

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**VIII ZR 20/65

Verkündet am
10. April 1967
Klett,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma L [REDACTED] & Co. Chem. Fabrik, Alleininhaber
Wolfram L [REDACTED], früher in N [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED],
jetzt in A [REDACTED] /ub. N [REDACTED] ([REDACTED]),
E [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Peter K [REDACTED] GmbH. & Co., vertreten durch
die persönlich haftende Gesellschafterin Peter K [REDACTED]
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, diese vertreten
durch ihren Geschäftsführer Peter K [REDACTED] in G [REDACTED]
([REDACTED]),

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1a-Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 2. Dezember 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die Haarlack in Dosen mit Sprühventil (Haarspray) verschiedener Sorten herstellte, stand mit der Beklagten, die solche Waren vertrieb, seit Oktober 1961 in Geschäftsverbindung. Laut Rechnung Nr. 1176, die bei der Beklagten am 28. September 1962 einging, lieferte die Klägerin der Beklagten am 13. September 1962 3024 Dosen "Lou de Paris", 1380 Dosen "Liane", 720 Dosen "Colette", sämtliche Dosen in der Größe 16 oz, zu Rechnungsbeträgen von insgesamt 8 095,92 DM, denen ein Stückpreis von 1,58 DM zugrundelag. Diesen Betrag nebst Zinsen in Höhe von 7 1/2 % hat die Klägerin eingeklagt. Weitere Forderungen der Klägerin aus der Geschäftsverbindung mit der Beklagten sind Gegenstand eines anderen Rechtsstreits.

- 3 -

Die Beklagte hat bestritten, die Ware zur Lieferung in 16 oz.-Dosen bestellt zu haben. Sie habe sie deshalb sofort beanstandet, der Klägerin zur Verfügung gestellt und auch zurückgegeben.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage unter Abweisung der über 5 % hinausgehenden Zinsforderung stattgegeben. Im Verlaufe des Berufungsverfahrens hat die Beklagte außerdem gegen die Klageforderung mit Gegenforderungen aufgerechnet. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung nicht zugelassen und ohne Beweisaufnahme die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klageforderungen.

1. Im Berufungsverfahren war unstreitig, daß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen der Parteien nicht in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des Überschusses ausgeglichen wurden, also kein Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien im Sinne von § 355 HGB bestand. Daran scheitern die Erwägungen der Revision, daß möglicherweise zwischen den Parteien ein solches Verhältnis bestanden habe und die Klägerin aus diesem Grunde die Klageforderung nicht selbständig geltend machen könne.



Die Revision beanstandet auch zu Unrecht, daß das Berufungsgericht den vorliegenden Rechtsstreit nicht mit Rücksicht auf das andere Verfahren, in dem die Klägerin weitere Forderungen aus den Geschäftsbeziehungen eingeklagt hat, ausgesetzt hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Aussetzung des Rechtsstreits überhaupt zulässig gewesen wäre. Es liegt jedenfalls, wie die Revision zu Unrecht rügt, kein Verfahrensfehler darin, daß das Berufungsgericht den entsprechenden Aussetzungsantrag der Beklagten in dem Berufungsurteil zwar erwähnt, aber nicht ausdrücklich beschieden hat. Das Berufungsgericht hat ersichtlich den Antrag nicht als begründet angesehen und ihn deshalb stillschweigend in dem Berufungsurteil abgelehnt. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ein Ermessensmißbrauch ist insoweit nicht dargetan.

2. Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung zugrunde, daß die in der Rechnung Nr. 1176 aufgeführte Ware der Beklagten unbestritten geliefert und bei ihr eingetroffen ist.

Die Revision rügt ohne Erfolg, die Beklagte habe in Berufungsverfahren durch Schriftsatz vom 3. November 1964 S. 5 klargestellt, daß ihr nicht das, was in der Rechnung stand, zugegangen sei. Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil die Beklagte in der Berufungsbegründung nicht bestritten hatte, die ihr in Rechnung gestellte Ware erhalten zu haben. Eine gegenteilige Behauptung ist zudem auch den von der Revision in Bezug genommenen Ausführungen des Schriftsatzes vom 3. November 1964 nicht zu entnehmen.

