

90

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB §§ 378, 377 Abs. 2

Zur Frage, ob der Käufer, der es bei einer Minderlieferung
versäumt hat, die Fehlmeng e rechtzeitig zu rügen, den Preis
der vollen Vertragsmenge schuldet.

ZPO §§ 528 Abs. 1, 296 Abs. 1, 276 Abs. 1 Satz 2

Die Aufrechnung wird als Verteidigungsmittel zusammen mit
den ihrer Begründung dienenden Tatsachen von der zur Klage-
erwiderung gesetzten Frist erfaßt.

BGH, Urt. v. 30. Mai 1984 - VIII ZR 20/83 - OLG Hamburg

LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 20/83

URTEIL

Verkündet am
30. Mai 1984

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft in Firma Karl Sch[REDACTED] KG, vertreten
durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Karl Sch[REDACTED],
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

das Bankhaus M.M. Wa[REDACTED]-Br[REDACTED], Wi[REDACTED] & Co. KG, vertreten
durch die persönlich haftenden Gesellschafter Dr. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 10. Dezember 1982 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 12. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hamburg vom 14. Dezember 1981 in Höhe eines Betrages von 34 861,76 DM nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Die Firma Jos. Ha[REDACTED] & Söhne Holzimport (im folgenden: Zedentin) veräußerte an die Beklagte im Laufe mehrjähriger Geschäftsbeziehungen tropische Hölzer, die sie im Ausland einkaufte. Die Beklagte holte das Holz jeweils in Teilpartien vom Lager der Zedentin in Hamburg ab. Diese erteilte die Rechnungen teils nach Auslieferung des Holzes an die Beklagte, teils bereits nach dessen Ankunft auf ihrem Lager in Hamburg.

In der Zeit vom 30. November 1979 bis 29. Februar 1980 trat die Zedentin an die Klägerin fortlaufend Kaufpreisansprüche gegen die Beklagte im Gesamtrechnungswert von 752 965,87 DM ab.

Ende 1979/Anfang 1980 zahlte die Beklagte nur noch schlep-
pend. Am 12. Februar 1980 mahnte die Zedentin einen Zahlungsrückstand von über 400 000 DM an. Da die Beklagte nunmehr Mengendifferenzen zwischen Rechnungen und Lieferscheinen rügte, übergab die Zedentin der Beklagten die beanstandeten Rechnungen und Lieferscheine zur Überprüfung. Am 19. Februar 1980 kam es sodann zwischen beiden zu einer Besprechung. Hierbei stellten sie einverständlich die noch offen stehenden Rechnungssummen - rechnerisch - auf 520 840,91 DM fest. Die an diesem Tage getroffene Vereinbarung bestätigte die Zedentin - von der Beklagten unwidersprochen - mit Fernschreiben vom 20. Februar 1980 auszugsweise wie folgt:

"herr schlueter" (Verhandlungsführer auf seiten der Beklagten) "brachte zum ausdruck, dass eine reihe von lieferscheinen, die wir als belege aus unseren unterlagen vorgelegt haben, in ihren akten fehlen. deshalb sind bei ihnen die zweifel ueber unsere liefermengen noch nicht beseitigt. sie sind bei der pruefung und werden dafuer noch einige tage benoetigen.

zur bereinigung und beruhigung der situation wurde deshalb wie folgt vereinbart:

sie ueberweisen uns prompt als a-konto-zahlung dm 320.000,-- kto-nr. 500/273112 m.m. warburg-brinckmann, wirtz + co., hamburg ...

nach dieser zahlung von dm 320.000,-- a konto bleibt ein offener saldo von 200.840,91 der fuer die strittigen mengen steht.

dafuer bestaetigen wir ihnen hiermit, dass wir prompt nach eingang der oben genannten zahlung auf unserem konto, die lt. ihnen per 13.02.80 uebergabener aufstellung bei uns z.zt. lagernde ware an sie ausliefern werden. aus betriebs-technischen gruenden, bitten wir darum, die genauen abholtermine dann vorher wie ueblich mit unserem herrn menke abzustimmen.

im interesse einer vollends bereinigten situation duerfen wir sie nochmals dringend bitten, ihre innerbetriebliche vergleichspruefung mit den ihnen von uns uebergebenen lieferscheinen schnell und intensiv durchzufuehren. wir rechnen mit ihrer baldigen stellungnahme, d.h. bis ende des monats."

Am 26. Februar 1980 leistete die Beklagte die Acontozahlung von 320 000 DM. Der hiernach verbleibende Restbetrag von 200 840,91 DM erhöhte sich durch zwei am 29. Februar 1980 erstellte Rechnungen um 13 863,70 DM auf 214 704,61 DM. Aufgrund der in der Besprechung vom 19. Februar 1980 gegebenen Zusage, nochmals die Abwicklung der streitigen Lieferungen darzulegen,

stellte die Zedentin die einzelnen Unterlagen zusammen und übergab sie der Beklagten am 29. Februar 1980.

Ob es entsprechend der für Ende Februar/Anfang März 1980 vereinbarten Belieferungstermine noch zu Auslieferungen kam, ist zwischen den Parteien streitig. Die Zedentin teilte der Beklagten am 29. Februar 1980 per Fernschreiben mit, daß ihr Kran am 3. März 1980 repariert werden müsse und daher an diesem Tage keine Lkw's zur Verladung disponiert werden sollten. Mit weiterem Fernschreiben vom 3. März 1980 weigerte sich die Zedentin, weitere Waren aus dem noch bei ihr lagernden Bestand auszuliefern, wenn die Beklagte die Restforderungen nicht in Höhe von 200 840,91 DM ausgleiche. Die Beklagte antwortete am selben Tag fernschriftlich, sie wolle erst die schwebende Lieferscheine Angelegenheit in Ruhe überprüfen, bestehe auf der für den 4. März 1980 vereinbarten Abholung und werde Deckungskäufe vornehmen, falls sie nicht innerhalb von drei Tagen im Besitz der Ware sei. Die Zedentin forderte daraufhin die Beklagte mit Fernschreiben vom 5. März 1980 auf, bis zum 10. März 1980 den Betrag von 200 840,91 DM Zug um Zug gegen Auslieferung der restlichen Ware zu zahlen. Die Beklagte kam dem nicht nach und erklärte sich auch nicht zu den angeblichen Mengendifferenzen.

