

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 69/80

URTEIL

Verkündet am
31. März 1982
Mehrhof,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma F [REDACTED] A [REDACTED] S.A., gesetzlich vertreten durch
ihren Vorstand Ciulio Carlo C [REDACTED], Rua G [REDACTED] de
S [REDACTED] [REDACTED], A [REDACTED] - S [REDACTED] S. P [REDACTED]/Brasilien,

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Klaus E [REDACTED], V [REDACTED]weg [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Zülch und Dr. Piper

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. März 1980 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt worden ist.

Die Anschlußrevision des Beklagten wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die in Brasilien ansässige Klägerin stellt Baumwollgarne und -gewebe her. Sie vertreibt ihre Erzeugnisse auch an Kunden in der Bundesrepublik Deutschland. Am 27. November 1971 schlossen die Parteien einen Handelsvertretervertrag ab, durch den der Beklagte die Vertretung der Klägerin unter anderem für das Gebiet der Bundes-

- 3 -

republik Deutschland übernahm. Die Provision wurde auf 2 % des den Kunden in Rechnung gestellten Betrags festgesetzt; später wurde sie für Baumwollgewebe auf 4 % erhöht. Die Parteien hatten ferner mündlich vereinbart, daß die Klägerin dem Beklagten für die Abwicklung der Baumwollgarn-Geschäfte neben der 2 %igen Vertreterprovision weitere 11 % auf den jeweils umgesetzten Warenwert zur Abdeckung der Unkosten, insbesondere Fracht- und Zollkosten, zur Verfügung stellt (künftig: Kostenprovision).

Gemäß den Vereinbarungen der Klägerin mit ihren Abnehmern erhielten die Kunden die Warenlieferungen gegen Aushändigung von 90-oder-100-Tage-Wechseln. Die Kundenzahlungen wurden über eine Filiale der D [REDACTED] Bank in B [REDACTED] abgewickelt. Bei dieser Bank hatte außerdem der Beklagte 3 Konten eingerichtet: Das Konto [REDACTED] 5 (Klaus E [REDACTED]), das Konto [REDACTED] 1 (Klaus E [REDACTED]/F [REDACTED] A [REDACTED]) sowie das Zwischenkonto [REDACTED] 2 (Klaus E [REDACTED]/F [REDACTED] A [REDACTED]). Das Zwischenkonto wurde bereits im April 1973 aufgelöst. Nach Eingang der Kundenzahlungen bei der Bank sollten auf das Konto des Beklagten die ihm zustehenden Vertreterprovisionen und auf das Konto [REDACTED] die Kostenprovisionen fließen; von dem letztgenannten Konto sollten dann durch den Beklagten die im Zusammenhang mit den einzelnen Geschäften anfallenden Nebenkosten gezahlt werden. Die zur Deckung der Unkosten nötigen Beträge, insbesondere der Speditions- und Frachtkosten, wurden aber bei den meisten Lieferungen von der Deutschen Bank vorfinanziert, da die entsprechenden Kundenzahlungen und damit die Kostenprovisionen erst nach Fälligkeit der Rechnungen der Spediteure eingingen.



Am 25. Mai 1974 kamen die Parteien überein, den Handelsvertretervertrag aufzuheben. Hierüber trafen sie eine schriftliche Vereinbarung, die im wesentlichen - in der vom Berufungsgericht für maßgeblich gehaltenen Übersetzung - lautet:

"Urkunde einer Vertragsaufhebung

Die Unterzeichneten F [REDACTED] A [REDACTED] S.A. (Klägerin) ... und Herr Klaus E [REDACTED] (Beklagten) ... beschließen in gegenseitigem Einverständnis den zwischen ihnen am 27. November 1971 geschlossenen Vertrag rechtmäßig als aufgehoben zu erklären, was sie nach dem Wortlaut folgender Klauseln tun:

ERSTE:

Herr Klaus E [REDACTED] hört mit dem heutigen Datum auf, Vertreter der "F [REDACTED] A [REDACTED] S.A." zu sein, und wird damit aller Verpflichtungen enthoben, die diese Tätigkeit ihm auferlegte. Die Ermächtigung, im Namen der erwähnten Firma Geschäfte zu tätigen oder irgendwelche andere Handlungen auszuführen, erlischt gleichzeitig,

ZWEITE:

"F [REDACTED] A [REDACTED] S.A." wird Herrn Klaus E [REDACTED] die im Vertrag festgesetzte Vergütung bezahlen für die bis zum heutigen Tag abgeschlossenen Geschäfte, die in der beigefügten Aufstellung aufgeführt sind, in der vereinbarten Form und Frist.

DRITTE:

Ausgenommen die den in der vorhergehenden Klausel erwähnten Vergütungen entsprechenden Beträge, über die Herr Klaus E [REDACTED] jeweils bei Empfang Quittung erteilen wird, erklärt er hiermit, daß er voll bezahlt und zufriedengestellt wurde und keine Reklamation gleich welcher Art an "F [REDACTED] A [REDACTED] S.A." hat.

VIERTE:

Ihrerseits erteilt "F [REDACTED] A [REDACTED] S.A." Herrn Klaus E [REDACTED] volle Entlastung und erklärt die Abrechnungen in seiner Eigenschaft als Vertreter als korrekt abgeleistet."

Außerdem gab die Klägerin gegenüber dem Beklagten am selben Tag schriftlich folgende Erklärung ab:

"In Ergänzung des Wortlauts der heute mit Ihnen unterschriebenen Vertragsaufhebungsurkunde erklären wir, daß Ihnen alle und jedwelche Unkosten oder außerordentliche Auslagen erstattet werden, die Sie in Verbindung mit Verkaufsverträgen über unsere Produkte gehabt haben. Zu diesem Zweck genügt die Vorlage von Belegen oder Nachweisen."

Der Beklagte sollte noch die von ihm vermittelten, von der Klägerin am 25. Mai 1974 noch nicht ausgeführten Geschäfte nach dem bisherigen Modus zu Ende abwickeln. Dann stieg der Schuldsaldo auf dem Konto [REDACTED] 1 auf eine solche Höhe an, daß die Bank vom Beklagten erteilte Überweisungsaufträge nicht mehr durchführte und die Speditionsrechnungen nicht mehr beglichen wurden; die Ursache für das Auflaufen des Schuldsaldos ist zwischen den Parteien streitig. Das Konto wurde im September 1974 gesperrt.

Mit der Klage und der Widerklage machen die Parteien wechselseitig Ansprüche aus den beendeten vertraglichen Beziehungen geltend.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe, wie sie erst nach dem 25. Mai 1974 erfahren habe, Kostenprovisionen von mehr als 150.000,-- DM nicht bestimmungsgemäß verwendet. Er habe trotz Erhalts der entsprechenden Kostenprovisionen Speditionsrechnungen der Firma S [REDACTED] & Co. sowie R [REDACTED] & Co. in Höhe von jeweils 46.054,35 DM sowie 81.049,05 DM, zusammen 127.103,40 DM nicht bezahlt, so daß nach Abzug eines nicht an den

