

071
Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO §§ 48, 42, 302, 308, 536, 537, 539

- Rechtssatz: 1) Ein Urteil kann nicht mit der Begründung angefochten werden, daß einer der mitwirkenden Richter wegen Besorgnis der Befangenheit hätte abgelehnt werden können und er von dem Sachverhalt, der diese Ablehnung rechtfertigte, keine Anzeige gemacht habe (sogen. Selbstablehnung).
- 2) Wird ein Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO) erlassen, obwohl die zur Aufrechnung gestellte Forderung mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhang steht, so liegt kein Mangel in der Urteilsfindung, sondern im Urteilsverfahren, also ein Verfahrensmangel vor, der die Anwendung des § 539 ZPO rechtfertigen kann. Mit der Berufung gegen ein solches Vorbehaltsurteil gelangt jedoch der erstinstanzliche Streitstoff, auch soweit die Entscheidung vorbehalten worden ist, in die Berufungsinstantz. Das Berufungsgericht ist daher nicht gehindert, auch über die zur Aufrechnung gestellte Forderung sachlich zu entscheiden, sofern die Anträge der Parteien die Entscheidung zulassen (§§ 308, 536, 537 ZPO) und über den Aufrechnungstatbestand in der Berufungsinstantz verhandelt worden ist (Bestätigung der Rechtsprechung des RG - RGZ 92, 318 [321]; 144, 116 [118]).

Aktenzeichen: I ZR 251/52

Urteil des BGH vom 22. Januar 1954

KG Berlin
LG Berlin

9
I ZR 251/52

Verkündet
am 22. Januar 1954

Grünau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Willy B [REDACTED] in B [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die [REDACTED] m.b.H. in K [REDACTED], S [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer Dr. Werner S [REDACTED]
und Albert C [REDACTED]

Klägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Wilde, Dr. Birnbach, Dr. Nastelski,
Dr. Christoph und Dr. Weiß:

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
22. Oktober 1952 wird auf seine Kosten zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt in West-Berlin einen Großhandel mit Metallen. Anfang Januar 1951 trat er mit der Zweigniederlassung der Klägerin in Hamburg in geschäftliche Verbindung. In der Folgezeit lieferte er der Klägerin fortlaufend Altmetall nach Hamburg und Westdeutschland. Die Lieferungen wurden zunächst so abgewickelt, daß die Ware, sobald die Meldung über den Grenzübergang erfolgt war, im Auftrage der Klägerin durch die Firma R. [REDACTED] & Co. bezahlt wurde, die zugleich als Spediteur tätig war. Später erhielt der Beklagte Vorschüsse, die laufend verrechnet wurden.

Durch Dienststellen der sowjetisch besetzten Zone wurden mehrere Lieferungen beschlagnahmt und eingezogen, und zwar

am 12. Februar 1951 eine Lieferung im Werte von 149.241,85 DM,

am 5. April 1951 eine Lieferung im Werte von 49.925,50 DM,

am 12. April 1951 eine Lieferung im Werte von 67.845 DM.

Der Verlust der Lieferung vom 5. April 1951 ist durch Versicherung in Höhe von 36.750 DM gedeckt worden, so daß durch die Beschlagnahme ein Verlust von insgesamt 230.265,32 DM entstanden ist.

Die Klägerin hat die beschlagnahmten Lieferungen bei ihren Abrechnungen mit der Beklagten, abgesehen von der ersten, nicht berücksichtigt. Die Verrechnung der ersten beschlagnahmten Lieferung hat sie mit Schreiben vom 19. Februar 1951 widerrufen und dazu bemerkt:

"Den Ihnen durch die Firma R. [REDACTED] & Co. nach der vorstehenden Abrechnung zu viel überwiesenen Betrag von 149.241,85 DM sehen wir bis zum Eintreffen der in Frage stehenden Partien in der britischen Zone oder bis zur Verrechnung gegen andere Anlieferungen als Ihnen geleistete Vorschußzahlung an."

Der Betrag von 149.241,85 DM ist damit übereinstimmend später auf andere Lieferungen verrechnet worden.

Die nicht abgerechneten Vorschüsse hatten nach einem Schreiben der Firma R [REDACTED] & Co. zum 30. April 1951 den Betrag von 313.555,50 DM erreicht. Am 29. April 1951 hat der Beklagte mit dem Prokuristen T [REDACTED] der Hamburger Niederlassung der Klägerin einen Sicherungsübereignungsvertrag abgeschlossen. Die Höhe der dort als Geschäftsdarlehen bezeichneten Vorschüsse ist in diesem Vertrage auf 311.000 DM beziffert worden. Hier hat der Beklagte Rückzahlungen geleistet. Unter dem 15. August 1951 hat er der Klägerin einen Kontoauszug übersandt, der zu 1. August 1951 mit einem Saldo zu Gunsten der Klägerin über 222.804,98 DM abschloß. Weitere Rückzahlungen hat der Beklagte mit der Begründung verweigert, daß die Klägerin auch die beschlagnahmten Lieferungen auf die Vorschüsse verrechnen müsse.

Die Klägerin ist der Auffassung, sie sei zur Verrechnung der beschlagnahmten Lieferungen nicht verpflichtet. Der Beklagte sei von vornherein darauf hingewiesen worden, daß das Transport- und Beschlagnahmerisiko ausschließlich zu seinen Lasten gehe. Dementsprechend enthielten die Einkaufsbestätigungen über die einzelnen Lieferungen die Vermerke: "frei Hamburg" und "netto Kasse nach Eintreffen in der britischen Zone durch die Firma R [REDACTED] & Co.". Überdies habe der Beklagte in einem an die Firma R [REDACTED] & Co. gerichteten Schreiben vom 19. Januar 1951 und in einem Schreiben an den Prokuristen Tern vom 23. April 1951 anerkannt, daß er das Risiko der politischen Beschlagnahme trage. Auch sei in dem Vertrag vom 29. April 1951 Hamburg als Erfüllungsort genannt worden. Die Klägerin hat beantragt:

den Beklagten zur Zahlung von 222.804,98 DM B.D.L. nebst 10 1/2 % Zinsen seit dem 1. Mai 1951 zu verurteilen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und widerklegend beantragt:

die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 7.457,52 DM B.D.L. nebst 5 % Zinsen seit dem 1. August 1951 zu zahlen.

Er hat geltend gemacht, wenn die beschlagnahmten Lieferungen verrechnet würden, ergäbe sich zu seinen Gunsten eine Forderung in Höhe des Widerklagebetrages. Die Klägerin verweigere diese Verrechnung zu Unrecht, da es sich um reine Versendungskäufe gehandelt habe und keine abweichenden Vereinbarungen getroffen worden seien. Die Vermerke auf den Einkaufsbestätigungen der Klägerin, die zudem bloße Spesenklauseln darstellten, seien nicht Vertragsinhalt geworden, da die Einkaufsbestätigungen teilweise erst nach Lieferung und Rechnungsausstellung abgesandt und eingegangen seien, auf den Rechnungen überdies Berlin als Erfüllungsort und Gerichtsstand angegeben worden sei. Auf die Schreiben vom 19. Januar und 23. April 1951 könne sich die Klägerin nicht berufen. Das Schreiben vom 19. Januar 1951 habe sich auf ein Privatgeschäft des Prokuristen M. der Firma R. & Co. bezogen, das Schreiben vom 23. April 1951 sei zweckbestimmt gewesen und nur auf Wunsch des Prokuristen T. geschrieben worden. Auch aus dem Vertrage vom 29. April 1951 könne die Klägerin nichts für sich herleiten. Der Vertrag sei nichtig, zudem wegen arglistiger Täuschung angefochten und auch ausdrücklich aufgehoben worden. Die Klage sei im übrigen selbst dann unbegründet, wenn er, der Beklagte, das Transportrisiko übernommen habe, da mit den im Februar 1951 erfolgten willkürlichen Beschlagnahmen die Geschäftsgrundlage für eine derartige Haftungsübernahme weggefallen sei. Die Haftungsübernahme würde zudem einen übermäßigen Haftungsausschluß zu Gunsten der Klägerin bedeuten und deshalb sittenwidrig sein. Soweit die Klage auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird, hat der Beklagte eingewandt, daß er infolge der Verluste, die er bei den Lieferungen erlitten habe, nicht mehr bereichert sei.

