

f

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

AbzG § 2

Wird bei Bemessung der nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AbzG zu ermittelnden Überlassungsvergütung von einer nach den Grundsätzen der Vermietung errechneten "gedachten Miete" ausgegangen, so sind in dem Falle, daß die Kaufsache mit Mängeln behaftet war, auch die Vorschriften entsprechend anzuwenden, die eine Minderung oder einen Fortfall des Mietzinses bei Mängeln der Mietsache bestimmen.

BGH, Urt. v. 2. Februar 1972 - VIII ZR 103/70 - OLG Celle

LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 103/70

URTEIL

Verkündet am
2. Februar 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Fuhrunternehmers Klaus Heinrich B [REDACTED]
in B [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Eugen S [REDACTED], Treibstoffe, Mineralöle,
technische Fette, H [REDACTED]-Generalvertretung, Handel
mit Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeugersatzteilen in
H [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar
1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten
Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Mezger, Mormann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und Wider-
beklagten wird das Urteil des 12. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Celle vom
14. Mai 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Ko-
sten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist Generalvertreterin der H
-Werke in K. Durch ihre Vermittlung kauf-
te der Kläger mit Vertrag vom 23. Januar 1960 einen
H-Lastkraftwagen mit einem Spezial-Mulden-
kipper-Aufbau zum Gesamtpreis von 64 174 DM. Das
Fahrzeug wurde dem Kläger am 9. Mai 1960 überge-
ben. Da alsbald finanzielle Schwierigkeiten auftra-
ten, vereinbarten die Parteien, daß ein Fuhrunter-



nehmer B[REDACTED] das Fahrzeug in seinem Betrieb einsetze. B[REDACTED] sollte Einnahmen aus den Fuhrleistungen an die Beklagte abführen. Der Kläger konnte seine Verpflichtungen auch in der Folgezeit nicht erfüllen. Deshalb wurde das Fahrzeug am 23. September 1960 sichergestellt. Der Kläger hat somit den Lastkraftwagen vom 9. Mai bis einschließlich 22. September 1960, d.h. 137 Tage, im Besitz gehabt. Am 5. Oktober 1960 wurde der damalige Wert des Fahrzeugs durch einen DAT-Schätzer auf 43 800 DM geschätzt. Am 25. Oktober 1960 wurde es für 46 000 DM weiterverkauft.

Mit der Klage verlangte der Kläger eine Auskunft darüber, welche Beträge die Beklagte auf Grund der Vereinbarung mit dem Fuhrunternehmer B[REDACTED] erhalten, welchen Erlös sie beim Weiterverkauf des Fahrzeugs erzielt und welche Ausgaben sie für das Fahrzeug bestritten habe. Nachdem die Beklagte nach Klageerhebung die verlangten Auskünfte erteilt hatte, haben beide Parteien die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, den Kläger zur Zahlung von 19 367,07 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Sie hat dazu vorgetragen, die Abrechnung der Geschäftsbeziehungen nach § 2 AbzG ergebe zu ihren Gunsten eine Forderung von 35 022,90 DM. Nach Abzug der Zahlungen des Klägers mit 6 141,15 DM ständen ihr noch 28 881,75 DM zu. Davon macht sie mit der Widerklage den Betrag von 19 367,07 DM geltend. Der Kläger und Widerbeklagte (im folgenden werden der Kläger nur noch als Widerbeklagter

und die Beklagte als Widerklägerin bezeichnet) wendet sich gegen die von der Widerklägerin aufgestellte Berechnung der Nutzungsentschädigung und einer außerordentlichen Wertminderung. Er glaubt, der Widerklägerin nichts mehr zu schulden. Hilfsweise rechnet er mit einer Schadensersatzforderung von 18 100 DM auf, die er daraus herleitet, daß die Widerklägerin ihm schuldhaft ein Fahrzeug mit zahlreichen Mängeln geliefert habe. Er trägt vor, es habe ihm infolge notwendig gewordener Reparaturen an insgesamt 46 Tagen nicht zur Verfügung gestanden. Er habe dadurch einen Verdienstausschlag von täglich 450 DM erlitten. Seine an die Widerklägerin geleisteten Zahlungen hat der Widerbeklagte im ersten Rechtszug mit 8 415,60 DM, im zweiten Rechtszug mit 9 759,60 DM berechnet.

