

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 158, 146, 148

Hängt der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung von der vorherigen Handlung eines Vertragspartners ab, so kann ihm der andere eine angemessene Frist zur Vornahme der Handlung setzen und seine Erfüllungsverweigerung für den Fall der Fristversäumung ankündigen. Nach fruchtlosem Fristablauf gilt die Bedingung als endgültig ausgefallen.

BGB § 387

Unterliegt eine zur Aufrechnung gestellte Forderung einem vertraglichen Aufrechnungsausschluß für bestrittene oder nicht rechtskräftig festgestellte Ansprüche, so ist sie nicht "bestritten", wenn der Aufrechnungsgegner sie nur mit einer von ihm bereits früher zur (Gegen-) Aufrechnung gestellten, jedoch nicht schlüssig behaupteten Forderung bekämpft.

ZPO §§ 296, 283

Die durch verspätetes Vorbringen veranlaßte Notwendigkeit, eine Erklärungsfrist (§ 283 ZPO) zu gewähren, bedeutet für sich allein keine Verzögerung des Rechtsstreits i.S. von § 296 ZPO.

BGH, Urt. v. 26. November 1984 - VIII ZR 217/83 - OLG
Frankfurt/M.
LG
Frankfurt/M.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 217/83 URTEIL

Verkündet am

26. November 1984
Friedrich
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Firma Annemarie G [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED]
in S [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma D [REDACTED] General GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Bill P [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED]
in E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

-la-

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1984
durch den Vorsitzenden Richter Braxmeier und die Rich-
ter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird
- unter Zurückweisung des weiterge-
henden Rechtsmittels - das Urteil
des 21. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Frankfurt am Main vom
29. Juni 1983 teilweise dahin geän-
dert, daß unter Aufrechterhaltung
des Zinsausspruches und Abweisung
der weitergehenden Klage der der
Klägerin zuerkannte Hauptanspruch
auf 12 087,33 DM ermäßigt wird.

Die Kosten des Rechtsstreits werden
zu 15 % der Klägerin und zu 85 % der
Beklagten auferlegt, mit Ausnahme der-
jenigen Mehrkosten, die durch die An-
rufung des unzuständigen Landgerichts
Stuttgart entstanden und von der
Klägerin zu tragen sind.

Von Rechts wegen

*Zur Stellungnahme
Bemerk. v. 16.11.85*



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin als Verkäuferin von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen fordert von der Beklagten, die sich als "System-Herstellerin" mit der Eingliederung von Hard- und Software in von ihr entworfene Computer-Systeme befaßt, eine Ausgleichszahlung für vorläufig eingeräumte, nach Ansicht der Klägerin vertraglich jedoch nicht gerechtfertigte Rabattbeträge aus der Abwicklung von Lieferungen.

Am 29. November und 6. Dezember 1978 unterzeichneten die Parteien eine von ihnen als sog. "OEM-Vertrag" bezeichnete Rahmenvereinbarung für eine längerfristig geplante Zusammenarbeit beim Vertrieb von Datenverarbeitungsanlagen. Unter anderem sollte der Beklagten bei Abnahme von mindestens 5 Systemeinheiten innerhalb von 18 Monaten ein Rabattsatz von 20 % eingeräumt werden. Bei Abnahme einer geringeren Menge sollten bis zu 10 % nachberechnet werden, zuzüglich 1,5 % pro Monat Zinsen ab Rechnungsdatum der Lieferung. Bestandteil aller Verträge sollten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin sein. Diese lauten auszugsweise:

Nr. 14.1.1

Der Käufer kann von jeder Bestellung zurücktreten.

Nr. 14.1.2

DG kann von der Durchführung einer Bestellung zurücktreten, wenn der Käufer eine fällige Zahlung trotz schriftlicher Mahnung innerhalb der gesetzten Nachfrist nicht geleistet hat oder mehrfach mit einer Zahlung in Verzug gekommen ist.

Nr. 14.2

Übt DG oder der Käufer schriftlich das Rücktrittsrecht aus, so wird der Käufer DG je nach der Anzahl der Tage zwischen Zugang der Rücktrittserklärung und geplanter Lieferung folgenden prozentualen Anteil vom Kaufpreis als Aufwendersersatz leisten

..... 30 oder weniger 100 % vom Listenpreis

Jede Lieferverzögerung, die vom Käufer gewünscht wird, wird als Rücktritt behandelt, es sei denn, die Parteien vereinbaren etwas Abweichendes.

