

2097 075

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 254/63**URTEIL****Verkündet am****9. März 1966****Klett, Justizober-
sekretär****als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle****in dem Rechtsstreit****des Kaufmanns Erwin F. [REDACTED] in St. [REDACTED]
Bad G. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],****Beklagten, Revisionsklägers und Anschluß-
revisionsbeklagten,****- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -****gegen****den Kaufmann Otto L. [REDACTED] in Ma. [REDACTED], Krs. Bö. [REDACTED]
[REDACTED], Be. [REDACTED]straße [REDACTED],****Kläger, Revisionsbeklagten und Anschluß-
revisionskläger,****- Prozeßbevollmächtigter, Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.**

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers wird das am 6. August 1963 anstelle der Verkündung zugestellte Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart insoweit, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 14.682,59 DM nebst 5 % Zinsen hiervon seit dem 4. Januar 1955 verurteilt worden ist, und im Kostenpunkt aufgehoben. Im übrigen wird die Revision des Beklagten zurückgewiesen. Der Beklagte wird ferner verurteilt, 5 % Zinsen von 14.682,59 DM für die Zeit vom 1. Juni 1953 bis 3. Januar 1955 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Hälfte der Kosten aller Rechtszüge.

Wegen eines Betrages von 15.317,41 DM nebst Zinsen seit dem 1. Juni 1953 und der Kosten - einschließlich der Kosten der Revision -, soweit nicht hierüber entschieden ist, wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger betrieb eine Wirkwarenfabrik. Er stand mit dem Beklagten in Geschäftsverbindung, der einen Handel mit Möbel- und Dekorationsstoffen und eine Werkstatt für Innenausstattung betrieb. Der Beklagte beschaffte dem Kläger Rohstoffe und Halbfabrikate, ließ sie teilweise für ihn verarbeiten und wirkte beim Absatz der Fertigwaren mit. Für die Zeit ab 1. Juli 1949 mietete der Kläger auf einem vom Beklagten genutzten Grundstück Geschäftsräume, deren Ausbau er auf seine Kosten vollendete.

Am 29. September 1952 wurde über das Vermögen des Klägers das Konkursverfahren eröffnet. Der Kläger vertrat die Auffassung, daß ihm gegen den Beklagten aus den gegenseitigen Geschäftsbeziehungen und dem Mietvertrage noch Forderungen zuständen. Der Konkursverwalter lehnte es ab, diese Forderungen geltend zu machen, und gab sie frei. Der Kläger erwirkte am 31. Dezember 1954 gegen den Beklagten einen Zahlungsbefehl über einen Teilbetrag von 30.000 DM seiner angeblichen Forderungen aus Warenlieferungen. Der Zahlungsbefehl wurde am 4. Januar 1955 zugestellt. Nach Widerspruch des Beklagten betrieb der Kläger die Sache zunächst nicht weiter. Erst nachdem das Konkursverfahren am 14. Februar 1957 durch Zwangsvergleich beendet worden war, beantragte der Kläger mit Schriftsatz vom 30. Dezember 1958 die Verweisung der Sache an das Landgericht.

Der Kläger ist der Auffassung, ihm stehe entsprechend einer von ihm aufgestellten Abrechnung vom 30. Mai 1953 gegen den Beklagten eine Endforderung von 65.624,88 DM zu. Hiervon macht er einen Teilbetrag von 30.000 DM geltend.



Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 16.137,61 DM nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Beklagten verurteilt, an den Kläger auf ein Anderkonto seines Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. M. 23.523,65 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die weitergehende Berufung des Klägers und die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Es hat von den im zweiten Rechtszuge bestrittenen Einzelposten der Abrechnung dem Kläger insgesamt 40.393,23 DM abgesprochen, so daß sich der Endbetrag aus der Abrechnung belaufen soll auf $(65.624,88 - 40.393,23 =) 25.231,65$ DM. Von diesem Betrage setzt es 1.708,-- DM ab, weil insoweit eine Aufrechnung des Beklagten durchgreift. Es kommt mithin auf den Urteilsbetrag von 23.523,65 DM.

Im Revisionsrechtszuge sind nur noch folgende Punkte streitig:

I. Vom Kläger geltend gemachte Ansprüche:

1. Der Kläger trägt vor, unter dem 27. Januar 1949 habe er dem Beklagten für eine Warenlieferung den Betrag von 4.670,90 DM gutgeschrieben. Er habe jedoch übersehen, daß ihm ein Anspruch auf 3 % Skonto in Höhe von 140,10 DM zugestanden habe. Diesen Betrag hat er deshalb in seiner Abrechnung noch berücksichtigt. Ihn hält das Berufungsgericht nicht für begründet.

2. Der Kläger hat in die Abrechnung vom 30. Mai 1953 einen Rechnungsposten von 139.209,48 DM für gelieferte Söckchen und andere Webwaren eingesetzt. Der Beklagte ist der Auffassung, er sei dem Kläger nur einen geringeren Betrag schuldig. Das Berufungsgericht hat von dem im Berufungsrechts-

zuge noch streitigen Teil der Forderung von 16.546,82 DM einen Betrag von 10.104,18 DM abgesetzt. Der Kläger beansprucht im Revisionsrechtszuge noch 6.825,94 DM, während der Beklagte nach wie vor die Restforderung für unbegründet hält.

3. Der Kläger behauptet, er habe für die Instandsetzung der von ihm gemieteten Räume insgesamt 40.000 DM aufgewendet. Hiervon ist ein Teilbetrag von 24.143,35 DM unbestritten. Nur diesen Betrag hatte der Kläger in die Abrechnung vom 30. Mai 1953 eingesetzt. Er fordert nunmehr zusätzlich zum Saldo dieser Abrechnung noch einen Restbetrag von 13.967,04 DM. Diesen Anspruch macht er vorsorglich für den Fall geltend, daß ihm weniger als 30.000 DM zuerkannt werden sollten. Das Berufungsgericht hält die Forderung für unbegründet.

II. Vom Beklagten beanspruchte Gutschriften:

4. Der Beklagte trägt vor, er habe dem Kläger durch Vermittlung eines Dr. P. Ätznatron besorgt und an Dr. P. 3.600 DM Provision bezahlt. Hiervon habe ihm der Kläger nur 1.000 DM ersetzt, sodaß noch ein Betrag von 2.600 DM zu erstatten sei. Diesen Anspruch spricht das Berufungsgericht dem Beklagten ab.

5. Der Beklagte macht ferner geltend, er habe für den Kläger Kunstseide beschafft und dafür an Provision 7.000 DM aufgewendet. Auch dieser Betrag sei zu ersetzen. Das Oberlandesgericht hält diese Forderung nicht für begründet.

6. Der Beklagte behauptet weiter, der Kläger habe sich verpflichtet, an ihn einen verlorenen Baukostenzuschuß von 35.000 DM zu zahlen. Dieser Verpflichtung sei er nicht nach-

gekommen. Das Berufungsgericht sieht diese Forderung des Beklagten, mit der er aufrechnet, nicht als begründet an.

7. Der Beklagte verlangt schließlich Gutschrift in Höhe von 31.824,40 DM, weil er in diesem Werte dem Kläger Waren geliefert habe. Eine ihm ursprünglich erteilte Gutschrift, so meint der Beklagte, wolle der Kläger nicht mehr gelten lassen.

Der Kläger verfolgt mit der Revision den Klageanspruch, soweit er abgewiesen ist, weiter. Der Beklagte erstrebt mit der Anschlußrevision die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Die Parteien beantragen jeweils die Zurückweisung des Rechtsmittels des Gegners.

Entscheidungsgründe:

I. Vom Kläger geltend gemachte Ansprüche.

1. Skontoforderung von 140,10 DM. Der Beklagte hatte unstreitig aus einer Warenlieferung vom Kläger einen Betrag von 4.670,90 DM zu fordern. Der Kläger hat behauptet, er habe diese Forderung bis auf einen geringen Betrag getilgt, u.a. dadurch, daß er einen von ihm gegebenen Wechsel über 4.500 DM eingelöst habe. Der Beklagte habe ihm 3 % Skonto bewilligt. Das Berufungsgericht hat nicht als erwiesen angesehen, daß der Kläger den Wechselbetrag bezahlt hat. Insoweit besteht im Revisionsverfahren kein Streit mehr. Zur Gewährung des Skontos führt das Berufungsgericht aus, die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe ihm 3 % Skonto

bewilligt, sei unglaublich. Skonto werde regelmäßig nur dann gewährt, wenn der Kläger seine Schuld binnen kurzer Frist begleiche. Das habe der Kläger nicht getan. Zur Skontogewährung habe der Beklagte keinen Grund gehabt, wenn der Kläger den ganzen Betrag von 4.670,90 DM schuldig geblieben sei.

Die Anschlußrevision rügt, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß die Parteien in freundschaftlichen Beziehungen gestanden haben. Es sei selbstverständlich, daß sie sich auch den Skontovorteil gewährt hätten. Darauf kommt es indessen nicht an. Die Auffassung des Berufungsgerichts, Skonto werde nur gewährt, wenn Zahlung erfolge, ist unbedenklich. Die Anschlußrevision glaubt zwar, im Zeitpunkt der Rechnungserteilung habe zu Gunsten des Klägers ein Saldo von 11.742,15 DM bestanden. Das trifft aber nicht zu. Dieses vom Kläger zu seinen Gunsten errechnete Guthaben setzt voraus, daß der Kläger, wie er behauptet, im September 1948 eine zusätzliche Zahlung von 15.000 DM geleistet hatte. Das war zwischen den Parteien streitig. Das Landgericht hatte diese angebliche Zahlung nicht als erwiesen angesehen und dem Kläger daher diesen Posten aus der Abrechnung gestrichen. Seinen Anspruch auf Gutschrift von 15.000 DM hat der Kläger schon im zweiten Rechtszuge nicht mehr weiter verfolgt. Danach stand dem Kläger zur Zeit der Warenlieferung ein Guthaben nicht zu. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht den Betrag von 140,10 DM abgesetzt.

2. Restbetrag aus "Söckchengeschäft". Der Kläger lieferte dem Beklagten im Jahre 1949 Söckchen und andere Strumpfwaren, die der Beklagte weiter verkauft hat. Der Kläger will den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als Kaufvertrag gewürdigt wissen, während der Beklagte meint, es handle sich um einen Kommissionsvertrag. Das Berufungsgericht

ist der Auffassung, der Kläger habe den Beweis, daß ein Kaufvertrag geschlossen sei, nicht erbracht; es müsse zu Gunsten des Beklagten davon ausgegangen werden, daß er die Waren nur in Kommission genommen habe. Gegen diese Würdigung wenden die Parteien sich im Revisionsrechtszuge nicht.

Bei dem Streit über die Höhe der dem Kläger aus diesem Geschäft angeblich zustehenden Restforderung geht es um folgende Punkte:

a) Der Kläger hat dem Beklagten in einer auf den 31. Dezember 1949 zurückdatierten Aufstellung und Rechnung Waren im Werte von zusammen 154.677,20 DM in Rechnung gesetzt. Der Beklagte behauptet dagegen, nur Waren im Werte von 149.740,07 DM erhalten zu haben. Das Berufungsgericht kommt auf Grund der Beweiswürdigung zu dem Ergebnis, der Kläger habe nicht den Beweis geführt, daß er dem Beklagten Waren in einem höheren Werte, als dieser einräumt, geliefert habe.

Die Anschlußrevision des Klägers macht geltend, der Beklagte habe auf die ihm übersandte Rechnung erst mit Schreiben vom 16. Januar 1951 erwidert. In diesem Schreiben habe er nur beanstandet, daß "Retouren" angeblich nicht berücksichtigt seien. Das habe der Kläger sofort mit Schreiben vom 22. Januar 1951 richtig gestellt und um Mitteilung gebeten, falls der Beklagte glaubhaft andere Feststellungen treffen sollte. Hierauf habe der Beklagte geschwiegen. Damit habe er weitere Einwendungen gegen die Berechnung des Klägers verwirkt.

Die Ausführungen der Anschlußrevision stehen im Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts. Es hat

nämlich aus Schreiben des Klägers vom 26. und 27. Januar 1950, mit denen der Kläger dem Beklagten Aufstellungen über die Warenlieferungen sandte, mit Recht entnommen, daß der Beklagte seinerseits schon vorher dem Kläger abweichende Aufstellungen über die erhaltenen Mengen übersandt hatte. In diesen Schreiben heißt es einleitend:

"Untenstehend gebe ich Ihnen eine Aufstellung über die von mir gelieferten Herrensocken. Danach ergibt sich im Vergleich zu Ihrer Aufstellung eine Differenz zu meinen Gunsten von 48 Dutzend. Ich bitte Sie höfl. um Nachprüfung und um Ihre Rückäußerung hierzu..."

"In der Anlage überreiche ich Ihnen genaue Aufstellung über die von mir an Sie gelieferten Damenstrümpfe, Damensöckchen, Kindersöckchen u.v. Bei Berücksichtigung der von Ihnen gemachten Retouren und genauer Prüfung der von mir erfolgten Lieferungen konnte ich Ihre Aufstellung leider nicht stimmend finden und gebe Ihnen untenstehend die festgestellten Differenzen an."

Nach diesem Schreiben sind schon sehr bald nach Lieferung Meinungsverschiedenheiten über die Menge der gelieferten und die Menge der zurückgegebenen Waren entstanden. Selbst wenn der Beklagte auf die Übersendung der Rechnung in seinem Schreiben vom 16. Januar 1951 nur beanstandete, daß "Retouren" nicht berücksichtigt seien, so ist es unter diesen Umständen kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht in dem Verhalten des Beklagten kein Einverständnis mit der Mengenerrechnung des Klägers sah.

b) Kein Streit besteht darüber, daß der Beklagte die "Retouren" nicht zu bezahlen braucht. Streitig ist dagegen, ob die Retouren bei der Errechnung des Betrages von 149,740,07 DM in der Aufstellung des Klägers schon abgesetzt waren, oder ob dieser Betrag um den Wert der Retouren, den der Beklagte in seiner Aufstellung mit 6.934,50 DM angibt, weiter zu kürzen ist.

Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte sei dafür beweispflichtig, daß die Kürzung geboten sei. Diesen Beweis habe er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht erbracht. Auch über die Retouren sei nach der langen Zeit, die inzwischen verstrichen ist, eine sichere Feststellung nicht mehr möglich. Unklarheiten gingen zu Lasten des Beklagten.

Die Revision des Beklagten rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Ist zwischen den Parteien unstreitig, daß der Beklagte die zurückgesandten Waren nicht zu bezahlen brauche, so hat er lediglich zu beweisen, in welchem Werte er Waren zurückgesandt hat. Dieser Wert ist dann von dem Rechnungsbetrage für die übersandten Waren abzusetzen, ohne daß die Beweislast noch eine Rolle spielen kann. Wenn, wie hier, streitig ist, ob der vom Beklagten anerkannte "Warenbetrag" sich als der Preis für die ursprünglich übersandten Strümpfe darstellt oder ob er den Preis für die Warenmenge bildet, die der Beklagte nach Rückgabe der "Retouren" in Besitz behalten hat, so handelt es sich in Wahrheit nicht um einen Streit über den Abzug der "Retouren" sondern um den zu a) behandelten Streit, welche Menge Strümpfe der Kläger dem Beklagten anfänglich geliefert hat. Der Kläger macht lediglich mit neuer Begründung geltend, der Beklagte habe nicht nur für 149.740,07 DM Waren erhalten, sondern, da angeblich die "Retouren" zu diesem Betrage zugesetzt werden müßten, Waren in weit höheren Werte. Ist der Kläger aber den Beweis schuldig geblieben, daß er dem Beklagten für mehr als 149.740,07 DM Strümpfe geliefert hat und ist deshalb von diesem Betrage als dem ursprünglich geschuldeten Betrage auszugehen, so muß von diesem Betrage, als dem Lieferungsentgelt, der Wert der zurückgenommenen Ware abgezogen werden.

Der Anspruch des Klägers ist daher um 6.934,50 DM zu kürzen.

c) Dubiosa in Höhe von 2.647,24 DM. Der Beklagte vertritt den Standpunkt, er könne von seiner Schuld die "dubiosen" Beträge absetzen, also die Beträge, die seine Kunden ihm aus den geschlossenen Kaufverträgen schuldig geblieben sind. Das Gericht hält diese Auffassung für berechtigt und meint, dem Beklagten sei zu glauben, daß Forderungen in Höhe von 2.647,24 DM uneinbringlich gewesen seien.

Die Anschlußrevision des Klägers rügt die Verletzung des § 384 HGB. Sie macht geltend, der Beklagte habe dem Kläger nicht von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige gemacht und die Dritten benannt, an die er die Ware weiter verkauft habe. Er hafte daher für die Erfüllung aller Geschäfte. Außerdem habe er es dem Kläger unmöglich gemacht, seinerseits für die Beitreibung zu sorgen.

Die Rüge führt nicht zum Erfolg. Das Berufungsgericht trifft zwar keine Feststellungen, ob und in welcher Weise der Beklagte dem Kläger Nachricht über den Verkauf der Söckchen und Strümpfe gegeben hat. Es befaßt sich auch nicht ausdrücklich mit der Frage, ob der Kläger aus einer etwaigen Verletzung der Anzeigepflicht einen Anspruch auf Erfüllung des Geschäfts oder auf Schadensersatz herleiten könnte. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich aber die Auffassung, der Kläger habe auf die Anzeige von der Ausführung der Kommission und auf Angabe der Käufer verzichtet. Es stellt fest, das Söckchengeschäft sei eingeleitet worden, weil der Beklagte vom Kläger einen Geldbetrag erlangen wollen, ehe er bereit gewesen sei, dem

Kläger den Erwerb eines Anwesens zu ermöglichen oder ihm Forderungen abzutreten, zu deren Sicherung auf dem Anwesen für ihn Hypotheken eingetragen worden waren. Der Kläger, der das erforderliche Bargeld besessen habe, habe dem Beklagten vorgeschlagen, er solle sich durch den Verkauf der Söckchen Geld verschaffen. Wenngleich der Beklagte vom Kläger weit mehr an Waren bezogen habe, als dieser anfänglich erwartet hatte, so sei doch angesichts der freundschaftlichen Beziehungen, die zwischen den Parteien bestanden hätten, als erwiesen anzusehen, daß der Beklagte nicht verpflichtet sein sollte, auch die Waren zu bezahlen, die er an nicht zahlungskräftige Käufer geliefert hatte, sofern er die Käufer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausgewählt habe. Die Waren hätten aus der Sowjetzone gestammt, es habe kein Zweifel bestanden, daß sie der Qualität nach nicht an Waren gleicher Art heranreichten, die in der Bundesrepublik in der Zeit nach der Währungsreform hergestellt wurden. Zwar habe noch ein erheblicher Warenmangel bestanden, aber es hätten sich doch vielfach bei solchen Waren Preisnachlässe nicht vermeiden lassen. Da abzusehen gewesen sei, daß die Nachfrage nach Waren der fraglichen Art sinken werde, so sei dem Beklagten kein Vorwurf zu machen, daß er die Waren teilweise an wenig zahlungskräftige Kunden verkauft habe. Ziehe man zwischen den uneintreibbaren Beträgen einerseits und dem Gesamtwert der Waren andererseits einen Vergleich, so zeige sich, daß sich die Zahl der nicht eintreibbaren Forderungen in durchaus vertretbarem Rahmen gehalten habe.

Diese Auslegung eines Individualvertrages läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie steht übrigens im Einklang mit der eigenen Auffassung des Klägers im Schriftsatz vom 28. Oktober 1959 S. 6, in dem der Kläger von seinem Standpunkt aus, daß er mit dem Beklagten einen Kaufvertrag geschlossen habe, erklärt, der

Beklagte habe dem Kläger niemals eine Abrechnung erteilt, er sei auch dazu nicht verpflichtet gewesen. Angesichts dieser Feststellungen kann auch die weitere Rüge der Anschlußrevision nicht durchdringen, der Beklagte habe nicht dargetan, daß die Forderungen auch später uneinbringlich gewesen seien. Die Ausführungen des Berufungsgerichts laufen darauf hinaus, es sei überzeugt, daß Vollstreckungen gegen die wenig zahlungskräftigen Kunden auch später keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätten.

d) Der Verjährungseinrede des Beklagten gegenüber führt das Berufungsgericht aus, zwar sei die Verjährungsbestimmung des § 196 BGB auf Kommissionsgeschäfte anzuwenden. Eine Verjährung sei aber wegen des Anerkenntnisses des Beklagten in seinem Schreiben vom 16. Januar 1951 und wegen der Zustellung des Zahlungsbefehls vom 31. Dezember 1954 nicht eingetreten.

Auf die Rügen der Revision, es liege weder ein Anerkenntnis vor, noch sei der Zahlungsbefehl geeignet gewesen, die Verjährung zu unterbrechen, kommt es nicht an. Die Ansprüche des Klägers aus dem Kommissionsvertrage über die Söckchen unterliegen nicht der kurzen Verjährung. Der Kommissionsvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag. Der Anspruch des Kommissionärs gegen den Verkaufskommissionär auf Herausgabe des erlösten Kaufpreises ist kein Anspruch für Lieferung einer Ware im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB, sondern ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nach § 384 Abs. 2 HGB und §§ 667, 675 BGB. Für diese Ansprüche gilt die kurze Verjährung nach § 196 BGB nicht (Urteil des erkennenden Senats vom 3. November 1959 - VIII ZR 163/58 - LM Restabgeltungs AO Nr. 1 = MDR 1960, 133; Baumbach/Duden, HGB 17. Aufl., § 383 Anm. 2 A).

e) Es ergibt sich mithin folgende Berechnung:

Warenwerte		149.740,07 DM
Retouren	6.934,50 DM	
Dubiosa	2.647,24 DM	
Unstreitige Skonti	<u>3.642,50 DM</u>	<u>13.224,24 DM</u>
		136.515,83 DM
abzüglich 10 % Provision		<u>13.651,59 DM</u>
		<u>122.864,24 DM</u>
		=====

Da das Berufungsgericht dem Kläger 129.105,30 DM zugebilligt hat, mindert sich der Betrag der Verurteilung um 6.241,06 DM.

3. Entschädigung für Instandsetzung der Mieträume in Höhe von 13.967,04 DM.

Da nach dem bisherigen Stande der dem Kläger zuzubilligende Betrag den mit der Klage beanspruchten Betrag nicht erreicht, ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht auf den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der für die Instandsetzung der Mieträume aufgewendeten Kosten einzugehen. Im Mietvertrage vom 1. August 1949 hatten die Parteien vereinbart, daß der Kläger die Arbeiten zur vollständigen Instandsetzung auf Kosten des Beklagten ausführen solle. Der Beklagte hat die Kosten in Höhe von 24.143,35 DM anerkannt. Der Kläger hat darüber hinaus zunächst 15.856,65 DM gefordert und beansprucht jetzt nur noch 13.967,04 DM.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Anspruch auf Ersatz der restlichen Kosten sei verjährt, weil das Mietverhältnis unstreitig spätestens am 31. Mai 1953 be-

endet war. Dem kann nicht beigetreten werden. Zu Unrecht beruft die Anschlußrevision sich allerdings darauf, daß die Forderung im Saldo des zwischen den Parteien angeblich bestehenden Kontokorrents aufgegangen sei und deshalb nicht habe verjähren können. Insoweit führt das Berufungsgericht mit Recht aus, der Kläger habe das Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses nicht dargetan. Entgegen der Auffassung der Anschlußrevision genügt zur Begründung eines Kontokorrentverhältnisses nicht das bloße Einverständnis der Parteien, die beiderseitigen Leistungen sollten laufend verrechnet werden. Es muß eine Übersendung der in bestimmten Zeitabschnitten geschlossenen Abschlüsse und eine mit dieser Zusendung bezweckte Anerkennung der Abschlüsse erfolgt sein (BGH Urt. vom 20. April 1956 - I ZR 203/54 - WM 1956, 1125). Der Kläger könnte sich auf ein Kontokorrent nur berufen, wenn er periodische Abrechnungen und die Anerkennung des von ihm geltend gemachten Saldos behaupten und darlegen würde. Das hat er nicht getan. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so stellt der Kontoauszug nur eine offene Rechnung dar, deren Einzelposten selbständig bleiben (BGH Urt. v. 20. Dezember 1955 - I ZR 175/53 - WM 1956, 188).

Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, konnte der Kläger aber auch, selbst wenn ein Kontokorrent nicht bestand, gegen Forderungen des Beklagten aufrechnen. Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe nicht dargetan, daß und gegen welche Forderungen des Beklagten er aufgerechnet habe. Er hätte zwar auch nach Verjährung seiner Forderung noch aufrechnen können, wenn seine Forderung, zu der Zeit, in der die Aufrechnungsmöglichkeit eintrat, nicht verjährt war (§ 390 Satz 2 BGB). Das habe er nicht getan. Vielmehr habe er den Erstattungsanspruch in den Rechtsstreit

eingeführt, um zu erreichen, daß ihm trotz Verrechnung der Gegenforderungen des Beklagten mit anderen ihm zustehenden Forderungen noch ein Betrag von mindestens 30.000 DM zugesprochen werde. Diese Erwägungen greift die Anschlußrevision mit Recht an. Im Mietvertrage vom 1. August 1949 ist ausdrücklich bestimmt:

"Die von der Firma Otto L. [REDACTED] (d.i. der Kläger) zur Zahlung übernommenen Arbeiten werden auf die Mieten in Anrechnung gebracht bzw. wird die Firma L. [REDACTED] berechtigt, solche an der fälligen Mietsumme abzusetzen, bis dieser Betrag abgedeckt ist."

Es spricht also viel dafür, daß die Erstattungsforderung des Klägers, soweit sie begründet ist, schon während des Laufes der Mietzeit gegen die jeweils fälligen Mietzinsen aufgerechnet worden ist. Dann wäre die Erstattungsforderung des Klägers allerdings erloschen. Sie könnte nicht mehr als Forderung in den Rechtsstreit eingeführt werden. Das kann aber, da der Kläger den ihm bei der Gesamtabrechnung zustehenden Endbetrag fordert, im Ergebnis nicht zu seinen Lasten ausschlagen. Denn wenn die Erstattungsforderung des Klägers gegen die Mietzinsforderung des Beklagten aufgerechnet worden ist, besteht in der entsprechenden Höhe auch die Mietzinsforderung des Beklagten nicht mehr. Um diesen Betrag hätte sich dann also die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Schuldenlast des Klägers gemindert. Aber auch für den Fall, daß die Aufrechnung erst nachträglich erklärt sein sollte, kann dem Berufungsgericht nicht in der Auffassung gefolgt werden, der Kläger habe nicht dargetan, daß zu der Zeit, in der die Aufrechnungslage eintrat, seine Forderung noch nicht verjährt gewesen sei. Die Verjährung wäre, wie das Berufungsgericht annimmt, am 30. November 1953 eingetreten. Zu dieser Zeit waren aber sämtliche Forderungen des Beklagten bereits begründet.

Ausweislich der Kontoauszüge hat die zeitlich letzte Forderung des Beklagten die Miete für April/Mai 1953 in Höhe von 1.000 DM zum Gegenstand.

Es bedarf daher der Entscheidung, ob die Erstattungs-forderung des Klägers begründet ist. In einer Hilferwägung führt das Berufungsgericht aus, dem Kläger könne der geltend gemachte Anspruch, selbst wenn er nicht verjährt sei, nicht zuerkannt werden. Nach dem Mietvertrage habe der Kläger Anspruch nur auf Ersatz von Zahlungen haben sollen, die er für eine Fensterlieferung, für eine Rolladenlieferung, für Malerarbeiten, für den Estrichbelag und für die Heizungsanlage leistete. Der Beklagte sei der Auffassung, für andere Ausgaben könne der Kläger keinen Ersatz fordern. Der Kläger verlange dagegen Ersatz aller Verwendungen und glaube, die im Mietvertrage genannten Verwendungen seien nur als Beispiele aufgeführt worden. Dem Kläger sei der Beweis nicht gelungen, daß er weitergehende Ansprüche haben sollte.

Diese Würdigung, der jede nähere Begründung fehlt, wird dem Vorbringen des Klägers nicht gerecht. Ob es sich, wie die Anschlußrevision meint, um notwendige Verwendungen handelt, die der Beklagte nach § 547 BGB ersetzen müßte, und ob deshalb den Beklagten die Beweislast trifft, daß ausnahmsweise die Ersatzpflicht ausgeschlossen worden ist, kann dahingestellt bleiben. Der Beklagte selbst hat im Schriftsatz vom 2. April 1959 S. 11 vorgetragen, als die gemieteten Räume vom Kläger bezogen wurden, hätten sie sich teilweise in fertigem, teilweise im Rohzustand befunden. Dem Kläger habe die Mietsache aber so zur Verfügung gestellt werden sollen, wie wenn sie vom Beklagten fertiggestellt worden wäre. Der Beklagte hätte also die Maler- und Estricharbeiten übernehmen wollen, die nach seiner

Bauplanung vorgesehen, im Zeitpunkt, als der Kläger die Räume bezog, aber noch nicht fertiggestellt waren. Keinesfalls hätten auf Grund dieser Vereinbarung Malerarbeiten für Verschönerungen und Arbeiten auf Grund besonderer Wünsche des Klägers ersetzt werden sollen. Der Beklagte hat dazu dargelegt, welche der Arbeiten des Klägers seiner Meinung nach unter die zu erstattenden Kosten fielen. Zu diesem Vorbringen hat der Kläger mit Schriftsatz vom 15. Oktober 1962 S. 5 ff eingehend unter Beweisantritt Stellung genommen und dargelegt, daß die von ihm durchgeführten und in Rechnung gestellten Arbeiten sich im Rahmen der im Mietvertrage aufgeführten Arbeiten hielten. Ursprünglich geltend gemachte Ansprüche für Sonderarbeiten, die nicht vom Vermieter getragen zu werden pflegen, hat der Kläger in Höhe von 1.889,55 DM ausdrücklich fallen lassen. Dieses beiderseitige Vorbringen hätte das Berufungsgericht werten müssen. In dieser Hinsicht kann das angefochtene Urteil deshalb keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht, an das die Sache insoweit zurückzuverweisen ist, wird die angebotenen Beweise zu erheben und den Sachverhalt neu zu würdigen haben.

II. Vom Beklagten beanspruchte Gutschriften.

1) Erstattung von 2.600 DM für Ätznatrongeschäft. Der Beklagte hat für den Kläger bei der Firma Z. [REDACTED] & Sch. [REDACTED] im Jahre 1949 Ätznatron "beschafft". Dieses Geschäft hat ein inzwischen verstorbener Dr. P. [REDACTED] vermittelt. Der Beklagte behauptet, er habe Dr. P. [REDACTED] eine Vergütung bezahlen müssen, wie das damals bei der Beschaffung von Mangelware üblich gewesen sei. Es habe sich um 60.000 kg Ätznatron gehandelt. Da die angemessene Provision 6 DPf für 1 kg betragen habe, habe er an Dr. P. [REDACTED] 3.600 DM gezahlt. 1.000 DM habe ihm der Kläger erstattet. Der Beklagte beansprucht Zahlung des Restbetrages von 2.600 DM.

- 19 -

Der Kläger bestreitet, eine derart große Menge Ätznatron erhalten zu haben, daß der Beklagte eine Provision von 3.600 DM zu zahlen gehabt hätte.

Das Berufungsgericht glaubt, nicht feststellen zu können, wieviel Ätznatron der Beklagte dem Kläger verschafft habe. Die Erwähnung dieses Geschäftes in einem Schreiben des Beklagten vom 14. Oktober 1949 an den damals gemeinsamen Steuerberater der Parteien, den Zeugen Wü[REDACTED], sieht das Berufungsgericht nicht als beweiskräftig an. Weil danach nicht dargetan sei, daß der Beklagte einen höheren Betrag verauslagt habe, stehe ihm, so meint das Berufungsgericht, die Forderung von 2.600 DM nicht zu.

Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe die in den Schriftsätzen vom 11. Juli 1960 und 24. November 1961 enthaltenen Anträge des Beklagten übergangen, eine Auskunft der Firma Z[REDACTED] & Sch[REDACTED], darüber, daß sie 60.000 kg Ätznatron geliefert habe, und ein Sachverständigengutachten über die Angemessenheit der Provision einzuholen. Der Antrag auf Einholung der Auskunft ist als Antrag aufzufassen, Beweis durch Vernehmung des Inhabers der Firma mit der Anordnung nach § 377 Abs. 3 ZPO zu erheben, daß der Zeuge zum Termin nicht zu erscheinen brauche, wenn er vorher Auskunft durch eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage gebe. Der Antrag war also ein tauglicher Beweisantrag. Es ist in der Tat möglich, daß das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung gekommen wäre oder wenigstens dem Antrage des Beklagten, ihn nach § 448 ZPO zu vernehmen, entsprochen hätte, wenn die Firma Z[REDACTED] & Sch[REDACTED] die Lieferung bestätigt hätte und die angebliche Vermittlungsprovision als angemessen anzusehen wäre. Wegen dieses Verfahrensfehlers muß auch in diesem Punkt das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur ander-

weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

2) Auslagen von 7.000 DM für das Kunstseidengeschäft. Der Beklagte hat dem Kläger im Jahre 1948 Kunstseidengarne "beschafft" und ihm unter dem 10. September 1948 eine Rechnung über einen Betrag von 21.660,10 DM gesandt, die durch Verrrechnung beglichen ist. Der Beklagte behauptet, er habe an den Vermittler, durch den er die Kunstseidengarne erhalten habe, 7.000 DM vergütet. Es sei zur damaligen Zeit durchaus üblich gewesen, eine Sondervergütung bei der Rechnungserteilung nicht in Erscheinung treten zu lassen. Der Beklagte fordert Erstattung des angeblich an den Vermittler gezahlten Betrages.

Das Berufungsgericht führt aus, es lägen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, welchen Wert die vom Beklagten besorgte Kunstseide gehabt habe und ob der Beklagte an Vermittler für die Beschaffung der Ware eine Provision von 7.000 DM habe bezahlen müssen. Es stehe nicht fest, ob er nicht etwa bei Bemessung seiner Forderung schon seine Unkosten voll berücksichtigt habe, es sei nicht auszuschließen, daß er alles, was er zu fordern hatte, schon durch die Gutschrift der 21.660,10 DM erhalten habe. Eine Schützung nach § 287 Abs. 2 ZPO sei nicht möglich, da nicht feststehe, daß er überhaupt eine Forderung habe.

Die Revision sieht in den Ausführungen des Berufungsgerichts einen inneren Widerspruch. Das trifft nicht zu. Die Erwägungen des Berufungsgerichts stehen ersichtlich im Verhältnis der Hauptbegründung zur Hilfsbegründung. Es meint in erster Linie, es stehe nicht fest, daß der Beklagte überhaupt eine Forderung habe, und in zweiter Linie, sofern er eine Forderung habe, sei sie möglicherweise durch die Gutschrift schon beglichen. Die Revision glaubt auch zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die

Beweislast verkannt; denn der Kläger müsse beweisen, daß er den Provisionsanspruch des Beklagten erfüllt habe. Es handelt sich indessen nicht um einen Provisionsanspruch des Beklagten, sondern um einen Anspruch auf Erstattung gezahlter Provision, also von Auslagen die mit dem Geschäft verbunden gewesen sein sollen. Ob der Beklagte Verkäufer oder Einkaufskommissionär gewesen ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Das kann auch dahingestellt bleiben. Der Beklagte hat dem Kläger unstreitig die Lieferung mit 21.660,10 DM in Rechnung gestellt und Zahlung an sich selbst verlangt. Sofern er als Einkaufskommissionär tätig war, ist er nach § 400 Abs. 1 HGB selbst eingetreten. Die Ausführung der Kommission wäre dann durch einen Kaufvertrag zwischen den Parteien erfolgt. Auch der Kommissionär, der das Gut als Verkäufer liefert, kann zwar nach § 403 HGB die sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen. Daß er solche Kosten gehabt hat, muß aber der Beklagte beweisen, ebenso, wie ihn die Beweislast dafür trifft, daß bei Vorliegen eines Kaufvertrages der Kläger als Käufer ihm außer der Zahlung des Kaufpreises noch Erstattung von Auslagen versprochen habe. Daß der Beklagte diesen Beweis schuldig geblieben ist, hat das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung ohne Rechtsirrtum angenommen.

3) Baukostenzuschuß von 35.000 DM. Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte sei Mieter des Grundstücks gewesen, auf dem der Kläger mit Vertrag vom 1. August 1949 Büro- und Fabrikräume gemietet hatte. Der Beklagte habe das im Kriege beschädigte Gebäude teilweise instandgesetzt. Der Beklagte behauptet, der Kläger habe sich verpflichtet, ihm seine Aufwendungen in einem Betrage von 35.000 DM zu ersetzen. Er glaubt, diesen Betrag noch jetzt geltend machen zu können.

Das Berufungsgericht sieht eine solche Vereinbarung nicht als bewiesen an. Zwar spreche, so führt es aus, die Darstellung des Zeugen Striebel für die Annahme, daß zwischen den Parteien eine bindende Vereinbarung über die Leistung eines sogenannten Baukostenzuschusses zustande gekommen sei. Doch lasse auch sie keine sichere Feststellung zu. Es dürfe nicht übersehen werden, daß im Mietvertrage schriftlich festgelegt wurde, der Kläger sei berechtigt, gewisse eigene Bauaufwendungen von der Miete abzuziehen. Es hätte nahegelegen, auch die Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Ersatzes für die Bauaufwendungen des Beklagten schriftlich festzulegen. Da das unterblieben ist, sei das ein gewichtiges Anzeichen dafür, daß die Erörterungen zwischen den Parteien über die Verpflichtung des Klägers, den Beklagten wegen seiner Verwendungen auf die Mietsache abzufinden, zu keinem Abschluß gelangt seien.

Diese Beweiswürdigung greift die Revision mit der Verfahrensrüge an, das Berufungsgericht habe die vom Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift vom 6. Juni 1961 als Zeugin benannte frühere Angestellte G [REDACTED]-H [REDACTED] nicht gehört. Daß Frau G [REDACTED]-H [REDACTED] nicht vernommen wurde, stellt indessen keinen Verfahrensverstoß dar. Die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1963 lautet:

"...Der Beklagte erklärte, er habe vor kurzem die Anschrift des Zeugen Hü [REDACTED] ausfindig gemacht, sie laute:... Der Beklagte beharrt auf seinem Antrag, den Zeugen Hü [REDACTED] zum Beweise dafür zu vernehmen, daß zwischen den Parteien die Leistung eines Baukostenzuschusses in Höhe von DM 35.000 DM vereinbart worden sei..."

Im Schriftsatz vom 15. Mai 1963 erklärt der Beklagte nochmals:

"...teile ich - wie schon telefonisch vorausgegeben - namens des Beklagten folgendes mit:

1. Auf den Beweisantrag zur Vernehmung des Zeugen HÜ[REDACTED] wird beharrt..."

Diese Äußerungen des Beklagten lassen keine andere Deutung zu, als daß er zu der Beweisfrage nur noch den Zeugen HÜ[REDACTED] benennen wollte. Der Zeuge ist im Termin vom 1. Juli 1963 vernommen worden. Einen Antrag auf Vernehmung der Frau G[REDACTED]-H[REDACTED] hat der Beklagte hierauf nicht mehr gestellt, vielmehr hat er sich mit einer Entscheidung ohne weitere mündliche Verhandlung einverstanden erklärt. Nach seinem gesamten prozeßualen Verhalten hat daher der Beklagte den Beweisantrag auf Vernehmung der Frau G[REDACTED]-H[REDACTED] nicht mehr aufrechterhalten.

Daß das Berufungsgericht dem Antrage des Beklagten, ihn nach § 448 ZPO zu vernehmen, nicht entsprochen hat, bildet keinen Verfahrensverstoß. Dafür, daß das Berufungsgericht sein pflichtmäßiges Ermessen, die beweispflichtige Partei zu vernehmen, verkannt hätte, liegen keine Anhaltspunkte vor.

4. Gutschrift über 31.824,40 DM. Der Kläger hat dem Beklagten in seinen Abrechnungen unter dem 10. September 1948 eine Gutschrift über 31.824,40 DM für Garnrechnung erteilt. Der Kläger hat erklärt, der Beklagte habe ihn in Höhe dieses Betrages für eine Lieferung von Möbelstoffen belastet. Es habe sich aber herausgestellt, daß er ihm, dem Kläger, die Stoffe nicht geliefert habe. Er habe dem Beklagten eine Nachfrist für die Lieferung bestimmt, mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehnen werde. Der

Beklagte habe die Frist nicht eingehalten. Er verlange nunmehr, daß ihm der Beklagte einen Schaden in Höhe von 31.824,40 DM ersetze. Doch sei dieser Anspruch in der Klagesumme nicht enthalten. Das Landgericht hat den Anspruch des Klägers auf Rückzahlung dieses Betrages für unbegründet erklärt, weil der Kläger beweisfällig geblieben sei. Das Berufungsgericht führt demgegenüber aus, dieser Anspruch sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits; deshalb habe über ihn nicht entschieden werden dürfen und könne vom Berufungsgericht nicht entschieden werden.

Dagegen, daß das Berufungsgericht über den angeblichen Schadensersatzanspruch des Klägers nicht entschieden hat, wendet die Revision sich nicht. Sie meint aber, an der Gutschrift müsse der Kläger sich festhalten lassen, und deshalb müsse die Gutschrift zugunsten des Beklagten bei der gegenseitigen Abrechnung jedenfalls solange berücksichtigt werden, bis der Kläger nachweise, daß und warum die Gutschrift nicht gelten solle. Der Beklagte verlangt also mit anderen Worten eine Gutschrift in Höhe von 31.824,40 DM zu der Abrechnung, von der das Berufungsgericht ausgeht. Die Rüge der Revision, hiermit hätte das Berufungsgericht sich auseinandersetzen müssen, geht ins Leere. Der Kläger hat zwar angekündigt, er werde im Wege des Schadensersatzanspruchs Rückgewähr des dem Beklagten angeblich zu Unrecht gutgebrachten Betrages verlangen. Er hat aber, was die Revision übersieht, die Gutschrift auch in der letzten dem Urteil des Berufungsgerichts zugrunde liegenden Abrechnung bestehen lassen. Entgegen der Meinung der Revision hat daher das Berufungsgericht in seiner Abrechnung die Gutschrift zugunsten des Beklagten berücksichtigt.

5. Schadensersatz von 6.000 DM wegen Verschlechterung der Mieträume. Im ersten Rechtszuge hat der Beklagte Schadensersatz wegen Verschlechterung der Mieträume in Höhe von 6.000 DM beansprucht. Das Landgericht hat dem Beklagten diese Forderung aberkannt. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils hat der Beklagte sich im zweiten Rechtszuge "damit abgefunden, daß es seinen Anspruch auf Zahlung von DM 6.000 Ersatz für Verschlechterung der Mieträume für unbegründet erklärt hat". Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich mit diesem Posten nicht beschäftigt, ist daher unbegründet.

III. Danach ergibt sich:

Das Berufungsgericht hat dem Kläger 23.523,65 DM zugesprochen. Davon sind, wie schon feststeht, 6.241,06 DM (Posten Retouren) abzusetzen. Wegen des vom Berufungsgericht dem Beklagten abgesprochenen Betrages von 2.600 DM aus dem Ätznatrongeschäft wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Beklagte schuldet dem Kläger also in jedem Fall $(23.523,65 - 6.241,06 =)$ 17.282,59 DM - 2.600 DM = 14.682,59 DM. In Höhe dieses Betrages ist die Verurteilung des Beklagten schon jetzt begründet. Seine Revision ist daher insoweit zurückzuweisen.

Siegt der Kläger mit dem Betrage von 13.967,04 DM, wegen dessen die Sache ebenfalls an das Berufungsgericht zurückverwiesen wird, bei der neuen Verhandlung ob und unterliegt der Beklagte mit seinem Anspruch von 2.600 DM, so hätte der Kläger zu beanspruchen $(23.523,65 - 6.241,06 =)$ 17.282,59 DM + 13.967,04 DM = 31.249,63 DM. Der Klage-

anspruch ist daher möglicherweise in vollem Umfange begründet.

Was die begehrten Zinsen betrifft, so führt das Berufungsgericht aus, zwar seien Kaufleute nach § 353 HGB berechtigt, Zinsen vom Tage der Fälligkeit an zu fordern. Doch lasse sich hier nicht feststellen, wann die einzelnen Forderungen des Klägers fällig geworden seien. Es könnten ihm daher Zinsen erst ab Rechtshängigkeit zuerkannt werden. Hiergegen macht die Revision zutreffend geltend, daß sämtliche Forderungen des Klägers spätestens bei Beendigung des Mietverhältnisses am 1. Juni 1953 entstanden und fällig geworden sind. Ansprüche aus späterer Zeit sind unstreitig niemals geltend gemacht worden. Der Kläger kann daher mit Recht nach § 353 HGB Zinsen jedenfalls für die Zeit ab 1. Juni 1953 fordern.

Danach ist das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als der Beklagte zu mehr als 14.682,59 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfange war seine Revision zurückzuweisen. Er war ferner zu verurteilen, 5 % Zinsen auf diesen Betrag auch für die Zeit vom 1. Juni 1953 bis 3. Januar 1955 zu zahlen. Wegen des Restbetrages von 15.317,41 DM war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Soweit Zurückverweisung erfolgt, wird die Entschei-

dung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht
übertragen.

Dr. Gelhaar	Dr. Dorschel	Dr. Mezger	Bundesrichter Normann
			Dr. Messner ist
			beurlaubt und
			verhindert zu
			unterschreiben
			Dr. Gelhaar