

3

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 341/78

URTEIL

Verkündet am

23. April 1980

Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Steuerberaters Karl-Wilhelm St[REDACTED],
O[REDACTED] Straße [REDACTED] in B[REDACTED], als Konkurs-
verwalter über das Vermögen der Firma Günter H[REDACTED] KG
in Ste[REDACTED]

Klägers, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Dr. Eduard Sch[REDACTED], G[REDACTED]
in H[REDACTED]

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 1980
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und die Anschluß-
revision des Beklagten wird das Urteil des
13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle
vom 9. August 1978 im Kostenpunkt und insoweit
aufgehoben, als die Klage in Höhe eines Be-
trages von 51 668,56 DM abgewiesen und der
Beklagte zur Zahlung von 18 244,73 DM nebst
Zinsen verurteilt worden ist.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der
Kläger 1/4 zu tragen. Im übrigen wird die Ent-
scheidung über die Kosten der Revisionsinstanz
dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

3

- 3 -

Tatbestand

Die Günter H. [REDACTED] KG (im folgenden Gemeinschuldnerin), über deren Vermögen im Oktober 1972 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, stellte Landmaschinen her. Sie stand mit dem Beklagten, der u.a. einen Handel mit Landmaschinen betreibt, seit 1968 in Geschäftsverbindung.

Der Kläger nimmt als Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin den Beklagten aus Forderungen der Gemeinschuldnerin in Anspruch, die nach seiner - des Klägers - Darstellung bis zur Beendigung der Geschäftsverbindung noch nicht beglichen waren.

Der Kläger hat behauptet, im Hinblick auf Einzelforderungen der Gemeinschuldnerin aus den Jahren 1969 bis 1971 sei mit dem Beklagten am 28. Dezember 1971 Einigkeit darüber erzielt worden, daß sich dessen Schuldsaldo zum 31. Dezember 1971 auf einen Betrag von 45 391,70 DM belaufe. Für den Fall, daß sich die behauptete Einigung nicht nachweisen lasse, hat der Kläger Einzelforderungen aus den Jahren 1969 bis 1971 in einer Gesamthöhe von 45 391,70 DM geltend gemacht.

Ferner hat der Kläger Forderungen aus dem Jahre 1972 in einer Höhe von insgesamt 101 982,45 DM errechnet. Von der sich damit ergebenden Gesamtforderung von 147 374,15 DM hat er in erster Instanz einen Teilbetrag von 125 000 DM geltend gemacht.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 70 622,52 DM nebst 13 % Zinsen vom 1. Januar 1973 bis 14. Mai 1975 und 11 % Zinsen ab 15. Mai 1975 stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage unter Abweisung im übrigen nur in Höhe von 18 244,73 DM nebst 5 % Zinsen stattgegeben.

Beide Vorinstanzen haben für die Zeit bis zum 31. Dezember 1971 aus der beiderseitigen Geschäftsbeziehung ein Guthaben des Beklagten angenommen und den von ihnen zuerkannten Betrag im Hinblick auf die für das Jahr 1972 geltend gemachten Forderungen der Gemeinschaftschuldnerin für begründet erachtet.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren in Höhe eines abgewiesenen Teilbetrages von 74 646,18 DM nebst Zinsen in der vom Landgericht zuerkannten Höhe weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision des Klägers und im Wege der Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

A. Zur Revision des Klägers

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die vom Kläger behauptete Einigung über einen sich zu Lasten des Beklagten ergebenden Schuldsaldo zum 31. Dezember 1971 sei nicht bewiesen. Da zwischen der Gemeinschaftschuldnerin und dem Beklagten auch kein Kontokorrent -, sondern ein offenes Rechtsverhältnis bestanden habe, sei aufgrund

einer Gegenüberstellung der Summe der sich für die Gemeinschuldnerin ergebenden Einzelforderungen und der Summe der Zahlungen des Beklagten zu prüfen, ob dem Kläger ein Guthaben zustehe.

Diese von der Revision nicht beanstandeten Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

II. 1. Das Berufungsgericht hat für das Jahr 1971 Forderungen der Gemeinschuldnerin in Höhe von 94 232,26 DM ermittelt. Das nimmt die Revision hin.