Die Zedentin und die Beklagte beendeten ihre Geschäftsbeziehungen. Sie vereinbarten, daß das noch nicht ausgelieferte, der Beklagten aber bereits in Rechnung gestellte Holz der Be-

klagten in Höhe des vereinbarten Kaufpreises gutgeschrieben werden sollte. Auf Bitten der Beklagten gab die Zedentin durch Fernschreiben vom 10. April 1980 den Wert dieses Holzes - im einzelnen nach Rechnungen und Maßen aufgeschlüsselt - mit 167 868,86 DM an. Dementsprechend belastete die Beklagte die Zedentin mit Schreiben vom 25. Juni 1980. Durch Schreiben vom 10. Juli 1980, dessen Erhalt die Beklagte bestreitet, korrigierte die Zedentin ihre Angaben dahingehend, daß der gutzubringende Rechnungswert nur 147 135,22 DM betrage, weil die im Fernschreiben vom 10. April 1980 als noch bei ihr lagernd ausgewiesenen Hölzer zu Rechnung Nr. 930 vom 13. Dezember 1979 (13,307 cbm) und zu Position 1 der Rechnung Nr. 1153 vom 30. Januar 1980 (13,040 cbm) am 27. bzw. 29. Februar 1980 ausgeliefert worden seien.

Am 31. Dezember 1980 wurde über das Vermögen der Zedentin das Konkursverfahren eröffnet.

Gestützt auf die Abtretungserklärungen der Zedentin, welche die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 23. Juni 1980 angezeigt hatte, hat die Klägerin die Beklagte auf Zahlung in Anspruch genommen. Sie hat von dem oben erwähnten Forderungsbetrag von 214 704,61 DM die in dem Schreiben der Zedentin vom 10. Juli 1980 erteilte Gutschrift von 147 135,22 DM und Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von 8 624,90 DM in Abzug gebracht und so eine Restschuld der Beklagten von 58 944,49 DM er-

rechnet. Hiervon hat sie klageweise 58 068,06 DM nebst Zinsen in der Reihenfolge der in der Klageschrift aufgeführten, von den Abtretungserklärungen der Zedentin betroffenen Rechnungen geltend gemacht.

Die Beklagte hat vorgebracht, ihr seien statt 147 135,22 DM entsprechend dem Schreiben der Zedentin vom 10. April 1980 167 868,86 DM gutzuschreiben gewesen. Alle in diesem Schreiben der Zedentin aufgeführten Hölzer seien nicht mehr ausgeliefert worden. Demgemäß verringere sich die von der Klägerin errechnete Restforderung (58 944,49 DM) um 20 733,64 DM.

Hinsichtlich der der Klageforderung zugrundeliegenden Rechnungen hat die Beklagte eingewendet, das in den Rechnungen Nr. 939, 955 und 930 (Anlagen B 15, 13, 23) berechnete Holz sei ihr nicht in vollem Umfange und das in der Rechnung Nr. 1064 (Anlage B 24) berechnete gänzlich nicht geliefert worden, was ein Manko im Werte von insgesamt 18 083,97 DM ergebe.

Darüber hinaus hat sie die Aufrechnung mit angeblichen Rückzahlungsansprüchen in Höhe von 67 777,38 DM erklärt und hierzu ausgeführt, sie habe Rechnungen der Zedentin, die nicht Gegenstand der Klage seien, voll bezahlt, während sie das entsprechende Holz entweder überhaupt nicht (Rechnungen Anlage B 18 bis 20 und 25, 26) oder nicht vollständig (Rechnungen Anlage B 17, 21, 22, B 7 bis 12, 14, 16) erhalten habe.

Schließlich hat die Beklagte mit angeblichen - im einzelnen in der Berufungsinstanz dargelegten - Schadensersatzansprüchen in Höhe von insgesamt 536 549,02 DM aufgerechnet, die sie daraus herleitet, daß die Zedentin die Erfüllung ihrer vertraglichen Lieferverpflichtungen zu Unrecht verweigert habe.

Das Landgericht hat der Klägerin einen Teil der geltend gemachten Zinsen aberkannt und im übrigen die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Zwischen den Parteien besteht nach den unangefochten gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts Einigkeit, daß sich die an die Klägerin abgetretenen Kaufpreisansprüche der Zedentin nach Abzug der von der Beklagten geleisteten Zahlungen und der dieser erteilten Gutschriften rechnerisch noch auf 58 944,49 DM belaufen. Im Streit befindlich sind indessen die Höhe einer Gutschrift (I), der Umfang von Lieferungen, welche vier in die Berechnung des Restanspruchs der Klägerin eingestellten Rechnungen zugrundeliegen (II), sowie zur Aufrechnung gestellte Rückzahlungs- (III) und Schadensersatzansprüche der Beklagten (IV).

I. 1. Das Berufungsgericht hat den schlüssig vorgebrachten Einwand der Beklagten für nicht durchgreifend erachtet, der rechnerische Restanspruch der Klägerin von 58 944,49 DM sei um 20 733,64 DM zu kürzen, weil ihr für nicht mehr ausgeliefertes Holz statt der tatsächlich gutgeschriebenen 147 135,22 DM von der Zedentin entsprechend deren Schreiben vom 10. April 1980 insgesamt 167 868,86 DM hätten gutgebracht werden müssen. Es hat insoweit die Behauptung der Beklagten, die in der korrigierten Gutschriftberechnung der Zedentin vom 10. Juli 1980 aufgeführten weiteren Lieferungen vom 27. und 29. Februar 1980 nicht erhalten zu haben, gemäß § 528 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, diese Behauptung habe die Beklagte entgegen der im ersten Rechtszug gesetzten Frist zur Klageerwiderung erstmals im zweiten Rechtszug nach der am 13. September 1982 erfolgten Anberaumung des Verhandlungstermins aufgestellt. Da sich die Klägerin erst daraufhin zum Nachweis der Lieferung der im Schreiben vom 10. Juli 1980 genannten streitigen Holzmengen auf die Zeugin Fr. [REDACTED] habe berufen können und die Ladung der Zeugin zum Termin nicht mehr möglich gewesen sei, hätte die Zulassung der neuen Behauptung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert. Die Beklagte habe die Verspätung auch nicht genügend entschuldigt.

2. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizupflichten, daß das Vorbringen der Beklagten, mit dem sie die angeblichen Lieferungen vom 27. und 29. Februar 1980 bestreitet, neu ist und in erster Instanz trotz einer insoweit gesetzten Frist (§ 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO) unterblieben war. Die Beklagte hätte Anlaß gehabt, die beiden Lieferungen bereits in erster Instanz substantiiert zu bestreiten, nachdem die Klägerin in der Klageschrift die Einzelgutschriften, die zusammen den Betrag von 147 135,22 DM ergeben, unter Angabe der Rechnungsnummern bezeichnet und mit Schriftsatz vom 27. Oktober 1981 die Einzelgutschriften vorgelegt hatte. Daraus war ersichtlich, daß die Klägerin die im Fernschreiben vom 10. April 1980 zu der Rechnung Nr. 930 und zu Position 1 der Rechnung Nr. 1153 aufgeführten Hölzer als geliefert behandelte. Die Beklagte hat sich jedoch darauf beschränkt, "sämtliche Rechnungen und Lieferungen" dem Grund und der Höhe nach pauschal zu bestreiten und in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 27. November 1981 darauf hinzuweisen, daß die in sachlicher Hinsicht gegenüber den Rechnungen zu erhebenden Einwendungen "den Rahmen dieses Prozesses bei weitem sprengen" würden.

b) Indessen ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Berücksichtigung des neuen Vorbringens hätte die Erledigung des Rechtsstreites verzögert, rechtsfehlerhaft. Die Revision weist zutreffend daraufhin, daß dieses Vorbringen bereits in der Berufungsbegründung vom 11. März 1982 und nicht - wie das Beru-

funksgericht meint - erst im Schriftsatz der Beklagten vom 11. Oktober 1982 enthalten ist. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte vorgetragen, die Gutschrift müsse entsprechend dem Schreiben der Zedentin vom 10. April 1980 über 167 868,86 DM lauten. Zugleich hat sie durch einen Zeugen (L[REDACTED]-J[REDACTED]) unter Beweis gestellt, daß die in dem vorgenannten Schreiben aufgeführten Holzmengen - damit also auch die hier streitigen - der Beklagten nicht ausgeliefert worden seien. Die Klägerin hätte alsdann bereits in der Berufungserwiderung vom 15. Juni 1982 zu dem Vorbringen der Beklagten Stellung nehmen und entsprechende Beweise antreten können. Dies hat sie - was das Berufungsgericht gleichfalls übersehen hat - hinsichtlich der angeblichen Lieferung zu der Rechnung Nr. 930 durch die Benennung der Zeugin Fr[REDACTED] (früher: B[REDACTED]) auch getan. Eine Verzögerung wäre insofern nicht eingetreten, wenn das Berufungsgericht, was zeitlich möglich gewesen wäre, die benannten Zeugen zu dem am 13. September 1982 bestimmten Termin zur mündlichen Verhandlung vom 5. November 1982 geladen hätte (§ 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO). Hierzu wäre das Berufungsgericht auch verpflichtet gewesen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, insbesondere auch des erkennenden Senats darf das Gericht ein verspätet vorgebrachtes Angriffs- oder Verteidigungsmittel grundsätzlich nicht unberücksichtigt lassen, wenn es so rechtzeitig vorgebracht wurde, daß die Verspätung durch zumutbare vorbereitende Maßnahmen des Gerichts ausgeglichen werden kann (BGHZ 75, 138, 142; Senatsurteile vom 9. Juni 1971 - VIII ZR 25/70 = LM ZPO

§ 272 b Nr. 9 = NJW 1971, 1564; 11. Dezember 1974 - VIII ZR 51/73 = WM 1975, 79 insoweit nicht abgedruckt; 13. Februar 1980 - VIII ZR 61/79 = LM ZPO § 273 Nr. 3; 23. April 1980 - VIII ZR 341/78 nicht veröffentlicht; 10. Januar 1983 - VIII ZR 244/81 = BGHZ 86, 198, 203 = WM 1983, 339, 340). Zumutbar sind solche Maßnahmen stets, wenn es sich um einfache und klar abgegrenzte Streitpunkte handelt, die sich durch Vernehmung weniger greifbarer Zeugen im Rahmen der mündlichen Verhandlung ohne unzumutbaren zeitlichen Aufwand klären lassen (vgl. Senatsurteile vom 9. Juni 1971, 11. Dezember 1974 und 23. April 1980 jeweils aaO). Eine derartige Sachlage war hier gegeben. Die Beweisfrage war eng darauf begrenzt, ob die beiden fraglichen Lieferungen am 27. und 29. Februar 1980 tatsächlich ausgeführt worden sind. Zu klären war dies durch die Vernehmung lediglich zweier Zeugen. Daß die Klägerin sich zum Nachweis der die Position 1 der Rechnung Nr. 1153 betreffenden Lieferung erst im Schriftsatz vom 4. November 1982 auf die Zeugin Fr. [REDACTED] berufen hat, durfte nicht zu Lasten der Beklagten berücksichtigt werden, zumal diese Zeugin auch hierzu ohne weiteres im Termin zur mündlichen Verhandlung hätte vernommen werden können, falls sie pflichtgemäß zu dem anderen Streitpunkt (Lieferung zu der Rechnung Nr. 930) geladen worden wäre.

Das angefochtene Urteil kann damit in Höhe von 19 495,35 DM (= 20 371,78 DM abzüglich der Differenz aus dem rechnerischen Restanspruch der Klägerin und der Klageforderung) keinen Bestand

haben. Der tatsächliche Wert der angeblichen Lieferungen beträgt nicht 20 733,64 DM, sondern lediglich 20 371,78 DM (8 769,31 + 182,97 + 9 075,84 zuzüglich 13% Mehrwertsteuer aus diesen Beträgen). Da die Beklagte die Gutschriftberechnung im Schreiben der Zedentin vom 10. Juli 1980 im übrigen nicht bestritten hat, sind daher gegebenenfalls lediglich weitere 20 371,78 DM gutzubringen, wovon nach Abzug der Differenz zwischen dem rechnerischen Restanspruch der Klägerin und der Klageforderung (= 876,43 DM) 19 495,35 DM auf die Klageforderung entfallen.

II. 1. Was die der Berechnung der Klageforderung zugrunde liegenden Rechnungen Nr. 939, 955, 930 und 1064 (Anlagen B 15, 13, 23, 24) anbelangt, zu denen die Beklagte Fehlmengen bzw. gänzliche Nichtlieferung im Werte von insgesamt 18 063,98 DM geltend macht, hat das Berufungsgericht eine entsprechende Kürzung der Rechnungsbeträge abgelehnt. Es hat ausgeführt, die Beklagte habe entgegen §§ 378, 377 HGB etwaige Fehlmengen nicht unverzüglich nach Erhalt der Lieferungen gerügt. Ihrer Rügelast sei sie nicht durch die Vereinbarung vom 19./20. Februar 1980 enthoben gewesen. Darin, daß der Beklagten einige Tage für die Prüfung der Fehlmengen zugestanden und ihr später weitere Unterlagen übergeben worden seien, liege kein Verzicht der Zedentin auf deren Rechte aus §§ 378, 377 HGB. Die Beklagte habe vielmehr vereinbarungsgemäß die angeblichen Fehlmengen kurzfristig bis Ende Februar 1980 angeben sollen. Da sie dem nicht nachgekommen sei, sondern hierzu erstmals zwei Jahre später in der Berufungs-

instanz des vorliegenden Prozesses Angaben gemacht habe, die streitig und zudem nicht ohne weiteres nachprüfbar seien, müsse die Ware auch hinsichtlich etwaiger Fehlmengen nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gelten. Demgemäß schulde die Beklagte den vollen Preis der Vertragsmenge. Hinsichtlich der Rechnung Nr. 930, die über drei Positionen Bongossi-Schnittholz im Werte von 116 303,39 DM laute, komme hinzu, daß die Beklagte die als unterblieben geltend gemachte Lieferung von 16,877 cbm nicht substantiiert bestritten habe. Angesichts des hohen Lieferumfangs hätte die Beklagte angeben müssen, aus welcher der in den Holzmaßen unterschiedlichen drei nach der Behauptung der Klägerin gelieferten Partien die angebliche Fehlmenge stamme. Außerdem sei davon auszugehen, daß die Beklagte die in der Gut-schriftberechnung der Zedentin vom 10. Juli 1980 aufgeführte Lieferung von 13,307 cbm zu der Rechnung Nr. 930 am 27. Februar 1980 erhalten habe. Schließlich sei das Bestreiten der Lieferungen zu den Rechnungen Nr. 930 und 1064 gemäß § 528 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen, weil die Beklagte insoweit bereits in erster Instanz habe vortragen können, dies aber unentschuldigt unterlassen habe. Die Berücksichtigung des erstmaligen Bestreitens in der Berufungsinstanz würde, da die Klägerin sich zum Beweis der Lieferungen auf die Zeugen J. ■■■■■, Sch. ■■■■■, Sa. ■■■■■ und Ü. ■■■■■ berufen habe, zu einer umfangreichen Beweisaufnahme führen und damit die Erledigung des Rechtsstreits verzögern.

2. a) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe haben, soweit sie die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den Rechnungen Nr. 939 und 955 betreffen, keinen Erfolg.

Wären - wie die Beklagte behauptet - die insoweit streitigen Holzmengen in Werte von insgesamt 526,75 DM (466,15 + 60,60 DM Mehrwertsteuer) nicht geliefert worden, so wäre, falls die Minuslieferungen nicht gemäß §§ 378, 377 Abs. 2 HGB als genehmigt zu gelten hätten, der Differenzbetrag von der Klageforderung abzusetzen, weil der Zedentin nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten die (Nach-) Lieferung der Fehlmenge unmöglich geworden ist und sie daher den Anspruch auf die entsprechende Gegenleistung der Beklagten verloren hätte (§ 323 Abs. 1 BGB). Das Berufungsgericht hat jedoch zu Recht in Anwendung der Vorschriften der §§ 378, 377 Abs. 2 HGB angenommen, daß die Beklagte trotz der etwaigen Minderlieferungen den Preis der vollen Vertragsmenge schulde.

aa) Gemäß § 377 muß der Käufer die gelieferten Waren unverzüglich untersuchen und einen sich zeigenden Mangel unverzüglich anzeigen. Unterläßt er die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt (Abs. 2). Nach § 378 HGB finden die Vorschriften des § 377 HGB u.a. auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Menge geliefert ist. Der Käufer muß also auch bei Minuslieferungen, will er insoweit der Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB entgehen, das Manko unverzüglich rügen.

bb) Daß die Beklagte die angeblichen Fehlmengen zu den Rechnungen Nr. 939 und 955 nach Erhalt der Lieferungen unverzüglich gerügt habe, hat das Berufungsgericht verneint. Gegen diese rechtsirrtumsfrei getroffene Feststellung wendet sich die Revision nicht.

Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei aufgrund der durch Fernschreiben der Zedentin vom 20. Februar 1980 bestätigten Vereinbarung vom 19. Februar 1980 und der späteren Übergabe weiterer Unterlagen nicht ihrer Rügelast aus §§ 377, 378 HGB enthoben gewesen, greift sie ohne Erfolg an. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß die Zedentin dadurch, daß sie der Beklagten die Möglichkeit einräumte, kurzfristig etwaige Fehlmengen zu prüfen und anzuzeigen, auf den Einwand aus §§ 378, 377 HGB für den Zeitpunkt der Lieferungen verzichtet hat. Dieser Zeitpunkt ist hier jedoch nicht entscheidend. Auf ihn hat das Berufungsgericht - wie sich dem Zusammenhang seiner Ausführungen entnehmen läßt - auch nicht abgestellt. Es ist vielmehr von einer einvernehmlich hinausgeschobenen kurzen Rügefrist ab 20. Februar 1980 ausgegangen. Dieses auf der Vereinbarung vom 19. Februar 1980 beruhende Auslegungsssergebnis ist jedenfalls rechtlich möglich und daher für das Revisionsgericht bindend. Daß in der Folgezeit keine unverzügliche Anzeige der angeblichen Fehlmengen erfolgt ist, diese vielmehr erst während des Rechtsstreits gerügt worden sind, hat das Berufungsgericht - von der Revision unangefochten - festgestellt.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist es der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Zedentin auch nicht aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Verspätung der im Rechtsstreit erhobenen Rüge zu berufen, weil die Zedentin möglicherweise einer Mitwirkungspflicht bei der verabredeten Prüfung der Unterlagen nicht nachgekommen ist. Die Revision begründet ihre Auffassung mit dem Vorbringen der Beklagten, am 10. April 1980 sei ein Mitarbeiter der Zedentin zwecks Überprüfung der Unterlagen unangekündigt bei der Beklagten erschienen, habe aber deren zuständigen Mitarbeiter nicht angetroffen; deshalb habe man vorgesehen, einen neuen Termin zu vereinbaren; hierzu sei es mangels einer entsprechenden Reaktion der Zedentin aber nicht mehr gekommen. Hiermit allein läßt sich der geltend gemachte Einwand aus § 242 BGB aber nicht rechtfertigen. Hinzukommen müßte, daß das angeblich treuwidrige Verhalten der Zedentin ursächlich für die verspätete Rüge war. Dies trägt die Revision indessen selbst nicht vor. Auch die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen nie behauptet, daß die vereinbarte gemeinsame Überprüfung überhaupt die hier streitigen Mengendifferenzen zu den Rechnungen Nr. 939 und 955 betroffen habe und sie zu deren Ermittlung und Rüge auf die Mitwirkung der Zedentin angewiesen gewesen sei.

dd) Gilt somit die in Rede stehende Minuslieferung mangels rechtzeitiger Rüge als genehmigt, so hat dies zur Folge, daß die Beklagte einen Anspruch auf Nachlieferung verlor, andererseits

aber - entgegen der Auffassung der Revision - zur Bezahlung der vollen Vertragsmenge, über die die Rechnungen Nr. 939 und 955 lauten, verpflichtet blieb.