In der Folgezeit wurden zwei Kaufverträge über die Lieferung einer Anlage "CS 40" und eines Systems "Nova 3" vereinbarungsgemäß mit Abzug von 20 % Rabatt abgewickelt. Unter dem 29. November 1978 bestellte die Beklagte außerdem ein "Demonstrationssystem CS 60" zum Gesamtpreis von 204 520 DM. In einem Begleitschreiben der Beklagten heißt es dazu u.a.:

Beiliegende Bestellung gilt unter folgenden Voraussetzungen:

1. Genehmigung des Leasingvertrages durch die Leasinggesellschaft

.....

3. Einhaltung des spätesten Liefertermines (10.6.79)

Die von der Klägerin bestätigte Bestellung wurde am 22. März 1979 von der Beklagten in die Bestellung einer Anlage ECLIPSE C/150 geändert. In dem Schreiben der Beklagten heißt es:

..... Diese Änderungsbestellung erfolgt unter folgenden Bedingungen:

1. Nur geringfügige Lieferverzögerung (ca. 14 Tage),

2. keine Berechnung von Gebühren für die Änderung.

Die Klägerin bestätigte die Änderung mit zwei Schreiben vom 7. Mai und 18. Juni 1979, wobei aufgrund einer abermaligen Änderung als Liefertermin "Juli 1979" bezeichnet wurde.

Am 3. August 1979 richtete die Klägerin an die Beklagte folgendes Schreiben:

Die von Ihnen bestellte ECLIPSE C/150 steht unmittelbar vor der Auslieferung. Leider haben wir von Ihrer Leasing-Gesellschaft bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Nachricht erhalten, daß die Finanzierung dieses Systems übernommen wird. In Anbetracht des bevorstehenden Liefertermines bitten wir Sie dringend, dafür Sorge zu tragen, daß uns die Leasing-Gesellschaft kurzfristig verständigt.

Da die Beklagte nicht antwortete, schrieb ihr die Klägerin am 29. August 1979:

Leider liegen uns bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt immer noch keine verbindlichen Angaben über die von Ihnen geplante Finanzierung des zur Lieferung anstehenden Systems vor. Wir bitten Sie, bis zum 12.9.79 diese Angaben nachzureichen, andernfalls wir das System für einen anderen Kunden weiterverwenden werden. Gleichzeitig machen wir in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, daß in diesem Fall die Nichtabnahme des Systems unsererseits gemäß § 14.1.2 AGB des mit Ihnen abgeschlossenen Rahmenvertrages behandelt würde. Um diese Kosten für Sie zu vermeiden, bitten wir Sie erneut, die Klärung der Finanzierung möglichst umgehend herbeizuführen.

Die Beklagte erwiderte erst mit einem Schreiben vom 26. September 1979, sie gehe nach einem zuvor geführten Telefongespräch davon aus, daß ihr eine Fristverlängerung bis zum 2. Oktober 1979 gewährt worden sei; bis zu diesem Zeitpunkt könne die Klärung der Angelegenheit zugesagt werden. Die Klägerin bestritt in einem Antwortschreiben vom 28. September 1979 die behauptete Zusage einer Fristverlängerung und wies auf den Ablauf der zum 12. September gesetzten Frist hin. Am 3. Oktober 1979 telegrafierte die Beklagte:

Finanzierungszusage für C 150 liegt vor. Bitte teilen Sie Liefertermin mit.

Die Klägerin ließ sich jedoch darauf nicht mehr ein, sondern lehnte in einem Schreiben vom 4. Oktober 1979 die Lieferung abermals ab und kündigte eine Rechnung über Stornierungskosten an. Daraufhin verlangte die Beklagte unter dem 5. Oktober 1979 eine Lieferbestätigung bis zum 10. Oktober, lehnte Ersatzansprüche ab und kündigte für den Fall der Fristüberschreitung sowohl den Kaufvertrag über das Modell ECLIPSE als auch den OEM-Vertrag.

Mit Rechnung vom 13. November 1979 berechnete die Klägerin der Beklagten für den Auftrag C/150 Stornierungskosten von 130 834,79 DM. In einer Gesamtabrechnung vom 6. Mai 1980 belastete sie die Beklagte neu mit Frachtkosten von 9 622,35 DM für den Transport der Anlage CS 40 nach Frankreich. Sie errechnete unter Berücksichtigung einer Überzahlung zugunsten der Beklagten von 14 814,99 DM, mehreren

der Höhe nach unstreitigen Einzelbelastungen und der Stornierungskosten einen Saldo zu ihren Gunsten in Höhe von 125 642,15 DM.