Vorsorglich hat der Beklagte gegen den Klageanspruch mit Gegenforderungen mindestens gleicher Höhe aufgerechnet. Dazu hat er u.a. vorgetragen: Die Firma R. & Co. oder

deren Unterfrachtführer hätten die Beschlagnahme schuldhaft verursacht. Dieses Verschulden gehe zu Lasten der Klägerin, da sie die Firma R. & Co. mit der Ausführung der Transporte beauftragt habe. Sie müsse ihm daher den Schaden ersetzen, der ihm durch die Beschlagnahme entstanden sei. Überdies hafte die Klägerin für die Kursverluste, die er durch Preisrückgänge in der Zeit zwischen Einkauf und Weiterverkauf erlitten habe. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, das von ihm eingekaufte Altmetall abzunehmen; sie sei dieser Verpflichtung aber zum Teil nicht oder doch nicht rechtzeitig nachgekommen.

Die Klägerin hat um Abweisung der Widerklage gebeten. Sie ist dem Vorbringen des Beklagten entgegengetreten und hat insbesondere geltend gemacht, die Firma R. & Co. sei als Spediteur im Auftrage des Beklagten tätig geworden. Für die Kursverluste brauche sie nicht aufzukommen; der Beklagte habe auf eigenes Risiko eingekauft, eine Abnahmepflicht habe für sie nicht bestanden.

Das Landgericht hat nach einer Beweisaufnahme der Klage unter Vorbehalt der Entscheidung "über die Aufrechnung mit der Gegenforderung des Beklagten aus den Kursverlusten hinsichtlich 115.000 ^{kg} Altschrott in Höhe von 111.550 DM" stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Nach weiterer Beweisaufnahme hat es dieses Urteil für vorbehaltlos erklärt.

Der Beklagte hat gegen das Vorbehaltsurteil und gegen das Schlußurteil Berufung eingelegt. Das Verfahren über die Berufung gegen das Schlußurteil ist ausgesetzt worden. In dem Verfahren über die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil hat der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der in dem Urteil gewährte Vorbehalt fortfalle.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine früheren Anträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat sich zu Eingang seines Urteils mit einer Reihe von Beanstandungen auseinandergesetzt, die der Beklagte hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens vorgebracht hatte. Die Revision rügt, daß es diese Beanstandungen rechtsirrig als unbegründet bezeichnet und sie nicht zum Anlaß genommen habe, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Diese Rügen sind nicht begründet.

Die Annahme der Revision, der Beklagte habe in der Berufungsinstanz ein Ablehnungsgesuch hinsichtlich des Handelsrichters O. [REDACTED] angebracht, der bei der Entscheidung im ersten Rechtszuge als Richter mitgewirkt hat, trifft nicht zu. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz ausweislich der Berufungsbegründung vorgetragen, mit Rücksicht auf die ihm bekannt gewordenen geschäftlichen Beziehungen des Handelsrichters O. [REDACTED] zu der Klägerin stehe fest, daß bei der Verhandlung und Entscheidung im ersten Rechtszuge ein Richter mitgewirkt habe, den er, wären ihm jene Beziehungen schon damals bekannt gewesen, wegen Befangenheit hätte ablehnen können. Im Schriftsatz vom 18. September 1952 hat er dazu im Anschluß an eine nähere Darstellung der Beziehungen des Handelsrichters O. [REDACTED] zu der Klägerin noch bemerkt, er sei sich bewußt, daß er den Handelsrichter O. [REDACTED] nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils nicht mehr wegen Befangenheit ablehnen könne; die - vorerwähnte - Darstellung habe nur den Zweck, zu erreichen, daß der Rechtsstreit im Falle einer Zurückverweisung an eine andere Kammer für Handels-sachen zurückverwiesen werde. Hiernach ist ein Ablehnungsgesuch nicht gestellt worden. Der Vorwurf, das Berufungsgericht habe die Ablehnung des Handelsrichters O. [REDACTED] mit unzureichender Begründung zurückgewiesen, indem es von der

Erörterung des vorgetragenen Ablehnungsgrundes mit dem Bemerkten Abstand genommen habe, die erstrebte Zurückverweisung an eine andere Kammer sei in jedem Falle unzulässig gewesen, ist daher nicht gerechtfertigt. Ob der Beklagte, wie die Revision geltend macht, den Ablehnungsgrund nicht nur vorgetragen hat, um damit - falls das erstinstanzliche Urteil aus anderen Gründen aufgehoben und der Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen werden sollte - die Verweisung an eine andere Kammer zu erreichen, sondern ob er durch diesen Vortrag unmittelbar die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Zurückverweisung der Sache gemäß § 539 ZPO erreichen wollte und das Berufungsgericht dies rechtsirrig nicht erkannt hat, kann auf sich beruhen. Denn Handlungen, die ein Richter, der wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden könnte, in der Zeit vor der Stellung eines Ablehnungsgesuches vorgenommen hat, sind voll wirksam und bleiben es auch dann, wenn sich ein später gestelltes Ablehnungsgesuch als begründet erweist (Stein-Jonas Anm III 2 zu § 47 ZPO; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses § 22 III 5 a S 88). Ein Urteil kann deshalb nicht mit der Begründung angefochten werden, daß einer der mitwirkenden Richter wegen Besorgnis der Befangenheit hätte abgelehnt werden können. Auch dann, wenn der Vortrag des Beklagten in dem von der Revision gewünschten Sinne hätte vorstanden werden müssen, hätte er mithin nicht zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zur Zurückverweisung gemäß § 539 ZPO führen können.

Entgegen der Meinung der Revision läge ein die Anwendung des § 539 ZPO rechtfertigender Verfahrensmangel auch dann nicht vor, wenn der vom Beklagten vorgetragene Ablehnungsgrund dem Handelsrichter O. Anlaß zu einer Selbstablehnung nach § 48 ZPO hätte geben können. Nach dieser Bestimmung kann zwar ein Richter von einem Verhältnisse Anzeige machen, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte.

Das Gesetz legt ihm aber keine prozessuale Verpflichtung zu einer solchen Anzeige auf (Stein-Jonas Anm I 2 zu § 48 ZPO). Die Unterlassung der Anzeige bedeutet daher keinen Verfahrensmangel, der im Rechtsmittelverfahren gerügt werden kann. Die gegenteilige Meinung der Revision ist weder mit dem Wortlaut des § 48 ZPO noch damit zu vereinbaren, daß die Entscheidung über eine Selbstablehnung lediglich eine innere Angelegenheit des Gerichts bildet, zu der die Parteien nicht gehört werden (§ 48 Abs 2) und die ihnen weder mitgeteilt wird noch von ihnen oder dem anzeigenden Richter angefochten werden kann (Stein-Jonas Anm III 1 zu § 48 ZPO). Ob, wie Baumbach-Lauterbach Anm 1 zu § 48 ZPO annehmen, gegebenenfalls eine Amtspflicht des Richters zur Selbstablehnung besteht, kann auf sich beruhen, da die Verletzung einer Amtspflicht noch nicht ohne weiteres einen Verfahrensmangel zu bedeuten braucht und einen solchen jedenfalls hier nicht bedeuten kann.

Zu Unrecht rügt die Revision ferner, daß das Berufungsgericht in der durch den Vorsitzenden der Kammer für Handels-sachen gemäß § 226 Abs 1 ZPO verfügten Abkürzung der Einlassungsfrist keinen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 539 ZPO erblickt hat. Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens liegt nach dieser Bestimmung nur dann vor, wenn er entweder für den Inhalt des Urteils ursächlich war oder wenn er das Verfahren ungeeignet gemacht hat, die Grundlage des ersten Urteils und einer zweitinstanzlichen Verhandlung zu bilden, so daß ohne eine Zurückverweisung die Parteien durch den Fehler des ersten Richters einer ordnungsmäßigen Instanz verlustig gingen (Stein-Jonas Anm I 1 zu § 539 ZPO). Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß diese Voraussetzungen hinsichtlich der Abkürzung der Einlassungsfrist nicht gegeben seien, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Sache ist im ersten Verhandlungstermin auf Antrag des Beklagten auf den 17. Januar 1951 vertagt und erst in diesem zweiten Termin verhandelt worden. Am 17. Januar 1951 wäre aber die

Einlassungsfrist auch dann abgelaufen gewesen, wenn sie nicht abgekürzt worden wäre. Der Beklagte ist daher durch die Abkürzung dieser Frist in seiner Verteidigung gegen die Klage nicht beeinträchtigt worden, die Abkürzung der Frist hat somit auf den Verlauf des Verfahrens keinen Einfluß gehabt.

