

Nachschlagewerk: ja
 BGHZ: nein

ZPO § 529 Abs. 2, 3 a.F.

Ein nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist angekündigtes ergänzendes Vorbringen des Berufungsklägers darf nicht mehr als verspätet zurückgewiesen werden, wenn das Berufungsgericht die Unvollständigkeit des Sachvortrages zunächst als nicht grob nachlässig bewertet und deshalb Beweis über einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen erhoben hat und wenn sich die grobe Nachlässigkeit nicht erst aus später erkennbar werdenden Gründen ergibt.

BGH, Urteil vom 6. November 1978 - VIII ZR 132/77 - OLG Düsseldorf
 LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 132/77

URTEIL

Verkündet am
6. November 1978
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft in Firma W [REDACTED] B [REDACTED]
GmbH & Co. KG, W [REDACTED]straße [REDACTED] in N [REDACTED],
persönlich haftende Gesellschafterin: Firma W [REDACTED]
GmbH, diese gesetzlich vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Andreas M [REDACTED] und Franz M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Kommanditgesellschaft in Firma M [REDACTED] SB-G [REDACTED]
GmbH & Co. KG, S [REDACTED]straße [REDACTED] in D [REDACTED], persön-
lich haftende Gesellschafterin: Firma M [REDACTED] SB-G [REDACTED]
[REDACTED] GmbH, diese gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Otto B [REDACTED],
2. die Firma M [REDACTED] SB-G [REDACTED] GmbH, S [REDACTED]straße [REDACTED]
in D [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Otto B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1978 durch die Richter Dr. Hiddemann, Claßen, Wolf, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. Januar 1977 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Erstbeklagte, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Zweitbeklagte ist, gehört einer Gruppe von insgesamt 33 Selbstbedienungsgroßhandelsunternehmen an (im folgenden als Großmärkte bezeichnet), deren Firmenbezeichnung sich nur durch eine andere Ortsbezeichnung voneinander unterscheidet. Einen Teil der Werbung und der Einkaufsorganisation besorgt für alle 33 Großmärkte eine besondere, im folgenden als "M- I" bezeichnete Kommanditgesellschaft.

Seit etwa 1972 bezogen die Großmärkte von der Klägerin Briefmarken, die ihnen in acht Preisgruppen gegliedert teils als Serien, teils nach Motiven geordnet geliefert wurden. Jeder Großmarkt bestellte und bezahlte die für ihn bestimmten Marken. Etwa alle 4 - 6 Wochen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

besuchte ein Vertreter der Klägerin die Großmärkte, stellte den Bestand fest und veranlaßte die Nachbestellungen, wobei die Sortierung innerhalb der einzelnen Preisgruppen der Klägerin überlassen blieb.

Unter dem 23. Oktober 1974 schlossen die Klägerin und die M- I einen "Einkaufsvertrag", ferner einen "Bonusvertrag", der für die M- I einen Anspruch gegen die Klägerin auf 2,5 % des Briefmarkenumsatzes mit den Großmärkten begründete.

Im Sommer 1975 lieferte die Klägerin, die zu dieser Zeit liquidiert werden sollte, aufgrund einer Vereinbarung mit der M- I vom 1./14. Juli 1975 einen größeren Posten Briefmarken im Gesamtwert von 405 120 DM. Die Rechnungen erteilte die Klägerin unter dem 2. September 1975 den einzelnen Großmärkten.

Mit Schreiben vom 12. September 1975 beanstandete die M- I die aus früheren Bestellungen stammenden, im ersten Halbjahr 1975 gelieferten und bereits voll bezahlten Marken. Sie rügte, die Klägerin habe in diesen sechs Monaten unter Mißbrauch eines ihr eingeräumten "Nachbestückungsrechts" den Warenbestand bei den Großmärkten so verändert, daß wertmäßig ca. 92 % des Bestandes auf die drei oberen Preisgruppen entfielen und nur schwer absetzbar, die Marken außerdem auch mangelhaft und überteuert seien; der gesamte Bestand (den sie mit einem Verkaufswert von 407 629,42 DM errechnet hatte) werde der Klägerin zur Verfügung gestellt; mit der Gegenforderung aus der Rückgabe rechne sie gegen die Forderung aus dem Kaufvertrag vom 1./14. Juli 1975 auf.

Die Klägerin hat gegen die Beklagten Klage auf Bezahlung der gesamten "Liquidationslieferung" erhoben. Die Beklagten haben auf den Einwand mangelnder Passivlegitimation verzichtet, den Hauptbetrag der Klageforderung nicht bestritten und mit dem von ihnen auf positive Vertragsverletzung und andere Rechtsgründe gestützten Schadensersatzanspruch in Höhe von 401 024,25 DM sowie mit einem Teilbetrag von 4 095,75 DM aus einer "Bonusforderung" für 1975, hilfsweise mit dem Rest der Bonusforderung von 9 330,44 DM und weiter hilfsweise mit einer auf Fehlerhaftigkeit der Briefmarken gestützten Vertragsstrafenforderung von 60 153,60 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage bis auf den 5 % übersteigenden Teil der Zinsforderung stattgegeben und die Aufrechnung für unbegründet erklärt. In der Berufungsinstanz haben die Beklagten den Warenbestand, den sie ihrem hauptsächlichen, nur noch auf positive Vertragsverletzung gestützten Schadensersatzanspruch zugrunde legen, auf 396 158,99 DM beziffert. Sie haben im übrigen ihre Gegenforderungen ebenso wie die Klägerin ihre höheren Zinsansprüche weiterverfolgt. Nach Erledigung eines Teilbetrages von 10 404,90 DM hat das Oberlandesgericht der Klägerin über die verbleibende Klageforderung von 394 715,10 DM nebst den vom Landgericht zugesprochenen Zinsen hinaus einen Teil der mit der Anschlußberufung geforderten Zinsen nebst Mehrwertsteuer darauf zuerkannt und die Entscheidung über die Aufrechnungsforderungen nach § 302 ZPO vorbehalten.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre restliche Zinsforderung weiter und bekämpft den Aufrechnungsvorbehalt. Die Beklagten beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Die Klägerin ist durch das Berufungsurteil nicht nur insoweit beschwert, als das Oberlandesgericht einen Teil ihres Zinsanspruchs abgewiesen hat, sondern auch, soweit die Entscheidung über drei Aufrechnungsforderungen nach § 302 ZPO vorbehalten worden ist.

1. Das folgt allerdings nicht schon zwingend aus der Festsetzung eines auf den Erlaß des Vorbehaltsurteils bezogenen Beschwerdewertes von 394 715,10 DM im Berufungsurteil. Die Bindung des Revisionsgerichts an diese Festsetzung (§ 546 Abs. 2 ZPO n.F.) ergreift nicht die Feststellung einer Beschwer als solche, sondern beschränkt sich auf deren Bewertung. § 546 Abs. 2 ZPO will nur verhindern, daß das Oberlandesgericht einen Beschwerdewert von mehr als 40 000 DM annimmt und der Bundesgerichtshof einen solchen von höchstens 40 000 DM, so daß dann die Revisionswürdigkeit der Sache weder vom Revisionsgericht nach § 554 b ZPO noch - nach Abschluß der Instanz - vom Berufungsgericht nach § 546 Abs. 1 ZPO geprüft würde (vgl. Schriftl. Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 5. Mai 1975, BT-Drucks. 7/3596 S. 4 und S. 7; Vogel NJW 1975, 1297, 1301). Diesem Gesetzeszweck ist mit einer auf die Bewertung der Beschwer beschränkten Bindung vollauf gedient.

2. Der Aufrechnungsvorbehalt nach § 302 ZPO stellt für sich allein nach allgemeiner Ansicht keine Beschwer für einen Kläger dar, weil (und soweit) er sich im bloßen Zeitverlust hinsichtlich der Entscheidung über die Aufrechnung erschöpft (BGHZ 35, 248, 249 m.w.N.). Nur ausnahmsweise ist ein Kläger durch den Vorbehalt beschwert, wenn das Vorbehaltsurteil eine dem Kläger nachteilige sachliche Entscheidung über die Aufrechnungsforderung enthält, die das Gericht nach § 318 ZPO im Nachverfahren bindet (RG JW 1937, 232 Nr. 15; BGHZ 35 aaO; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., Allg. Einl. vor § 511 Rdn. 56).

3. Das angefochtene Urteil enthält eine derartige Entscheidung, indem es die Aufrechnung vorbehält, obwohl es ausdrücklich feststellt, daß ein für eine Sachentscheidung erheblicher Teil des Aufrechnungsvorbringens nach § 529 Abs. 2, 3 ZPO a.F. als verspätet nicht hätte zugelassen werden können.