In einer weiteren Rechnung vom 22. September 1980 berechnete die Klägerin den nach ihrer Ansicht nachzuentrichtenden Rabatt für die beiden voll abgewickelten Lieferungen CS 40 und Nova 3 auf 20 197,16 DM einschließlich Zinsen für die Zeit bis zum 5. März 1980.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin zunächst diesen Rabattbetrag nebst weiteren Zinsen geltend gemacht, ihren Antrag dann aber auf 17 279,97 DM nebst Zinsen ermäßigt. Die Beklagte hat die Forderung bestritten und hilfsweise mit einer Schadensersatzforderung wegen entgangenen Gewinns in Höhe von 80 000 DM sowie mit dem in der Abrechnung vom 6. Mai 1980 einbezogenen Guthaben von 14 814,99 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klageforderung und die zweite Aufrechnungsforderung als berechtigt angesehen und die Beklagte zur Zahlung von 2 464,97 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin die Aufrechnungsforderungen für unbegründet erklärt und die Beklagte zur Zahlung von 17 279,97 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin auf Nachzahlung zuviel eingeräumten Rabattes von 15 292 DM nebst 1 987,96 DM Mehrwertsteuer nach Nr. 3 des OEM-Vertrages für wirksam entstanden, weil die Beklagte die für einen höheren Rabatt vorgesehene Anzahl von fünf Systemen nicht abgenommen habe. Das Scheitern des OEM-Vertrages aufgrund des Streits über das System ECLIPSE sei der Klägerin nicht anzulasten. Sie habe sich mit Recht gemäß Nr. 14.1.2 ihrer AGB von dem Kaufvertrage über das Demonstrationsmodell gelöst, nachdem die Beklagte wegen der von ihr übernommenen Hauptpflicht, die Finanzierungsbereitschaft einer Leasing-Gesellschaft nachzuweisen, am 29. August 1979 vergeblich gemahnt worden sei und die ihr gleichzeitig gesetzte Nachfrist zum 12. September 1979 nicht eingehalten habe. Mit ihrem Schreiben vom 4. Oktober 1979 habe die Klägerin das Erfüllungsstadium des Vertrages rechtmäßig beendet und die sich aus § 326 BGB ergebenden Folgen geltend gemacht, wobei sie die Regelung in Nr. 14.1.2 ihrer AGB im Auge gehabt habe. Nicht die Klägerin, sondern die Beklagte habe deshalb das Scheitern des Kaufvertrages zu vertreten.

2. Die Revision greift diese Ausführungen im Ergebnis ohne Erfolg an.

a) Die Verpflichtung der Beklagten zur Nachzahlung eines Teils des ihr vorläufig eingeräumten Rabattes hängt nach Nr. 3 des OEM-Vertrages allein von der Tatsache ab, daß innerhalb der vorgesehenen 18 Monate weniger als fünf Systemeinheiten abgenommen wurden. Da die Beklagte nur zwei Anlagen übernommen hat, wäre sie von dem Anspruch allenfalls befreit, wenn die Klägerin den Abbruch der Vertragsbeziehung durch das Schreiben der Beklagten vom 5. Oktober 1979 und damit das Zurückbleiben hinter der Anzahl von fünf Kaufverträgen zu vertreten hätte. Das ist indessen nicht der Fall.

b) In ihrem Schreiben vom 29. November 1978 hatte die Beklagte erklärt, ihre zunächst auf das Modell CS 60 gerichtete Bestellung gelte nur unter der Voraussetzung, daß die Leasing-Gesellschaft den Vertrag genehmige. Die Klägerin hatte diese Bestellung vorbehaltlos angenommen. Damit war der Kaufvertrag unter einer Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) zustande gekommen, seine Wirksamkeit also abhängig von der Erteilung der "Genehmigung" durch die Leasing-Gesellschaft, die mit ihrer Erklärung ihre Finanzierungsbereitschaft zusichern sollte.

Die Umstellung des Vertrages auf das Modell C/150 ECLIPSE hat an dieser Rechtslage nichts geändert. Die "Änderungsbestellung" vom 22. März 1979, deren Inhalt vom Berufungsgericht nicht gewürdigt worden ist und die deshalb vom Revisionsgericht ausgelegt werden kann, läßt eindeutig erkennen, daß nicht ein völlig neuer

Vertrag geschlossen, sondern der bisherige mit den einzeln aufgeführten Änderungen fortgesetzt werden sollte. Da weder die Art und Weise der Bezahlung noch die Einschaltung einer Leasing-Gesellschaft erwähnt wurde, galt die Vereinbarung der bedingten Wirksamkeit des Vertrages fort.

c) Daß eine Leasing-Gesellschaft die Finanzierung des Vertrages über das Modell ECLIPSE konkret zugesagt hat, ist weder festgestellt noch von einer der Parteien substantiiert behauptet. Der Inhalt des Telegramms der Beklagten vom 3. Oktober 1979 reichte dafür nicht aus, weil ihm nichts darüber zu entnehmen ist, welcher Leasinggeber seine Eintrittsbereitschaft zu welchem Zeitpunkt und für welche Regelungen erklärt haben soll.

Die vereinbarte Bedingung ist daher nicht eingetreten und kann auch nicht mehr eintreten, so daß der Vertrag endgültig unwirksam geworden ist. Ob sich diese Folge schon aus dem Ablauf der für "Juli 1979" vorgesehenen Lieferzeit ergab, weil die Klägerin spätestens bis zu diesem Zeitpunkt eine Klärung hätte erwarten können (vgl. RGZ 79, 96, 101), kann dahingestellt bleiben. Für diese Möglichkeit könnte sprechen, daß von den Parteien eine verbindliche Lieferzeit nur beabsichtigt sein konnte, wenn zuvor geklärt war, ob der Vertrag endgültig zustande kommen werde. Gegen diese Auslegung spricht andererseits, daß beide Parteien

in ihrem Schriftwechsel im August, September und Oktober 1979 nicht von einer seit Ende Juli feststehenden Unwirksamkeit des Vertrages ausgegangen sind, daß sie also die Lieferzeitabmachung nicht als Fix-Abrede angesehen haben. Die endgültige Unwirksamkeit trat jedoch ein, als die von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 29. August 1979 gesetzte Frist am 12. September ohne Reaktion der Beklagten abgelaufen war.

aa) Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß die beiden Schreiben der Klägerin vom 3. und 29. August 1979 entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu einer auf Beschaffung des Finanzierungsnachweises gerichteten Hauptpflicht der Beklagten geführt haben und die Klägerin deshalb nicht wegen Nichterfüllung dieser Pflicht nach § 326 BGB vorgehen konnte. Bei der Auslegung dieser Schreiben hat das Berufungsgericht wesentliche Auslegungsgesichtspunkte außer acht gelassen. Das Schreiben vom 3. August enthält seinem Wortlaut nach nichts, was vom Standpunkt des Empfängers aus als Antrag auf Abschluß einer Vereinbarung über die Änderung bisheriger Vertragspflichten gedeutet werden könnte. Vielmehr drückt es die Erwartung aus, die Leasing-Gesellschaft hätte nach den bisherigen Abreden schon früher eine Erklärung abgeben sollen; die Beklagte wird aufgefordert, baldmöglichst für die Abgabe dieser Erklärung zu sorgen. Es fehlt an jeglichen sonstigen Umständen, die auf einen damals

bestehenden Willen der Klägerin schließen lassen könnten, eine neue und für einen Kaufvertrag nicht typische Hauptpflicht der Beklagten begründen zu wollen. Zwar unterliegt es dem freien Willen der Vertragspartner, zu bestimmen, was als Hauptpflicht behandelt werden soll (BGH Urteil vom 30. September 1971 - VII ZR 20/70 = NJW 1972, 99). Dieser Wille ist - wie oben ausgeführt - aber nicht zum Ausdruck gekommen.

bb) Nach den besonderen Umständen des Falles war die Klägerin jedoch berechtigt, der Beklagten zur Klärung des Eintritts oder Nichteintritts der vereinbarten Bedingung in analoger Anwendung der §§ 146, 148 BGB eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Bedingung als ausgefallen gilt.

Ausgefallen ist eine Bedingung nicht nur dann, wenn sie objektiv nicht mehr eintreten kann, sondern auch dann, wenn der Zeitraum, innerhalb dessen der Eintritt der Bedingung zu erwarten war, verstrichen ist (vgl. RGZ 79, 96; RG JW 1907, 357; Senatsurteile vom 14. Juli 1959 - VIII ZR 149/58 = LM BGB § 162 Nr. 3 - und vom 7. Juni 1967 - VIII ZR 259/64 = DB 1967, 1315 = BB 1967, 811). Haben die Vertragspartner einen solchen Zeitraum nicht ausdrücklich festgelegt und läßt er sich den Umständen des Falles auch nicht eindeutig entnehmen, kann dies nicht dazu führen, daß der durch den bedingten Vertragsabschluß entstandene Schwebezustand unbegrenzt fort dauert. Beide