Welche Auswirkung die versäumte Rüge einer Minuslieferung auf die Zahlungspflicht des Käufers hat, ist höchststrichterlich noch nicht entschieden. Die Frage wird in der Literatur und der älteren Rechtsprechung der Instanzgerichte unterschiedlich beantwortet.

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, der Käufer habe in einem solchen Falle grundsätzlich den vollen vertraglichen Preis zu entrichten (Bruggemann in HGB-Großkommentar, 4. Aufl., § 378 Rdn. 52; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 378 Rdn. 21; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 25. Aufl., § 378 Anm. 2 B; Hüffer, JA 1981, 143, 145 f.; Koppensteiner, BB 1971, 547, 548; Peters, AcP 164 (1964), S. 340 ff.; Meiländer, ZHR 126 (1964), S. 89, 99; v. Caemmerer, Festschrift für Martin Wolf (1952) S. 3, 21; OLG Hamm, OLG 13,30; KG, OLG 14, 378 und OLG 37, 27; OLG Dresden, OLG 24, 193; OLG Rostock, OLG 41, 219). Teilweise wird jedoch eine Ausnahme befürwortet, wenn es sich um eine offene, aus der Rechnung oder dem Lieferschein ersichtliche und damit vom Verkäufer selbst deklarierte und feststehende Minderlieferung handelt (Bruggemann aaO Rdn. 54; Schlegelberger/Hefermehl aaO; Baumbach/Duden/Hopt aaO; Hüffer aaO; Koppensteiner aaO; Peters aaO; v. Caemmerer aaO S. 22) oder wenn die

Minderlieferung unschwer feststellbar ist (so Schlegelberger/Hefermehl aaO; Peters aaO S. 347). Bei einer derartigen Sachlage soll der Käufer nur verpflichtet sein, die tatsächlich gelieferte Ware zu bezahlen. Dies soll nach einer weiteren Meinung auch dann gelten, wenn die Ware nach einem Einheitspreis für Stück, Maß oder Gewicht verkauft wurde (so Düringer/Hachenburg/Hoeninge, HGB, 3. Aufl. § 378 Anm. 15). Noch weitergehend haben Oertmann (JW 1916, 1462), OLG Colmar (Recht 1907, 583) und OLG Hamburg (OLG 10, 341 und 14, 381) die Auffassung vertreten, das Unterbleiben der Rüge bedeute nur, daß keine Nachlieferung verlangt werden könne; bezahlt zu werden brauche dagegen stets nur das wirklich Gelieferte.

Welcher Ansicht zu folgen ist, muß aus dem Sinn und Zweck der in §§ 377, 378 HGB getroffenen Regelung abgeleitet werden.

Wie der Senat schon mehrfach ausgesprochen hat, dient die den Käufer treffende Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge nicht nur dem allgemeinen Interesse des Handelsverkehrs an einer raschen und endgültigen Abwicklung von Rechtsgeschäften, sondern zugleich einer sachgerechten Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer. Dem Interesse des Käufers an einer ordnungsgemäßen Erfüllung steht das ebenfalls schutzwürdige Interesse des Verkäufers gegenüber, von den bei zumutbarer Prüfung zutage getretenen Mängeln der von ihm gelieferten Sache möglichst rasch zu erfahren (vgl. BGHZ 66, 208, 213 m.w.N.). Er soll dadurch

in die Lage versetzt werden, entsprechende Feststellungen und notwendige Dispositionen treffen, insbesondere einen möglichen Schaden abwenden zu können, der sich aus Gewährleistungs-, Schadensersatz- oder Nachlieferungsansprüchen des Käufers ergeben könnte. Diesen Verkäuferinteressen ist nach der vom Gesetz getroffenen Wertentscheidung der Vorrang zu geben. Der Käufer muß die sich für ihn aus der Versäumung rechtzeitiger Untersuchung und Rüge ergebenden Nachteile hinnehmen, weil typischerweise die Feststellung von Mängeln mit zunehmendem Zeitablauf unvertretbar erschwert würde (BGHZ 66, 208, 214) und es für den Verkäufer nicht erträglich wäre, noch nach längerer Zeit Ansprüchen des Käufers ausgesetzt zu sein, obwohl er sich bei ausgebliebener Käuferrüge auf die Vertragsmäßigkeit seiner Leistung verlassen durfte.

Diese Gesichtspunkte, die dazu führen, dem Verkäufer bei Qualitätsmängeln seiner Leistung den vertraglich vereinbarten Kaufpreis ungeschmälert zu erhalten, greifen gleichermaßen in Fällen der Mankolieferung Platz, die nach dem Gesetz (§ 378 HGB) ebenso wie die Sachmängelfälle zu behandeln sind. Auch hier verbietet es der rechtspolitische Zweck der gesetzlichen Regelung, den Verkäufer noch nach Ablauf der Rügefrist mit der Dispositions- und Beweisunsicherheit zu belasten, die sich aus der Möglichkeit nachträglicher Berufung auf ein Mengendefizit ergäbe.

Hieraus erhellt zugleich, daß auch dann keine Ausnahme gemacht und der Kaufpreis auf die tatsächlich gelieferte mindere Menge reduziert werden kann, wenn der Kaufpreis an Stückzahl, Maß oder Gewicht orientiert oder die Minderlieferung noch unschwer feststellbar ist (so auch Koppensteiner aaO S. 548, 549 und Brüggemann aaO Rdn. 53).

Versäumt also der Käufer bei einer Minderlieferung, die Fehlmenge rechtzeitig zu rügen, so schuldet er den Preis der vollen Vertragsmenge, ohne daß es darauf ankommt, ob die Mengendifferenz noch unschwer feststellbar oder der Kaufpreis nach Stückzahl, Maß oder Gewicht berechnet ist.

