

VIII. ZR 159/57

Verkündet

am 25. November 1958

Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2321 053

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich K [REDACTED], Bauunternehmung,
Inhaber Bauunternehmer und Kaufmann Willy K [REDACTED]
in F [REDACTED], K [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED]-Decken Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Dipl.-Ing. W. K [REDACTED] in F [REDACTED], H [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. November 1958 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel
und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 12. Juli
1957 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die eine Bauunternehmung betreibt, bezog seit Jahren von der Klägerin für ihre verschiedenen Bauvorhaben K[REDACTED]-Deckenkonstruktionen. Schon im März 1953 versuchten die Parteien die beiderseitigen von einander abweichenden Abrechnungen abzustimmen. Es wurde ein Betrag von 14.798,-- DM ermittelt, den die Klägerin verlangte, die Beklagte jedoch nicht anerkennen wollte. Insbesondere konnten sich die Parteien nicht darüber einigen, ob die Beklagte einen Betrag von 11.431,46 DM, den sie wegen eines ihr angeblich zustehenden Skontos von 11,5 % zurückhielt, schuldete. Dieser Rechnungsposten bezieht sich in der Hauptsache auf Lieferungen der Klägerin an die Großbaustelle in Bad Nauheim. Die im übrigen nicht bestrittene Forderung der Klägerin aus dieser Lieferung betrug annähernd 200 000,-- DM, auf die die Klägerin einen Nachlaß von 11,5 % für 100 000,-- DM gewährt hatte, während die Beklagte den Nachlaß (Skonto) für den gesamten Rechnungsbetrag geltend macht. Auch nach dieser Besprechung vom März 1953 setzte die Klägerin ihre Lieferungen bis Ende 1954 fort. Jeden einzelnen Geschäftsabschluß bestätigte sie von da ab durch ein besonderes Schreiben, in dem jeweils auch Bedingungen für die Zahlungsweise und ein etwaiges Skonto mitgeteilt wurden. In einem Teile dieser Schreiben heißt es: "Zahlung wie üblich, durch Vorkasse mit 11,5 % Skonto". In anderen Schreiben wird der Beklagten ein Zahlungsziel von 8 bis 14 Tagen mit 2 bis 5 % Skonto eingeräumt. Die Beklagte hat diesen Schreiben in keinem Falle widersprochen, die für das Skonto angegebenen Zahlungsfristen aber auch nicht eingehalten. Gleichwohl hat sie bei der Zahlung Abzüge in Höhe von 11,5 % der Lieferpreise gemacht, zu denen

- 3 -

weitere Abzüge wegen Bruch, Rücklieferung etc. hinzukommen. Die Klägerin erklärte sich mit diesen Abzügen nicht einverstanden. Im August 1955 kamen, nachdem verschiedene Verhandlungen ergebnislos verlaufen waren, wiederum Beauftragte der Parteien zusammen - der Angestellte Dr. W. [REDACTED] von der Klägerin und der Buchhalter Sp. [REDACTED] von der Beklagten -, um die beiderseitigen Abrechnungen aufeinander abzustimmen. Bei dieser Besprechung wurden folgende streitigen Rechnungsposten ermittelt:

15.786,29 DM (Skonto), 223,30 DM (Bruch), 137,16 DM (Instandsetzung), 155,61 DM (Rücklieferung), 3.286,11 DM (Preisänderung) und 2.077,51 DM (Fehlmenge). Das Ergebnis der Besprechung wurde in einer Aufstellung vom 8. August 1955 niederggelegt, das als Grundlage für weitere Vergleichsverhandlungen diente, die jedoch vorerst zu keinem Ziele führten.