Partner haben ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob und wie lange sie sich noch erfüllungsbereit zu halten haben. Welche nach Treu und Glauben zu bestimmenden Rechte und Pflichten daraus folgen, kann sich nur aus den einzelnen Umständen des jeweiligen Sachverhalts ergeben. Hängt aber der Eintritt der Bedingung von einer vorherigen Handlung eines Vertragspartners ab, so kann der andere Teil berechtigterweise von ihm verlangen, die Handlung innerhalb einer angemessenen Frist vorzunehmen. Er hat an der Handlung seines Partners das gleiche Interesse wie derjenige, der einem anderen den Abschluß eines Vertrages anträgt und für die Annahmeerklärung eine Frist setzen kann, nach deren Ablauf seine Bindung an den Antrag erlischt (§§ 146, 148 BGB). Die Gleichartigkeit der Interessenlage rechtfertigt die analoge Anwendung der genannten Vorschriften auf die Beendigung der Bindung an einen bedingten Vertragsabschluß. Im übrigen entspricht diese Lösung dem Grundgedanken nach auch dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde bei Dauerschuldverhältnissen oder dem Recht desjenigen, der sich von einem sonstigen Verträge wegen eines im Risikobereich des anderen Teils liegenden, die Erfüllung gefährdenden Umstandes vorzeitig lösen kann (vgl. dazu die Senatsurteile vom 29. April 1970 - VIII ZR 120/68 = WM 1970, 791 = MDR 1970, 756 -, vom 10. Dezember 1975 - VIII ZR 147/74 = WM 1976, 75 = DB 1976, 238 - und vom 16. Juni 1982 - VIII ZR 89/81 = NJW 1982, 2316 = WM 1982, 907 -; vgl. ferner BGH Urteil vom 21. Oktober 1982 - VII ZR 51/82 = NJW 1983, 989 = WM 1983, 65).

Im vorliegenden Fall war die Bedingung auf Veranlassung der Beklagten in den Vertrag aufgenommen und von ihr formuliert. Da die Beklagte keinerlei Anregung gegeben hatte, daß auch die Klägerin Verbindung mit einer Leasing-Gesellschaft aufnehmen sollte, sollte es offensichtlich Sache der Beklagten sein, diese Verbindung herzustellen und eine Entscheidung der Leasing-Gesellschaft herbeizuführen. Beide Parteien haben die vorgesehene Vertragsabwicklung in dieser Weise verstanden, wie sich aus ihrer späteren Korrespondenz ergibt, insbesondere aus den Schreiben der Klägerin vom 3. und 29. August sowie der Beklagten vom 26. September und 3. Oktober 1979. Der Eintritt der Bedingung (Erklärung der "Genehmigung" durch die Leasing-Gesellschaft) war also davon abhängig, daß die Beklagte vorher zur Herbeiführung dieser Bedingung handelte. Unter diesen Umständen war die Klägerin - wie oben ausgeführt - dazu berechtigt, der Beklagten eine angemessene Frist zu setzen. Das ist mit ihren Schreiben vom 3. und 29. August 1979 geschehen. Einwendungen gegen die Angemessenheit der Frist hat die Beklagte nicht erhoben. Mit dem Ablauf des 12. September 1979 war die vereinbarte Bedingung daher endgültig ausgefallen, der Vertrag unwirksam geworden und die Klägerin zur Erfüllung nicht mehr verpflichtet.

cc) Rechtsfolge eines durch Handeln oder Unterlassen einer Vertragspartei herbeigeführten Nicht-eintritts einer Bedingung könnte nach § 162 BGB aller-

dings auch die Fiktion des Bedingungseintritts und damit die endgültige Wirksamkeit des Vertrages sein. Es sind jedoch weder Feststellungen darüber getroffen worden, noch Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Beklagte den Eintritt der Bedingung treuwidrig verhindert hat. Ohne Feststellung der Gründe für ihr Verhalten kann die bloße Tatsache, daß sie die Klägerin über eine aufgenommene Verbindung zu einer Leasing-Gesellschaft nicht informiert hat, nicht als treuwidriges Verhindern des Bedingungseintritts gewertet werden.

3. War die Klägerin somit berechtigt, die Lieferung des Modells ECLIPSE zu verweigern, stehen ihrem Anspruch auf Nachzahlung der Rabattbeträge keine Einwendungen wegen von ihr zu vertretender Vereitelung der günstigeren Rabattbedingungen entgegen. Die Berechnung der Anspruchshöhe von insgesamt 17 279,97 DM hat die Beklagte zu keiner Zeit bestritten.

II. 1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht der Beklagten der von ihr in zweiter Instanz vorrangig zur Aufrechnung gestellte Anspruch aus ihrem durch Überzahlung der Firma ROTO-Frank entstandenen Guthaben von 14 814,99 DM nicht zu, weil die Klägerin ihrerseits bereits vor der Aufrechnungserklärung der Beklagten vom 10. Juni 1981 in ihrer Abrechnung vom 6. Mai 1980 mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages über das System ECLIPSE aufgerechnet habe. Die Anspruchshöhe ergebe sich aus Nr. 14.2 der AGB. Falls diese Bestimmung nicht anwend-

bar sei, sei der Anspruch der Klägerin auch nach § 326 BGB gerechtfertigt. Der Anspruch der Beklagten sei infolgedessen in voller Höhe bereits vor dem 10. Juni 1981 erloschen. Ihr weiterhin geltend gemachter Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinnes bestehe nicht, weil die Klägerin keine Vertragsverletzung zu vertreten habe. Außerdem sei der Ersatzanspruch nicht hinreichend substantiiert.

2. Die Revision greift diese Erwägungen teilweise mit Erfolg an. Die Aufrechnung der Beklagten ist in Höhe von 5 192,64 DM begründet.

a) Nach Nr. 20.3 der AGB der Klägerin ist die Aufrechnung allerdings für bestrittene oder nicht rechtskräftig festgestellte Forderungen ausgeschlossen. Die Wirksamkeit einer derartigen Klausel im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anerkannt und wird auch von der Beklagten nicht bezweifelt. Die Klägerin meint aber zu Unrecht, daß die gesamten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen bestritten seien.

b) Die Überschußforderung aus der Zahlung der Firma ROTO-Frank in Höhe von 14 814,99 DM ist ihrer Entstehung nach unstreitig. Ihren Bestand bekämpft die Klägerin nur mit der wiederum von der Beklagten bestrittenen Behauptung, deren Forderung sei durch eine mit der Abrechnung vom 6. Mai 1980 erklärte

frühere Aufrechnung der Klägerin mit anderen Forderungen erloschen. Diese Behauptung reicht jedoch allein nicht aus, um die Forderung der Beklagten im Sinne des Aufrechnungsausschlusses als bestritten erscheinen zu lassen. Hinzukommen muß, daß die zu der Aufrechnung vom 6. Mai 1980 herangezogenen Forderungen der Klägerin schlüssig vorgetragen sind. Andernfalls hätte es der Aufrechnungsgegner in der Hand, jede Aufrechnungsforderung durch Anmaßung ganz ungerechtfertigter Ansprüche zu einer bestrittenen zu machen. Im Ergebnis trifft dies für einen Teil der von der Klägerin behaupteten Ansprüche zu.

aa) Der von der Klägerin in die Abrechnung vom 6. Mai 1980 aufgenommene Schadensersatzanspruch aus Nr. 14.1.2 und 14.2 ihrer AGB ist schon deshalb nicht schlüssig, weil der Kaufvertrag über das Modell ECLIPSE nicht wirksam zustande gekommen ist, ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung also nicht bestehen kann (vgl. oben zu I 2 c). Im übrigen wären Ansprüche aus den genannten AGB-Bestimmungen auch nur bei Zahlungsverzug der Beklagten berechtigt, den die Klägerin nicht behauptet hat.

bb) Auch der von der Klägerin hilfsweise in Anspruch genommene und vom Berufungsgericht gebilligte Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB kommt nicht in Betracht, weil es ebenso wie für den Anspruch aus den AGB-Bestimmungen an einer Vertragsgrundlage fehlt (vgl. oben zu I 2 c).

cc) Denkbar wäre allerdings ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsabschluß, wenn sich die Beklagte nicht in gehöriger Weise um die Finanzierung durch eine Leasing-Gesellschaft bemüht hätte (zur grundsätzlichen Möglichkeit von Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsschluß in derartigen Fällen vgl. die Senatsurteile vom 7. Juni 1967 aaO und vom 28. Mai 1969 - VIII ZR 135/67 = LM BGB § 158 Nr. 11, ferner MünchKomm/Westermann, 2. Aufl. § 162 Rdn. 16). Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob sich die Beklagte durch ihr Verhalten schuldhaft schadensersatzpflichtig gemacht hat und ob der daraus erwachsende Anspruch der Klägerin von der Aufrechnungserklärung im Schreiben vom 6. Mai 1980 erfaßt würde. Denn die Klägerin hat einen auf der unterlassenen Handlung der Beklagten beruhenden konkreten Schaden nicht schlüssig und substantiiert vorgetragen.