Ob bei einer sogenannten offenen, vom Verkäufer selbst auf der Rechnung oder dem Lieferschein deklarierten und so feststehenden Minderlieferung etwas anderes zu gelten hat und wie gegebenenfalls ein solches Ergebnis dogmatisch zu begründen wäre (vgl. hierzu Koppensteiner aaO S. 549), braucht nicht entschieden zu werden. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die von der Beklagten behauptete Fehlmenge steht nicht fest; vielmehr streiten die Parteien gerade darüber, ob die Beklagte die in den Rechnungen Nr. 939 und 955 voll berechneten Vertragsmengen durch einzelne Teillieferungen vollständig erhalten hat.

b) Soweit sich die Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den der Rechnung Nr. 930 zugrundeliegenden Lieferungen wendet, gilt folgendes:

aa) Die Beklagte macht insoweit eine Fehlmenge von 16,877 cbm Holz geltend. Davon betreffen indessen 13,307 cbm die im Rahmen der Gutschrifterteilung streitige angebliche Nachlieferung vom 27. Februar 1980. Hierüber muß noch Beweis erhoben werden (vgl. I 2 b). Wird diese Lieferung bewiesen, so steht die Zahlungspflicht der Beklagten fest. Wird sie nicht bewiesen, dann ist der Beklagten der entsprechende Teil des Kaufpreises gutzubringen. Demgemäß sind die diesbezüglichen Erwägungen des Berufungsgerichts zu §§ 377, 378 HGB, zur Substantiierungslast der Beklagten und zu § 528 Abs. 1 ZPO nicht entscheidungserheblich. Die Anwendung der §§ 377, 378 HGB schied ohnedies aus, weil nach der zwischen der Zedentin und der Beklagten getroffene Vereinbarung bei der Zedentin noch lagerndes Holz der Beklagten gutgeschrieben werden sollte, diese also insoweit der Rüge fehlender Lieferung enthoben war.

bb) Hinsichtlich der restlichen Holzmenge von 3,570 cbm hält das angefochtene Urteil der rechtlichen Nachprüfung stand. Dem Berufungsgericht ist schon darin beizupflichten, daß die Beklagte ihrer Substantiierungspflicht nicht genügte, indem sie die Lieferung dieser Menge lediglich schlicht bestritt. Da sich die Rechnung Nr. 930 über mehrere Holzpartien mit unterschied-

lichen Abmessungen erstreckte, hätte es der Beklagten oblegen, konkret darzutun, zu welcher der Partien die als fehlend beanstandete Menge gehörte. Ohne solche konkreten Angaben war die Klägerin nicht in der Lage, sachdienliche, auf die als fehlend gerügte Menge bezogene Beweise anzutreten. Zu Recht hat daher das Berufungsgericht das einfache Bestreiten der Beklagten als unerheblich und das Holz entsprechend der Behauptung der Klägerin als geliefert behandelt (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Auf die weiteren, von der Revision als fehlerhaft gerügten Ausführungen des Berufungsgerichts zu §§ 377, 378 HGB § 528 Abs. 1 ZPO, mit denen es das Ergebnis seiner rechtlichen Prüfung zusätzlich abzusichern versucht, kommt es hiernach nicht mehr an.

c) Mit Erfolg wendet sich die Revision im Ergebnis dagegen, daß das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten, das in der Rechnung Nr. 1064 berechnete Holz (= 4 969,43 DM einschließlich Mehrwertsteuer) sei ihr nicht ausgeliefert worden, abgeschnitten hat. Die vom Berufungsgericht hierzu gegebene Begründung ist rechtlich nicht haltbar.

Soweit es davon ausgeht, die angebliche Fehlmenge gelte gemäß §§ 378, 377 Abs. 2 HGB als genehmigt, hat es übersehen, daß die Beklagte gänzliche Nichtlieferung behauptet hat. Fehlt es indessen überhaupt an einer Lieferung, dann scheidet die An-

wendung der §§ 378, 377 HGB von vornherein aus, weil die Rügepflicht eine Ablieferung voraussetzt (§ 377 Abs. 1 HGB).

Auch die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, die Behauptung der Beklagten, das Holz nicht erhalten zu haben, sei jedenfalls nach § 528 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen, vermag seine Entscheidung nicht zu tragen. Zwar war diese Behauptung neu, weil die Beklagte in erster Instanz die fragliche Lieferung nicht konkret, sondern sämtliche Lieferungen nur pauschal bestritten hatte. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht aber von einer Verzögerung der Prozeßerledigung im Sinne von § 528 Abs. 1 ZPO ausgegangen. Auch insoweit hätte die Verspätung durch zumutbare vorbereitende Maßnahmen des Berufungsgerichts ausgeglichen werden können (s. oben I 2 b). Die Beklagte hatte die Lieferung zu der Rechnung Nr. 1064 bereits in der Berufungsbegründung bestritten. Allerdings wäre die Ladung der von der Klägerin für die Lieferung benannten Zeugen Sch■■■■, Sa■■■ und Ü■■■ zum Verhandlungstermin vom 5. November 1982 nicht mehr möglich gewesen, weil die Klägerin sich auf diese Zeugen erstmals im Schriftsatz vom 4. November 1982 bezogen hat. Dies gilt aber nicht für den Zeugen J■■■■. Diesen hatte die Klägerin zu demselben Beweisthema bereits in ihrer Entgegnung zur Klageerwidderung benannt, so daß er im Wege der prozeßleitenden Verfügung zur Klärung der Beweisfrage zum Verhandlungstermin hätte geladen werden können und müssen. Allerdings wäre damit in diesem Termin neben den Zeugen L■■■-Je■■■■ und Fr■■■■ (s. oben I 2 b) ein

weiterer Zeuge zu vernehmen gewesen. Hierdurch wäre jedoch der zumutbare zeitliche Aufwand nicht überschritten worden, weil die klärungsbedürftigen drei Beweisfragen einfach und eng abgegrenzt waren.

Daß das Berufungsgericht für die Verhandlung vom 5. November 1982 nur eine Viertelstunde vorgesehen hatte, gebietet keine andere Beurteilung. Ein Gericht hält sich nicht im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens, wenn es die Sitzungstage allgemein so belastet und die Zeit für die Verhandlung der einzelnen Sache so eng bemißt, daß es damit die Vernehmung auch nur einiger weniger Zeugen zu wenigen überschaubaren Streitpunkten unmöglich macht und alsdann mit dieser Verfahrensweise die Nichtzulassung eines Verteidigungsmittels begründet. Der Vorsitzende muß vielmehr die Verhandlungszeit grundsätzlich so bemessen, daß eine beantragte Beweisaufnahme durchgeführt werden kann, es sei denn, daß sie sich - was hier nicht der Fall ist - wegen ihres Umfangs oder aus anderen Gründen zur Erledigung im ersten Termin nicht eignet (Senatsurteil vom 11. Dezember 1974 aaO m.w.N.).