3. Die Beklagte hat den Kaufpreis der Ware zu bezahlen, wenn sie die gelieferten Dosen bestellt hatte, aber auch dann, wenn die Ware zwar hinsichtlich der Dosengröße nicht einer vorausgehenden Bestellung entsprach, jedoch von der Beklagten ohne Rüge oder trotz ordnungsgemäßer Rüge anstelle der bestellten Ware behalten wurde.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, es obliege der Beklagten, darzutun, daß sie die gelieferte Ware als nicht bestellt zurückgewiesen und auch sofort zurückgegeben habe. Es berücksichtigt dabei, daß die Verhandlungen der Parteien über Lieferaufträge in aller Regel telefonisch stattfanden, wobei auch, wie es der Aussage des bei der Klägerin angestellten Kaufmanns F. [REDACTED] entnimmt, häufig kurzfristig Änderungen vereinbart worden seien. Da die Rückgabe der Ware nicht nachgewiesen sei, auch der als Zeuge vernommene Buchhalter Kubisch darüber nichts habe aussagen können, gewinne die Aussage des F. [REDACTED], die in der Rechnung Nr. 1176 genannte Ware wäre nicht geliefert worden, wenn sie nicht bestellt worden wäre, die Ware sei auch nicht zurückgesandt worden, ausschlaggebende Überzeugung, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe.

Die Revision rügt, es sei Sache der Klägerin darzutun und zu beweisen, daß die Bestellung so, wie sie es behauptete, zustande gekommen sei. Dies habe das Berufungsgericht verkannt. Seine Beweismwürdigung sei daher durch einen unrichtigen Ausgangspunkt beeinflusst. Bei der Würdigung des Beweisergebnisses habe das Berufungsgericht nicht nur die Zeugenaussage F. [REDACTED] in wesentlichen Teilen, sondern auch den Antrag der Berufungsbegründung auf Parteivernehmung darüber übergangen, daß die Ware sofort beanstandet, zur Verfügung gestellt und im Einverständnis mit der Klägerin später zurückgegeben worden sei.

Mit diesen Rügen kann die Beklagte nicht durchdringen.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte die ihr zugesandte Ware auch bestellt habe, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht durfte bei dieser Feststellung auch verwerten, daß die Beklagte weder eine der Klägerin gegenüber vorgenommene Beanstandung noch die behauptete Rückgabe der Ware bewiesen habe. Die Behauptungen der Beklagten über die Rücksendung der Ware waren widersprüchlich, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat. Gegen das Vorbringen der Beklagten über die sofortige Zurückweisung der gelieferten Ware spricht auch, daß sie in einem Schreiben an die Klägerin vom 11. Oktober 1962 die Rechnung Nr. 1176 mit dem Rechnungsbetrag von 8 095,92 DM selbst in ihre Aufstellung über noch offene Rechnungen aufgenommen hat, ohne dabei geltend zu machen, daß sie die ihr zugrunde liegende Lieferung zur Verfügung gestellt habe und nicht behalten wolle. Unter Berücksichtigung der widersprüchlichen und unsubstantiierten Einlassung der Beklagten über die Rücksendung der Ware und die angeblich hierfür von der Klägerin erteilten Gutschriften brauchte das Berufungsgericht auch dem Antrag auf Parteivernehmung nicht zu entsprechen. Bei diesem Antrag fehlt zudem jede Angabe darüber, wer bei der Klägerin die behauptete Beanstandung der Ware entgegengenommen haben soll. Die hiermit in Verbindung stehenden Darlegungen der Beklagten über das angebliche Einverständnis der Klägerin mit einer Rücksendung der Ware und ihre Rückgabe stehen zudem in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts, daß die behauptete Rückgabe nicht nachgewiesen und im übrigen nicht einmal ausreichend substantiiert worden sei. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungs-

gericht das mit dem Antrag auf Parteivernehmung verbundene Vorbringen der Beklagten nicht als ausreichend anzusehen, und es war nicht verpflichtet, diesem Antrag stattzugeben.

4. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe Vorbringen und Beweisangebote in dem Schriftsatz vom 3. November 1964, der am Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht beim Gericht eingegangen ist, nicht berücksichtigt, ist dem Berufungsgericht ebenfalls ein Rechtsverstoß nicht vorzuwerfen. Denn es hat das Vorbringen als verspätet angesehen und deshalb zurückgewiesen. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (§ 529 Abs. 2 ZPO).

5. Demnach ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte verpflichtet sei, die ihr laut Rechnung Nr. 1176 gelieferte Ware zu bezahlen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II. Zur Aufrechnung mit Gegenforderungen.

1. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht die Gutschrift der Beklagten vom 27. November 1962 nicht zugunsten der Beklagten berücksichtigt habe. Die Rüge ist deshalb unbegründet, weil sich aus der bloßen Gutschrift noch keine aufrechenbare Gegenforderung ergibt. Dies würde voraussetzen, daß die gutgeschriebene Ware bezahlt worden war. Das hat die Beklagte jedoch nicht einmal behauptet. Im übrigen sind die Beträge der Gutschrift in dem anderen Rechtsstreit berücksichtigt worden, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat.

2. In dem Schriftsatz vom 3. November 1964 hat die Beklagte ferner geltend gemacht, sie habe in der Zeit vom 30. Juni 1962 bis 1. August 1964 der Klägerin einverständlich Waren im Werte von insgesamt 17 983,26 DM zurückgegeben. Hierüber habe die Klägerin nur die Gutschrift vom 27. November 1962 erteilt. Die Beklagte habe demnach noch einen Anspruch auf eine Gutschrift von 10 252,26 DM. Mit dieser Forderung an die Klägerin hat die Beklagte vorsorglich aufgerechnet.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht zu diesem Posten keine Stellung genommen habe; es habe dadurch gegen § 551 Nr. 1 ZPO verstoßen.

Es ist zwar richtig, daß das Berufungsurteil keine Ausführungen über die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Berücksichtigung von 10 252,26 DM im Wege der Gutschrift enthält. Darin liegt jedoch kein Verfahrensverstoß, der die Aufhebung des Berufungsurteils rechtfertigen könnte. Denn der geltend gemachte Anspruch auf Gutschrift ergibt, wie ausgeführt ist, noch keine aufrechenbare Gegenforderung. Die Beklagte hat jede Angabe darüber unterlassen, ob und wann die Ware bezahlt worden war, deren Rückgabe sie behauptet und durch Benennung des Buchhalters K [REDACTED] unter Beweis gestellt hatte. Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung ist daher nicht genügend substantiiert und schon aus diesem Grunde nicht zu berücksichtigen.

3. Die Revision meint, mindestens müßten die Retouren vom 5. und 10. Dezember 1962 berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht die Lieferung vom 13. September 1962 betreffen sollten. Diese Rüge ist deshalb unbegründet, weil sich aus der Tatsache, daß die Klägerin Retouren erhalten hat, noch keine aufrechenbare Gegenforderung ergibt.

4. Die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen, die im Laufe des Berufungsverfahrens von der Beklagten im Wege der Aufrechnung geltend gemacht worden sind, ist von dem Berufungsgericht deshalb nicht zugelassen worden, weil die Berücksichtigung dieses Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögern würde. Die Revision meint, daß dieser Gesichtspunkt rechtlich unerheblich sei. Denn im Rahmen des § 529 Abs. 5 ZPO sei nur von Bedeutung, ob die Zulassung dieser Einwendung für sachdienlich zu erachten sei. Das Berufungsgericht hätte nach Ansicht der Revision die Aufrechnung schon deshalb zulassen müssen, weil die geltend gemachten Gegenforderungen mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhang stünden.

Diese Angriffe gegen das Berufungsurteil sind nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat ersichtlich nicht verkannt, daß es nach § 529 Abs. 5 ZPO darüber zu entscheiden hatte, ob die Geltendmachung der Aufrechnung im anhängigen Verfahren zuzulassen war. Denn es bezieht sich in seiner Begründung ausdrücklich auf diese Vorschrift. Es war nicht gehindert, bei der Prüfung der Sachdienlichkeit dem Umstand Bedeutung beizumessen, daß die Beklagte Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt hat, die sie nicht einmal in der Berufungsbegründung geltend gemacht hatte, und daß die Zulassung der Aufrechnung mit diesen Forderungen zu einer erheblichen Verzögerung des Rechtsstreits geführt hätte, die der Klägerin nicht zuzumuten war. Die Sachdienlichkeit der Zulassung einer Aufrechnung ist auch, wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, nicht schon deshalb zu bejahen, weil die zur Aufrechnung gestellte Forderung mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhang steht

(BGH Urt. v. 17. Februar 1966 - VII ZR 79/64 = BGH Warn 1966 Nr. 36 = LM ZPO § 529 Nr. 22 = NJW 1966, 1029). Es unterliegt daher keinen Bedenken, daß das Berufungsgericht die Geltendmachung der Schadensersatzforderungen in dem anhängigen Verfahren nicht als sachdienlich angesehen und sie deshalb nicht zugelassen hat.

III. Demnach hat die Revision keinen Verfahrensverstoß aufgezeigt, der den Bestand des Berufungsurteils in Frage stellen kann. Die Revision der Beklagten ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber