestellt, daß über die angebliche Zahlung des Beklagten in Höhe von 7 438,39 DM eine Quittung fehle. Das Berufungsgericht hat diese Tatsache jedoch (BU S. 8) gewürdigt und es hat inso weit ausgeführt, das lasse sich aus dem damals guten Verhältnis der Parteien erklären.

2. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe den Brief des Beklagten vom 22. Dezember 1958 nicht berücksichtigt. Dort fragte der Beklagte an, welchen Betrag sich der Kläger für seine Abfindung vorgestellt habe, und erklärte, da er sein Geld im Geschäft stecken habe, könne er nicht in einer Summe zahlen. Hieraus folgt aber entgegen der Ansicht der Revision nicht, der Beklagte könne selbst nicht an das Bestehen der ihm vom Berufungsgericht zugobilligten Forderung geglaubt haben. Jedenfalls hat er alsbald danach, nämlich mit Schreiben vom 19. Januar 1959, vorgeschlagen, die 10 000 DM mit der vom Kläger verlangten Abfindung zu verrechnen. Mit Rücksicht hierauf kam dem Brief vom 22. Dezember 1958 keine entscheidende Bedeutung zu. /

3. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht den S. 8/9 des Schriftsatzes vom 16.12.61 (Bl. 98/99 d.A.) angeordneten Beweis nicht erhoben hat. Dort ist in das Wissen des

Herbert D. [REDACTED] gestellt worden, der Beklagte und Frau J. [REDACTED] hätten ihm gesagt, die hätten an den Kläger 8 000 DM bezahlt. sie hätten hierfür aber keine Zeugen. Später habe der Beklagte den Herbert D. [REDACTED] allein aufgesucht und ihn zu überreden versucht, eine Zahlung des Beklagten an den Kläger über 8 000 DM zu bezeugen, ohne daß er mehr gewußt habe, als ihm der Beklagte und Frau J. [REDACTED] <sup>hier von</sup> erzählt hätten. Aber mit diesem Beweisantritt läßt sich die eidliche Aussage des E. [REDACTED] weder ausschalten noch erschüttern.

4. Die Revision rügt, daß sich das Berufungsgericht nicht damit auseinandergesetzt hat, daß der Beklagte bei seiner zeugenschaftlichen Vernehmung vom 21. September 1960 (Bl. 66 d.A. 2 0 158/59) ausgesagt hat, bei der Abrechnung der Parteien im April 1958 sei außer ihnen nur Frau J. [REDACTED] zugegen gewesen. Einer Auseinandersetzung hiermit bedurfte es nicht. Denn E. [REDACTED] hat bezeugt, er habe die Abrechnung der Parteien und das Aufzählen von mehr als 7 000 DM zufällig und nur deshalb mit angehört, weil er an der Musikbox der Gaststätte gearbeitet habe. Und der Kläger hat nicht behauptet, der Beklagte habe schon bei seiner Vernehmung vom 21. September 1960 gewußt, daß E. [REDACTED] etwas von der Abrechnung und der Auszahlung des Geldes wahrgenommen habe.

5. Desweiteren meint die Revision, das Berufungsgericht habe Frau K. [REDACTED] und Frau W. [REDACTED] als Zeugen vernehmen müssen. Der Kläger hatte Frau K. [REDACTED] dafür benannt, daß sich der Anlaß der Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses anders als vom Beklagten dargestellt ereignet habe, und Frau W. [REDACTED] dafür, daß sie entgegen einer Behauptung des Beklagten auf die geschäftlichen Handlungen des Klägers keinen Einfluß ausgeübt habe. Mit diesen Beweisantritten konnte aber nur dargetan werden, daß der Kläger in diesen Punkten unrichtige Angaben

gemacht hat. nicht aber, daß E. eine unrichtige Aussage erstattet und beschworen hat. Daß der Beklagte der Wahrheit zuwider in der Sache 2 O 158/59 ausgesagt hat, er stehe zu Frau J. nicht in intimen Beziehungen, hat das Berufungsgericht gewürdigt, wie auch, daß Frau J. wegen dieser Beziehungen und wegen ihres Darlehensanspruchs gegen den Beklagten an dem Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits interessiert ist.

6. Schliesslich bezweifelt die Revision, daß es bei der Abrechnung der Parteien zu einem Auftragsverhältnis gekommen sei. Sie meint, der Kläger könne den ihm nach Ansicht des Berufungsgerichts angetragenen Auftrag nicht angenommen haben, weil er bei der Abrechnung der Parteien zu seiner Schwester gesagt hat, sie solle sich heraushalten, es stimme schon. Dem kann nicht gefolgt werden. Hat der Kläger, wie E. beeidet und das Berufungsgericht angenommen hat, einen Betrag von 7 438,39 DM entgegengenommen, so hat er auch den ihm vom Beklagten erteilten Auftrag angenommen. Er war daher verpflichtet, diesen Betrag aus der Gesellschaftskasse auf 10 000 DM aufzufüllen und 10 000 DM seiner Schwester zur Verfügung zu stellen.

Mit einem Anspruch; dieses Inhalts hätte der Beklagte mangels Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche (§ 387 BGB) nicht gegen seine Zahlungsverpflichtung aufrechnen können. Ein solcher Anspruch besteht aber nicht mehr. An die Stelle der ursprünglichen Auftragsverpflichtung ist die Verpflichtung getreten, an den Beklagten 10 000 DM zu zahlen. Ein Auftrag kann von Auftraggeber jederzeit widerrufen werden (§ 671 Abs. 1 BGB). Von diesem Recht hat der Beklagte spätestens mit Abgabe der Aufrechnungserklärung Gebrauch gemacht. Der Kläger hat daher nach § 667 BGB alles, was er zur Ausführung des Auftrags erlangt hat, an den Beklagten herauszugeben. Hierunter fällt an sich nicht schon das, was der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags hätte einziehen sollen (RGZ 53, 327, 330). Aber der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, die Ausführung des ihm

erteilten Auftrags hätte geordert, daß er der Gesellschaftskasse einen Betrag von 2 561,61 DM entnahm, und das sei unterblieben. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat er die Gesellschaftskasse an sich genommen und nach den Prozeßakten hat er nicht bestritten, daß darin mehr als 2 561,61 DM gewesen seien. Bei dieser Sach- und Prozeßlage muß er sich so behandeln lassen, als habe er die zur Erfüllung des Auftrags benötigten 10 000 DM voll erhalten.

Danach ist die Aufrechnung begründet.

Das wiederum schliesst es aus, daß der Beklagte den Kläger auf das sich nach dem Gesellschaftsvermögen ergebende Auseinandersetzungsguthaben verweisen kann. Es ist daher richtig, daß das Berufungsgericht die Höhe des Gesellschaftsvermögens nicht festgestellt, sondern den Beklagten an seiner Erklärung festgehalten hat, dem Kläger 11 500 DM zugestehen zu wollen, falls hiergegen ein Betrag von 10 000 DM zur Verrechnung käme.

Zur Klarstellung der Rechtskraft dieses Urteils mag noch darauf hingewiesen werden, daß der Anspruch des Beklagten auf Zahlung von 10 000 DM in voller Höhe durch die Aufrechnung verbraucht ist.

Nach alledem ist die Abweisung der Klage in Höhe von 10 000 DM aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision dar daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Fischer Dr. Kuhn Liesecke Dr. Schulze Fleck