2. Für das Jahr 1972 nimmt das Berufungsgericht Gesamtforderungen der Gemeinschuldnerin in Höhe von 89 131,55 DM an.

Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe bei dieser Berechnung Beträge in einer Gesamthöhe von 23 911,12 DM zu Unrecht unberücksichtigt gelassen. Im einzelnen handelt es sich um folgende Positionen:

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht die Rechnung der Gemeinschuldnerin vom 22. Februar 1972 über einen Betrag von 269,67 DM (GA I Bl. 9) mit der Begründung nicht anerkannt, es fehle an einer substantiierten Darlegung des Rechtsgrundes dieser Forderung. Die Revision hat nicht aufgezeigt, warum diese Beurteilung unrichtig sein soll.

b) Aus der Rechnung vom 27. Juni 1972 in Höhe von 12 545,22 DM (GA I Bl. 12) über sieben kleine Futterwagen hat das Berufungsgericht nur einen Betrag von 7 052,94 DM

für die Lieferung von vier Wagen anerkannt. Es hat ausgeführt, der Nachweis habe nicht erbracht werden können, daß der Beklagte weitere drei Fahrzeuge zum Preis von 5 492,28 DM erhalten habe. Der Kläger könne den Beweis auch nicht mit Hilfe eines mit Schriftsatz vom 23. Mai 1978 überreichten und nach seiner Behauptung vom Beklagten gefertigten Schriftstückes führen, das den Betrag von 12 545,22 DM als "klar" bezeichne. Unbeschadet der Frage nach dem sachlichen Beweiswert der handschriftlichen Aufstellung sei die Berufung des Klägers auf Vernehmung des Beklagten als Partei und auf Einholung des Gutachtens eines Schriftsachverständigen zum Beweise der Echtheit der Urkunde gemäß § 528 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

aa) Allerdings kann der Revision nicht gefolgt werden, soweit sie meint, es sei unerheblich, daß die drei Fahrzeuge möglicherweise an Dritte geliefert worden seien, weil eine Auslieferung durch die Gemeinschuldnerin nachgewiesen sei und Lieferungen an Dritte als Leistungen an den Beklagten angesehen werden müßten. Gegenüber dem Vortrag des Beklagten, er habe keinen Auftrag erteilt, die Wagen an dritte Personen zu liefern, hat der Kläger weder behauptet noch unter Beweis gestellt, daß auf Lieferung der drei Wagen gerichtete Ansprüche des Beklagten vereinbarungsgemäß durch Leistung an Dritte hätten erfüllt werden können. Noch in der Berufungsinstanz hat er zudem behauptet, die Wagen seien unmittelbar an den Beklagten geliefert worden.

bb) Zu Recht rügt die Revision jedoch eine Verletzung des § 528 Abs. 2 ZPO.

Das Berufungsgericht hat dem Umstand nicht Rechnung getragen, daß das Landgericht nach Beweisaufnahme die Forderung aus der Rechnung vom 27. Juni 1972 in voller Höhe als begründet angesehen hat.

Einer Partei, die im ersten Rechtszug obsiegt hat, kann es in der Regel nicht als grobe Nachlässigkeit angerechnet werden, wenn sie ein ihr mögliches Vorbringen in diesem Rechtszug zurückgehalten hat, weil sie die Beweislage ebenso wie das Kollegialgericht beurteilt und ihr Vorbringen entsprechend beschränkt hat (vgl. RG JW 1939, 769, 771; BGH Urt. vom 18. Oktober 1956 - III ZR 245/55 = VersR 1956, 794, 795). Dem Kläger kann daher im Hinblick auf die in erster Instanz durchgeführte Beweisaufnahme und die von ihm bereits vorgelegten Unterlagen nicht vorgeworfen werden, er habe die im Prozeß erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt (vgl. Zöller/Schneider, ZPO, 18. Aufl. § 528 Anm. V 3 b), wenn er davon ausging, der Beweis für sein Vorbringen sei erbracht und es werde auf die mit Schriftsatz vom 23. Mai 1978 vorgelegte Urkunde, auf deren Beweiswert er sich ohnehin nur unterstützend beruft, nicht entscheidend ankommen.

Das Berufungsgericht hat mithin den Begriff der "groben Nachlässigkeit" verkannt. Ob die Berücksichtigung des Vorbringens den Rechtsstreit verzögert hätte, wie das Berufungsgericht meint, ist demnach unerheblich.

c) aa) Die Forderung aus der Rechnung vom 29. Juni 1972 über 20 868 DM (GA I Bl. 15) hat das Berufungsgericht ebenso wie schon das Landgericht in Höhe von 15 318 DM für unbegründet gehalten. Es hat ausgeführt, die Beweisaufnahme habe ergeben, die Gemeinschuldnerin und der Beklagte hätten sich abweichend von dem ursprünglichen Lieferauftrag des Beklagten, der die Auslieferung eines großen selbstfahrenden Futterwagens an das Stadtgut in Berlin vorgesehen habe, darüber geeinigt, den Vertrag zu lösen, nachdem der Wagen nicht rechtzeitig fertiggestellt worden sei. Demgemäß könne der Kläger eine Vergütung nur verlangen, wenn der Beklagte den Wagen gleichwohl - möglicherweise durch schlüssiges Verhalten - vertraglich bindend übernommen habe. Der Kläger habe dies durch die Behauptung darzutun versucht, der Beklagte benutze den auf seinem Betriebshof befindlichen Wagen für seine eigenen Zwecke. Sein zu dieser Behauptung erst in der Berufungsinstanz angetretener Beweis durch Parteivernehmung des Beklagten sei jedoch gemäß § 528 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen.

bb) In Übereinstimmung mit dem Landgericht hat das Berufungsgericht ferner aus der Rechnung vom 30. Juni 1972 über 9 156,83 DM (GA I Bl. 17) mehrere Einzelpositionen in einer Gesamthöhe von 2 831,17 DM als ungerechtfertigt bezeichnet.

Die Forderung für eine an das B[REDACTED] Stadtgut gelieferte Achse mit Differential in Höhe von insgesamt 1 030 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer = 1 143,30 DM (GA I Bl. 17) hat es für unbegründet gehalten, weil es

sich nach der Beweisaufnahme um eine Ersatzlieferung für eine reklamierte Achse gehandelt habe, für welche die Gemeinschuldnerin keine besondere Vergütung haben verlangen können. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Insoweit beruht die Entscheidung des Berufungsgerichts auch nicht auf einer Verletzung des § 528 Abs. 2 ZPO.

Die aus der Rechnung vom 30. Juni 1972 verbleibende Forderung in Höhe von 1 687,87 DM hat das Berufungsgericht für unbegründet erachtet, weil die Lieferung der mit diesem Gesamtbetrag berechneten Maschinenteile nicht bewiesen worden sei. Die vom Kläger erstmals in der Berufungsinstanz beantragte Vernehmung der als Zeugen benannten Empfänger der Lieferungen und des Beklagten als Partei komme nicht in Betracht, weil die Beweisanträge gemäß § 528 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen seien.

cc) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht die Beweisangebote des Klägers zu den Rechnungen vom 29. und 30. Juni 1972 in Höhe von 15 318 DM und 1 687,87 DM unter Verkenntung des Begriffs der Verzögerung unberücksichtigt gelassen hat.

Eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits tritt nicht ein, wenn die verspäteten Angriffs- und Verteidigungsmittel noch so rechtzeitig vorgetragen werden, daß sie bei der mündlichen Verhandlung berücksichtigt werden können, wenn also die Verspätung durch zumutbare vorbereitende Maßnahmen des Gerichts ausgeglichen werden kann (BGH Urteil vom 12. Juli 1979 - VII ZR 284/78 = BGHZ 75, 138 und das zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurteil vom 13. Februar 1980 - VIII ZR 61/79 S. 8).

Nicht zumutbar ist in der Regel eine umfangreiche Beweis-
aufnahme, sei es, daß zahlreiche Zeugen gehört werden
sollen, sei es, daß ein Streitstoff von erheblichem Aus-
maß geklärt werden soll (Senatsurteil vom 13. Februar 1980 aa0).
So war es hier jedoch nicht.

Der Kläger hatte die Beweisanträge bereits mit einem
am 3. April 1978 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz
gestellt. Da die mündliche Verhandlung vor dem Berufungs-
gericht erst am 12. Juli 1978 stattfand, wäre für vor-
bereitende Maßnahmen nach § 273 Abs. 2 ZPO ausreichend Zeit
gewesen. Es handelte sich bei den Beweisthemen um einfache
und klar abgegrenzte Streitpunkte, die sich im Rahmen der
mündlichen Verhandlung ohne unzumutbaren zeitlichen Aufwand
hätten klären lassen. Die beantragte Vernehmung des Beklag-
ten als Partei bezog sich nur auf die Fragen, ob er den
in der Rechnung vom 29. Juni 1972 bezeichneten Futterwagen
für eigene Zwecke benutzt und ob er die in der Rechnung
vom 30. Juni 1972 aufgeführten und gemäß Lieferscheinen
Nr. 1558 (GA I Bl. 105) und 02702 (GA I Bl. 107) ausge-
lieferten Maschinenteile tatsächlich erhalten hat. Außerdem
war der vom Kläger benannte Zeuge Busch (GA III Bl. 168,
GA I Bl. 110) zu der Frage zu hören, ob ihm zwei Deckel
für Steuerkästen (Teile aus dem Lieferschein Nr. 02711 -
GA I Bl. 110) geliefert worden sind. Die Beweisaufnahme
wäre auch nicht deshalb unzumutbar gewesen, weil der Be-
klagte als Partei auch zur Echtheit der mit Schriftsatz
vom 23. Mai 1978 vorgelegten Urkunde (oben A II 2 b) und
die Zeugin Schi[REDACTED] zu den von der Anschlußrevision ge-
nannten Punkten (unten B und C II) hätten vernommen werden
müssen. Auch insoweit handelte es sich um einfache Fragen,

die in der mündlichen Verhandlung ohne erhebliche Schwierigkeiten hätten geklärt werden können. Darauf, daß der Rechtsstreit insgesamt einen außerordentlich umfangreichen Gesamtkomplex zum Gegenstand hatte, dem die hier streitigen Beweisfragen zu entnehmen waren, kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an. Der Zeitraum zwischen dem Eingang der die Beweisangebote enthaltenden Schriftsatz und der mündlichen Verhandlung war so bemessen, daß die der Klärung bedürftigen - einfachen - Streitfragen aus dem Gesamtkomplex ausgesondert werden konnten.

3. Die Revision führt somit zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es auf der Aberkennung von Forderungen für das Jahr 1972 in Höhe von 22 498,15 DM (= 23 911,12 - 269,67 DM [oben A II 2 a] - 1 143,30 DM [oben A II 2 c bb]) beruht.

III. 1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, im Jahre 1971 habe der Beklagte Zahlungen in Höhe von 94 580,62 DM und im Jahre 1972 in Höhe von 65 000 DM geleistet. Davon geht auch die Revision aus.

2. Sie rügt indessen, das Berufungsgericht habe eine Gutschrift von 5 538,46 DM für das Jahr 1972 in Höhe eines Teilbetrages von 4 995 DM doppelt berücksichtigt. Das ist zutreffend. Der Kläger hatte in der Klageschrift u.a. die Rechnung vom 30. Juni 1972 über einen Gesamtbetrag von 9 156,83 DM aufgeführt (GA I Bl. 3, 17). In der Rechnung wird Bezug genommen auf die Lieferung eines Tankwagens an die Firma K [REDACTED] zum Rechnungsbetrag von 4 500 DM (zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer = 495 DM).

Ebenfalls in der Klageschrift hatte der Kläger ausgeführt, der Tankwagen sei zurückgegeben worden, so daß dem Beklagten insoweit ein Betrag von 4 995 DM gutzubringen sei. Das Landgericht hat demgemäß die Rechnung vom 30. Juni 1972 um den auf den Tankwagen entfallenden Betrag (4 995 DM) gekürzt, gleichwohl aber den in der Gutschrift von 5 538,46 DM enthaltenen, den Tankwagen betreffenden Betrag bei den zugunsten des Beklagten anzusetzenden Zahlungen und Gutschriften nochmals berücksichtigt. Diese unrichtige Berechnungsweise hat das Berufungsgericht übernommen, obwohl sich der Kläger auch in der Berufungsinstanz erneut auf die Abrechnung in der Klageschrift bezogen und der Beklagte nicht geltend gemacht hat, ihm stehe der Betrag doppelt zu.

Es ist daher mit der Revision nur eine Gutschrift in Höhe von 543,46 DM anzurechnen.

3. Insgesamt sind daher dem Beklagten für die Jahre 1971 und 1972 Zahlungen und Gutschriften in Höhe von 160 124,08 DM (94 580,62 DM + 65 000 DM + 543,46 DM) gutzubringen.

IV. Bei der Prüfung der Frage, wie die Zahlungen des Beklagten (oben A III) mit den Forderungen der Gemeinschaftsdnerin (oben A II) verrechnet worden sind, hat das Berufungsgericht eine Tilgung von ihm ungeprüft gebliebener Forderungen der Gemeinschaftsdnerin, die nach der Behauptung des Klägers in den Jahren 1969 und 1970 entstanden sind und von ihm hilfsweise zur Begründung des Klageantrags geltend gemacht werden, durch die in den Jahren 1971 und 1972 vorgenommenen Zahlungen des Beklagten verneint und

gemeint, diese Zahlungen könnten nur auf Forderungen angerechnet werden, die ebenfalls in den Jahren 1971 und 1972 entstanden seien. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe bei der Darstellung der Forderungen und ihrer Tilgung entsprechend seiner mit Schriftsatz vom 15. November 1976 (GA I Bl. 222 ff) vorgelegten Kontenaufstellung die Tilgung durch Zahlung abweichend von der gesetzlichen Tilgungsrangfolge des § 366 Abs. 2 BGB jeweils den Forderungen des Jahres zugeordnet, in dem die Zahlung geleistet worden sei. Daraus sei zu folgern, daß zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten für diese Abrechnung eine zulässige Absprache des Inhalts bestanden habe, die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen sollten stets dem Jahre rechnungstechnisch zugeordnet werden, in dem die Leistung erbracht worden sei. Die Forderungen aus den Jahren 1969 und 1970 seien demnach verjährt, und zwar die im Jahre 1969 entstandenen Forderungen mit Ablauf des 31. Dezember 1973 und diejenigen aus dem Jahre 1970 mit Ablauf des 31. Dezember 1974 (§§ 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 201 BGB), also vor der am 4. Dezember 1975 erfolgten Klageerhebung.

Dies beanstandet die Revision mit Erfolg.

1. Zutreffend ist, daß die Parteien in Abweichung von § 366 Abs. 2 BGB eine besondere Tilgungsreihenfolge vereinbaren können. Der Vortrag der Parteien und insbesondere die vom Kläger mit Schriftsatz vom 15. November 1976 vorgelegte Kontenaufstellung, in der Forderungen der Gemeinschuldnerin und Zahlungen des Beklagten in einer bestimmten - offenbar aus Gründen der Übersichtlichkeit des Prozeßvortrages gewählten - Reihenfolge gegenübergestellt worden sind, rechtfertigt trotz der jeweils zu Jahresende

erfolgten Saldierung die Annahme einer derartigen Vereinbarung jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat nicht die Feststellung getroffen, die Gemeinschuldnerin habe im Laufe der Geschäftsbeziehung von der in § 366 Abs. 2 BGB vorgesehenen Tilgungsregelung abweichen wollen und etwa aus diesem Grunde dem Beklagten Mitteilung darüber gemacht, in welcher Weise von ihr Rechnungen und eingehende Zahlungen verbucht wurden. Ebenso fehlt jegliche Feststellung darüber, welches sonstige Verhalten der Gemeinschuldnerin vom Beklagten als eine auf Abschluß einer von § 366 Abs. 2 BGB abweichenden Tilgungsvereinbarung gerichtete Abrede hätte gedeutet werden können. Der Beklagte hat sich auf eine Vereinbarung der Art, wie sie das Berufungsgericht angenommen hat, auch nicht berufen, obwohl der Kläger in der Berufungsinstanz unter Hinweis auf § 366 Abs. 2 BGB ausdrücklich ausgeführt hat, das Landgericht habe, als es die Verjährung des Forderungsbestandes aus den Jahren 1969 und 1970 angenommen habe, übersehen, daß zuerst die älteren, zunächst von der Verjährung bedrohten Forderungen der Gemeinschuldnerin durch die im Jahre 1971 geleisteten Zahlungen getilgt worden seien.

Die Annahme des Berufungsgerichts, es sei eine von § 366 Abs. 2 BGB abweichende Tilgungsvereinbarung getroffen worden, ist demnach rechtsfehlerhaft.

2. Zu der Frage, welche Forderungen die Gemeinschuldnerin in den Jahren 1969 und 1970 erworben hat, hat das Berufungsgericht infolge der von ihm angenommenen Verjährung keine abschließenden Feststellungen getroffen.

Für die Revisionsinstanz ist daher entsprechend der Aufstellung des Klägers GA I Bl. 222, 223 mit der Revision davon auszugehen, daß sich zugunsten der Gemeinschuldnerin für die Jahre 1969 und 1970 - unter Berücksichtigung von Gutschriften und in den Jahren 1969, 1970 vorgenommenen Zahlungen - ein Gesamtforderungsbetrag von 62 880,01 DM ergab.

3. Auf den Gesamtforderungsbetrag für 1969/1970 hat schon das Berufungsgericht gemäß § 366 Abs. 2 BGB zwei Wechselzahlungen in Höhe von 10 000 DM und 28 704,60 DM angerechnet. Es handelt sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um Wechsel vom 2. Oktober 1970 und 23. Dezember 1970, die am 3. Januar und 1. Februar 1971 eingelöst worden sind.

Dies nimmt die Revision hin, so daß für 1969/1970 noch ein Gesamtforderungsbetrag von 24 175,41 DM (62 880,01 DM - 38 704,60 DM) bleibt, auf den gemäß § 366 Abs. 2 BGB Zahlungen aus 1971 verrechnet werden können.

a) Daß der Beklagte bezüglich der in den Jahren 1971/1972 vorgenommenen Zahlungen, die überwiegend durch Wechsel erfolgten, eine besondere Tilgungsbestimmung i. S. des § 366 Abs. 1 BGB getroffen hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Für die Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß eine solche Bestimmung nicht erfolgt ist.

b) Würden demnach offenstehende Forderungen aus 1969/1970 in Höhe von 24 175,41 DM durch Zahlungen getilgt, die in den Jahren 1971/1972 vorgenommen worden sind, also zu einer Zeit, als die Forderungen noch nicht verjährt waren, so stehen den für 1971/1972 ermittelten Gesamtforderungen der Gemeinschuldnerin nur noch Zahlungen des Beklagten gegenüber, die um den Betrag von 24 175,41 DM zu vermindern sind.

V. Damit ergibt sich, daß die Revision in Höhe eines Betrages von 22 977,62 DM schon jetzt als unbegründet zurückzuweisen ist.

Werden nämlich die oben zu A II, 2 genannten Forderungen zum Gesamtbetrag von 22 498,15 DM, die das Berufungsgericht unter Verletzung des § 528 Abs. 2 ZPO aberkannt hat, den von ihm für 1971 und 1972 ermittelten Beträgen von 94 232,26 DM und 89 131,55 DM hinzugerechnet, so ergibt sich zugunsten des Klägers ein Gesamtbetrag von 205 861,96 DM. Dem stehen Zahlungen des Beklagten in Höhe von 135 948,67 DM (160 124,08 DM [oben A III 3] - 24 175,41 DM [oben A IV 3 b]) gegenüber, so daß der Überschuß zugunsten des Klägers 69 913,29 DM beträgt. Davon sind dem Kläger durch das Berufungsurteil 18 244,73 DM zuerkannt worden, so daß die Revision wegen eines Betrages von 51 668,56 DM zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt. Im übrigen ist die Revision unbegründet.

B. Zur Anschlußrevision des Beklagten

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, zu Unrecht wende sich der Beklagte gegen die Feststellung der einzelnen Forderungen und Gegenforderungen aus den

Jahren 1971 und 1972 mit der Rechtsauffassung, er habe eine am 24. September 1972 zustande gekommene bindende Abrechnungsvereinbarung zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten des Inhalts dargetan, daß die Gemeinschuldnerin ihm aus der genannten Geschäftsverbindung noch etwa 70 000 DM schulde. Eine solche Vereinbarung habe der Beklagte nicht schlüssig vorgetragen. Er habe sich zur Darstellung des Inhalts der von ihm behaupteten Saldovereinbarung nur auf ein der Gemeinschuldnerin angeblich übersandtes bestätigendes Schreiben vom 25. September 1972 (GA I Bl. 179) berufen, in dem es u.a. heißt:

"Wir einigten uns, daß die Firma H [REDACTED]
(Gemeinschuldnerin) der Firma Schierbaum
(Beklagte) außer dem Preis für den Schlepper
von 42 323,19 DM noch 28 751 DM schuldet...."

Dieses Schreiben belege die vom Beklagten geltend gemachte Einigung nicht, weil aus ihm eine verbindliche Absprache über die Abrechnung des Gesamtkomplexes der Geschäftsverbindung bis zu diesem Zeitpunkt nicht ersichtlich sei.

II. Diese Begründung hält den Angriffen der Anschlußrevision nicht stand.

1. Die Auslegung und Würdigung des Vortrages der Parteien im Prozeß unterliegt der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts (vgl. BGHZ 4, 328, 334; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 38. Aufl. § 550 Anm. 2 C). Das Revisionsgericht kann daher überprüfen, ob der Vortrag des Beklagten im Hinblick auf die geltend gemachte Saldovereinbarung unsubstantiiert ist, wie das Berufungsgericht meint.

2. Der Beklagte hat sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zur Darlegung einer am 24. September 1972 zustande gekommenen Saldovereinbarung keineswegs nur auf das Schreiben vom 25. September 1972 bezogen, dem eine Einigung über den Gesamtkomplex aller forderungen und Gegenforderungen der Parteien nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu entnehmen ist. Er hat sich vielmehr zum Beweise der Richtigkeit seiner Darstellung auf das Zeugnis seiner Ehefrau berufen (GA I Bl. 176). Sein Vortrag erschöpft sich demnach nicht in einer bloßen Bezugnahme auf den Inhalt des Schreibens vom 25. September 1972.

C. Das Urteil des Berufungsgerichts konnte demnach keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist und soweit die Klage in Höhe eines Betrages von 51 668,56 DM abgewiesen worden ist. In diesem Umfang war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

I. Bei der erneuten Verhandlung hat das Berufungsgericht unter Beachtung der Ausführungen zu A II 2 den Gesamtforderungsbetrag der Gemeinschuldnerin für die Jahre 1971/1972 festzustellen.

Im Hinblick auf die Darlegungen zu A IV hat das Berufungsgericht schließlich Feststellungen darüber zu treffen, ob die vom Kläger für die Jahre 1969 und 1970 geltend gemachten Forderungen berechtigt waren und inwieweit diese Forderungen gemäß § 366 Abs. 2 BGB durch im Jahre 1971 vorgenommene Zahlungen des Beklagten getilgt worden sind.

Ergibt sich zugunsten der Gemeinschuldnerin ein Guthaben, so ist auch dem Vortrag der Revision zur Frage der Verzugszinsen Rechnung zu tragen.

II. Der Vortrag der Anschlußrevision gibt Anlaß zur Prüfung, ob es überhaupt zu der vom Beklagten behaupteten Saldierungsvereinbarung gekommen ist (B II). Ist diese zu verneinen, so wird das Berufungsgericht bei der Errechnung des Gesamtforderungsbetrages für die Jahre 1971/1972 (A II 2) auch die Ausführungen der Anschlußrevision zu Nr. 3 und 4 des Schriftsatzes vom 19. März 1979 beachten müssen. Soweit das Berufungsgericht die dort bezeichneten Beweisangebote des Beklagten (Vernehmung der Zeugin Schi██████) nach § 528 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen hat, ist auf die Ausführungen zu A II 2 c cc zu verweisen.

Die weiteren Verfahrensrügen der Anschlußrevision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 565 a ZPO abgesehen.

D. Soweit die Revision erfolglos geblieben ist, war dem Kläger der hierfür entstandene Anteil der Kosten des Revisionsverfahrens aufzuerlegen. Im übrigen war die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens dem

Berufungsgericht zu übertragen, weil diese von der
Entscheidung in der Sache abhängt.

Braxmaier Claßen Dr.Hiddemann Hoffmann Treier