Um endlich zu einer Einigung zu gelangen, traten die Parteien am 10. Februar 1956 wiederum zu einer Besprechung zusammen, zu der die Klägerin ihren Geschäftsführer K. [REDACTED], den Angestellten Dr. W. [REDACTED] und den Prokuristen Z. [REDACTED] entsandte, die mit dem Inhaber der Beklagten verhandelten. Auf Grund der Aufstellung vom 8. August 1955 ging man davon aus, daß ein Gesamtbetrag von 38.804,89 DM noch offen stand, den die Beklagte jedoch im Hinblick auf die bereits früher ermittelten streitigen Posten nur in Höhe von 17.145,60 DM als geschuldet anerkannte. Ausgehend von diesem nicht bestrittenen Betrage verhandelten die Parteien über einen von der Beklagten im Vergleichswege zu zahlenden Betrag von 19.587,-- DM. Aber auch zur bedingungslosen Zahlung dieses Betrages war die Beklagte nicht bereit. Sie wies



daraufhin, daß sie wegen drohender Schadensersatzansprüche ihrer Bauherrn der Sicherstellung durch die Klägerin bedürfe. Deshalb verhandelte man auch darüber, daß die Klägerin der Beklagten einen Scheck in derselben Höhe von 19.587,-- DM zu Depotzwecken übergeben solle.

Am 11. Februar 1956 verfaßte Dr. W. [REDACTED] ein Schreiben, das der Beklagten mit der Unterschrift des Geschäftsführers K. [REDACTED] der Klägerin vorsehen am 22. Februar 1956 zugeing, das im wesentlichen folgenden Wortlaut hat:

"Anlässlich der letzten gemeinsamen Besprechung zwischen Ihnen und unseren Herren Dipl.Ing. K. [REDACTED], Z. [REDACTED] und Dr. W. [REDACTED] ist eine endgültige Absprache über den Ausgleich der seit längerer Zeit offenen Forderungen aus verschiedenen Bauvorhaben, die gemäß unserem Abrechnungsschreiben vom 15.8.1955 zwischen den Herren Ihrer und unserer Buchhaltung abgestimmt wurden, getroffen worden. Danach erhalten wir von Ihnen zum Ausgleich der gesamten Forderung in Höhe von DM 37.226,84 einen Verrechnungsscheck über DM 19.587,--.

Absprachegemäß erhalten Sie von uns in gleicher Höhe einen Verrechnungsscheck, der von Ihnen nicht weitergegeben, sondern in ihr Depot gelegt wird. Dieser nur für ihr Depot bestimmte Scheck soll Ihnen als Sicherheit dienen für den Fall, daß Sie an den von uns an Ihre Baustelle gelieferten Decken Reparaturen durchführen müssen, für welche wir auf Grund unserer Lieferungs- und Zahlungsbedingungen verantwortlich sind. "

Diesem Schreiben lag der angekündigte Depotscheck nicht bei. Da sich auch die Beklagte nicht bereit fand, den Verrechnungsscheck über 19.587,-- DM zu übergeben, fanden weitere Besprechungen zwischen Dr. W. [REDACTED] und dem Inhaber der Beklagten statt. Sie endeten damit, daß die Klägerin mit Schreiben vom 18. April 1956 die Zahlung

der gesamten noch offenstehenden Forderung verlangte.
U.a. enthält das Schreiben folgende Ausführungen:

"Zu meinem Bedauern habe ich feststellen müssen, daß trotz der zwischen Ihnen und mir - in Anwesenheit der Herren W. [REDACTED], Z. [REDACTED] und Dr. W. [REDACTED] - geführten Besprechung die Regelung auf der vorgesehenen Basis noch immer nicht vorgenommen ist.

Wir haben die Besprechung außerdem mit unserem Schreiben vom 11.2.56 nochmals bestätigt. Unsere wiederholten Versuche, die Angelegenheit zum Abschluß zu bringen, haben zu keinem Ergebnis geführt. Entweder waren Sie verreist, oder Sie hatten keine Zeit.

Es war vorgesehen, daß ich von meinen Forderungen einen erheblichen Abstrich mache. Sie wollten dafür umgehend zahlen. Ich habe mich zu diesem Abstrich bereit erklärt, um eine Basis für weitere Geschäftsbeziehungen zu schaffen. Ich ziehe mein seinerzeitiges Angebot hiernit zurück, und ich bestehe auf Zahlung meiner gesamten Forderung. In welcher Höhe diese besteht, wird sich ergeben."

Mit der Klage macht die Klägerin nunmehr ihre gesamte sich aus der Aufstellung vom 8. August 1955 ergebende noch offen stehende Kaufpreisforderung geltend, auf die sie der Beklagten zwei kleinere Beträge gutbringt. Zu der verbleibenden Summe von 36.702,44 DM rechnet sie noch einen Restbetrag von 3.599,03 DM hinzu, den die Beklagte neben anderen in einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossenen Bauunternehmern schuldete, so daß sich ihre Forderung auf 40.301,47 DM nebst Zinsen stellte.

Am 14. Mai 1956 wurde die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen durch Versäumnisurteil verurteilt, gegen das sie Einspruch eingelegt hat. Noch während des ersten Rechtszuges zahlte sie dann den Be-

trag von 19.587,-- DM. Auch der von der Arbeitsgemeinschaft geschuldete Betrag von 3.599,03 DM ging ein. Daraufhin ermäßigte die Klägerin den Klageantrag mit der Maßgabe, das Versäumnisurteil in Höhe der Verurteilung abzüglich der geleisteten Zahlungen aufrechtzuhalten.

In diesem Rahmen streiten die Parteien auf der einen Seite darüber, ob durch die Besprechung vom 10. Februar 1956 in Verbindung mit dem Schreiben der Klägerin vom 11. Februar 1956 eine vergleichsweise Einigung auf den Betrag von 19.587,-- DM zustande gekommen ist. Während die Beklagte die Ansicht vertritt, daß dieses Schreiben die Bestätigung eines bereits abgeschlossenen Vergleichs enthalte, will die Klägerin darin im Hinblick auf die sich an den 10. Februar 1956 anschließenden weiteren Verhandlungen der Parteien nur einen Vergleichsvorschlag erblicken.

Auf der anderen Seite hat die Beklagte im zweiten Rechtszuge ihre Einwendungen gegen die einzelnen streitig gebliebenen Rechnungsposten wieder aufgegriffen.

Das Landgericht hat in der Hauptsache nach dem ermäßigten Klageantrag erkannt, und die Klage nur hinsichtlich eines Teiles der Zinsforderung abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage, soweit diese noch aufrechterhalten wird, weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I.

1.) Da der ursprünglich mit der Klage ebenfalls verlangte Betrag von 3.599,03 DM, der weder in der Aufstellung der Parteien vom 8. August 1955 enthalten noch Gegenstand der Besprechung vom 10. Februar 1956 war, durch Zahlung aus dem Streite der Parteien ausgeschieden ist, hatte das Berufungsgericht in erster Reihe darüber zu entscheiden, ob zwischen den Parteien am 10. Februar 1956 oder in Verbindung mit dieser Besprechung durch den nachfolgenden Schriftwechsel ein Vergleich zustande gekommen ist, durch den die Schuldsumme auf den Betrag von 19.587,-- DM festgesetzt wurde. Wäre dies zu bejahen gewesen, so wäre die Kaufpreisforderung durch die Zahlung des Betrages von 19.587,-- IM getilgt gewesen. Das Berufungsgericht hat jedoch das Zustandekommen eines solchen Vergleichs verneint.

Es hat ausgeführt, das Schreiben der Klägerin vom 11. Februar 1956 stelle sich nur dem Wortlaute nach als Bestätigungsschreiben darüber dar, daß die Parteien am 10. Februar 1956 eine feste Vereinbarung getroffen hätten. Wenn es auch als Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich habe, des Inhalts, daß die Parteien den Vergleich, so wie er in dem Schreiben niedergelegt sei, auch tatsächlich geschlossen hätten, so sei doch diese Vermutung widerlegbar und durch die Beweisaufnahme in der Tat widerlegt worden. Danach habe die Klägerin im Einverständnis mit der Beklagten mit