Entgegen der Meinung der Revision lag weiterhin kein Verfahrensmangel darin, daß der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen die Zeugen, auf die die Parteien sich in ihren vorbereitenden Schriftsätzen bezogen hatten, zu dem Verhandlungstermin vom 17. Januar 1951 geladen hat und daß die Zeugen in diesem Termin ohne förmlichen Beweisbeschluß vernommen worden sind. Die Ladung der Zeugen anzuordnen, war der Vorsitzende nach § 272 b Abs 2 Ziff 3 ZPO befugt. Der Erlass eines förmlichen Beweisbeschlusses wäre nach § 358 ZPO nur dann geboten gewesen, wenn die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren erfordert hätte, insbesondere also, wenn die Verhandlung zum Zwecke der Beweisaufnahme hätte vertagt werden müssen. Im vorliegenden Falle erübrigte er sich daher. Denn die Zeugen waren am 17. Januar 1951 zur Stelle und ihre Vernehmung konnte mit/in in dem Termin erfolgen, in dem sie sich als notwendig erwies (vgl Stein-Jonas Anm I zu § 358 ZPO). War hiernach das Verfahren des Landgerichts insoweit nicht zu beanstanden, so brauchte auf die Behauptung der Revision, eine Rüge sei im ersten Rechtszug nur infolge der übermäßig langen Dauer des Beweis- und Verhandlungstermins vom 17. Januar 1951 wesentlich unterblieben, nicht eingegangen zu werden. Soweit die Revision darüber hinaus rügt, daß dem Beklagten zugemutet worden sei, am 17. Januar 1951 im unmittelbaren Anschluß an die Beweisaufnahme zu deren Ergebnis Stellung zu nehmen und zur Sache zu verhandeln, obwohl die Beweisaufnahme sich von 13 bis 22 Uhr ausgedehnt habe, kann sie

mit ihrem Vorbringen keinen Erfolg haben, da der Beklagte dieser Lage durch einen Vertagungsantrag hätte begegnen können, er aber einen solchen Vertagungsantrag ausweislich des Sitzungsprotokolls nicht gestellt hat. Der Beklagte hat damit auf die Rüge des hier etwa vorliegenden Verfahrensmangels verzichtet (§ 295 ZPO).

II. Ebensowenig sind die Rügen begründet, die die Revision daran anknüpft, daß das Landgericht die Entscheidung über den Aufrechnungseinwand des Beklagten teilweise vorbehalten, also ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO erlassen, das Berufungsgericht aber unter Verletzung des § 308 ZPO über die gesamten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen entschieden und das erstinstanzliche Urteil für vorbehaltlos erklärt hat.

Nach § 302 ZPO kann, wenn nur die Verhandlung über die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgen, sofern der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht hat, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, daß diese Voraussetzung für den Erlass eines Vorbehaltsurteils im vorliegenden Falle nicht gegeben war, da die Klageforderung und die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen, wie auch die Klägerin nicht in Abrede stellt, aus demselben rechtlichen Verhältnis herrühren. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Erlass des Vorbehaltsurteils bedeute hier keinen Verfahrensmangel, der die Anwendung des § 539 ZPO rechtfertige, sondern beruhe auf einem Mangel der Urteilsfindung, geht allerdings fehl. Wird in Verkenntung des rechtlichen Zusammenhangs zwischen Klageforderung und Gegenforderung entgegen der Bestimmung des § 302 ZPO ein Vorbehaltsurteil erlassen, so liegt ein Mangel des Urteilsverfahrens und damit ein Verfahrensmangel vor, der das Rechtsmittelgericht zur Zurückverweisung der Sache nach § 539 ZPO

berechtigt (RGZ 57, 268 /269/; Stein-Jonas Anm I 3 zu § 539 ZPO; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts § 55 IV 2 a S 229). Der Irrtum kann aber die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nicht rechtfertigen, weil das Berufungsgericht, selbst wenn es den prozeßordnungswidrigen Erlaß des Vorbehaltsurteils als Verfahrensmangel behandelt hätte und sich der Anwendbarkeit des § 539 bewußt gewesen wäre, bei sachgemäßer Ausübung seines Ermessens den Rechtsstreit nach dieser Bestimmung nicht an das Landgericht hätte zurückverweisen dürfen, nachdem das Landgericht zwischenzeitlich über den vorbehaltenen Teil des Aufrechnungseinwandes schon durch Schlußurteil erkannt hatte und auch gegen dieses Schlußurteil Berufung eingelegt worden war.

Die Revision verkennt nicht, daß infolge des rechtlichen Zusammenhanges zwischen Klageforderung und Gegenforderungen über den gesamten Streitstoff einheitlich verhandelt und in ein und demselben Urteil entschieden werden mußte. Sie rügt aber, daß das Berufungsgericht allein auf Grund der Verhandlung über die Berufung des Beklagten gegen das Vorbehaltsurteil auch über die gesamten Gegenforderungen entschieden hat, und meint, diese Entscheidung wäre nur zulässig gewesen, wenn das Berufungsgericht zuvor dieses Verfahren mit dem Verfahren über die Berufung des Beklagten gegen das Schlußurteil des Landgerichts verbunden hätte, anstatt das letztgenannte Verfahren auszusetzen. Diese Rüge ist jedoch nicht gerechtfertigt. Ein nach § 302 ZPO erlassenes Vorbehaltsurteil spaltet das Verfahren und die Erledigung des Streitstoffes in zwei Teile, das Vorverfahren und das Nachverfahren. Jeder dieser Teile nimmt einen selbständigen Verlauf. Wird gegen das Vorbehaltsurteil ein Rechtsmittel eingelegt, so gelangt nur der Teil des Streitstoffes in die Rechtsmittelinstantz, über den sich das Vorbehaltsurteil verhält (RGZ 144, 116 /118/; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen

Zivilprozeßrechts § 55 IV 2 a S 229). Dies gilt jedoch nur dann, wenn die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlaß eines Vorbehaltsurteils gegeben waren. Nur in diesem Falle bleibt der Rechtsstreit, soweit der Vorbehalt reicht, in erster Instanz anhängig (RGZ 92, 318 321). Fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen für ein Vorbehaltsurteil, weil etwa, wie im vorliegenden Falle, Klageforderung und Gegenforderungen in rechtlichem Zusammenhang stehen, so gelangt deshalb mit der Berufung gegen das Vorbehaltsurteil der gesamte Streitstoff, auch soweit die Entscheidung vorbehalten worden war, in die Berufungsinstanz, und das Berufungsgericht ist mithin nicht gehindert, auch über die zur Aufrechnung gestellten und in dem Vorbehaltsurteil noch nicht behandelten Gegenforderungen sachlich zu entscheiden (RGZ 144, 116 118; Rosenberg aaO). Entgegen der Meinung der Revision war es hier nach nicht erforderlich, daß das Berufungsgericht die Verbindung des Verfahrens über die Berufung des Beklagten gegen das Vorbehaltsurteil mit dem über die Berufung gegen das Schlußurteil des Landgerichts vornahm, bevor es über den Aufrechnungseinwand auch insoweit entschied, als die Entscheidung in dem Vorbehaltsurteil vorbehalten worden war. Der Streitstoff war insoweit trotz des Vorbehalts nicht im ersten Rechtszug verblieben und nicht erst durch die Berufung gegen das Schlußurteil dem Berufungsgericht unterbreitet worden, vielmehr war er auch insoweit schon durch die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil in die Berufungsinstanz gelangt. Daher war es durchaus folgerichtig, wenn das Berufungsgericht das Verfahren über die Berufung gegen das Schlußurteil unbeachtet ließ und den gesamten Streitstoff in dem Verfahren über die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil abhandelte.

Nach den §§ 308, 536 ZPO war das Berufungsgericht bei seiner Sachentscheidung allerdings an die Anträge der Parteien gebunden. Es durfte insbesondere das landgerichtliche Urteil nach § 536 ZPO nur insoweit abändern, als eine Abänderung

beantragt war. Entgegen der Meinung der Revision ließen indessen die Anträge, die die Parteien in dem Verfahren über die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil gestellt haben, die Entscheidung über alle zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Beklagten zu. Hinsichtlich der Anträge des Beklagten, der seine Widerklage weiterverfolgt und die Abweisung der Klage erstrebt hat, bedarf dies keiner weiteren Ausführungen. Ebenso gestatteten aber auch die Anträge der Klägerin eine Entscheidung über den gesamten Aufrechnungseinwand. Die Klägerin hat nach Ausweis des Sitzungsprotokolls vom 24. September 1952 den Antrag des Schriftsatzes vom 14. Februar 1952 auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten gegen das Vorbehaltsurteil und außerdem den Antrag zu Ziff 2 aus der Anlage zu diesem Protokoll verlesen. Die Protokollanlage enthält unter Ziff 1 den - nicht verlesenen - Antrag, beide Sachen, also die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil und die gegen das Schlußurteil, zu gemeinsamer Verhandlung zu verbinden. Der Antrag zu Ziff 2 lautet dahin, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen. Er bezieht sich ersichtlich auf die Berufung gegen das Schlußurteil und brachte der Sache nach den Willen der Klägerin zum Ausdruck, daß es bei dem Schlußurteil des Landgerichts bewenden, also bei dem Wegfall des in dem Vorbehaltsurteil ausgesprochenen Vorbehalts verbleiben solle. Wenn daher die Klägerin in der Verhandlung vom 24. September 1952 in dem Verfahren über die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil außer dem Antrag auf Zurückweisung dieser Berufung auch den Antrag zu Ziff 2 der Protokollanlage stellte, so beantragte sie bei sinngemäßer Auslegung dieses Antrages der Sache nach, das in diesem Verfahren angefochtene Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos zu erklären. Die Klägerin hatte sich damit der Berufung des Beklagten angeschlossen. Dazu war sie nach § 521 ZPO befugt. Daß sie nicht ausdrücklich erklärt hat, sich der Berufung des Beklagten anschließen zu wollen, ist unerheblich. Es genügt, daß sie sich nicht auf die Abwehr der Berufung des Beklagten beschränkt, sondern darüber hinaus mit ihrem

Antrage eine für sie vorteilhafte Änderung des landgerichtlichen Urteils erstrebt hat (Stein-Jonas, Anm II 1 b, zu § 522 a ZPO; Baumbach-Lauterbach, Anm 3 zu § 522 a ZPO). Die formellen Erfordernisse des § 522 a ZPO sind erfüllt, da der Schriftsatz, in dem der in Rede stehende Antrag enthalten und begründet worden ist, den nach dieser Bestimmung an eine Anschlußschrift zu stellenden Anforderungen genügt. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Bestimmungen der §§ 308, 536 ZPO verletzt, indem es das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt habe, ist nach alledem nicht begründet.

Wenn die Revision weiter einwendet, die Parteien hätten sich in der Berufungsinstanz über den der Aufrechnung zugrundeliegenden Sachverhalt nicht erklärt, so trifft das nicht zu. Ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils haben die Parteien den Inhalt des Vorbehaltsurteils vorgetragen. Dazu gehörte aber auch der Aufrechnungstatbestand, soweit er Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht war, auf Grund deren das Vorbehaltsurteil ergangen ist. Darüber hinaus hat der Beklagte nach dem Tatbestande des angefochtenen Urteils in der Berufsungsverhandlung weitere Ausführungen zu dem Aufrechnungseinwand gemacht und dabei auch das Ergebnis der Beweisaufnahme berücksichtigt, die das Landgericht hierzu nach Erlaß des Vorbehaltsurteils veranstaltet hat. Das Ergebnis dieser Beweisaufnahme ist zudem in dem Tatbestande des angefochtenen Urteils ausdrücklich in Bezug genommen und in den Entscheidungsgründen gewürdigt worden. Wenn die Revision, wie es den Anschein hat, geltend machen will, der Tatbestand des angefochtenen Urteils sei insoweit unrichtig, so kann sie damit nicht gehört werden, da der Tatbestand nach § 314 ZPO hinsichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert und dieser Beweis nur durch das Sitzungsprotokoll, das im vorliegenden Falle aber keine dem Tatbestand widersprechenden Feststellungen enthält, widerlegt werden kann. Einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes hat der Beklagte nicht gestellt.

Zu Unrecht beanstandet die Revision schließlich auch die Bezugnahme auf das Ergebnis der nach Erlaß des Vorbehaltsurteils erfolgten Beweisaufnahme. Grundlage der Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist allerdings zunächst nur das erstinstanzliche Urteil und der darin abgeurteilte Streitstoff. Eine im ersten Rechtszuge veranstaltete Beweisaufnahme gilt daher als solche und unmittelbar für das Berufungsverfahren nur insoweit, als sie vor Erlaß des mit der Berufung angefochtenen Urteils liegt. Die Parteien können aber das - protokollarisch festgelegte - Ergebnis einer nach Erlaß dieses Urteils veranstalteten Beweisaufnahme, insbesondere einer Zeugenvernehmung, ebenso wie etwa das protokollierte Ergebnis der Beweisaufnahme eines anderen Rechtsstreits oder sonstigen Verfahrens im Wege des Urkundenbeweises in die Berufungsverhandlung einführen, indem sie den Inhalt des Beweisprotokolls vortragen (RGZ 105, 220 [221]; 113, 261 [264]). Das ist im vorliegenden Falle hinsichtlich des Protokolls über die vom Landgericht nach Erlaß des Vorbehaltsurteils am 24. März 1952 vorgenommene Zeugenvernehmung geschehen. Der Tatbestand des Berufungsurteils enthält hierüber zwar keine ausdrückliche Feststellung. Die dort erfolgte Bezugnahme auf die Sitzungsniederschrift vom 24. März 1952 ist aber, zumal da der Beklagte in seinen im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Ausführungen auf die Bekundungen der am 24. März 1952 vernommenen Zeugen T., M., W. und Frau B. verwiesen hat, dahin zu verstehen, daß der Inhalt des in Bezug genommenen Protokolls vorgetragen worden ist (vgl. RGZ 113, 261 [264]).

III. In der Sache selbst geht das Berufungsgericht davon aus, daß es sich bei den Zahlungen, die die Klägerin in der Zeit vom 19. Januar 1951 ab an den Beklagten geleistet hat, jeweils um Vorauszahlungen gehandelt habe, die mit den Kaufpreisforderungen des Beklagten aus seinen Schrottlieferungen hätten