Ihren einzigen, einen solchen Schaden betreffenden Sachvortrag im Schriftsatz vom 15. Dezember 1981 hat das Landgericht ohne Rechtsfehler als grob nachlässig verspätet (§ 296 Abs. 2 ZPO) zurückgewiesen. Gründe, die die Annahme grober Nachlässigkeit als ungerechtfertigt erscheinen lassen könnten, hat die Klägerin weder vor dem Landgericht noch in den Rechtsmittelinstanzen geltend gemacht. Ihr in zweiter Instanz erhobener Einwand, die Zurückweisung sei nicht mehr zulässig gewesen, nachdem das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 1981 beiden Parteien eine Erklärungsfrist auf das gegnerische

Vorbringen eingeräumt und das den Vortrag zurückweisende Urteil erst in einem Verkündungstermin nach Ablauf der Erklärungsfrist erlassen habe, greift nicht durch. Das Gericht ist nicht befugt, ein an sich verspätetes Vorbringen schon deshalb zurückzuweisen, weil der Gegner im Verhandlungstermin selbst noch keine Stellung dazu nehmen, sondern dies erst innerhalb einer nach § 283 ZPO zu gewährenden Erklärungsfrist nachholen kann. Denn diese nachgeholte Erklärung dient erst der Vorbereitung der vom Gericht zu treffenden Entscheidung, ob der Rechtsstreit durch Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens verzögert würde. Das wäre nämlich nicht der Fall, wenn der Gegner den Vortrag nicht bestreiten wollte, so daß er zur Grundlage der Sachentscheidung gemacht werden könnte. Die Notwendigkeit der Einräumung einer Erklärungsfrist (§ 283 ZPO) bedeutet noch also keine Verzögerung des Rechtsstreits im Sinne von § 296 ZPO (OLG München MDR 1980, 148; KG NJW 1983, 580; Zöller/Stephan, ZPO 14. Aufl. § 296 Rdn. 16; Thomas/Putzo, ZPO 12. Aufl. § 296 Anm. 2 c; a.A. OLG Schleswig SchlHA 1979, 22 und Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 42. Aufl. § 296 Anm. 2 C b aa). Daraus folgt zugleich, daß das Gericht nicht gehindert sein kann, nach Ablauf der eingeräumten Erklärungsfrist in seiner danach verkündeten Sachentscheidung das Vorbringen als verspätet zurückzuweisen, wenn andernfalls eine Beweisaufnahme erforderlich würde.

Das in erster Instanz mit Recht zurückgewiesene Vorbringen durfte nach § 528 Absatz 3 ZPO in der Berufungsinstanz und folglich auch in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden. Die Tatsache, daß das Berufungsgericht diese Frage nicht erörtert hat, weil es sie - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht für erheblich hielt, ändert daran nichts. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß das ausgeschlossene Vorbringen gemäß § 528 Absatz 3 ZPO unbeachtet geblieben wäre, wenn das Berufungsgericht Anlaß zu seiner Erörterung gesehen hätte. Die Klägerin hat folglich auch einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsabschluß nicht schlüssig behauptet.

dd) Einen die Guthabenforderung von 14 814,99 DM teilweise vernichtenden Gegenanspruch hat die Klägerin aber mit der in der Abrechnung vom 6. Mai 1980 enthaltenen Frachtkostenforderung von 9 622,35 DM schlüssig vorgetragen. Die weiteren in der Abrechnung enthaltenen Guthabenposten der Klägerin sind dagegen nicht hinzuzurechnen, weil sie unstreitig bei der Ermittlung der Überschuforderung bereits berücksichtigt sind, wie sich aus einem Vergleich der Abrechnung vom 6. Mai 1980 mit dem Schreiben der Beklagten vom 28. November 1979 ergibt.

Die Schlüssigkeit und Begründetheit der Frachtkostenforderung hat das Berufungsgericht nicht geprüft, sondern ausdrücklich dahingestellt sein lassen, weil es von seinem Rechtsstandpunkt aus auf diese

Forderung nicht ankam. Das Revisionsgericht kann die Schlüssigkeit deshalb selbst beurteilen. Sie ergibt sich aus der von der Klägerin im Schriftsatz vom 17. September 1982, S. 3 f, unter Beweis- antritt aufgestellten Behauptung, bei dem Transport des Systems CS 40 nach Frankreich habe es sich um Sonderkosten gehandelt, die von den von der Klägerin zu erbringenden normalen Frachtaufwen- dungen nicht gedeckt würden. In Höhe von 9 622,35 DM ist die Überschußforderung der Beklagten (14 814,99 DM) daher bestritten und kann wegen des Aufrechnungsaus- schlusses insoweit nicht zur Aufrechnung gestellt werden. Dagegen kann die Beklagte, weil weitere schlüssige und vorher aufgerechnete Forderungen der Klägerin nicht vorgetragen sind, mit dem Differenzbetrag von 5 192,64 DM gegen die Klage- forderung aufrechnen. Diese ermäßigt sich von 17 279,97 DM um 5 192,64 DM auf 12 087,33 DM.

c) Die weiterhin geltend gemachte Forderung wegen entgangenen Gewinns (ursprünglich 80 000 DM) kann die Beklagte mit Rücksicht auf das Aufrech- nungsverbot (vgl. oben zu II 2 a) im jetzigen Rechtsstreit nicht zur Aufrechnung stellen. Die Klägerin hat diese Forderung dem Rechtsgrunde nach und wegen mangelnder Substantiierung bestritten. Gründe, die dieses Bestreiten als nicht schlüssig erscheinen ließen, sind nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich.