dem Schreiben nur bezweckt, dem Inhaber der Beklagten eine feste Grundlage für eine noch zu treffende Entscheidung zu geben. In Wirklichkeit habe das Schreiben demnach ein Angebot der Klägerin enthalten, das der Inhaber der Beklagten abgelehnt habe.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht hat die Revision gerügt, das Schreiben vom 11. Februar 1956 sei seinem Wortlaute nach so eindeutig, daß es einer Auslegung überhaupt nicht zugänglich sei. Mit dieser Rüge kann sie jedoch keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme folgendes festgestellt: Die Beauftragten der Klägerin hätten zwar das Angebot gemacht, die Restforderung der Klägerin bei sofortiger Zahlung auf 19.587,-- DM zu ermäßigen. Dieses Angebot habe der Inhaber der Beklagten jedoch nur mit der Einschränkung angenommen, daß die Zahlung erst nach Klärung etwaiger Regreßansprüche seitens verschiedener Bauherren erfolgen sollte. Der Beklagten sei daraufhin zwar ein Depotscheck in gleicher Höhe als Sicherheit angeboten worden, es sei aber, wie die Beklagte selbst zugegeben habe, ungeklärt geblieben, unter welchen Voraussetzungen sie den Depotscheck hätte geltend machen dürfen. Gerade diese Frage der Sicherstellung der Beklagten habe aber bei den Verhandlungen eine wesentliche Rolle gespielt. Das habe, so führt das Berufungsgericht weiter aus, der Inhaber der Beklagten in seinem während des schwebenden Rechtsstreites an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 6. Juni 1956 unmißverständlich durch die Worte zum Ausdruck gebracht: "Unsere Vereinbarung hatte nicht den Zweck die Höhe Ihrer Forderung festzustellen, sondern die Art der Sicherung, die Sie uns gewähren sollten." Da man sich aber

über die Art und Weise der Sicherstellung der Beklagten nicht endgültig habe einigen können, so sei schließlich der Zeuge Dr. W. [REDACTED] von allen Beteiligten beauftragt worden, einen schriftlichen Vorschlag zu unterbreiten. Daraufhin habe Dr. W. [REDACTED] das Schreiben vom 11. Februar 1956 angefertigt und, da ihm der Inhaber der Beklagten keine Gelegenheit gegeben habe, es persönlich zu überbringen, es diesem auf seinen Wunsch schließlich zur Überprüfung übersandt. Der Inhaber der Beklagten sei aber von Dr. W. [REDACTED] fernmündlich darüber unterrichtet worden, was es mit diesem Schreiben auf sich habe.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht diesen Sachverhalt dahin gewürdigt, daß es nicht zu einer Einigung der Parteien gekommen sei.

Diesem Ergebnis steht weder das Schreiben vom 11. Februar 1956 noch dasjenige vom 18. April 1956 entgegen.

Es kann dahinstehen, welche Rechtsfolgen sich ergeben würden, wenn das Schreiben vom 11. Februar 1956 seinem Wortlaute entsprechend als echtes Bestätigungsschreiben über vorausgegangene Vergleichsverhandlungen aufzufassen wäre. Gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, daß dieses Schreiben entgegen seinem Wortlaute nur ein Angebot der Klägerin darstellen sollte, das der Inhaber der Beklagten ausdrücklich abgelehnt hat, bestehen keine Bedenken.

Das Schreiben stellt eine Individualerklärung der Klägerin dar, deren Auslegung der Nachprüfung durch das

Revisionsgericht nur in beschränktem Umfange zugänglich ist. Das wird von der Revision nicht verkannt, die sich in ihrer Rüge auf den Hinweis der Eindeutigkeit des Wortlauts beschränkt. Es ist der Revision zuzugeben, daß die Auslegungsfähigkeit einer Erklärung ihre Mißverständlichkeit oder Mehrdeutigkeit voraussetzt (BGB RGRK 10. Aufl. § 133 Anm. 1; RGZ 82, 308, 316; 95, 125, 126). Der Wortlaut der in dem Schreiben enthaltenen Erklärungen weist nun allerdings eindeutig in die Richtung, daß die Klägerin einen bereits fest abgeschlossenen Vergleich bestätigen will. Indessen können Vertragspartner mit dem Wortlaute ihrer Erklärungen einen anderen Sinn verbinden, als er der gewählten Fassung zu entnehmen ist. Sind die Parteien darüber im Rechtsstreit einig, so ist das Gericht an ihr Einverständnis gebunden, wenn sich die Deutung der Parteien noch mit dem Wortlaute in Einklang bringen läßt. Streiten andererseits die Parteien über die Bedeutung ihrer Erklärung im Rechtsstreite, so ist es der einen oder anderen Partei unbenommen, den Beweis zu führen, daß beide sich bei Abgabe der Erklärung über ihre Bedeutung einig waren (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 116/57 - mit Nachweisen). Es handelt sich dann nicht um die Auslegung einer Willenserklärung durch das Gericht, sondern um die Feststellung des übereinstimmenden Willens der Parteien in der Vergangenheit. Nur diesen zweiten Weg und nicht den Weg der Auslegung ist das Berufungsgericht hier gegangen, indem es festgestellt hat, daß Dr. W. [REDACTED] für die Klägerin am Ende der Besprechung vom 11. Februar 1956 den Auftrag entgegennahm, ein Angebot zu förmeln, daß der Inhaber der Beklagten vor der Übersendung des Schreibens fernmündlich darüber unterrichtet wurde, was es mit die-

sem Schreiben auf sich hatte, und daß schließlich der Inhaber der Klägerin dieses Angebot ausdrücklich abgelehnt hat. Das Reichsgericht hat nun allerdings die Einschränkung gemacht, der von dem eindeutigen Wortlaute abweichende Sinn einer Erklärung dürfe nur insoweit berücksichtigt werden, als es irgend möglich sei, einen Ausdruck des wirklich Vereinbarten in den Worten der Erklärung wiederzufinden (RG WarnRspr 1912 Nr. 330). Aber auch diesem Erfordernis wird das Berufungsgericht gerecht. Denn es ist nicht abwegig, ein Vergleichsangebot in die Form eines fertigen Vergleichsabschlusses oder wie vorliegend in die Form der Bestätigung eines bereits abgeschlossenen Vergleichs zu kleiden.

Auch darin ist ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht zu erblicken, daß es für seine Würdigung nichts Gegenteiliges aus dem Schreiben der Klägerin vom 18. April 1956 entnommen hat. Ohne Rechtsirrtum geht es davon aus, daß in diesem Schreiben keine Willenserklärung der Klägerin niedergelegt sei, die im Rahmen der Vergleichsverhandlungen etwa hätte von Bedeutung sein können. Seine übrigen Ausführungen, die in dem Schreiben gebrauchten Wendungen seien mit den Aussagen der Zeugen in Einklang zu bringen, liegen aber auf dem Gebiete der ihm zustehenden Beweiswürdigung. Einen Verfahrensverstoß hat die Revision nicht geltend gemacht.

Im Hinblick darauf, daß das Berufungsgericht eindeutig feststellt, der Inhaber der Beklagten habe etwa Ende März 1956 das im Schreiben vom 11. Februar 1956 enthaltene Angebot ausdrücklich abgelehnt, ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß ein Vergleich nicht zustande gekommen ist, frei von Rechtsirrtum.

Vergeblich bekämpft die Revision die Feststellungen des Berufungsgerichts mit der Rüge, es habe ein Beweisangebot der Beklagten übergangen. Die Revision verweist auf den im ersten Rechtszuge eingereichten Schriftsatz der Beklagten vom 30. Oktober 1956, in dem unter Bezugnahme auf das Zeugnis des Buchhalters Sp. [REDACTED] ausgeführt wird, Dr. W. [REDACTED] habe nach der Besprechung vom 10. Februar 1956 das Büro der Beklagten wiederholt angerufen und dem Buchhalter, der das Gespräch in Abwesenheit des Inhabers der Beklagten entgegengenommen habe, erklärt, er könne den Scheck über 19.587,-- DM unbesorgt ausstellen, das sei in der Besprechung so festgelegt worden. Daraus ergebe sich, so führt die Revision aus, daß Dr. W. [REDACTED] entgegen seiner Zeugenaussage der Auffassung gewesen sei, daß die Besprechung vom 10. Februar¹⁹⁵⁶ zu einer festen Vereinbarung geführt habe.

Dem Berufungsgericht ist ein Verfahrensverstoß nicht vorzuwerfen, weil die Behauptung der Beklagten als wahr unterstellt, keineswegs zwingend zu der von der Revision gezogenen Schlußfolgerung führt. Denn Dr. W. [REDACTED] kann eine solche Bemerkung auch gemacht haben, um noch nicht endgültig abgeschlossene Vergleichsverhandlungen zu fördern.

II.

Bei seinen weiteren Erwägungen ist das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt, daß die Beklagte die noch restliche Summe von 17.145,44 DM auch nicht aus anderen Gründen verweigern kann. Es ist davon ausgegangen, daß die Beklagte alle weiteren noch streitigen Einwendungen erst im zweiten Rechtszuge geltend gemacht und sich im ersten Rechtszuge, obwohl die Klägerin in der Klage-

schrift alle späteren Einwendungen der Beklagten behandelt hatte, mit dem allgemein gehaltenen Hinweis begnügt hat, die Klagesumme sei auch aus anderen Gründen nicht geschuldet. Im Hinblick auf dieses Verhalten der Beklagten hat das Berufungsgericht einen Teil dieser Einwendungen aus prozeßualen Gründen zurückgewiesen, sie im übrigen aber für sachlich unbegründet erachtet.

1.) Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht die Einwendung der Beklagten, sie sei in allen Fällen, in denen die Klägerin sie beliefert habe, berechtigt, ein Skonto von 11,5 % der Lieferpreise in Abzug zu bringen, zurückgewiesen.

a) Hinsichtlich der Lieferungen für die Bauvorhaben in B [REDACTED] und P [REDACTED] ist ursprünglich im Hinblick auf die Abzüge aus dem Gesichtspunkt eines 11,5-prozentigen Skontos ein Rechnungsposten von ca. 11 400,-- DM streitig gewesen, der, nachdem die Beklagte die angebliche Vergleichssumme getilgt hat, nicht mehr in voller Höhe geltend gemacht wird. Schriftliche Unterlagen über diese Lieferung für B [REDACTED] und P [REDACTED] haben, wie das Berufungsgericht ausführt, nicht vorgelegen. Deshalb hat es die Behauptung der Beklagten, es sei ihr von der Klägerin generell zugesagt worden, daß ihr für jede Lieferung ein Treuerabatt von 11,5 % gewährt werde, ohne Rechtsirrtum für erheblich angesehen. Zutreffend ist es auch davon ausgegangen, daß die Beklagte diese Behauptung, die noch dahin ergänzt war, der Buchhalter der Klägerin Z [REDACTED] habe diese Zusage deshalb gegeben, weil die Parteien sich darüber im klaren gewesen seien, daß die Klägerin durch diese Abzüge keinen Verlust erlitten hätte.

weil sie einem solchen Abzug schon bei der Bildung ihrer Preise Rechnung getragen habe, durch das Zeugnis von Alfons und Ellen S. [REDACTED] unter Beweis gestellt hatte. Das Berufungsgericht hat dieses Beweisangebot jedoch gemäß § 529 Abs. 2 ZPO mit der Begründung als verspätet zurückgewiesen, die Beklagte habe im ersten Rechtszuge erkennen müssen, daß es auf dieses Vorbringen ankommen könne, es treffe sie daher der Vorwurf der groben Nachlässigkeit, wenn sie diese Einwendung erst im zweiten Rechtszuge gebracht und erst in diesem Zeitpunkte Beweise angeboten habe.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß das Vorbringen im ersten Rechtszuge den Prozeß unnötig belastet hätte, und daß auch eine Vernehmung der beiden Zeugen S. [REDACTED] in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 1956 nach vorheriger Ladung im Wege des § 272 b ZPO keine Verzögerung des Rechtsstreites verursacht hätte, ist nicht begründet.