Beklagten abgeführten Provisionsanspruchs in Höhe von 7.606,31 DM eine Schuld des Beklagten von 119.497,09 DM verbleibe; außerdem schulde der Beklagte ihr mindestens weitere 18.590,04 DM an einbehaltenen Kostenprovisionen. Aus diesen beiden Beträgen (119.497,09 DM und 18.590,04 DM) setzt sich die Klageforderung des Klageantrags zu 1. zusammen. Die Klägerin hat ferner vorgetragen, der Beklagte habe bei der bestimmungswidrigen Verwendung der Kostenprovisionen dem Konto [REDACTED] 1 Beträge von insgesamt 125.330,34 DM (57.343,94 + 30.054,43 + 37.931,97 DM) entzogen; deshalb habe der Beklagte das Auflaufen des Debetsaldos auf dem Konto [REDACTED] 1 zu vertreten.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 138.087,13 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 18. November 1974 zu zahlen,
2. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr allen weiteren Schaden zu ersetzen welcher ihr daraus entstehe, daß die Firmen S [REDACTED] & Co. in V [REDACTED] 46.054,35 DM und R [REDACTED] & Co. in B [REDACTED] 81.049,05 DM bei Fälligkeit vom Beklagten nicht erhalten hätten,
3. festzustellen, daß dem Beklagten ihr, der Klägerin gegenüber, über die Widerklage hinaus keinerlei Ansprüche mehr zuständen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,
und - im Wege der Widerklage - die Klägerin zu verurteilen, an ihn 238.556,51 DM nebst 5,5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat sich darauf berufen, daß die Klägerin ihm in dem Aufhebungsvertrag vom 25. Mai 1974 und mit der Zusatzvereinbarung vom selben Tag uneingeschränkt Entlastung erteilt und sich zur Unkostenerstattung sowie zur Zahlung von Provisionen für die bis zum 25. Mai 1974 wirksam abgeschlossenen Geschäfte verpflichtet habe. Er hat ferner geltend gemacht, die ihm zur Verfügung gestellten Kostenprovisionen von 11 % habe er insgesamt bestimmungsgemäß verwendet; er habe die Speditionsrechnungen für die von ihm zuletzt abgewickelten Lieferungen nur deshalb nicht bezahlen können, weil die Klägerin alle Finanzierungs- undwicklungsaufgaben Mitte August 1974 auf die Firma B. [REDACTED] und Va. [REDACTED] übertragen habe und weil die Klägerin ihm Verfügungen über das Konto [REDACTED]¹ durch dessen Sperrung unmöglich gemacht habe; auch hätten die Kostenprovisionen nicht ausgereicht, die steigenden Frachtkosten zu decken.

Der mit der Widerklage geltend gemachte Betrag betrifft unter anderem Provisionen und sog. Kostenüberhänge.

Die Klägerin hat die vom Beklagten geltend gemachten Ansprüche bestritten und Abweisung der Widerklage beantragt. Sie hat ferner gegenüber etwaigen Provisions- und Kostenerstattungsansprüchen des Beklagten die Aufrechnung erklärt, und zwar mit bisher noch nicht sowie mit den bereits eingeklagten Forderungen auf Rückzahlung von Kostenprovisionen.

Das Landgericht hat nach Einholung des Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers der Klage insgesamt - bis auf

einen Teil des Zinsanspruchs - stattgegeben; die Widerklage hat es abgewiesen.

Mit der Berufung hat der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen und die Klägerin zu verurteilen, an ihn 190.492,70 DM nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die nunmehr noch mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen hat der Beklagte wie folgt berechnet:

Provisionsansprüche aus Baumwollgewebe-Lieferungen mit	101.410,69 DM und
aus Baumwollgarn-Geschäften mit	24.427,47 DM
sowie Erstattung sog. Kostenüberhänge von	64.654,54 DM.

Der Betrag für die "Kostenüberhänge" setzt sich zusammen aus 42.133,98 DM, die der Beklagte an Unkosten verauslagt haben will, weil die ihm zur Verfügung gestellten Kostenprovisionen nicht ausgereicht hätten, und aus 22.520,56 DM für bei der Bank bis zum 31. Dezember 1975 aufgelaufene Zinsen und Kontoführungsgebühren.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an den Beklagten 88.027,62 DM nebst Zinsen zu zahlen; im übrigen hat es die Widerklage und auch die Klage abgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte erstrebt mit der Anschlußrevision die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung weiterer 57.420,-- DM nebst Zinsen.

Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel der anderen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Die Vorinstanzen haben die vertraglichen Beziehungen der Parteien nach deutschem Recht beurteilt. Dagegen bestehen keine Bedenken, werden auch von Revision und Anschlußrevision nicht geltend gemacht.

II. Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der Beklagte Kostenprovisionen in der von der Klägerin geltend gemachten Höhe erhalten und abredewidrig nicht zu der Bezahlung von Speditions- und Frachtkosten, sondern für sich selbst verwendet habe. Es hat aber den Klageantrag zu 1 und den Klageantrag zu 2 unter Hinweis auf Ziff. 3 und Ziff. 4 des Aufhebungsvertrags vom 25. Mai 1974 abgewiesen. Es hat in diesen Vertragsbestimmungen negative Schuldanerkenntnisse erblickt, mit denen die Parteien bis auf die zugunsten des Beklagten ausdrücklich geregelten Ausnahmen ohne Rücksicht auf Bestehen oder Nichtbestehen etwaiger Forderungen für die Zukunft eine klare Rechtslage schaffen und etwa gegeneinander bestehende Forderungen erlassen wollten; damit sei, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, für die Klägerin die Einrede, der Beklagte sei um das negative Schuldanerkenntnis bereichert, ebenso ausgeschlossen wie die Anfechtung wegen Irrtums. Den Klageantrag zu 3 hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgewiesen, daß dem Beklagten möglicherweise noch weitergehende Ansprüche zustünden.

Auf die Widerklage hat das Berufungsgericht unter Zugrundelegung der Berechnungen des Sachverständigen dem Beklagten Provisionsansprüche in Höhe von 23.373,08 DM, nämlich 2.403,65 DM für Baumwollgarn-Lieferungen und 20.969,43 DM für Baumwollgewebe-Lieferungen, sowie die Erstattung der "Kostenüberhänge" in Höhe von 64.654,54 DM zugesprochen; im übrigen hat es die Provisionsansprüche zurückgewiesen. Bei der Feststellung der Provisionsforderungen des Beklagten ist es von einer Aufstellung der bis zum 25. Mai 1974 abgeschlossenen Geschäfte ausgegangen, die entgegen dem Wortlaut von Ziff. 2 des Aufhebungsvertrages diesem nicht beigelegt war, sondern von der Klägerin erst später erstellt worden ist. Den Anspruch auf Erstattung der "Kostenüberhänge" hat es im Hinblick auf die Zusatzvereinbarung vom 25. Mai 1974 für gerechtfertigt erachtet.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision sind begründet. Die Anschlußrevision hat keinen Erfolg.

III. R e v i s i o n d e r K l ä g e r i n

1. Zur Klage

a) Das Berufungsgericht durfte die Frage, ob der Beklagte, wie die Klägerin behauptet, Kostenprovisionen in Höhe von über 150.000,-- DM abredewidrig verwendet hat, nicht offenlassen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der - unterstellten - Klageforderung des Klageantrags zu 1 stünden die Ziff. 3 und 4 des Vertrags vom 25. Mai 1974 entgegen, wird von den von ihm getroffenen Feststellungen nicht getragen.

Das Berufungsgericht hat zwar ohne Rechtsverstoß in Ziff. 4 - sowie Ziff. 3 - des Vertrags vom 25. Mai 1974 ein negatives Schuldanerkenntnis gesehen. Ob die Klageforderung, wie das Berufungsgericht meint, insgesamt vor Abschluß des Vertrags vom 25. Mai 1974 entstanden ist, ist nicht unzweifelhaft und hätte vom Berufungsgericht näher begründet werden müssen, da die unbezahlten Speditionsrechnungen zum überwiegenden Teil erst nach diesem Datum ausgestellt und fällig geworden sind. Darauf kommt es jedoch nicht einmal entscheidend an. Denn selbst wenn diese Annahme des Berufungsgerichts zugrundegelegt wird, vermag sie dessen Entscheidung nicht zu rechtfertigen. Die Klägerin kann ihr Anerkenntnis gem. § 812 Abs. 2 BGB zurückfordern, weil ihre im Rechtsstreit - auch im Wege der Aufrechnung - geltend gemachten - und hier zu unterstellenden - Forderungen bei Abschluß der Vereinbarung vom 25. Mai 1974 nicht berücksichtigt worden sind. In der Geltendmachung dieser Forderungen liegt eine solche Zurückforderung des Anerkenntnisses durch die Klägerin (vgl. RG HRR 1925 Nr. 1512; BGH vom 29. 5. 1958 - II ZR 74/57 = WM 1958, 1157, 1158 zu III).

Dem Berufungsgericht ist zwar darin zuzustimmen, daß die Rückforderung eines negativen Schuldanerkenntnisses für den Gläubiger nicht nur dann ausgeschlossen ist, wenn er im Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses das tatsächliche Bestehen der Forderungen kannte, sondern auch dann, wenn er nur mit der Möglichkeit ihres Bestehens rechnete (RG JW 1910, 1002 Nr. 9; Das Recht 1912 Nr. 2035; RGRK, 12. Aufl., § 397 Rdn. 33 f). Eine dahingehende Feststellung hat das Berufungsgericht aber nicht einwandfrei getroffen. Das Berufungsgericht hat keine Gründe für seine

Annahme genannt, die Klägerin habe bewußt ohne Rücksicht auf das Bestehen etwaiger, ihr unbekannter Verbindlichkeiten des Beklagten das Anerkenntnis erklären und einen Irrtum über den etwaigen Bestand von Forderungen in Kauf nehmen wollen. Es ist auch nichts dafür dargetan, daß zwischen den Parteien Streit oder Ungewißheit über die Verwendung der Kostenprovisionen durch den Beklagten geherrscht habe. Vielmehr ist zwischen den Parteien unstreitig, daß der Klägerin die nunmehr von ihr erhobenen Rückzahlungsforderungen bei Abgabe ihres Anerkenntnisses weder bekannt noch überhaupt nur erkennbar waren; demgemäß hat die Klägerin dem Beklagten in Ziff. 4 des Aufhebungsvertrags die "volle Entlastung" erteilt, weil sie die Abrechnung(en) des Beklagten über die bis zum 25. Mai 1974 erhaltenen Kostenprovisionen mit dem Ergebnis, daß diese vollständig zur Begleichung von Unkosten verwendet worden seien, als "korrekt abgeleistet" erachtet hat. Auch von der Interessenlage her sind keine Anhaltspunkte gegeben, die einen Verzicht der Klägerin auf ihr unbekannte Ansprüche nahelegen könnten. Das Berufungsgericht zeigt nicht auf, welchen Anlaß die Klägerin für solche einen Verzicht gehabt haben sollte. Der Hinweis des Berufungsgerichts allein auf die Tatsache, daß die Parteien bei Abschluß des Aufhebungsvertrags eine klare Rechtslage schaffen wollten, reicht nicht aus. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, daß der Verzicht auf Rechte im allgemeinen nicht zu vermuten ist. Deshalb kann nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden, daß der Gläubiger sein Recht aufgeben wollte, wenn ihm dessen Bestehen oder wenigstens die Möglichkeit seines Bestehens im Augenblick der Abgabe seiner Erklärung nicht bewußt war (BGH v. 19. 11. 1956 -

II ZR 110/55 = WM 1957, 213, 214 f). Das gilt insbesondere auch dann, wenn - wie hier bei Ziff. 4 des Aufhebungsvertrags für die Verrechnung der Kostenprovisionen mit den angefallenen Unkosten - das negative Anerkenntnis auf einer Abrechnung beruht und der Gläubiger die Fehlerhaftigkeit der Abrechnung nicht feststellen konnte (vgl. für Schuldversprechen und -anerkenntnisse im Sinn der §§ 780, 781 BGB aufgrund einer Abrechnung BGH v. 13. 12. 1967 - I b ZR 168/65 = NJW 1968, 591; v. 29. 9. 1975 - III ZR 30/73 = WM 1975, 1233, 1234).

Danach kann die Klägerin entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ihr negatives Schuldanerkenntnis aus Ziff. 4 des Aufhebungsvertrags vom 25. Mai 1974 zurückfordern, falls der Beklagte von der Klägerin erhaltene Kostenprovisionen für eigene Zwecke verwendet hat. Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, eine abschließende Entscheidung zu treffen. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts.

b) Aus den zu a) angeführten Gründen folgt weiter, daß die Revision auch insoweit Erfolg haben muß, als sie sich gegen die Abweisung des mit dem Klageantrag zu 2 verfolgten Feststellungsbegehrens wendet. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang gleichfalls unterstellt, daß der Klägerin die ihr behaupteten Ansprüche gegen den Beklagten zuständen. Den Ersatz der drohenden Schäden könne die Klägerin jedoch, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, wegen Ziff. 4 des Aufhebungsvertrags nicht durchsetzen. Wie oben zu a) dargelegt, hindert das negative Schuldanerkenntnis entgegen der Meinung des Berufungsgerichts die Klägerin aber nicht,

Ansprüche einzuklagen, die ihr bei Abschluß des Aufhebungsvertrags unbekannt waren und mit denen sie nicht zu rechnen brauchte. Das Berufungsgericht hätte demnach das Feststellungsbegehren der Klägerin nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abweisen dürfen.

c) Schließlich wendet sich die Revision auch erfolgreich gegen die Abweisung des Klageantrags zu 3. Das Berufungsgericht durfte die Frage, ob dem Beklagten möglicherweise noch weitergehende, mit der Widerklage bisher nicht geltend gemachte Erstattungsansprüche zustehen, nicht zu Lasten der Klägerin beantworten, ohne vorab zu klären, ob der Vorwurf der Klägerin zutrifft, der Beklagte habe Kostenprovisionen in beträchtlichem Umfang für sich selbst verwendet und dabei Beträge von insgesamt 125.330,34 DM dem Kostenprovisionskonto [REDACTED] entnommen. Ohne die entsprechenden Feststellungen läßt sich nicht übersehen, ob dem Beklagten noch Unkosten-erstattungsansprüche zustehen können; das gilt vor allem auch für Kontoführungsgebühren und Zinsen, die nach dem 31. Dezember 1975 angefallen sein mögen.

d) Das Berufungsurteil kann daher insgesamt keinen Bestand haben, soweit es die Klage abgewiesen hat.

2. Zur Widerklage

Das Berufungsurteil kann auch keinen Bestand haben, soweit es die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung an den Beklagten verurteilt hat. Allerdings ist das Berufungsgericht dabei in Höhe der Teilsumme von 65.507,06 DM (Provisionen und Mehrkosten) ohne Rechts-

verstoß von dem Bestehen der Widerklageforderungen ausgegangen. Das Berufungsgericht muß aber insoweit noch über die von der Klägerin erklärte (Hilfs-) Aufrechnung entscheiden.

a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß dem Beklagten nach Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags vom 25. Mai 1974 in Verbindung mit der von der Klägerin vorgelegten Aufstellung noch Provisionsansprüche in Höhe von insgesamt 23.373,08 DM zustehen. Das läßt keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen, wird von der Revision auch nicht angegriffen.

b) Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht dem Beklagten den Betrag von 42.133,98 DM für von ihm verauslagte Unkosten als einen Teilbetrag der sog. "Kostenüberhänge" zugesprochen.

Den Anspruch des Beklagten auf Ersatz der "Mehrkosten" hat das Berufungsgericht aus der Zusatzvereinbarung zu dem Aufhebungsvertrag hergeleitet. Es hat dieser Vereinbarung die Verpflichtung der Klägerin entnommen, dem Beklagten alle Aufwendungen zu ersetzen, die er in der Zeit vor und nach Abschluß des Aufhebungsvertrags für die Abwicklung von Verkäufen der Klägerin erbracht hat. Diese mit dem Wortlaut der Zusatzvereinbarung übereinstimmende Auslegung ist entgegen der Ansicht der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden; sie ist mit den übrigen in dem Aufhebungsvertrag von den Parteien getroffenen Absprachen vereinbar.

Es läßt ferner keinen Rechtsfehler erkennen, daß das Berufungsgericht bei der Berechnung der Höhe des

für den Beklagten erstattungsfähigen Kostenüberhangs die Provisionen der Firma B[REDACTED] und Va[REDACTED] mitberücksichtigt hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren sich die Parteien während der gesamten Laufzeit des Handelsvertretervertrages darüber einig, daß die Provisionen für diese Firma aus den Kostenprovisionen gedeckt werden sollten. Diesen Tatbestand stellt die Revision nicht in Abrede. Dann konnte aber das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß die Provisionszahlungen an die Firma B[REDACTED] und Va[REDACTED] Bestandteil der Zusage waren, die die Klägerin dem Beklagten mit der Zusatzvereinbarung vom 25. Mai 1974 gemacht hat.

c) Danach steht dem Beklagten an und für sich eine Gesamtforderung in Höhe von 65.507,06 DM gegen die Klägerin zu. Das Berufungsgericht ist von seinem Standpunkt aus zu Recht nicht auf die von der Klägerin erklärte Hilfsaufrechnung eingegangen. Das wird es nunmehr nachholen müssen.

d) Im Ergebnis zu Recht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht einen Ersatzanspruch des Beklagten für die Zahlung von Kontoführungsgebühren und Bankzinsen für gegeben erachtet hat. Nicht begründet ist allerdings der Einwand der Revision, der Ersatz dieser Unkosten falle von vornherein nicht unter die Zusatzvereinbarung vom 25. Mai 1974. Wie oben unter b) dargelegt, ist die weite Auslegung der Zusatzvereinbarung durch das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei. Ferner waren "eigene" Kreditaufnahmen des Beklagten, wie das Berufungsgericht schon im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellt hat, grundsätzlich notwendig, weil

unter anderem die Speditions- und Frachtkosten sowie Zölle beglichen werden mußten, bevor die Kundenzahlungen eingingen; sie erfolgten also "in Verbindung mit Verkaufsverträgen", wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei annehmen konnte. Aber auch im vorliegenden Zusammenhang durfte das Berufungsgericht nicht entscheiden, ohne Feststellungen dazu getroffen zu haben, ob die Behauptungen der Klägerin zutreffen, der Beklagte habe dem Konto [REDACTED] Beträge von insgesamt 125.330,34 DM entzogen. Denn sollte dies der Fall sein, dann ginge es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an, die Klägerin mit den gesamten Kontoführungsgebühren und Kreditzinsen zu belasten.

3. Danach war das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als es die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung verurteilt hat. Im Umfang der Aufhebung war der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

IV. A n s c h l u ß r e v i s i o n d e s B e k l a g t e n .

Mit der Anschlußrevision wendet sich der Beklagte dagegen, daß das Berufungsgericht ihm Provisionsansprüche in Höhe von 57.420,-- DM für die Vermittlung des Vertrages über Baumwollgewebe-Lieferungen T 005 abgesprochen hat. Das Geschäft ist nicht ausgeführt worden; zwischen den Parteien besteht Streit, ob dies die Klägerin oder der Beklagte zu vertreten hat. Das Berufungsgericht hat den Provisionsanspruch mit der

Begründung abgewiesen, daß der Vertrag T 005 nicht in der von der Klägerin zu Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags vorgelegten Aufstellung angeführt sei. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

Entgegen der Ansicht der Anschlußrevision hat das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast nicht verkannt. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Beklagte für alle von ihm nachweisbar bis zur Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses vermittelten Geschäfte Provisionen verlangen könnte, falls es der Klägerin nicht möglich gewesen wäre, die in Ziff. 2 des Aufhebungsvertrags in Bezug genommene Liste vorzulegen. Es hat aber die Ansicht vertreten, daß die von der Klägerin vorgelegte Aufstellung den anhand von umfangreichen handschriftlichen Notizen getroffenen Absprachen der Parteien vom 25. Mai 1974 entspricht. Es begegnet keinen durchgreifenden Bedenken, daß das Berufungsgericht dabei dem Vortrag der Klägerin gefolgt ist. Es konnte dem Beklagten entgegenhalten, daß er dem Vortrag der Klägerin, die von ihr vorgelegte Aufstellung sei eine Reinschrift der von den Parteien am 25. Mai 1974 gefertigten Notizen, nicht substantiiert entgegengetreten ist. Darüber, daß der Beklagte sich möglicherweise am 25. Mai 1974 über den Umfang der noch nicht abgewickelten Geschäfte im Irrtum befand, ist nichts dargetan.

Danach war die Anschlußrevision zurückzuweisen.

V. Nach alledem war das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als es die Klage abgewiesen und der Widerklage

stattgegeben hat. Im Umfang der Aufhebung war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird. Die Anschlußrevision war dagegen zurückzuweisen.

v. Gamm

Alff

Merkel

Zülch

Piper