

2491 024

Verkündet
am 12. März 1959

Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Walter K [REDACTED] & Co. Kommanditgesell-
schaft, gesetzlich vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter Walter K [REDACTED], M [REDACTED]-S [REDACTED],
W [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Kaspar L [REDACTED], Maschinenfabrik,
M [REDACTED], G [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. März 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Kuhn, Dr. Nörr und Liesecke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in München vom 30. Januar 1958
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin übernahm auf Grund eines Vertrages vom 16. Januar 1952 die laufende Herstellung von Maschinen für die Beklagte. Dieser Vertrag wurde gekündigt, doch blieben die Parteien in Geschäftsverbindung. Es wurden jeweils einzelne Aufträge erteilt, so am 19. September 1956 der Auftrag, dessen Bezahlung im vorliegenden Rechtsstreit in Frage steht. In den Zahlungsbedingungen dieses Auftrages heißt es:

"Zahlung erfolgt mit 25 % nach Erhalt Ihrer Auftragsbestätigung und Übereinstimmung in allen Punkten. 35 % drei Tage nach Lieferung, 40 % 14 Tage nach Lieferung in bar, in Kunden- oder in eigenen Papieren..."

Die Beklagte hat außerdem noch folgenden Zusatz angefügt:

"Vorsorglich machen wir darauf aufmerksam, daß unser heutiges Schreiben selbstverständlich nicht als Fortsetzung eines mit Ihnen früher geschlossenen Vertrages aufzufassen ist."

Die Parteien hatten seit dem Jahre 1952 ihre Leistungen und Zahlungen beiderseits in laufende Rechnungen aufgenommen, über die sie sich gegenseitig in unregelmäßigen Zeitabständen Kontoauszüge übersandt haben. Über die Richtigkeit der beiderseitigen Buchungen der entstandenen Salden bestand seit Jahren Streit. Die Klägerin errechnete einen Saldo zu ihren Gunsten von 20 649,20 DM, die Beklagte einen solchen von 5 670,23 DM für sich.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte schulde für den selbständig abzurechnenden Auftrag vom 19. September 1956

- 3 -

10 460,42 DM, habe aber erst 4 360 DM bezahlt. Den Restbetrag von 6 100,42 DM nebst Zinsen hat sie mit der Klage verlangt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und widerklagend die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 5 670,23 DM begehrt. Sie hat geltend gemacht, die Klagforderung gehöre in das laufend auch über den Auftrag vom 19. September 1956 hinaus fortgeführte Kontokorrentverhältnis, aus dem sie noch Ansprüche in Höhe der Widerklage habe. Durch Wechselzahlungen vom 10. Oktober und 20. November 1956 sei zudem die Klagforderung in jedem Falle erfüllt.

Das Landgericht hat der Klage durch Teilurteil stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten erstrebt die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, weil der Landgerichtsrat Dr. B., ein Hilfsrichter beim Oberlandesgericht, als beisitzender Richter am angefochtenen Urteil mitgewirkt habe, entspricht nicht den Erfordernissen des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO. Wie der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in seinem zur Zeit der Abfassung der Revisionsbegründung bereits vorliegenden Urteil vom 29. Januar 1958 - IV ZR 170/56 - ausgeführt hat, reicht der bloße Hinweis auf die Tatsache, daß bei der Entscheidung ein



Hilfsrichter mitgewirkt hat, nicht aus, um den behaupteten Mangel darzulegen (vgl. ferner die Urteile des V. Zivilsenats vom 30. Mai 1958 - V ZR 1/57 - und vom 9. Juli 1958 - V ZR 5/57-). Es bedürfe zum mindesten der bestimmten Angabe, aus welchem Anlaß (Vertretung eines Planrichters oder Geschäftshäufung) der Hilfsrichter zur Zeit des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht abgeordnet gewesen sei. Dem Revisionskläger sei zuzumuten, sich hierüber durch Rückfrage bei der Justizverwaltung zu unterrichten. Dem hat der erkennende Senat bereits im Urteil vom 26. Januar 1959 - II ZR 174/57 - zugestimmt. Die hier noch beigelegte Erklärung der Revision, der Hilfsrichter sei am 20. Dezember 1956 dem Oberlandesgericht zugeteilt worden, habe aber noch beim angefochtenen Urteil vom 30. Januar 1958 mitgewirkt, ergibt nicht schlüssig, daß die Voraussetzungen für die Abordnung dieses Hilfsrichters nicht vorgelegen haben. Ist der Richter zur Vertretung eines bestimmten planmäßigen Richters abgeordnet, so kann die Dauer der Verhinderung dieses Richters zu einer entsprechend langen Tätigkeit des Hilfsrichters führen. Wird angenommen, daß Landgerichtsrat Dr. Brein wegen allgemeiner Geschäftshäufung dem Berufungsgericht zugeteilt worden ist, so schließt die Tatsache, daß er über ein Jahr lang tätig war, nicht aus, daß ein nur vorübergehendes Bedürfnis für seine Abordnung vorgelegen hat. Ob und wann die Abordnung eines Hilfsrichters wegen ihrer übermäßigen Dauer zu beanstanden ist, bedarf keiner Erörterung. Der Vortrag der Revisionsklägerin enthält hier jedenfalls keine Angabe von Tatsachen, die einen Mangel der Besetzung begründen könnten (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO). Der Senat vermag daher in eine nähere Prüfung der Gründe für die Abordnung des Landgerichtsrats Dr. Brein nicht einzutreten.

II. Auch die weitere Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe den erst in der Berufungsinstanz erhobenen Einwand der Erfüllung der Klagforderung zu Unrecht gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, ist unbegründet. Entgegen der Revision handelt es sich um ein neues Vorbringen, denn die Beklagte behauptete zum ersten Male, für den Fall, daß kein Kontokorrent angenommen werden sollte, sei die Klagforderung durch bestimmte Wechsel bezahlt. Nach Auffassung des Berufungsgerichts würde die Prüfung des Zahlungseinwandes die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben. Diese Frage unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts (BGH LM ZPO § 272 b Nr. -2). Zwar können Anordnungen vor dem Verhandlungstermin gemäß § 272 b ZPO, worauf die Revision hinweist, eine Verzögerung ausschließen (vgl. BGH LM ZPO § 272 b Nr. 3, wo es sich um die vorsorgliche Ladung von Zeugen und der Gegenpartei handelte). Hier stand in Frage, ob bestimmte, nach dem 16. Oktober 1956 gegebene Wechsel auf die Klagforderung gutzubringen waren oder frühere Rechnungen betrafen. Dieses Vorbringen konnte nur nach Stellungnahme der Klägerin unter Einreichung der Unterlagen für jeden Wechsel und gegebenenfalls Aufklärung der für die Anwendung des § 366 BGB maßgebenden Grundsätze über die Verrechnung der nicht alle offenen Forderungen deckenden Zahlungen beurteilt werden. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es würde erst nach Vernehmung von Sachverständigen über die beiderseitigen, sich widersprechenden Kontoauszüge zur Entscheidung über den Zahlungseinwand in der Lage gewesen sein. Die vorsorgliche Ladung eines Sachverständigen wäre nicht sachdienlich gewesen, weil zunächst der Parteivortrag vollständig vorliegen mußte. Nach alledem ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Zulassung des Zahlungseinwandes würde den Rechtsstreit verzögert haben,

rechtlich unbedenklich, so daß es gemäß § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO das neue Vorbringen nicht zuzulassen brauchte.

III. Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsirrtum angenommen, für den Anspruch aus dem Auftrag vom 19. September 1956 habe keine Kontokorrentabrede bestanden. Diese Auffassung beruht auf einer vom Berufungsgericht vorgenommenen und für das Revisionsgericht grundsätzlich bindenden Auslegung der aus Anlaß des Auftrages vom 19. September 1956 zwischen den Parteien getroffenen Abreden. Das Berufungsgericht hat auch nicht, wie die Revision meint, wesentliches Vorbringen der Beklagten außer acht gelassen, sondern für den Auftrag vom 19. September 1956 im einzelnen dargelegt, daß keine Verpflichtung der Klägerin bestanden hat, den Klaganspruch in ein Kontokorrent einzubeziehen, mag sie auch unverbindlich, wie sie ausdrücklich hervorgehoben hat, einen Kontoauszug im Anschluß an eine frühere laufende Rechnung übersandt haben. Das Berufungsgericht war auch nicht an seiner Auslegung durch die Behauptung des Beklagten gehindert, die Parteien seien über den Sinn des Zusatzes über die Selbständigkeit des Auftrages vom 19. September 1956 einverstanden gewesen. Die Klägerin hat ein solches Einverständnis bestritten. Die Beklagte hat sich nur auf die auszuliegenden Urkunden bezogen, aber keinen sonstigen Beweis angetreten. Angesichts der erheblichen Unstimmigkeiten der Parteien über den Stand der Ansprüche aus den früheren Lieferungen lag auch eine Abrede über den Ausschluß vom Kontokorrent nahe und die Beklagte hat sich auch, wie das Berufungsgericht feststellt, zunächst nicht auf eine Kontokorrentabrede und die Notwendigkeit der Verrechnung der neuen Lieferungen gemäß dem Auftrag vom 19. September 1956 in laufender Rechnung bezogen, sondern Teilzahlungen geleistet,

um, wie sie selbst angegeben hat, "die Lieferungen durch die Klägerin nicht zu gefährden". Unbedenklich konnte das Berufungsgericht auch aus der Abrede, es solle bar gezahlt werden, den vertraglichen Ausschluß der Aufrechnung mit etwaigen Gegenforderungen aus früherer Geschäftsverbindung entnehmen.

Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels hat die Beklagte gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr.Nastelski Dr.Haidinger Dr.Kuhn Dr.Nörr Liesecke