verrechnet werden sollen und auch verrechnet worden seien, soweit der Beklagte geliefert habe und die Klägerin in den Besitz der Lieferungen gelangt sei. Es hat alsdann festgestellt, der Beklagte habe vereinbarungsgemäß die Transportgefahr übernommen, zu der auch das Risiko etwaiger Beschlagnahmen an der Zonengrenze zu rechnen sei. Hieraus hat es gefolgert, daß der Beklagte die Verrechnung der beschlagnahmten Lieferungen nicht beanspruchen könne und aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB) verpflichtet sei, die von der Klägerin geleisteten und nicht zur Verrechnung gekommenen Vorauszahlungen auch insoweit zurückzuerstatten, als die Verrechnung infolge der Beschlagnahmen unterblieben sei. Den Einwand des Beklagten, er sei mit Rücksicht auf die Verluste, die er durch die Beschlagnahmen erlitten habe, nicht mehr bereichert, hat es mit der Begründung zurückgewiesen, dem mit der Klage verfolgten Anspruch lägen nicht die Vorauszahlungen zugrunde, die der Beklagte zum Einkauf der später beschlagnahmten Waren erhalten habe, der Einwand des Wegfalls der Bereicherung setze in Fällen der vorliegenden Art aber gerade den Verlust der Waren voraus, in denen der Wert der Leistung verkörpert worden sei. Sodann hat das Berufungsgericht zu den Forderungen Stellung genommen, mit denen der Beklagte vorsorglich gegen den Klageanspruch aufgerechnet hat. Hierzu hat es ausgeführt, die Firma Röhlig & Co. sei, obwohl sie für die Klägerin eine treuhänderische Tätigkeit entfaltet habe, als Spediteur im Auftrage des Beklagten tätig geworden. Aus einem etwaigen Verschulden der Firma R. & Co. bei der Ausführung der Speditionsaufträge könne der Beklagte daher keine Ansprüche gegen die Klägerin herleiten, so daß sich die Prüfung der Frage, ob der Firma R. & Co. insoweit entsprechend dem Vortrage des Beklagten ein Verschulden zur Last gelegt werden könne, erübrige. Ein Anspruch auf Erstattung von Kursverlusten ferner stünde dem Beklagten nur zu, wenn die Klägerin es übernommen hätte, für die Kursverluste einzustehen. Dafür habe

die Beweisaufnahme aber nichts ergeben.

Dem ist im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung beizutreten.

1) Die Revision wendet sich zunächst gegen die Feststellung, daß der Beklagte das Beschlagnahmerrisiko übernommen habe. Mit diesem Angriff kann sie jedoch keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht geht bei der Erörterung der Frage, wer das Beschlagnahmerrisiko trage, von der Klausel "frei Fahrzeug Lager Hamburg" aus, die sich in den von der Klägerin ausgefertigten Einkaufsbestätigungen befindet, und ferner von dem damit übereinstimmenden Vermerk auf den Rechnungen des Beklagten: "Ich lieferte Ihnen frei Hamburg". Es folgert hieraus, daß es sich bei den Liefergeschäften der Parteien um Versendungskäufe gehandelt habe und mithin die Transportgefahr, zu der auch das Beschlagnahmerrisiko zähle, nach der Bestimmung des § 447 BGB jeweils mit der Aushändigung der Ware an den Spediteur auf die Klägerin übergegangen sei, wenn nicht eine hiervon abweichende vertragliche Regelung getroffen oder etwa Hamburg als Erfüllungsort vereinbart worden wäre. Das Berufungsgericht prüft sodann, ob die Parteien die Gefahrtragung anderweitig geregelt haben, und gelangt zu dem von der Revision angegriffenen Ergebnis, daß der Beklagte die Gefahr bis zum Eintreffen der Lieferungen in der britischen Zone übernommen habe. Es stützt sich dabei auf die in den Einkaufsbestätigungen der Klägerin enthaltene Klausel "netto Kasse nach Eintreffen in der britischen Zone durch die Firma R. [REDACTED] & Co." und führt aus, die Klausel könne nicht als reine Zahlungsklausel angesehen werden, sondern bringe mit Rücksicht auf die Gefahren, denen die Transporte in der sowjetisch besetzten Zone ausgesetzt gewesen seien, den Willen der Parteien zum Ausdruck, die Bezahlung jeweils davon abhängig zu machen, daß die Lieferungen die Zonengrenze passierten. Sie bedeute also praktisch die

Übernahme der Gefahr durch den Beklagten bis zum Eintreffen der Lieferungen in der britischen Zone. Eine Bestätigung hierfür liege einmal darin, daß der Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 19. Februar 1951 - in der Urteilsausfertigung irrtümlich als Schreiben vom 14. Februar 1951 bezeichnet - nicht widersprochen habe, obwohl es dort ausdrücklich heiße, die Ware sei lt. kontraktlicher Vereinbarung erst nach Eintreffen in der britischen Zone zu bezahlen und der für zwei nicht eingetroffene (später beschlagnahmte) Partien überwiesene Betrag von 149.242 DM werde bis zu deren Eintreffen oder bis zur Verrechnung mit anderen Lieferungen als Vorschußzahlung betrachtet, und daß auch keine Beanstandung erfolgt sei, als dieser Betrag später (Abrechnung der Firma Röhlig & Co. vom 26. Februar 1951) entsprechend dieser Ankündigung mit anderen Lieferungen verrechnet worden sei. Überdies habe der Beklagte in seinem Schreiben an die Firma R. [REDACTED] & Co. vom 19. Januar 1951 ausdrücklich selbst bemerkt, daß das Risiko der politischen Beschlagnahme nicht von der Klägerin, sondern von ihm getragen werde, und eine gleichlautende schriftliche Erklärung auch in seinem Schreiben vom 23. April 1951 an den Zeugen Tern abgegeben. Eine weitere Stütze dafür, daß der Beklagte das Beschlagnahmerisiko übernommen habe, sei schließlich in dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 29. April 1951 zu erblicken, von dem, selbst wenn er als Scheinvertrag oder aus sonstigen Gründen nichtig sein sollte, doch anzunehmen sei, daß er die rechtlichen Beziehungen der Parteien zutreffend widerspiegele, und in dem für die laufenden Geschäfte der Parteien Hamburg sogar als Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung genannt worden sei.

Soweit die Revision rügt, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt habe, wonach der Beklagte dafür bekannt gewesen sei, daß er im Gegensatz zu anderen Metallhändlern Lieferungen nach Westdeutschland auf

eigenes Risiko übernehme, ist nicht einzusehen, inwiefern der Beklagte durch diese Unterlassung beschwert sein könnte. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß den Beklagten das Beschlagnahmerrisiko nur dann treffen könne, wenn er dieses Risiko durch Vereinbarung mit der Klägerin übernommen habe. Zu demselben Ausgangspunkt wäre es aber geführt worden, wenn es entsprechend dem Wunsche der Revision aus dem erwähnten Vortrage der Klägerin gefolgert hätte, daß die Übernahme des Beschlagnahmerrisikos durch den Verkäufer bei Metalllieferungen von Berlin in das Gebiet der Bundesrepublik nicht handelsüblich gewesen sei. Auch in diesem Falle hätte geprüft werden müssen, ob eine vertragliche Übernahme des Risikos erfolgt sei. Daß die Vereinbarung, die das Berufungsgericht für nachgewiesen erachtet hat, der in diesem Falle erforderlichen Klarheit ermangele, trifft entgegen der Meinung der Revision nicht zu. Zu Unrecht beanstandet die Revision weiterhin, daß das Berufungsgericht den durch Benennung des Angestellten M. angetretenen Zeugenbeweis für die Behauptung nicht erhoben hat, die Abrede, der Beklagte müsse die Fracht bis zum Bestimmungs-ort zahlen, sei nur deshalb getroffen worden, weil die Klägerin eine eigene Niederlassung in Berlin unterhalte und ihre Hamburger Niederlassung, über die die hier in Rede stehenden Lieferverträge abgeschlossen worden seien, daher nicht frachtfrei Berlin habe kaufen dürfen. Auf diesen Beweisantritt konnte es nicht ankommen. Denn das Berufungsgericht hat seine Auffassung, der Beklagte habe das Beschlagnahmerrisiko übernommen, nicht auf die Klausel "frei Fahrzeug Lager Hamburg" gegründet, sondern sie aus der Klausel: "netto Kasse nach Eintreffen in der britischen Zone durch die Firma R. & Co." hergeleitet, während es aus der erstgenannten Klausel, auf die sich der als übergangen gerügte Beweisantritt allein bezieht, zu Gunsten des Beklagten entnommen hat, daß der Gefahrübergang sich nach § 447 BGB vollzogen habe, sofern nicht eine abweichende Regelung getroffen oder Hamburg als Erfüllungsort bestimmt worden sei. Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht

es mit Recht auch für unerheblich erachtet, daß die Einkaufsbestätigungen der Klägerin gelegentlich erst erteilt wurden und in die Hände des Beklagten gelangten, nachdem der Beklagte schon seine Rechnung übermittelt und die Ware die Zonengrenze passiert hatte. Die rechtliche Bedeutung der Einkaufsbestätigungen liegt darin, daß sie eine schriftliche Niederlegung der Bedingungen enthalten, zu denen die Kaufabschlüsse - jedenfalls nach der Ansicht der Klägerin - jeweils zustande gekommen waren. In dieser Bedeutung wurden sie durch die teilweise späte Übersendung nicht berührt. Der Beklagte war daher auch in den Fällen, in denen die Übersendung erst nach Absendung oder Lieferung der Ware erfolgte, verpflichtet, den Einkaufsbestätigungen zu widersprechen, wenn er ihren Inhalt nicht gelten lassen wollte. Das Berufungsgericht hat im übrigen ohne Rechtsirrtum auch darauf Gewicht gelegt, daß die Parteien in laufender Geschäftsverbindung standen und die einzelnen Lieferungen nicht zusammenhanglos, sondern im Rahmen dieser Geschäftsverbindung erfolgten. Auch hieraus ergibt sich, daß der Beklagte ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Ausstellung oder des Eingangs der Einkaufsbestätigungen zum Widerspruch verpflichtet gewesen wäre, wenn er mit deren Inhalt nicht einig ging.

Den Vermerken auf den Rechnungen des Beklagten: "Erfüllungsort und Gerichtsstand Berlin" konnte demgegenüber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, schon deshalb keine Bedeutung zukommen, da diese Rechnungen nicht als Bestätigungsschreiben anzusehen sind, eine Abrede über die Übernahme des Beschlagnahmerrisikos durch den Beklagten im übrigen selbst dann nicht ausgeschlossen wäre, wenn die Parteien Berlin als Erfüllungsort und Gerichtsstand vereinbart hätten. Auf die Behauptung des Beklagten, eine Reihe von Einkaufsbestätigungen hätten nur den Vermerk: "Netto Kasse gegen Ihre Rechnung" getragen, kann es schon deshalb nicht entscheidend ankommen, da das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, daß jedenfalls die Einkaufsbestätigungen über die beschlagnahmten Lieferungen die Klausel: "Netto Kasse nach Eintreffen in der britischen Zone durch die Firma R. [REDACTED] & Co." aufgewiesen hätten. Abge-

sehen hiervon hat das Berufungsgericht diese Klausel zwar zum Ausgangspunkt seiner Betrachtung genommen, es hat seine Beurteilung aber nicht allein hierauf abgestellt, sondern das Ergebnis, zu dem es hinsichtlich der Frage, wer das Transportrisiko zu tragen habe, gelangt ist, aus einer umfassenden Würdigung der Geschäftsverbindung der Parteien in ihrer Gesamtheit gewonnen. Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung konnte aber dem Umstande, daß der Inhalt der Bestätigungsschreiben gelegentlich wechselte, keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Soweit das Berufungsgericht sich mit den Bestätigungsschreiben vom 12. und 19. März 1951 befaßt, die lediglich mit der Klausel "netto Kasse gegen Ihre Rechnung" versehen sind, stellt es fest, daß sich diese Bestätigungsschreiben auf bereits eingegangene Ware bezogen hätten, und folgert schon hieraus mit Recht, daß sie nichts für eine Abweichung von den sonst vereinbarten Bedingungen bewiesen. Wenn es anschließend ausführt, die Aussage des Zeugen Jünemann, die Klausel "netto Kasse gegen Rechnung" habe nichts zu sagen, es habe das ursprüngliche Abkommen gegolten, müsse daher als richtig angesehen werden, so gründet es damit entgegen der Meinung der Revision seine Auffassung, der Beklagte habe das Beschlagnahmerrisiko übernommen, nicht auf die Aussage dieses Zeugen, sondern es führt die Aussage nur beiläufig und zur Unterstützung seiner aus dem Inhalt der beiden Bestätigungsschreiben hergeleiteten Folgerungen an. War die Bekundung des Zeugen J. [REDACTED] mithin aber für die Entscheidung nicht tragend, so brauchte das Berufungsgericht der Frage nach der Glaubwürdigkeit des Zeugen J. [REDACTED] nicht nachzugehen. Die Rüge, mit der die Revision diese Unterlassung beanstandet, ist daher nicht gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht hat ferner das Vorbringen, mit dem der Beklagte seine Erklärung über das Beschlagnahmerrisiko in dem an die Firma R. [REDACTED] & Co. gerichteten Schreiben vom 19. Januar 1951 zu entkräften versucht hat, entgegen der Meinung der Revision nicht unberücksichtigt gelassen. Allerdings ist

es diesem Vorbringen nicht gefolgt, sondern hat der Bekundung des Zeugen M. [REDACTED] Glauben geschenkt, wonach Mahlke die Erklärung im Auftrage der Klägerin gefordert habe, weil dem Beklagten damals zum ersten Male ein Vorschuß gezahlt worden sei. Das ist aber aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat zwar nicht erwähnt, daß der Beklagte zu jener Zeit an M. [REDACTED] eine Provision von 1000 DM gezahlt habe. Jedoch besteht kein Anlaß zu der Annahme, daß es sich dieser schon in dem landgerichtlichen Urteil erwähnten Tatsache nicht bewußt gewesen ist. Überdies lassen die Ausführungen der Revision nicht erkennen, inwiefern die Berücksichtigung der Provisionszahlung das Berufungsgericht zu einer dem Beklagten günstigeren Würdigung des Sachverhalts hätte veranlassen können. Die Auffassung, die Provisionszahlung nötige zu der Annahme, daß sich die Erklärung vom 19. Januar 1951 entsprechend dem Vorbringen des Beklagten lediglich auf ein privates Geschäft des Zeugen M. [REDACTED] bezogen habe, trifft nicht zu, da die Provisionszahlung auch durch die umfangreichen Lieferungen hinreichend erklärt werden kann, die der Beklagte an die Klägerin vornahm und zu deren Ausführung er sich der Firma R. [REDACTED] & Co., der Arbeitgeberin des Zeugen M. [REDACTED], als Spediteur bediente.

Das Schreiben vom 15. August 1951, mit dem der Beklagte der Klägerin einen "rechnungsmäßig" mit 222.804,98 DM zu seinen Lasten abschließenden Kontoauszug übersandt hat, ist vom Berufungsgericht entgegen der Annahme der Revision nicht als Anerkenntnis der Forderung der Klägerin, sondern nur als ein Argument dafür gewertet worden, daß der Beklagte aus seinen Kursverlusten keine Ansprüche gegen die Klägerin herleiten wollen. Auf die Rügen, die die Revision an die Berücksichtigung dieses Schreibens knüpft, braucht daher hier nicht eingegangen zu werden. Ebensowenig konnte es schließlich auf die Rüge ankommen, daß das Berufungsgericht zu Unrecht den Sicherungsübereignungsvertrag vom 29. April

1951 als rechtswirksam angesehen und den Sachvortrag, mit dem der Beklagte die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages habe dar-
tun wollen, unzureichend unter Übergehung wesentlicher Be-
weiserbieten gewürdigt habe. Das Berufungsgericht ist zwar
zu der Auffassung gelangt, der Vertrag sei nicht zum Schein
abgeschlossen worden. Es hat aber aus der von ihm angenommene
Rechtswirksamkeit des Vertrages keine dem Beklagten nachteil-
igen Folgerungen gezogen, sondern lediglich bemerkt, daß der
Vertrag, selbst wenn er zum Schein abgeschlossen worden sei,
jedenfalls die Rechtsbeziehungen der Parteien so "wieder-
spiegele", wie sie tatsächlich bestanden hätten. Der Beklagte
ist daher durch die Annahme, der Vertrag sei rechtswirksam,
nicht beschwert. Ob die Auffassung, der Vertrag spiegele
auch als Scheinvertrag die Rechtsbeziehungen der Parteien zu-
treffend wider, einer rechtlichen Nachprüfung standhalten
könnte, kann auf sich beruhen. Das Berufungsgericht leitet
aus dieser Auffassung hier nur die Annahme her, daß Hamburg
als Erfüllungsort vereinbart worden sei. Hierauf kann es aber
angesichts der ohne Heranziehung des in Rede stehenden Ver-
trages getroffenen Feststellung, daß der Beklagte das Trans-
portrisiko übernommen habe, nicht mehr ankommen.