Das angefochtene Urteil kann somit auch in dem hier in Rede stehenden Umfange keinen Bestand haben.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß die Klägerin schon mit der Berufungserwiderung für die Lieferung zu der Rechnung Nr. 1064 Beweis

durch Vorlage eines Lieferscheines angetreten hat, der durch Einsichtnahme in die Urkunde erhoben werden kann und im Verhandlungstermin vom 5. November 1982 auch ohne weiteres hätte erhoben werden können.

III. Soweit die Beklagte Mengendifferenzen oder gänzliche Nichtlieferung hinsichtlich bereits bezahlter Rechnungen geltend macht und hieraus aufrechenbare bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche ableitet, die sich wegen der Unmöglichkeit einer Nachlieferung aus § 323 Abs. 3 BGB ergeben könnten, geht das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend davon aus, daß die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für die angeblich fehlenden Lieferungen trägt.

1) Soweit lediglich Mengendifferenzen in Rede stehen (Rechnungen Anlage B 7 bis 12, B 14 und B 16, die Differenz aus der Rechnung Nr. 540, Anlage B 6, wird nicht mehr geltend gemacht) hat - worauf die Revision zu Recht hinweist - das Berufungsgericht jedoch den Umfang der Darlegungslast verkannt, wenn es der Beklagten ohne weiteres auch die Darlegung dafür aufbürdet, daß sie die angeblich fehlenden Mengen nicht dennoch als nicht berechnete Nachlieferung oder bei weiteren Teilauslieferungen erhalten hat. Die Beklagte hat zur Darlegung und zum Beweis der Fehlmengen entsprechende Rechnungen und Lieferscheine vorgelegt. Da das Berufungsgericht offengelassen hat, ob sich aus dem Vergleich der Rechnungen mit den dazu - entgegen der in der münd-

lichen Verhandlung von der Revisionsbeklagten vertretenen Auffassung - bereits mit der Berufungsbegründung vorgelegten Lieferscheinen die behaupteten Fehlmengen ergeben, ist dies für das Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten zu unterstellen. Waren danach aber die geltend gemachten Fehlmengen von der Beklagten im einzelnen dargetan, so hätte es der Klägerin obliegen vorzutragen, daß die vorgelegten Lieferscheine unvollständig seien, weil nicht berechnete weitere Lieferungen erfolgt seien. Erst dann wäre es Sache der Beklagten gewesen, dies zu widerlegen. Eine bestimmte weitere Lieferung hat die Klägerin indessen lediglich hinsichtlich der - außer Streit befindlichen - Rechnung Nr. 540 (Anlage B 6) behauptet.

Daß die Beklagte die hier streitigen Fehlmengen nicht im Sinne von §§ 378, 377 HGB gerügt habe und daher aus diesem Grunde der volle Vertragspreis geschuldet wäre, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Das angefochtene Urteil läßt sich daher auch in diesem Umfange (= 10 396,98 DM) nicht halten.

2) Hinsichtlich der unter den Anlagen B 17 bis 26 vorliegenden Rechnungen hat das Berufungsgericht, soweit sie bereits bezahlt sind, offengelassen, ob die von der Beklagten als fehlend beanstandeten Mengen geliefert worden sind. Nach seiner Auffassung besteht insoweit ein Rückzahlungsanspruch der

Beklagten jedenfalls deshalb nicht, weil die Beklagte nicht dargelegt habe, daß sie die angeblichen Fehlmengen gerügt habe. Zudem habe die Beklagte diese Fehlmengen nicht substantiiert unter Beweis gestellt.

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

aa) Allerdings könnte, falls es darauf ankäme, der auf die Versäumung der Rügelast der Beklagten abgestellten Begründung des Berufungsgerichts nicht in allen Punkten gefolgt werden. Der Käufer ist zwar - wie bereits ausgeführt - gemäß § 378 in Verbindung mit § 377 HGB zur Vermeidung der Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB gehalten, auch mengenmäßige Abweichungen der gelieferten von der bestellten Ware unverzüglich anzuzeigen. Das Berufungsgericht hat aber - dies rügt die Revision zu Recht - auch hier nicht berücksichtigt, daß die Beklagte mit Ausnahme der Lieferungen zu den Rechnungen Anlage B 17, 21 und 22 die Nichtlieferung der gesamten in Rechnung gestellten Holzmenge behauptet hat und daher, wenn diese Behauptung zuträfe, insoweit die Anwendung der §§ 378, 377 HGB von vornherein ausschiede (s. oben II 2 c).

bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß ein Rückzahlungsanspruch der Beklagten bezüglich der Rechnungen Anlage B 17 bis 22 und B 25, 26 nicht bestehe, wird jedoch von der Hilfserwägung des Berufungsgerichts getragen. Das Berufungsgericht hat

einen substantiierten Beweisantritt der Beklagten für die behaupteten Fehlmengen verneint und die Beklagte daher als beweisfällig geblieben behandelt. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es ist in der Tat nicht zweifelsfrei erkennbar, worauf sich der Beweisantritt der Beklagten ("für die Richtigkeit Beweis: Zeugnis des Herrn L. - J.") bezieht, der sich im Anschluß an die in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung der Beklagten, die Zedentin habe zahlreiche Rechnungen ohne entsprechende Lieferungen ausgestellt, und die nachfolgende Aufzählung der Rechnungen befindet.

Auf die weitere - von der Revision nicht angegriffene - Hilfserwägung des Berufungsgerichts, daß der vorgenannte Beweis jedenfalls nach § 528 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen gewesen sei, kommt es hiernach nicht mehr an.

IV. 1) Die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche hat das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt des § 326 BGB geprüft und einen hiernach vorausgesetzten Lieferverzug der Zedentin mit der Begründung verneint, die Zedentin sei gemäß § 320 BGB berechtigt gewesen, die Erfüllung wegen Zahlungsverzuges der Beklagten zu verweigern. In einer Hilfserwägung hat es ausgeführt, selbst wenn der Zedentin die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht zugestanden und sie die weitere Auslieferung des Holzes zu Unrecht verweigert habe, könne die Beklagte hieraus abgeleitete Schadensersatzan-

sprüche nicht zur Aufrechnung stellen. Ihr Vorbringen zu den angeblichen Schadensersatzansprüchen sei nämlich neu und gemäß § 528 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen. Entgegen der ihr nach § 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO gesetzten Frist zur schriftlichen Klageerwiderung habe die Beklagte in erster Instanz zur Sache nicht substantiiert vorgetragen. Die Zulassung des neuen Vorbringens zur Entstehung und zur Höhe des angeblichen Schadens würde die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögern, weil hierzu nicht nur die Vernehmung von Zeugen, sondern - zur Ermittlung der Schadenshöhe - auch voraussichtlich Sachverständigengutachten erforderlich würden. Die Verspätung ihres Vorbringens habe die Beklagte nicht genügend entschuldigt.

2. Ob die Hauptbegründung des Berufungsgerichts den Revisionsangriffen standzuhalten vermöchte, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls wird die Entscheidung des Berufungsgerichts durch seine Hilfserwägung getragen.

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß das der Rechtfertigung der bereits in erster Instanz erklärten Aufrechnung dienende Vorbringen der Beklagten zweiter Instanz neu sei, weil die Beklagte insoweit im ersten Rechtszug nur unsubstantiiert vorgetragen habe, und seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte, greift die Revision nicht an. Sie ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden.

b) Die Revision meint allerdings, § 528 Abs. 1 ZPO sei hier nicht anwendbar, weil die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, die anspruchsbegründenden Tatsachen für die zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche innerhalb der ihr zur Klageerwiderung gesetzten Frist vorzutragen. Die Aufrechnung sei kein Angriffsmittel im Sinne der §§ 296 und 282 ZPO. Daraus folge, daß auch die Angriffsmittel zur Begründung der Aufrechnung nur nach Maßgabe des § 282 ZPO vorzubringen seien. Die zur Klageerwiderung gesetzte Frist beziehe sich nicht auf das Vorbringen zur Aufrechnung, die in jedem Stadium des Rechtsstreits erfolgen könne und als selbständiger Angriff nicht zur Klageerwiderung gehöre. Da somit das Vorbringen nicht verspätet und in der Berufungsinstanz rechtzeitig vorgebracht worden sei, habe es ohne Rücksicht darauf, ob seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte, zugelassen werden müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Aufrechnung ist ein Verteidigungsmittel im Sinne der Zivilprozeßordnung (vgl. Zöllner/Schneider, ZPO, 13. Aufl., § 530 Anm. III 1; Baumbach/Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 282 Anm. 2; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 530 Rdn. 12; Stein/Jonas/Leipold aaO, § 145 Rdn. 54; Wieczorek/Rössler, ZPO, 2. Aufl., § 530 Anm. A; § 145 Rdn. 54; Wieczorek/Rössler, ZPO, 2. Aufl., § 530 Anm. A; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., S. 609). Mit ihr wird - wie mit anderen der Rechtsverteidigung

dienenden Einwendungen - bezweckt, den vom Kläger geltend gemachten Klageanspruch zu Fall zu bringen. Sie ist daher wie sonstiges Verteidigungsvorbringen zusammen mit den ihrer Rechtsfertigung dienenden Tatsachen in der Klageerwiderung geltend zu machen, wenn für diese eine Frist nach § 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO gesetzt worden ist und das Vorbringen nach der Prozeßlage zum Zwecke einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung erforderlich ist (§ 277 Abs. 1 ZPO). In der Klageerwiderung ist alles mitzuteilen, was zur Zeit notwendig ist, damit der Kläger sich auf die Verteidigung des Beklagten einrichten und notfalls noch einmal umfassend antworten kann und demgemäß das Prozeßgericht in die Lage versetzt wird, den Verhandlungstermin ebenfalls umfassend vorzubereiten (vgl. Baumbach/Hartmann aaO, § 277 Anm. 2 unter Hinweis auf BVerfGE 54, 117, 126). Dem genügt die beklagte Partei - wie hier - nicht, wenn sie in der Klageerwiderung fristgerecht zwar die prozessuale Erklärung der Aufrechnung abgibt, die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aber nicht substantiiert. Es geht auch nicht an, auf diese Weise der Nichtzulassung des Aufrechnungseinwandes als solchen gemäß § 296 Abs. 1 ZPO in erster Instanz und gemäß § 530 Abs. 2 ZPO in zweiter Instanz zu entgehen und die sachliche Begründung der Aufrechnung zurückzuhalten, ohne prozessuale Nachteile zu erleiden. Entschließt sie sich - wie hier der Beklagte - mit der Folge, daß die erwähnten Sanktionsmöglichkeiten aus §§ 296 Abs. 1, 530 Abs. 2 ZPO ausscheiden, die Aufrechnung selbst rechtzeitig, gegebenenfalls

- wie hier - innerhalb einer gesetzten Frist zur Klageerwiderung zu erklären, so muß sie auch die zu ihrer Rechtfertigung dienenden Tatsachen und Beweismittel bei Meidung der Nichtzulassung oder Zurückweisung ebenso rechtzeitig vortragen.

Ein vernünftiger Grund dafür, daß die Beklagte die in der Klageerwiderung zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche erst in der Berufungsinstanz substantiierte, ist nicht ersichtlich. Der Vortrag der Beklagten zur Aufrechnung ist deshalb verspätet.

Diese Verspätung konnte auch nicht durch vorbereitende Maßnahmen nach § 273 Abs. 2 ZPO ausgeglichen werden. Diese kommen - wie bereits ausgeführt - in Betracht, wenn durch einzelne Beweismittel bestimmte klar hervortretende Streitpunkte ohne unzumutbaren zeitlichen Aufwand in der mündlichen Verhandlung geklärt werden können. Es ist dagegen nicht Aufgabe des Vorsitzenden oder eines von ihm bestimmten Mitgliedes des Berufungsgerichts, eine umfangreiche, in ihrem Ergebnis nicht überschaubare Beweisaufnahme in der ersten mündlichen Verhandlung zu ermöglichen, nur um den säumigen Beklagten davor zu bewahren, daß sein verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleibt (vgl. Senatsurteil vom 9. Juni 1971 aaO). Eine derartige Sachlage war hier gegeben. Die Nachprüfung des neuen umfangreichen Sachvortrages der Beklagten hätte die Vernehmung von Zeugen zu einer Vielzahl von Streitpunkten (Stundung der Restforderung der Ze-

dentin, Selbstbelieferung der Zedentin, Deckungskäufe der Beklagten, Höhe des behaupteten Schadens) und - zur Höhe der angeblichen Schadensersatzansprüche - voraussichtlich die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfordert. Angesichts des Ausmaßes der notwendigen Sachaufklärung waren prozeßleitende Anordnungen daher nicht angebracht.

V. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß das Berufungs-
urteil in Höhe eines Betrages von 34 861,76 DM (19 495,35 +
4 969,43 + 10 396,98, s. oben unter I 2 a, II 2 c und III 1)
keinen Bestand haben kann und die Sache in diesem Umfang an das
Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
zurückverwiesen werden mußte.

Braxmaier

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß