

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. September 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt Werklohn für die Herstellung von Fenstern Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums daran sowie die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten.

Die Klägerin bot der Beklagten, der eine Erbengemeinschaft die Verwaltung eines Hauses in A. übertragen hatte, im Juli 1995 den Austausch aller Fenster dieses Hauses an. Am 28. September 1995 telefonierte ein Mitarbeiter der Klägerin mit dem damaligen Mitgeschäftsführer L. der Komplementärin der Beklagten; der Inhalt des Gesprächs ist streitig. Die Klägerin hat behauptet, L. habe mitgeteilt, die Beklagte wolle die Klägerin entsprechend ihrem Angebot

beauftragen, es seien aber noch einige Änderungen notwendig; diese seien in diesem Gespräch im einzelnen festgelegt worden. Die Beklagte hat demgegenüber bestritten, einen endgültigen Auftrag erteilt zu haben, da u.a. die Finanzierung durch die Erbengemeinschaft, in deren Namen sie verhandelt habe, noch nicht gesichert gewesen sei.

Am 9. Oktober 1995 leitete die Klägerin der Beklagten zwei als Auftragsbestätigung bezeichnete Schreiben zu, in denen sie sich für den ihrem Mitarbeiter erteilten Auftrag bedankte, den sie jeweils nachfolgend im einzelnen bestätigte. Als sie Anfang April 1996 die hergestellten Fenster liefern und einbauen wollte, lehnte die Beklagte dies definitiv ab.

Die Klägerin hat die Herstellungskosten für die Fenster in Höhe von 75.786,84 DM als Werklohn geltend gemacht sowie die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten begehrt. Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Landgericht, dessen Ausführungen sich das Berufungsgericht anschließt, hat ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest,

- 4 -

daß die Beklagte am 28. September 1995 den Auftrag ohne jede Einschränkung erteilt habe. Die Beklagte habe nicht nachweisen können, die Klägerin namens der Erbengemeinschaft beauftragt zu haben. Ergänzend führt das Berufungsgericht aus, der in der mündlichen Verhandlung gestellte Antrag der Beklagten auf Vernehmung des L. als Zeugen sei nach den §§ 523, 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Die Beklagte habe die Tatsache, daß L. nicht mehr Mitgeschäftsführer der Komplementärin der Beklagten sei und folglich als Zeuge zur Verfügung stehe, verspätet mitgeteilt, so daß eine Vernehmung dieses Zeugen die Erledigung des Rechtsstreites verzögern würde. L. sei etwa zwei Wochen vor dem Verhandlungstermin als Mitgeschäftsführer abberufen worden. Bei rechtzeitiger Mitteilung hiervon hätten L. als Zeuge sowie die von der Klägerin benannten Gegenzeugen vorbereitend geladen und im Verhandlungstermin vernommen werden können.

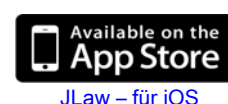
Ein Vertragsschluß ergebe sich auch aus dem Schweigen der Beklagten auf die Schreiben der Klägerin vom 9. Oktober 1995. Die Zeitspanne von elf Tagen zwischen Telefonat und den Schreiben stehe deren Würdigung als kaufmännische Bestätigungsschreiben unter Berücksichtigung der besonderen Umstände nicht entgegen.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Feststellungen zum Vertragsschluß und zu den Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens verfahrensfehlerhaft getroffen. Es hat, wie die Revision zutreffend rügt, den Antrag auf Vernehmung des L. als Zeugen zu Unrecht als verspätet nach den §§ 523, 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.



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



1. Das Berufungsgericht hat den Anwendungsbereich des § 282 Abs. 2 ZPO verkannt.

Nach dieser Vorschrift sind Anträge sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung durch vorbereitenden Schriftsatz so zeitig mitzuteilen, daß der Gegner die erforderlichen Erkundigungen noch einholen kann. Der Gegner soll sich im Verhandlungstermin zu neuen Tatsachenbehauptungen der anderen Partei nach § 138 ZPO substantiiert und wahrheitsgemäß erklären und sachgemäß verhandeln können. Hierzu wird vielfach nicht nur eine Rückfrage des Anwalts beim Mandanten, sondern auch eine Erkundigung an dritter Stelle erforderlich sein.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangt § 282 Abs. 2 ZPO dagegen nicht, daß neues Vorbringen so rechtzeitig schriftsätzlich angekündigt wird, daß das Gericht noch vorbereitende Maßnahmen nach § 273 ZPO treffen kann. Die Vorschrift bezweckt nach ihrer Gesetzgebungsgeschichte und ihrer jetzigen Fassung nicht, dem Richter die rechtzeitige Terminvorbereitung zu ermöglichen (Urteil vom 28. September 1988 - IVa ZR 88/87, NJW 1989, 716, 717; vgl. auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 296 Rdn. 102 und MünchKomm ZPO-Prütting, § 296 Rdn. 142).

2. Nach diesen Grundsätzen durfte das Berufungsgericht den Beisantritt der Beklagten im Verhandlungstermin nicht als verspätet behandeln. Neu war in dieser Verhandlung lediglich die Tatsache, daß L. nunmehr als Zeuge zur Verfügung stand. Die Voraussetzungen für seine Zeugenstellung hatte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der Berufungsbegründung angekündigt und im Termin durch Vorlage des Protokolls über die Abberufung des L. als Mitgeschäftsführer der Komplementärin der Beklagten belegt. Der

Sachverhalt, zu dem L. als Zeuge benannt worden war, war beiden Parteien bekannt; er war schon im ersten Rechtszug beweiserheblich. Die Rüge der Revisionserwiderung, die Beklagte habe nicht davon ausgehen dürfen, die Klägerin könne sich in der mündlichen Verhandlung auf die Benennung des L. als Zeugen einlassen, überzeugt nicht. Soweit sie es für möglich hält, die Klägerin hätte gegebenenfalls weiter zur Sache vortragen können, zeigt sie dazu nichts auf.

a) Das Berufungsgericht mußte danach über das Bestreiten der Beklagten, L. habe am 28. September 1995 mit der Klägerin einen Vertrag über die Lieferung und den Einbau von Fenstern geschlossen, Beweis erheben und L. als Zeugen vernehmen.

b) Die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, der Vertrag sei mit dem aus den Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 9. Oktober 1995 ersichtlichen Inhalt rechtsverbindlich, weil die Beklagte nicht unverzüglich widersprochen habe, beruht auf demselben Verfahrensfehler. Da das Berufungsgericht nicht ausgeführt hat, zu welchen Beweisthemen es L. als Zeugen vernommen hätte, ist davon auszugehen, daß es den Vortrag der Beklagten, L. habe die erbetene Unterzeichnung des Auftrages nach dem Zugang der Bestätigungsschreiben alsbald abgelehnt, als erheblich angesehen und L. dazu als Zeugen vernommen hätte. Seine Vernehmung war auch zu dem Vortrag der Beklagten erforderlich, die Klägerin habe das Verhandlungsergebnis vom 28. September 1995 bewußt unrichtig mit der Folge wiedergegeben, daß die Bestätigungsschreiben ohne Wirkung bleiben müssen.

III.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Ullmann

Thode

Hausmann

Wiebel

Kuffer