Damit erledigt sich auch die Rüge, das Berufungsgericht
habe zu Unrecht die zur Begründung der Scheinnatur des Ver-
trages vom 29. April 1951 vorgetragene Behauptung des Be-
klagten übergangen, der Zeuge Tern habe - vor Beginn des
Prozesses - dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten
der Klägerin gegenüber in Abrede gestellt, daß ein Vertrag
oder sonstige Unterlagen vorhanden seien. Soweit die Re-
vision mit dieser Rüge geltend machen will, daß das be-
hauptete Verhalten des Zeugen T. allgemein Bedenken gegen
dessen Glaubwürdigkeit hätte erwecken und das Berufungsgericht
schon aus diesem Grunde dem Vortrage des Beklagten hätte
nachgehen müssen, ist sie unbegründet. Denn das behauptete
vorprozessuale Verhalten des T. ließ noch keinen zwingenden

Schluß darauf zu, daß T. auch bei seiner Vernehmung als Zeuge im Prozeß von der Wahrheit abgewichen sein könne.

Den Einwand, daß die Übernahme des Transportrisikos durch den Beklagten gegen die guten Sitten verstoße (§ 138 BGB) oder die Klägerin arglistig gehandelt habe, indem sie die Risikoübernahme verlangte, hat das Berufungsgericht zutreffend als unbegründet bezeichnet. Es stand dem Beklagten frei, die Übernahme des Risikos abzulehnen und von einer geschäftlichen Verbindung mit der Klägerin abzusehen, wenn die Klägerin darauf nicht eingehen wollte. Ebensowenig lassen die Ausführungen einen Rechtsirrtum erkennen, mit denen das Berufungsgericht den Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückgewiesen hat. Die Revision hat hiergegen auch nichts vorgebracht, so daß auf diesen Einwand nicht näher eingegangen zu werden braucht.

2) Weiter wendet sich die Revision gegen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Einwand des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs 3 BGB) als unbegründet zurückgewiesen hat. Auch hiermit konnte sie jedoch im Ergebnis keinen Erfolg haben. Oberster Grundsatz des Bereicherungsrechts ist es, daß die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen darf. Der Bereicherungsanspruch ist daher, wie der erkennende Senat im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts schon in seinem Urteil vom 19. Januar 1951 - BGHZ 1, 75 /81/ - ausgesprochen hat, von vornherein in sich auf den Betrag beschränkt, der sich bei einer Gegenüberstellung der erlangten Vorteile und erlittenen Nachteile als Überschuß zu Gunsten des Empfängers ergibt. Aber auch vom Standpunkte dieser sogenannten Saldotheorie aus, die die Revision ihren Angriffen zugrunde legt, kann der vom Beklagten erhobene Einwand des Wegfalls der Bereicherung nicht als begründet anerkannt werden. Bei der nach der Saldotheorie gebotenen Gegenüberstellung der

erlangten Vorteile und erlittenen Nachteile können, wie anerkanntens ist, nur solche Nachteile berücksichtigt werden, die mit dem Vorgang, welcher die Einnahme gebracht hat, in ursächlichem Zusammenhang stehen (BGHZ 1, 75 [81]; RGZ 206, 7; 141, 312). Ein derartiger ursächlicher Zusammenhang ist im vorliegenden Falle aber zwischen den Vorschusszahlungen der Klägerin und den Verlusten, die der Beklagte durch die Beschlagnahme einzelner Lieferungen erlitten hat, nicht gegeben. Wie der erkennende Senat in dem Urteil vom 19. Januar 1951 - BGHZ 1, 75 [81] - ausgeführt hat, liegt ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Vorteilen und Nachteilen nicht schon dann vor, wenn die Tatsachen, die die Grundlage des Vermögenszuwachses bilden, für den Leistungsempfänger nur den Beweggrund für die Eingehung weiterer eigener Verbindlichkeiten abgegeben haben. Aus diesem Grunde können dem Leistungsempfänger Verpflichtungen aus einem Deckungskauf nicht gutgebracht werden. Daraus folgt aber, daß der Beklagte sich bei der Saldoziehung auch die Kursverluste nicht als Nachteile anrechnen kann, die er nach seiner Behauptung bei seinen Deckungskäufen erlitten hat.

III. Unbegründet sind ferner die Angriffe, die die Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die von dem Beklagten vorsorglich zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen richtet.

1) Grundlegend für die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne aus einem etwaigen Verschulden der Firma R. & Co. bei der Ausführung der Transporte keine Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin herleiten, ist die Annahme, der Beklagte habe als Versender die Firma R. & Co. als Spediteur mit den Transporten beauftragt. Diese im wesentlichen auf tatsächlicher Würdigung des Sachverhalts beruhende Annahme kann aber aus Rechtsgründen nicht angefochten werden. Ihr steht insbesondere nicht entgegen, daß

die Firma R. [REDACTED] & Co. auch in einem Auftragsverhältnis zu der Klägerin stand, der sie die Versandbereitschaft und das Eintreffen der Lieferungen in der britischen Zone anzeigen und für die sie die Auszahlungen an den Beklagten vornehmen mußte. Derartige Verpflichtungen gehen über den Rahmen der Aufgaben hinaus, die dem Spediteur auf Grund des Speditionsvertrages obliegen. Sie erfordern einen besonderen Auftrag des Empfängers. Die Erteilung eines solchen Auftrages nötigt daher nicht zu dem Schluß, daß auch die Spedition im Auftrage des Empfängers ausgeführt werde, und schließt mithin nicht aus, daß der Speditionsvertrag zwischen dem Spediteur und dem Lieferanten abgeschlossen worden ist.

Die Revision rügt in erster Linie, daß das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen auf den im ersten Rechtszuge nach Abschluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz des Beklagten vom 25. Januar 1952 zurückgegriffen hat. Sie meint, das Berufungsgericht habe diesen Schriftsatz nicht berücksichtigen dürfen, da sein Inhalt nicht vorgetragen worden sei. Insoweit ist die Rüge nicht gerechtfertigt. Der Inhalt des Schriftsatzes ist allerdings im ersten Rechtszuge nicht mehr vorgetragen worden. Der Beklagte hat indessen in der Berufungsbegründung zur Vermeidung von Wiederholungen auf den gesamten Vortrag erster Instanz Bezug genommen und ihn zum Inhalt seiner Berufungsbegründung gemacht. Eine derartige Bezugnahme wird aber in aller Regel dahin verstanden, daß nicht nur der erstinstanzliche mündliche Vortrag, sondern die gesamten schriftsätzlichen Ausführungen, auch soweit sie im ersten Rechtszuge nicht mehr vorgetragen werden konnten, als Gegenstand des zweitinstanzlichen Vorbringens betrachtet werden sollen. Mit dieser Übung hätte der Beklagte rechnen müssen. Er hätte daher den Schriftsatz vom 25. Januar 1952 ausdrücklich bei der Bezugnahme ausnehmen müssen, wenn er dessen Inhalt nicht berücksichtigt wissen wollte. Zuzugeben ist der Revision aber, daß das Berufungsgericht die von ihm verwerteten Ausführungen auf S 12 des in Rede stehenden Schrift-

satzen insofern mißverstanden hat, als diese Ausführungen nicht die eigene Auffassung des Beklagten wiedergeben, sondern lediglich die Aussage und die Auffassung des Zeugen [REDACTED] referieren. Die hierauf gegründete Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe selbst zugegeben, daß die Firma R [REDACTED] & Co. die Interessen zweier Parteien, nämlich die der Klägerin und die des Beklagten habe vertreten sollen, ist daher irrig. Dieser Irrtum ist jedoch nicht entscheidungserheblich, da die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Speditionsverträge seien zwischen dem Beklagten und der Firma R [REDACTED] & Co. abgeschlossen worden, schon durch die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts getragen wird, die Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 25. Januar 1952 auch nur zur Erklärung des Schreibens vom 27. März 1951 dienen sollte, in dem die Firma R [REDACTED] & Co. von der Klägerin als ihrer Auftraggeberin spricht, die Tatsache aber, daß die Klägerin zum mindesten auch Auftraggeberin der Firma R [REDACTED] & Co. war, ohnehin unstreitig ist.