Das Landgericht hat der Widerklage in vollem Umfange stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Widerbeklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Widerbeklagte den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Widerklägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Ansprüche der Widerklägerin nach § 2 AbzG

Von den einzelnen Posten sind im Revisionsrechtszuge noch streitig:

1. Nutzungsvergütung

a) Das Berufungsgericht führt aus, für die Berechnung der Nutzungsentschädigung nach § 2 AbzG sei, weil es sich bei dem verkauften Lastkraftwagen um ein Spezialfahrzeug handle, das üblicherweise nicht vermietet werde, von einem nach den Grundsätzen des üblichen Mietzinses zu ermittelnden gedachten Mietzins auszugehen. Das Berufungsgericht nimmt in Übereinstimmung mit den Gutachten der Sachverständigen an, daß für das erste Betriebsjahr eine Wertminderung von 35 % anzusetzen sei. Davon entfielen 10 % auf die durch die Erstzulassung bedingte Wertminderung. Die Wertminderung von 35 % beziehe sich auf den Neupreis eines unbereiften Fahrzeuges, weil die Reifen als kurzlebiges Wirtschaftsgut einem erhöhten Verschleiß unterlägen. 35 % des Neuwertes des unbereiften Fahrzeuges (57 574 DM) betrügen 20 150,90 DM. Außerdem müsse ein üblicher Unternehmergewinn von 10 % und eine Verzinsung des Anlagekapitals von 8 % berücksichtigt werden. Diese beiden Beträge beliefen sich auf insgesamt 5 181,66 DM. Die Verzinsung des für die Reifen aufgewendeten Kapitals finde in einer Sonderberechnung für die Reifenabnutzung ihren Niederschlag. Insoweit kämen 50 % der Kosten einer Gesamtbereifung im Betrag von 3 300 DM in Ansatz. Die danach auf das erste Betriebsjahr entfallenden Kosten von $(20\,150,90 + 5\,181,66 + 3\,300 =)$ 28 632,56 DM legt das Berufungsgericht auf 200 Einsatztage um. Neben den Sonntagen und den gesetzlichen Feiertagen seien nämlich weitere sog. Stehtage abzuziehen. Das Berufungsge-

richt teilt den errechneten Betrag von 28 632,56 DM dementsprechend auf 200 Tage auf und kommt zu einem Tagesmietsatz von 143,16 DM. Aus diesem Tagesmietsatz errechnet das Berufungsgericht für die 137 Kalendertage, in denen der Widerbeklagte das Fahrzeug im Besitz gehabt hat, eine Nutzungsvergütung von $(143,16 \cdot 137 =)$ 19 612,92 DM.

b) Die Revision wendet sich mit Recht gegen die Art der Berechnung der Nutzungsvergütung. Wenn das Berufungsgericht den Tagessatz von rund 143 DM auf Grund der Zahl der Tage errechnet, an denen das Fahrzeug tatsächlich eingesetzt war, so dürfte es diesen Tagessatz zur Errechnung der geschuldeten Nutzungsentschädigung allenfalls mit der Zahl der Tage multiplizieren, an denen der Kraftwagen vom Widerbeklagten auch tatsächlich eingesetzt worden war, nicht aber mit der Zahl der Tage, an denen das Fahrzeug dem Widerbeklagten zur Nutzung überlassen war. Daß die Berechnungsweise des Berufungsgerichts nicht richtig sein kann, ergibt folgendes Beispiel: Beträgt das angemessene jährliche Nutzungsentgelt für eine Abzahlungskaufsache 3 600 DM und wird der Gegenstand durchschnittlich einmal im Monat, also 12 mal im Jahr eingesetzt, so ergäbe sich ein Mietsatz je Einsatztag von 300 DM. Gibt der Abzahlungskäufer den Gegenstand nach sechs Monaten zurück, so würde er nach der Berechnungsweise des Berufungsgerichts rund $180 \cdot 300 = 54\,000$ DM als Nutzungsentschädigung zu entrichten haben, anstatt richtigerweise 1 800 DM.

Legt man im vorliegenden Fall mit dem Berufungsgericht für die Berechnung der Nutzungsvergütung das erste Betriebsjahr zugrunde, so gelangt man zu folgendem Ergebnis: Werden für das erste Betriebsjahr eine Wertminderung von 35 % des Neuwertes des unbereiften Fahrzeuges mit $(57\,574 \cdot 0,35 =)$ 20 150,90 DM und für Reifenverschleiß 50 % der Kosten einer Gesamtbereifung mit 3 300 DM angesetzt und der Unternehmergewinn sowie die Kapitalverzinsung mit insgesamt 5 181,66 DM berechnet, so betragen die auf das erste Betriebsjahr entfallenden Kosten insgesamt 28 632,56 DM. Daraus ergibt sich nach dem Verhältnis von 365 Tagen eines Jahres zu der Besitzzeit von 137 Tagen eine Nutzungsentschädigung von rund 10 746,28 DM. Unter diesen Umständen kommt es auf die Frage, ob ein Lastkraftwagen der hier in Rede stehenden Beschaffenheit an jährlich 200 oder, wie die Revision meint, 300 Tagen eingesetzt werden kann, nicht mehr an.

Dagegen kann die Revision nicht mit ihrem Einwand gehört werden, ein Wertminderungssatz von 35 % sei übersetzt. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsirrtum bei der Annahme dieses Minderungssatzes der Meinung der beiden von ihm gehörten Sachverständigen gefolgt. Nach § 2 Abs. 2 AbzG findet bei der Festsetzung der Vergütung die Vorschrift des § 287 Abs. 1 ZPO entsprechende Anwendung. Danach durfte das Berufungsgericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden. Die ergänzende Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen, war seinem freien Ermessen überlassen.

2. Außerordentliche Wertminderung

a) Die außerordentliche, nicht von der normalen Nutzungsvergütung abgegoltene Wertminderung berechnet das Berufungsgericht wie folgt: Die Wertminderung eines Kraftwagens betrage im ersten Betriebsjahr 35 % des Neupreises eines unbereiften Fahrzeuges abzüglich 10 %, die sich allein durch die Erstzulassung als kaufmännischer Wertverlust ergäben. Die tatsächliche Benutzungsdauer von 137 Tagen bedeute 67,56 % der 200 Einsatztage. Die allgemeine Wertminderung während der tatsächlichen Benutzungszeit habe also $67,56 \% \text{ von } 25 \% = 16,89 \%$ des Neuwertes des unbereiften Fahrzeuges mit 9 724,25 DM ausgemacht. Zuzüglich der ausgeklammerten 10 % des Wertes des unbereiften Fahrzeuges, die nicht auf technischen Verschleiß zurückzuführen seien, errechne sich für die zulässige normale Wertminderung ein Betrag von 15 481,65 DM. Tatsächlich habe das Fahrzeug aber nach der DAT-Schätzung einen Wertverlust von $(64\,174 \text{ ./} . 43\,800 =) 20\,374 \text{ DM}$ erlitten. Daraus ergebe sich eine außerordentliche Wertminderung von $(20\,374 \text{ ./} . 15\,481,65 =) 4\,892,35 \text{ DM}$.

b) Die Revision gesteht der Widerklägerin als Anspruch aus § 2 AbzG lediglich die von ihr auf 6 500 DM berechnete Nutzungsvergütung zu. Sie ist offenbar der Ansicht, ein Anspruch auf Ersatz für außerordentliche Wertminderung stehe der Widerklägerin nicht zu. Abgesehen davon, daß sie, wie oben ausgeführt ist, zu Unrecht den vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Satz der normalen Wertminderung

von 35 % des Neupreises ohne Erfolg angreift, hat sie Revisionsrügen gegen die Berechnung der außerordentlichen Wertminderung nicht erhoben. Für die erneute mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen werden muß, sei aber auf folgendes hingewiesen: Auch gegen die Berechnung der außerordentlichen Wertminderung durch das Berufungsgericht besteht das Bedenken, daß auf der einen Seite für das Betriebsjahr von 365 Tagen nur 200 tatsächliche Einsatztage zugrunde gelegt werden, während auf der anderen Seite von einer Überlassungsdauer von 137 Tagen ohne Rücksicht darauf ausgegangen wird, an wieviel Tagen dieser Zeit der Kraftwagen tatsächlich eingesetzt worden ist. Bei einer 25 %igen regelmäßigen Wertminderung im Verlauf eines Jahres ergäbe sich unter Zugrundelegung eines Fahrzeugneuwertes von 57 574 DM für den Zeitraum einer Nutzungsüberlassung von 137 Tagen ein Betrag von $(57\,574 : 365 \cdot 137 : 4 =) 5\,401,91$ DM. Hinzu kämen, wenn im übrigen die Berechnungsart des Berufungsgerichts zugrunde gelegt wird, die durch die bloße erste Ingebrauchnahme verursachte Wertminderung von 10 % mit 5 757,40 DM und der gewöhnliche Reifenverschleiß von $\frac{3\,300 \cdot 137}{365} = 1\,238,48$ DM. Insgesamt wäre unter diesen Voraussetzungen von einer gewöhnlichen Wertminderung von 12 397,79 DM für die Zeit von 137 Tagen auszugehen. Wenn, wie das Berufungsgericht zugrunde legt, das Fahrzeug einen tatsächlichen Wertverlust von 20 374 DM erlitten hat, berechnet nach dem Unterschied zwischen dem Fahrzeugneuwert von 64 174 DM und dem Schätzwert von

43 800 DM, so betrüge die besondere vom Widerbeklagten zu erstattende Wertminderung 7 976,21 DM.

Der Widerbeklagte hat allerdings den Ausgangspunkt, daß ein Wertverlust von 20 374 DM eingetreten sei, mit der Behauptung angegriffen, das Fahrzeug habe von Anfang an erhebliche Mängel aufgewiesen, darauf beruhe auch die niedrige Schätzung der DAT. Da die Sache ohnehin zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, bleibt es dem Widerbeklagten vorbehalten, bei der erneuten mündlichen Verhandlung ein Vorbringen in dieser Richtung zu wiederholen.

II. Ansprüche des Widerbeklagten wegen Mängel des Fahrzeugs

1. Der Widerbeklagte hat unter eingehender Darlegung der ausgeführten Reparaturen behauptet, der Lastkraftwagen und der Aufbau, insbesondere das mit Materialfehlern behaftete Zwischengetriebe, hätten bereits bei Lieferung erhebliche Mängel aufgewiesen und seien reparaturanfällig gewesen, obgleich die Widerklägerin vor Kaufabschluß das Fahrzeug als für schwersten Baustelleneinsatz bewährt bezeichnet habe. Infolge der erforderlichen Reparaturen sei das Fahrzeug an 46 Tagen ausgefallen. Dadurch sei ihm ein Gewinn von $(46 \cdot 350 =)$ 16 100 DM entgangen. Mit einem hierauf gegründeten Schadensersatzanspruch hat der Widerbeklagte hilfsweise aufgerechnet.

Das Berufungsgericht meint in erster Linie, alle auf eine Vertragsverletzung gestützten Schadensersatzansprüche seien, nachdem der Rücktritt erklärt worden ist, schlechthin ausgeschlossen. Gegen diese Auffassung bestehen allerdings rechtliche Bedenken. Die vom Berufungsgericht angeführte Entscheidung RGZ 61, 130 ist nicht einschlägig. Sie besagt, daß der Gläubiger, der nach § 326 BGB vom Verträge zurückgetreten ist, nicht mehr Schadensersatz verlangen könne. Darum handelt es sich hier nicht. Hier macht der Gegner des rücktrittsberechtigten Gläubigers Schadensersatzansprüche geltend, weil der Gläubiger seinerseits den Vertrag verletzt habe. Daß auch nach volendetem Rücktritt noch Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluß oder positiver Vertragsverletzung bestehen können, wird im Schrifttum vielfach angenommen (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. Anm. 5 vor § 346). Einer abschließenden Entscheidung bedarf es jedoch nicht. Der Widerbeklagte könnte jedenfalls, nachdem die Widerklägerin den Rücktritt erklärt hat, nicht mehr Rechte geltend machen, als er bei Fortbestehen des Vertrages gehabt hätte. Dann aber hätten ihm Ansprüche auf Ersatz entgangenen Gewinns wegen Mängeln des gekauften Fahrzeuges nicht zugestanden. Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung können aus einem Kaufvertrage neben den gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen nach allgemeiner Meinung nur geltend gemacht werden, wenn durch den Mangel der Kaufsache, abgesehen von

dem Schaden wegen Nichterfüllung, an anderen Vermögensgegenständen des Käufers ein Schaden verursacht worden ist. Der Vermögensschaden darf nicht schon im Kaufgegenstand selbst begründet sein. Daher kommt für den Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung auch nicht ein infolge des Mangels entgangener Gewinn in Betracht (BGH Urteil vom 18. Dezember 1964 - V ZR 68/63 = LM BGB § 463 Nr. 12 = BGHWarn 1965 Nr. 9 = WM 1965, 271; vom 8. März 1967 - VIII ZR 4/65 = LM BGB § 276 /K7 Nr. 3 = BGHWarn 1967 Nr. 63; BGHZ 35, 130, 133). Gerade den Verdienstausschlag will aber der Widerbeklagte mit täglich 350 DM ersetzt erhalten. Auf die Rüge der Revision, der Vortrag des Widerbeklagten über Art und Umfang der eingetretenen Schäden enthalte auch eine hinreichende Behauptung, daß die Schäden auf einer von der Widerklägerin verschuldeten Schlechtlieferung beruhten, kommt es danach nicht mehr an.

2. Der Vortrag des Widerbeklagten über die Mängel des Fahrzeuges kann aber unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt von Bedeutung sein. Wird die Höhe der Nutzungsentschädigung mit dem Berufungsgericht auf der Grundlage eines gedachten Mietzinses errechnet, so sind entsprechend auch die Vorschriften anzuwenden, die eine Minderung oder einen Fortfall der Zinszahlungspflicht für den Fall bestimmen, daß die Sache aus Gründen, die in den Verantwortungsbereich des Vermieters, hier also des Verkäufers, fallen, nicht oder nicht bestimmungsgemäß genutzt werden konnte (§§ 536,

537 BGB). Es liegt auf der Hand, daß ein Abzahlungskäufer für eine mit Mängeln behaftete Kaufsache nicht dieselbe Nutzungsvergütung zu zahlen hat, wie sie sich an Hand einer fiktiven Mietzinsberechnung für eine mangelfreie Sache ergibt (vgl. Ostler/Weidner, AbzG 6. Aufl. § 2 Anm. 70). Auf dieser Betrachtungsweise beruht auch das Vorbringen des Widerbeklagten in der Berufungsbegründung, eine Nutzungsentschädigung nach § 2 AbzG sei nur für die Tage gerechtfertigt, an denen das Fahrzeug gebrauchsfähig gewesen sei, also dem Widerbeklagten tatsächlich zur Nutzung zur Verfügung gestanden habe. Der Vortrag des Widerbeklagten über den reparaturbedingten Ausfall des Fahrzeuges, so wird ausdrücklich ausgeführt, sei als substantiiertes Bestreiten der von der Widerklägerin verlangten Nutzungsentschädigung zu werten. Auch der Vortrag der Revision, bei Berechnung der Nutzungsvergütung seien die Tage der Reparaturausfälle abzusetzen, ist in diesem Sinne zu verstehen.

Von diesem Standpunkt aus hat das Berufungsgericht den Vortrag des Widerbeklagten nicht gewürdigt. Bei der Behandlung der Widerklage führt es allerdings in einer Hilfsbegründung aus, bei einem fabrikneuen Fahrzeug sei im Zweifel davon auszugehen, daß es keine Mängel aufweise, die Aufstellung des Widerbeklagten über die einzelnen Reparaturen ließen nicht schlüssig erkennen, daß es sich um fabrikationsbedingte Mängel gehandelt habe. Insoweit rügt die Revision aber mit Recht, daß der Widerbeklagte in der Berufungsbegründung und im Schriftsatz vom 1. November 1961, auf den in der Berufungs-

begründung Bezug genommen wird, Beweismittel für jede einzelne Reparatur angegeben hat. Ohne Beweiserhebung und Würdigung des Beweisergebnisses läßt sich in der Tat nicht ausschließen, daß der fabrikneue Lastkraftwagen Fertigungsmängel aufgewiesen hat, zumal das Fahrzeug mit einem besonderen Aufbau versehen worden war. Unter diesem Gesichtspunkt halten die Ausführungen des Berufungsgerichts über den gedachten Mietzins als angemessene Nutzungsvergütung der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht, an das die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen werden muß, wird deshalb den von ihm eingesetzten gedachten Mietzins dahin überprüfen müssen, ob er etwa wegen anfänglicher Mängel der Kaufsache überhöht ist.

III. Zahlungen des Widerbeklagten

1. Der Widerbeklagte hat zum Beweis für die von ihm angeblich geleisteten Zahlungen Wechsel über 6 948 DM vorgelegt und sich auf den Kontoauszug der Widerklägerin berufen, nach dem er durch Schecks insgesamt 1 667,60 DM gezahlt habe. Der Widerbeklagte macht ferner geltend, daß er nach den Unterlagen der Widerklägerin zwei weitere Wechsel über je 572 DM eingelöst habe. Er behauptet dementsprechend, daß er insgesamt 9 759,60 DM an die Widerklägerin geleistet habe. Die Widerklägerin erkennt als Zahlungen des Widerbeklagten nur einen Betrag von 6 123,05 DM an.

Das Berufungsgericht billigt dem Widerbeklagten als nachgewiesene Zahlungen nur den von der Widerklägerin anerkannten Betrag zu. Es führt aus, die Widerklägerin habe durch Vorlage von Überweisungsaufträgen und Belastungen nachgewiesen, daß sie zumindest in zwei Fällen zur Vermeidung eigener Nachteile die vom Widerbeklagten gegebenen Wechsel weitgehend "vorfinanziert" habe, also der Einlösungsbetrag wirtschaftlich insoweit aus ihrem Vermögen stamme. Der Besitz von Wechseln sei daher kein Zahlungsbeweis. Unter diesen Umständen habe sich die Beweislast umgekehrt. Der Widerbeklagte hätte die von ihm behaupteten Zahlungen im einzelnen darlegen und außerdem jeweils beweisen müssen, daß er sie auch tatsächlich aus eigenen Mitteln erbracht habe.

2. Diese Auffassung des Berufungsgerichts hält, wie die Revision mit Recht geltend macht, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Daß der Widerbeklagte die Wechsel- und Scheckzahlungen geleistet hat, ist für den Revisionsrechtszug zu unterstellen. Im übrigen hat der Widerbeklagte für die Zahlung durch Wechsel auch Beweis durch den Antrag auf Einholung einer Auskunft der Volksbank S [REDACTED] eGmbH in Bielefeld angetreten. Die Widerklägerin beruft sich, soweit ersichtlich ist, darauf, daß der Kauf des Lastkraftwagens durch einen Finanzierungsvertrag mit der D [REDACTED] - und K [REDACTED] AG in D [REDACTED] finanziert worden ist und sie die von dem Widerbeklagten akzeptierten Wechsel giriert hat. Zur Vermeidung eigener Inanspruchnahme, so scheint die Widerklägerin vortragen zu wollen, habe sie dem Widerbeklagten Mit-

tel zur Einlösung der Wechsel zukommen lassen. Dafür aber ist die Widerklägerin beweispflichtig, sei es, daß die Hingabe dieser Beträge als dem Widerbeklagten gewährte Darlehen anzusehen ist, sei es, daß die Widerklägerin ein Geschäft für den Widerbeklagten geführt hat und Ersatz ihrer Auslagen begehrt. Die von dem Berufungsgericht für richtig gehaltene Beweislastverteilung liefe darauf hinaus, daß der Widerbeklagte beweisen müßte, die Widerklägerin habe ihm keine Mittel vorgestreckt. Diesen negativen Beweis zu führen, wäre ihm so gut wie unmöglich. Der Widerklägerin ist die Pflicht zum Beweise für zugunsten des Widerbeklagten erbrachte Leistungen auch zuzumuten, weil sie Kaufmann ist und in kaufmännischer Weise Bücher führt. Überdies hat sie mit Schriftsatz vom 29. Juni 1961 einen Kontoauszug vom 25. Oktober 1960 mit der ausdrücklichen Erklärung eingereicht, aus ihm ergäben sich sämtliche Einzelzahlungen des Klägers und ihre sämtlichen Leistungen substantiiert. Sollte die Widerklägerin behaupten, sie habe darüber hinausgehende Leistungen erbracht, so trifft sie schon angesichts ihrer eigenen Erklärung im genannten Schriftsatz hierfür die Beweislast.

IV. In Anbetracht der aufgezeigten Unklarheiten über den Umfang der nach §§ 1 und 2 AbzG von den Parteien zu erbringenden Leistungen ist der Senat zu einer eigenen Berechnung nicht in der Lage. Das Berufungsurteil mußte daher in vollem Umfange aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Hoffmann