Die Frage, ob eine Partei ihr Vorbringen im ersten Rechtszuge aus grober Nachlässigkeit unterlassen hat, ist nur in beschränktem Maße der Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich (BGH Urteil vom 11. November 1954 - III ZR 100/53- , LM ZPO § 272 b Nr. 2). Nachprüfbar ist jedoch in jedem Falle die Frage, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff der groben Nachlässigkeit verkannt hat. In dieser Beziehung ist ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht feststellbar. Es hat zutreffend darauf abgestellt, daß es für die Beklagte im ersten Rechtszuge ohne weiteres erkennbar war, daß es auf diese Einwendung ankommen konnte, sobald ihr der Nachweis einer vergleichweisen Regelung des Klageanspruchs mißlingen wür-

de, und hat daraus ohne Rechtsirrtum gefolgert, daß die Unterlassung weiterer Einwendungen, die ihr in diesem Zeitpunkte bereits zur Verfügung standen, mit einer ordnungsmäßigen Prozeßführung nicht vereinbar war. Nach der Beweisaufnahme vom 8. Oktober 1956 mußte die Beklagte damit rechnen, daß der Vergleich als nicht zustandegekommen angesehen würde. Trotzdem fehlt in dem Schriftsatz vom 30. Oktober 1956 eine sachliche Verteidigung zu den einzelnen Abzugsposten. Dieses Verhalten widerspricht den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (BGH Urteil vom 18. Februar 1954 - IV ZR 145/53 - LM ZPO § 550 Nr. 5).

Rechtsirrtumsfrei konnte das Berufungsgericht auch davon ausgehen, daß die Anordnung einer Beweisaufnahme eine Verzögerung des Rechtsstreites mit sich gebracht hätte. Ohne Erfolg beruft sich die Revision demgegenüber darauf, daß diese Verzögerung vermieden worden wäre, wenn der Vorsitzende entsprechend seiner Verpflichtung nach § 272 b ZPO, die mündliche Verhandlung durch sachdienliche Maßnahmen vorzubereiten, die beiden Zeugen S. [REDACTED] zur Verhandlung vom 2. Juli 1956 von Amts wegen geladen hätte. Es ist - und das ist der Revision zuzugeben - anerkanntes Recht, daß die Verzögerung im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO im Hinblick auf die Möglichkeit einer Maßnahme aus § 272 b ZPO entfallen kann (BGH Urteile vom 11. November 1954 - III ZR 100/53 - und vom 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 -, LM ZPO § 272 b Nr. 2 und 3; Urteile des erkennenden Senats vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 - S. 11 und vom 17. Dezember 1957 - VIII ZR 315/56 - S. 6; RG WarnRspr 1937 Nr. 140). Der Bundesgerichtshof hat es dabei für erforderlich erachtet, daß

sich das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen darüber ausspricht, aus welchen Gesichtspunkten auch bei einer Maßnahme nach § 272 b ZPO eine Verzögerung des Rechtsstreits eingetreten sein würde. Das ist im vorliegenden Fall nicht dargelegt. Die Rüge der Revision kann gleichwohl keinen Erfolg haben. Die Rechtsprechung steht zwar auf dem Standpunkte, daß die in der mündlichen Verhandlung sich durch die Beweiserhebung ergebende geringfügige zeitliche Inanspruchnahme des Gerichts nicht als Verzögerung angesehen werden darf. Voraussetzung für diese Betrachtungsweise ist aber, daß auch tatsächlich eine praktische Möglichkeit für eine solche Maßnahme aus § 272 b ZPO besteht, mit der die Prozeßpartei ernsthaft rechnen kann. In den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (siehe aaO) und des Reichsgerichts (aaO) lag der Fall so, daß die Prozeßpartei ihr Beweisangebot bereits in der Berufungsbegründung gebracht hatte. Es wurde dem Gericht also in einem Zeitpunkte bekannt, der längere Zeit vor der mündlichen Verhandlung lag, so daß sowohl der Vorsitzende als auch der Berichterstatter (gegebenenfalls der Einzelrichter) Zeit und Gelegenheit hatten, das Vorbringen des Berufungsklägers auf seine Erheblichkeit zu prüfen. Vorliegend hat die Beklagte dagegen das Beweisangebot erst im Schriftsatz vom 12. Juni 1956 gebracht, der am 13. Juni bei Gericht einging, während der Termin zur mündlichen Verhandlung bereits am 29. April 1956 auf den 2. Juli 1956 festgesetzt worden war.