Die weiteren in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen der Revision wenden sich gegen eine bloße Hilferwägung, mit der das Berufungsgericht ausführt, daß der Beklagte selbst dann aus einem etwaigen Verschulden der Firma R [REDACTED] & Co. keine Ansprüche gegen die Klägerin herleiten könne, wenn allein die Klägerin Auftraggeberin der Firma R [REDACTED] & Co. gewesen sei. Auf diese Rügen brauchte nicht eingegangen zu werden, da es nach dem Gesagten auf die Hilferwägung nicht mehr ankommen kann.

Soweit der Beklagte etwa Ansprüche daraus herleiten will, daß die Klägerin die Firma R [REDACTED] & Co. als Spediteur ausgewählt und ihn veranlaßt habe, sich dieser Firma als Spediteur zu bedienen, wäre zur Begründung einer Haftung der Klägerin erforderlich, daß der Klägerin ein Verschulden bei der Auswahl der Firma R [REDACTED] & Co. zur Last gelegt werden könnte. Dafür ist aber nichts vorgetragen worden.

2) Bei seinen Ausführungen über die Gegenforderungen, mit denen der Beklagte die Klägerin für die Kursverluste haftbar machen will, die er dadurch erlitten habe, daß in der Zeit zwischen der Tötigung seiner Deckungseinkäufe und dem Weiterverkauf an die Klägerin oder - in den Fällen, in denen die Klägerin die Abnahme verweigert habe - an andere Abnehmer Preisrückgänge eingetreten seien, geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die Klägerin für diese Kursverluste dann hafte, wenn sie sie vertraglich übernommen habe. Das Berufungsgericht stellt dazu fest, daß eine solche Übernahme nicht erfolgt sei. Diese Feststellung beruht auf eingehender tatsächlicher Würdigung des Parteivorbringens und des Ergebnisses der Beweisaufnahme. Sie entzieht sich damit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Alsdann erörtert das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten, die Vorauszahlungen der Klägerin hätten sich jeweils auf bestimmte, zuvor nach Qualität und Preis festgelegte Altmetallmengen bezogen, so daß die Klägerin die Preise gegen sich gelten lassen müsse, die jeweils im Zeitpunkt der Vorauszahlungen oder der Deckungseinkäufe maßgebend gewesen seien. Das Berufungsgericht führt dazu aus, dieser Vortrag stehe zu dem früheren Vorbringen des Beklagten in Widerspruch, wonach die Vorauszahlungen gerade nicht für bestimmte Einkäufe gegeben worden seien, die Klägerin vielmehr einen Generaleinkaufsauftrag erteilt habe, demzufolge er ohne Begrenzung alles am Markt erreichbare Altmetall habe einkaufen sollen. Es stellt alsdann fest, daß der - neue - Vortrag des Beklagten durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden, er auch mit der tatsächlichen Handhabung der Geschäfte nicht zu vereinbaren sei, wonach der Beklagte über seine Lieferungen jeweils Rechnung erteilt und die von ihm selbst in Rechnung gestellten Preise erhalten habe. Hierin ist kein Rechtsirrtum zu erkennen. Insbesondere ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht dem Umstände ausschlaggebende Bedeutung beilegt, daß der Beklagte

die Preise erhalten hat, die er jeweils selbst in seinen Rechnungen gefordert hatte. Die Annahme, daß er hier zu Nachforderungen berechtigt sein könne, ist damit in der Tat nicht zu vereinbaren. Anschließend hat das Berufungsgericht noch geprüft, ob die Klägerin etwa zur Abnahme des vom Beklagten eingekauften und ihr angebotenen Altmetalls verpflichtet gewesen sei und unter dem Gesichtspunkt der Verletzung dieser Abnahmepflicht oder aus Verzug für die Kursverluste Anspruch genommen werden könne. Seine Auffassung, daß sich aus diesen Gesichtspunkten schon deshalb keine Haftung der Klägerin für die Kursverluste begründen lasse, weil der Beklagte die Klägerin weder in Verzug gesetzt habe noch gemäß § 326 BGB gegen sie vorgegangen sei, erscheint jedoch frei von Rechtsirrtum. Die Revision hat hiergegen auch nichts eingewandt. Nicht zu beanstanden ist es auch, wenn das Berufungsgericht aus dem Sicherungsübereignungsvertrag vom 29. April 1951 ungeachtet der Frage, ob dieser Vertrag rechtswirksam sei oder nicht, entnimmt, daß der Beklagte die Kursverluste nicht in Rechnung habe stellen wollen, und wenn es ferner in gleichem Sinne das schon erwähnte Schreiben des Beklagten vom 15. August 1951 wertet. Die Auslegung, die das Berufungsgericht damit dem Verträge vom 29. April 1951 und dem Schreiben vom 15. August 1951 gibt, ist möglich und daher für das Revisionsgericht bindend. Nicht gerechtfertigt ist die Rüge, das Berufungsgericht habe hinsichtlich des Schreibens vom 15. August 1951 durch Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO) aufklären müssen, wie der Zusatz zu verstehen sei, daß der mit diesem Schreiben übersandte Kontoauszug rein rechnungsmäßig mit dem angegebenen Saldo abschließe. Das Berufungsgericht war durch diesen Zusatz zwar gehindert, das Schreiben als ein Anerkenntnis des mitgeteilten Saldos zu werten. Seine Annahme, der Beklagte würde, wenn ihm ein Gegenanspruch zugestanden hätte, diesen anlässlich der Übersendung des Kontoauszuges vorgetragen haben, wurde dadurch aber nicht ausgeschlossen. Ein Anlaß, den Beklagten zu einer näheren Erläuterung des Zusatzes aufzufordern, bestand

9
für das Berufungsgericht nicht. Die Folgerungen, die das Berufungsgericht hier aus dem Vertrage vom 29. April 1951 und aus dem Schreiben vom 15. August 1951 gezogen hat, dienen im übrigen ersichtlich nur der Bestärkung seiner auf anderen Erwägungen beruhenden Auffassung und sind für die Entscheidung über die auf die Kursverluste gegründeten Gegenforderungen des Beklagten nicht tragend. Zu Unrecht beanstandet die Revision schließlich auch, daß das Berufungsgericht nicht die in der Berufungsbegründung vorgebrachte Rüge beschieden hat, das Landgericht habe unter Verletzung des § 139 ZPO eine nähere Aufklärung der einzelnen Kursverluste verabsäumt. Denn das Berufungsgericht brauchte auf die Frage, welche Kursverluste im einzelnen entstanden seien, nicht einzugehen, da es den Anspruch auf Erstattung dieser Verluste überhaupt für unbegründet erachtet hat.

IV. Schließlich gehen auch die Ausführungen fehl, mit denen sich die Revision dagegen wendet, daß das Berufungsgericht der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens einen höheren Zinssatz als 4 % für das Jahr zugebilligt hat. Der der Klägerin zugebilligte Bereicherungsanspruch beruht zwar unmittelbar auf dem Gesetz (§ 812 BGB). Die diesem Anspruch entsprechende Verpflichtung des Beklagten ist aber eine Geldschuld. Für Geldschulden gilt - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund die Bestimmung des § 288 BGB, wonach sie während des Verzuges mit 4 v.H. für das Jahr zu verzinsen sind, die Geltendmachung eines weiteren Schadens aber nicht ausgeschlossen ist. Das Berufungsgericht war daher berechtigt, der Klägerin als Verzugsschaden einen höheren Zinssatz als 4 % für das Jahr zuzubilligen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte sich seit dem 1. November 1951 in Verzug befunden und die Klägerin durch den Verzug einen den zuerkannten Zinssatz rechtfertigenden Schaden erlitten habe, läßt keinen Rechtsver-

stoß erkennen.

Die Revision ist nach alledem unbegründet und war daher unter Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Wilde

Birnback

Nastelski

Christoph

Weiß