Hätte das Berufungsgericht das Vorbringen zurückgewiesen, so hätte es zugleich allein wegen des nachlässigen Verhaltens der Beklagten die Aufrechnungsforderung als unbewiesen aberkannt. Das Vorbehaltsurteil eröffnet den Beklagten stattdessen die Möglichkeit, ihr Vorbringen zu ergänzen und ggf. zu beweisen. Im Nachverfahren ist das Gericht nach § 318 ZPO an seine Entscheidung über die Zulässigkeit weiteren Sachvortrags auch gebunden, weil es diese Rechtsfolge mit dem Vorbehaltsurteil ausdrücklich herbeiführen wollte (BGHZ 35, 248, 251, 253; RGZ 158, 204, 206 f).

4. Entgegen der Ansicht der Beklagten wird die Zulässigkeit der Revision nicht dadurch berührt, daß grundsätzlich die Zulassung verspäteten Vorbringens durch das Berufungsgericht nicht mit der Revision angefochten werden kann (BGH LM PreisüberwVO § 4 Nr. 3; ähnlich für die Zulassung einer Aufrechnung als sachdienlich BGH LM ZPO § 529 Nr. 4 = JZ 1953, 607). Diese Beschränkung der Revisibilität beruht auf der Erwägung, daß es nicht prozeßwirtschaftlich wäre, bereits geprüftes und für begründet erachtetes Vorbringen nachträglich auszuschließen, weil dadurch der Zweck des § 529 ZPO - Beschleunigung des Verfahrens - ins Gegenteil verkehrt würde. Im vorliegenden Fall bestünde diese Gefahr jedoch nicht. Das Oberlandesgericht hat das sachliche Aufrechnungsvorbringen noch nicht zur Entscheidungsgrundlage gemacht, sondern einer künftigen Prüfung vorbehalten. Demgegenüber würde das Verfahren beschleunigt, wenn bereits in diesem Prozeßstadium die Aufrechnungsforderung wegen verspäteten Vorbringens (§ 529 Abs. 2, 3 ZPO a.F.) endgültig aberkannt würde, wie es die Klägerin erstrebt.

II.

1. a) Die Revision rügt als Verstoß gegen §§ 286, 302 ZPO, daß das Berufungsgericht die auf positive Vertragsverletzung gestützte Gegenforderung nicht als verjährt und abweisungsreif behandelt habe, obwohl die Beklagten nicht dargelegt hätten, daß ihre Forderung der der Klägerin in unverjährter Zeit gegenübergestanden habe (§ 390 Satz 2 BGB); wegen der Entscheidungsreife der Gegenforderung habe ein Vorbehaltsurteil nicht ergehen dürfen.

b) Diese Rüge kann keinen Erfolg haben, weil die Klägerin durch die mangelnde Beachtung ihrer Verjährungseinrede im Vorbehaltsurteil nicht beschwert ist. Anders wäre es nur gewesen, wenn das Berufungsgericht die Verjährung mit bindender Wirkung verneint hätte (vgl. oben I 2 und 3). Das ist jedoch nicht geschehen. Zwar hat das Berufungsgericht ausgeführt, an der Zulässigkeit der Aufrechnung bestünden keine Zweifel. Begründet wird das aber nur mit dem Hinweis, die Klägerin habe die Abtretung der Ersatzansprüche anderer Großmärkte an die Erstbeklagte nicht bestritten und habe auf die Einrede aus § 410 BGB verzichtet. Ohne weitere Anhaltspunkte kann nicht unterstellt werden, das Oberlandesgericht habe die zuvor von ihm im Tatbestand erwähnte Verjährungseinrede in den Entscheidungsgründen übersehen. Deshalb kann nur angenommen werden, daß das Berufungsgericht die Verjährungseinrede und die weiteren nach § 390 Satz 2 BGB erforderlichen Voraussetzungen nicht hat prüfen und entscheiden wollen, so daß es im Nachverfahren insoweit auch nicht gebunden ist. Entsprechendes gilt für die auf §§ 478 f BGB gestützten Einwendungen.

2. Unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Aufrechnungsentscheidung wegen verspäteten Vorbringens der Beklagten nicht vorbehalten dürfen.

Das Berufungsgericht begründet seine Entscheidung damit, daß andernfalls die Gegenforderung aus positiver Vertragsverletzung mangels vollständiger Darlegung und mangels Beweises ihrer Voraussetzungen hätte aberkannt

werden müssen, wobei das nach der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter geltend gemachte neue Vorbringen der Beklagten nach § 529 Abs. 2 oder Abs. 3 ZPO a.F. nicht hätte berücksichtigt werden können.

a) Zutreffend erwägt das Berufungsgericht die Nichtzulassung des "neuen Vorbringens" nicht nach § 529 Abs. 5 ZPO a.F., sondern nur nach Abs. 2 oder 3 dieser Vorschrift. Absatz 5 bezieht sich nur auf eine in zweiter Instanz neu erklärte oder geltend gemachte Aufrechnung. Die Beklagten hatten aber die Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung aus positiver Vertragsverletzung schon im ersten Rechtszug unter ausführlichem Sachvortrag eingewandt, woraufhin ausschließlich über die Berechtigung dieses Einwands gestritten wurde. Das Oberlandesgericht hat sodann das Vorbringen als noch nicht vollständig substantiiert angesehen und einzelne, die Substantiierung ergänzende Angaben über Warenlieferungen und -bestände als verspätet bezeichnet. Dafür konnte allenfalls § 529 Abs. 2 oder 3 ZPO die rechtliche Grundlage sein.

Dem steht die Entscheidung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 10. Juli 1975 (III ZR 16/74 = LM ZPO § 529 Nr. 32 = MDR 1975, 1008 mit krit. Anm. E. Schneider) nicht entgegen, weil sie einen andersartigen Sachverhalt betrifft.

b) Nach dem von ihm eingeschlagenen Verfahren hätte das Berufungsgericht das ergänzende Vorbringen der Beklagten aber jedenfalls nicht zurückweisen müssen. Es hat nämlich über die Anspruchsvoraussetzungen,

die nach seiner Ansicht von den Beklagten weder in erster Instanz (§ 529 Abs. 2 ZPO a.F.) noch in der Berufungsbegründung (aaO Abs. 3) vollständig und schlüssig dargelegt waren, bereits Beweis erhoben. Gleichzeitig hat es den Beklagten Hinweise auf noch nicht ausreichenden Sachvortrag gegeben, was neben der Beweisanordnung nur Sinn haben konnte, wenn ergänzendes Vorbringen auch noch berücksichtigt werden sollte.

Nachdem beim Oberlandesgericht Senatstermin auf den 20. Dezember 1976 anberaumt und die Sache sodann an den Berichterstatter als Einzelrichter verwiesen war, ordnete dieser eine Beweisaufnahme u.a. darüber an, was zwischen den Parteien über die Lieferung der Briefmarken vereinbart war, was die Klägerin bis zum 1. September 1975 geliefert und zurückgenommen hatte, welcher Markenbestand im September 1975 und welcher im November 1976 vorhanden war. In zwei Beweisterminen vom 25. November und 13. Dezember 1976 vernahm er einen Sachverständigen und 8 Zeugen, verlangte vorher in mehreren prozeßleitenden Verfügungen ergänzende Angaben bzw. die Vorlage von Urkunden und wies die Beklagten in seiner Verfügung vom 22. November 1976 u.a. darauf hin, daß es "an einem hinreichend bestimmten Sachvortrag fehlen" dürfe, "da der Senat aufgrund des bisher angekündigten auch mit Hilfe eines Sachverständigen kaum zu beurteilen vermag, ob die Klägerin allfällige Pflichten verletzt hat". Im Senatstermin vom 20. Dezember wurden drei der vom Einzelrichter vernommenen Zeugen auf ihre Aussage vereidigt.

Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht das nach der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter angekündigte neue Vorbringen der Beklagten (im wesentlichen die unstreitig gebliebenen Zahlen der Inventur für 1973, die streitigen Angaben über Lieferungen in den Jahren 1974 und 1975, den Endbestand im September 1975 und eine Vereinbarung über das einzuhaltende Wertverhältnis zwischen den Preisgruppen) nicht nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO a.F. als verspätet zurückweisen, den Beklagten damit auch die Möglichkeit weiteren ergänzenden Sachvortrags nehmen und ihre Gegenforderung endgültig aberkennen. Die Beweisaufnahme über die Parteivereinbarungen und über die Briefmarkenlieferungen und -bestände durfte nur angeordnet werden, wenn der Anspruch der Beklagten durch ein für sie günstiges Beweisergebnis ganz oder teilweise bestätigt werden konnte. Voraussetzung dafür war, daß der Anspruch entweder voll substantiiert und schlüssig vorgetragen war oder das Berufungsgericht die erforderliche Ergänzung noch für zulässig hielt. Der Sachvortrag der Beklagten über die Veränderung in der Zusammensetzung der Markensortimente im Jahr 1975 war nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht vollständig, wie sich aus den Entscheidungsgründen und schon aus der oben zitierten Verfügung des Einzelrichters vom 22. November 1976 ergibt. Da das Gericht grob nachlässig verspätetes Vorbringen gemäß § 529 Abs. 2 oder 3 ZPO a.F. auch nicht nach seinem Ermessen zulassen oder zurückweisen durfte, läßt sich die Beweisanordnung nur dahin deuten, daß das Berufungsgericht in dem bis dahin unvollständigen Sachvortrag keine grobe Nachlässigkeit erblickte.

Diese weitgehend seiner Beurteilung überlassene, in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbare Wertung durfte das Berufungsgericht nach durchgeführter Beweisaufnahme nicht mehr ändern, sofern nicht neue Gesichtspunkte für grobe Nachlässigkeit erst später erkennbar wurden, wofür im vorliegenden Fall nichts spricht.

Die gegenteilige Lösung würde dem prozeßwirtschaftlichen Zweck des § 529 ZPO a.F. zuwiderlaufen. Diese Bestimmung will die Parteien zu rechtzeitigem, eine kurze Prozeßdauer fördernden Vorbringen veranlassen, nicht aber eine vom Gericht schon vorgenommene Sachaufklärung wieder überflüssig machen. Deshalb kann z.B. eine Revision nicht damit begründet werden, das vom Berufungsgericht verwertete Vorbringen hätte nicht zugelassen werden dürfen (BGH LM PreisüberwVO § 4 Nr. 3). Diesem Fall ähnelt der vorliegende insofern, als das Berufungsgericht Beweis über einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen erhoben hat, obwohl nach Eingang der Berufungsbegründung klar ersichtlich war, daß mindestens noch Angaben über den Markenbestand Ende 1974 und über den Verkauf im ersten Halbjahr 1975 fehlten. Die spätere Zurückweisung des teilweise ergänzenden Vortrags und die Aberkennung des Ersatzanspruchs würden die Beweisaufnahme gegenstandslos machen und einer wirtschaftlichen Prozeßführung nicht dienen, sondern im Wege stehen. Daher darf ein Berufungsgericht, das die unvollständige Sachdarstellung zunächst nicht als grob nachlässig wertet und Beweis über einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen erhebt, diese Wertung nicht ohne neue Erkenntnisse über die Nachlässigkeit ändern und die Ergänzung des Vorbringens nach § 529 Abs. 2 oder 3 ZPO a.F. zurückweisen.

Im Ergebnis, wenn auch nicht mit dieser Begründung, hat das Oberlandesgericht also mit Recht von einer Sachentscheidung zu Lasten der Beklagten abgesehen. Damit war die Entscheidung über die primäre Aufrechnungsforderung nicht zwingend entscheidungsreif, so daß ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO ergehen konnte.

III.

Unbegründet ist die Revision ferner, soweit sie sich gegen die Abweisung eines Teils des Zinsanspruchs richtet.

1. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin auf den Teilbetrag ihrer Forderung von 200 000 DM 5 % Verzugszinsen seit dem 2. Oktober 1975 zugesprochen und höhere Zinsen abgelehnt, weil die Klägerin keinen höheren Schaden dargelegt und nachgewiesen habe; die vorgelegte Bescheinigung des Kaufmanns Andreas M. vom 1. Oktober 1975 ergebe nur, daß dieser einen Anspruch auf Kreditzinsen gegen die Klägerin erhoben habe, nicht aber, daß ihm dieser Anspruch zustehe.

Diese Begründung mangelnder Substantiierung des entstandenen Schadens ist nicht zu beanstanden. Zwar könnte - wie die Revision meint - möglicherweise in der Geltendmachung des Zinsanspruchs im Prozeß eine Zustimmung der Klägerin zu der Zinsforderung des Kaufmanns M. liegen. Ohne jeglichen Hinweis der Klägerin brauchte das Berufungsgericht ihrem Vortrag aber nicht zwingend eine derartige Bedeutung beizumessen, zumal gänzlich ungeklärt war, ob der Kredit tatsächlich gewährt war, ob die

Klägerin nach dem 1. Oktober 1975 die von M■■■■■■ verlangten Zinsen gezahlt hatte und ob ihre jetzt behauptete Zustimmung bereits ab 1. Oktober 1975 oder von einem späteren Zeitpunkt an gelten sollte.

2. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin klargestellt, daß die vom Berufungsgericht abgewiesenen weiteren Teile der Zins- und Umsatzsteuererstattungsforderung mit der Revision nicht mehr weiterverfolgt werden sollen. Ein Eingehen auf diese Ansprüche erübrigt sich daher, zumal Rechtsfehler des angefochtenen Urteils auch insoweit nicht ersichtlich sind.

IV.

Nach alledem mußte die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Hiddemann

Claßen

Wolf

Treier

Dr. Brunotte