Im Hinblick darauf, daß das Beweisangebot später als ein Monat nach Empfang der Ladung zum Verhandlungs-

termin einging, dessen Besetzung mit anderen Sachen längst festgelegt war, sich auf auswärtige Zeugen bezog, für die kein Auslagenvorschuß gezahlt war, und noch dazu in einem umfangreichen Schriftsatz mit mehreren anderen Beweisanträgen enthalten war, konnte nicht erwartet werden, daß der Vorsitzende von der Befugnis des § 272 b ZPO Gebrauch machen würde. Nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge konnte die Beklagte vielmehr mit einer solchen Maßnahme nur dann rechnen, wenn ihr Prozeßbevollmächtigter außerhalb der schriftsätzlichen Bearbeitung geeignete Schritte unternahm, um den Vorsitzenden zu der von ihm gewünschten Maßnahme zu veranlassen.

Diesen Erwägungen steht nicht etwa entgegen, daß in § 529 Abs. 3 ZPO die Zurückweisung eines Vorbringens, das nicht schon in der Berufungsbegründung enthalten ist, auch nur dann erfolgen darf, wenn seine Beachtung zu einer Verzögerung führen würde. Denn die obigen Erwägungen zielen nicht darauf hin, daß jedes Vorbringen außerhalb der Berufungsbegründung bereits als verzögerlich anzusehen sei. Einmal ist dann eine Verzögerung zu verneinen, wenn schon aus anderen Gründen eine Beweisaufnahme erforderlich ist, dann aber auch, wenn das Vorbringen so rechtzeitig nachgereicht wird, daß der Vorsitzende oder das von ihm gemäß § 272 b Abs. 1 ZPO zu bestimmende Mitglied des Prozeßgerichts im ordnungsgemäßen Geschäftsgange noch ausreichend Zeit und Gelegenheit haben, die Erheblichkeit zu prüfen.

2.) Hinsichtlich der nach Mai 1953 erfolgten Lieferungen der Klägerin hat das Berufungsgericht den Standpunkt eingenommen, daß die Beklagte sich den Bedingungen

der Bestätigungsschreiben unterworfen habe, in denen das Skonto in anderer Weise geregelt ist. Ob diese Annahme zutrifft, kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Beklagte, wie unter 1.) erörtert, den Nachweis für die Zusage des von ihr behaupteten Treuerabatts nicht hat erbringen können. Deshalb ist sie auch hinsichtlich der erst nach Mai erfolgten Lieferungen nicht zu einem entsprechenden Abzug von den Lieferpreisen berechtigt.

3.) Rechtsirrtumsfrei hat das Berufungsgericht schließlich die Einwendungen der Beklagten, sie sei wegen verschiedener weiterer Umstände wie Bruch, Instandsetzung, Rücklieferung, Preisänderung und Fehlmenge der Ware zu Abzügen berechtigt, als unsubstantiiert zurückgewiesen. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte, die auch dieses Vorbringen erst im zweiten Rechtszuge gebracht hat, hierfür darlegungs- und beweispflichtig war. Die Revision hat in dieser Beziehung gerügt, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten mißverstanden. Diese habe behauptet, keine Mängelleinrede geltend machen zu wollen, sondern Beweis dafür erboten, daß die Klägerin die Abzüge als berechtigt anerkannt habe. Hierin kann der Revision jedoch nicht gefolgt werden. Denn im Schriftsatz der Beklagten vom 4. Februar 1957, auf den sie sich bezieht, wird lediglich Beweis dafür angeboten, daß die Abzüge berechtigt seien, nicht aber dafür, daß eine bindende Einigung hierüber erzielt worden sei.

III.

Nach alledem war die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Diese hat gemäß § 97 ZPO auch die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Dr. Spielor

Dr. Dorschel Dr. Messner