III. 1. Auf den vom Berufungsgericht zuerkannten Zinsanspruch der Klägerin bleibt die Herabsetzung der Hauptforderung ohne Einfluß. Die zur Aufrechnung führende Überschußforderung der Beklagten ist erst mit der Gutschrift der Zahlung der Firma R███-Frank am 19. November 1979 entstanden. Erst von diesem Zeitpunkt an hat sie die bis dahin höhere Forderung der Klägerin teilweise zum Erlöschen gebracht (§ 389 BGB). Die vom Berufungsgericht für die Zeit vom 17. April bis 19. November 1979 zuerkannten Zinsen bleiben also unberührt. Auch nach dem 19. November 1979 blieb ein höherer Hauptforderungsbetrag als der von 2 464,97 DM begründet, für den das Berufungsgericht - dem Antrag der Klägerin in der Berufungsinstanz entsprechend - Zinsen zugesprochen hat. Die Höhe des Zinssatzes ist von keiner Partei angegriffen worden.

2. Demzufolge war das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten teilweise dahin zu ändern, daß die der Klägerin zuerkannte Hauptforderung auf 12 087,33 DM ermäßigt wird. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97, 281 Abs. 3 ZPO.

Bei der Kostenverteilung hat der Senat berücksichtigt, daß über die hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten eine der Rechtskraft fähige Entscheidung (§ 322 Abs. 2 ZPO) nur in Höhe von 5 192,64 DM ergangen ist, die weitergehenden Forderungen dagegen nur wegen des Aufrechnungsverbot es nicht berücksichtigt worden, in ihrem

Bestände also ungeklärt geblieben sind. Die Einbeziehung des rechtskraftfähig erledigten Teils in den Streitwert gemäß § 19 Absatz 3 GKG (Klageforderung 17 279,97 DM + Hilfsaufrechnung 5 192,64 DM = 22 472,61 DM) zwingt bei der Kostenentscheidung zu einer Quotierung nach § 92 ZPO im Verhältnis von Klage- und Hilfsaufrechnung, wenn sich der der Klage zugrunde liegende Anspruch als begründet erweist, die Klage jedoch wegen einer im Prozeß erklärten Hilfsaufrechnung ganz oder teilweise abzuweisen ist (OLG Köln MDR 1983, 226 und 1982, 941; OLG Celle VersR 1976, 50; LG Arnsberg NJW 1974, 320; Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl. § 92 Anm. 1 d; Schneider, Kostenentscheidung im Zivilurteil, 2. Aufl., S. 88; Zöllner/Schneider, ZPO, 14. Aufl. § 92 Rdn. 3). Die gegenteilige, auf den formalen Ausgang des Prozesses abstellende Ansicht (KG MDR 1976, 846; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl. § 91 Rdn. 14; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 42. Aufl. § 91 Anm. 1 C; Förste, NJW 1974, 222) würde zu dem ungerechten Ergebnis führen, daß der Kläger mit einem Kostenanteil belastet würde, der nur durch das ungerechtfertigte primäre Bestreiten der Klageforderung entstanden ist.

Die Kostenverteilung gilt nicht nur für die Revisionsinstanz, sondern auch für die Vorinstanzen. Eine andere Quote ergibt sich nicht etwa daraus, daß nach dem Inhalt des Berufungsurteils der Streitwert höher anzusetzen wäre als für den Revisionsrechtszug.

Denn dieser Wert ist infolge der in der Revisionsinstanz ergehenden Entscheidung nachträglich auf den für diese Instanz maßgebenden Wert von 22 472,61 DM herabzusetzen, nachdem das Berufungsurteil, das die Klageforderung voll zugesprochen und beide Hilfsaufrechnungsansprüche sachlich aberkannt hatte, vom Revisionsgericht in der Weise abgeändert worden ist, daß nur noch über die erste Hilfsaufrechnung (teilweise) sachlich entschieden ist (wie hier: Lappe, GKG 1975, § 19 Rdn. 16; OLG Frankfurt JurBüro 1981, 248; a.A. OLG Saarbrücken JurBüro 1980, 897; Mümmeler JurBüro 1978, 1, 6; Schumann NJW 1982, 1257, 1261; Markl, Gerichtskostengesetz, 2. Aufl. § 19 Rdn. 26 a; Schneider, Streitwert, 6. Aufl. Stichwort Aufrechnung, Nr. 13 m. w. N.).

Braxmeier

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß