

BUNDESGERICHTSHOF

36

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 129/90

Verkündet am:
5. Juni 1991
Hochstein,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma E [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Gerhard E [REDACTED], Josef-K [REDACTED]-Straße [REDACTED], G [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Kurt Ka [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Kurt K [REDACTED], A [REDACTED] Straße [REDACTED], S [REDACTED]-Ko [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juni 1991 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Paulusch, Groß und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 16. Februar 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat die Beklagte entsprechend einer Forderungsaufstellung vom 30. Juli 1986 auf Zahlung von 48.029,15 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Darin enthalten sind 11.400 DM (Rechnung Nr. 6/86) und 21.112,80 DM (Rechnung Nr. 23/86) für Bohröllieferungen der Klägerin an den Kunden H. der Beklagten, ferner 2.737,37 DM Frachtkosten und 162,03 DM Wechselunkosten. Der Rest in Hö-

he von 12.616,95 DM stellt den Gegenwert für Waren dar, welche die Klägerin nach ihrer Behauptung ebenfalls an verschiedene Kunden der Beklagten in deren Auftrag lieferte.

Die Klägerin hat vorgebracht, die Beklagte habe ihre Forderung nach Erhalt der Aufstellung vom 30. Juli 1986 anerkannt und Zahlung zugesagt. Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, das an ihren Kunden H. gelieferte Bohröl sei mangelhaft gewesen und auf ihre Reklamation hin von der Klägerin zurückgenommen worden. Da der Kunde daraufhin die Geschäftsbeziehungen abgebrochen habe, sei ihr ein Schaden in Höhe von mindestens 90.000 DM entstanden, den die Klägerin zu ersetzen habe. Mit diesem angeblichen Gegenanspruch hat sie in erster Instanz hilfsweise die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Es hat als bewiesen angesehen, die Beklagte habe die Forderungsaufstellung vom 30. Juli 1986 deklaratorisch anerkannt, so daß es auf weiteres nicht mehr ankomme. Den hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch hat es der Beklagten aberkannt und deren nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 31. Mai 1989 gemäß § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassen. Die Berufung ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.



Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es könne dahinstehen, ob die vom Landgericht zutreffend als bewiesen angesehene Zusage der Beklagten, die Forderungen aus der Aufstellung vom 30. Juli 1986 zu erfüllen, als deklaratorisches Anerkenntnis zu werten sei oder nicht. Jedenfalls handele es sich dabei um ein Zeugnis gegen die Beklagte, das "als Beweis für die Richtigkeit des Klagevorbringens" zu würdigen sei und zu einer Beweislastumkehr führe. Einen Beweis für irgendwelche Tatsachen, wonach die Kaufpreis- und Aufwendungsersatzansprüche der Klägerin unbegründet seien, habe die Beklagte jedoch - abgesehen von ihrer Bezugnahme auf die Schriftsätze vom 27. Februar und 31. Mai 1989 - nicht angetreten. In zweiter Instanz habe sie die Richtigkeit der Forderungsaufstellung der Klägerin "nicht einmal mehr ausdrücklich" bestritten. Mit Recht habe das Landgericht Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegenüber den Forderungen aus den Rechnungen Nr. 6/86 und 23/86 für unbegründet erachtet. Die Beklagte habe nicht konkret behauptet, daß die diesen Rechnungen zugrundeliegenden Bohröllieferungen mangelhaft gewesen seien. Auch sei ihr Vorbringen zu ihrer Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB unzureichend.

Der Sachvortrag der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 31. Mai 1989, wonach die Parteien sich geeinigt haben sollten, daß die Klägerin ihre Rechnungen für die Bohröllieferungen storniere und auch sonst nichts mehr zu beanspruchen habe, sei nicht zu berücksichtigen. Ob der Inhalt dieses

Schriftsatzes, den das Landgericht zu Recht nach § 296 a ZPO unbeachtet gelassen und nicht zum Anlaß für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung genommen habe, zulässigerweise in das Berufungsverfahren eingeführt worden sei, sei fraglich. Jedenfalls sei das in dem Schriftsatz enthaltene Vorbringen neu und gemäß § 528 Abs. 1 und 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen, weil seine Berücksichtigung zu einer Verzögerung der Prozeßerledigung geführt hätte.

Die vom Landgericht mit zutreffenden Gründen zurückgewiesene Hilfsaufrechnung der Beklagten sei in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht worden.

II. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Berufungsgericht die Entstehung der in der Aufstellung vom 30. Juli 1986 enthaltenen, der Klage zugrundeliegenden Forderungen als bewiesen angesehen hat.

a) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht die Aussage der Zeugin Adams in Übereinstimmung mit dem Landgericht verfahrensfehlerfrei dahin gewürdigt, daß der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin gegenüber die Erfüllung der in der Aufstellung vom 30. Juli 1986 aufgeführten Forderungen zugesagt hat. Zwar hat die Zeugin eine ausdrückliche Zahlungszusage nicht bekundet, aber Äußerungen des Geschäftsführers der Beklagten ihr gegenüber und Reaktionen des Geschäftsführers der Klägerin bei und nach einem zwischen beiden Geschäftsführern geführ-

ten Telefongespräch wiedergegeben, die die Vorinstanzen im Rahmen tatrichterlichen Beurteilungsermessens als Zahlungszusage werten konnten. Daß das Berufungsgericht hierbei für die Beweiswürdigung erhebliche tatsächliche Umstände oder Prozeßstoff übersehen habe, zeigt die Revision nicht auf.

b) Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Zahlungszusage als Indiz dafür angesehen hat, daß die der Klage zugrundeliegenden Forderungen auf Bestellungen der Beklagten bzw. auf Aufwendungen der Klägerin beruhen, die dieser in Ausführung der Bestellungen entstanden sind. Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß Bestätigungserklärungen eines Schuldners - wie etwa die durch eine Zahlungszusage zum Ausdruck gebrachte Erfüllungsbereitschaft - als "Zeugnis" des Erklärenden "gegen sich selbst" gewertet werden können, das jedenfalls den Schluß auf die Richtigkeit des Vorbringens des Gläubigers zuläßt und u.U. darüberhinaus zu einer Umkehr der Beweislast führt (BGHZ 66, 250, 254; BGH, Urteil vom 13. März 1974 - VII ZR 65/72 = WM 1974, 410, 411).

2. Das angefochtene Urteil kann jedoch deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht Einwendungen der Beklagten gegen die Klageforderung zum Teil rechtlich unzutreffend gewürdigt und im übrigen verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt hat.

Da das Berufungsgericht die im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Frage, ob die Zahlungszusage einen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen der Beklagten verkörperte und demgemäß als deklaratorisches

Schuldanerkenntnis ausgelegt werden könnte, offengelassen hat, muß zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, daß ein derartiges Anerkenntnis nicht abgegeben wurde und deshalb der Beklagten auch solche Einwendungen nicht abgeschnitten sind, die schon zur Zeit der Zahlungszusage bestanden.

a) Die Beklagte hat mit Beweisantritt geltend gemacht, daß das unter Nr. 6/86 und Nr. 23/86 in Rechnung gestellte Bohröl mangelhaft gewesen und auf ihre - von der Klägerin anerkannte - Reklamation hin zurückgenommen worden sei.

aa) Das Berufungsgericht hat diesen Einwand rechtsirrtümlich für unbegründet erachtet, weil die Beklagte die behauptete Mangelhaftigkeit der Ware und die Einhaltung der sie als Kaufmann treffenden Untersuchungs- und Rügelast im Sinne des § 377 HGB nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe. Ob diese Voraussetzungen eines - vorliegend allein in Betracht kommenden - Wandelungsanspruches (§ 462 BGB) tatsächlich konkret vorgetragen worden sind, ist in dessen entscheidungsunerheblich. Der Darlegung eines Mangels und einer ausreichenden, rechtzeitigen Rüge desselben bedarf es nicht mehr, wenn die Kaufvertragsparteien einvernehmlich die Wandelung bereits vollzogen haben. Das war hier nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Beklagten jedoch der Fall.

bb) Soweit das Berufungsgericht den Einwand der vollzogenen Wandelung des Bohrölkaufs zudem gemäß § 528 Abs. 1 und 2 ZPO nicht zugelassen hat, beruht dies, was die Revision zu Recht rügt, auf einem Verstoß gegen die zitierten Vorschriften.

Danach darf im Berufungsverfahren Sachvortrag nur unberücksichtigt bleiben, wenn er neu ist. An dieser Voraussetzung fehlte es hier jedoch. Das Berufungsgericht ist nur deshalb zu einem anderen Ergebnis gelangt, weil es seiner Zulassungsentscheidung allein den Inhalt des erst nach Schluß der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatzes der Beklagten vom 31. Mai 1989 zugrunde legte. Dabei hat es außer acht gelassen, daß die Beklagte den Einwand der vollzogenen Wandelung mit Beweisantritt schlüssig bereits in ihrem Schriftsatz vom 27. Februar 1989 vorgebracht hatte und im Schriftsatz vom 31. Mai 1989 lediglich noch etwas konkretisierte. Das Berufungsgericht hätte daher dem Einwand, den die Beklagte unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die beiden vorgenannten Schriftsätze auch zum Gegenstand der Berufungsverhandlung gemacht hat, nachgehen und die dazu angebotenen Beweise erheben müssen.

b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht nach § 528 Abs. 1 ZPO auch dem - den Rest der Klageforderung betreffenden - Vorbringen der Beklagten die Zulassung versagt, die Parteien seien anläßlich der Rückgängigmachung des Bohrölkaufs übereingekommen, daß die Klägerin im Hinblick auf Schadensersatzforderungen der Beklagten auch aus sonstigen Lieferungen nichts mehr zu beanspruchen habe. Diese

Behauptung ist zwar neu, weil sie erstmals in dem Schriftsatz vom 31. Mai 1989 enthalten ist, dessen Inhalt nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht war. Indessen ist auch die Nichtberücksichtigung neuen Vorbringens nur zulässig, wenn anderenfalls die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. An diesem Erfordernis fehlte es hier jedoch. Neuer Vortrag verzögert die Erledigung des Rechtsstreits nicht, wenn dieser weder bei Zulassung noch bei Nichtzulassung des Vorbringens im ganzen entscheidungsreif ist (BGH, Urteile vom 24. November 1988 - VII ZR 313/87 = BGHR ZPO, § 296 Abs. 1 - Verzögerung 2 und vom 9. November 1990 - V ZR 194/89 = NJW 1991, 1181, 1182). Der Rechtsstreit der Parteien war nicht zur Entscheidung reif, weil das Berufungsgericht das unter Beweis gestellte Vorbringen zur Wandelung des Bohrölkaufs zu Unrecht unberücksichtigt gelassen hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 1990 aaO).

3. Soweit die Revision auch die Annahme des Berufungsgerichts angreift, die Beklagte habe die in erster Instanz erklärte Hilfsaufrechnung im Berufungsverfahren nicht mehr geltend gemacht, kann sie damit keinen Erfolg haben. Sie hält zu Unrecht die Auffassung des Berufungsgerichts deshalb für falsch, weil die Beklagte sich in ihrer Berufungsbegründung auf ihre Schriftsätze vom 27. Februar und 31. Mai 1989 bezogen und ihren Vortrag aus der ersten Instanz "voll inhaltlich wiederholt" habe.

Vorbringen zu der Hilfsaufrechnung hat die Beklagte weder in der Berufungsbegründung noch später in zweiter Instanz wiederholt. Zwar hat sie in der Berufungsbegründung

auf die vorgenannten Schriftsätze verwiesen. Dies geschah aber lediglich im Zusammenhang mit ihrem Vorbringen, zwischen den Parteien habe Einigkeit darüber bestanden, daß das gelieferte Bohröl wegen Mangelhaftigkeit nicht in Rechnung gestellt werde. Im übrigen hat sie lediglich pauschal "auf den Sachvortrag und die Beweisangebote erster Instanz Bezug genommen". Das reichte für eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung hinsichtlich der vom Landgericht als unbegründet beschiedenen Hilfsaufrechnung aber nicht aus. Die Berufungsbegründung muß die Punkte im einzelnen bezeichnen, in denen das erstinstanzliche Urteil angegriffen werden soll, und auch angeben, aus welchen Gründen der Berufungskläger die angefochtene Entscheidung in den bezeichneten Punkten für unrichtig hält (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). Beiden Erfordernissen ist hier im Hinblick auf die Hilfsaufrechnung, die von der Beklagten in der Berufungsinstanz nicht einmal andeutungsweise angesprochen worden ist, nicht genügt. Dem Berufungsgericht wäre es daher aus prozessualen Gründen sogar verwehrt gewesen, auf die Hilfsaufrechnung sachlich einzugehen.

Wolf

Groß

Dr. Skibbe

Dr. Beyer

Dr. Paulusch