



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 276/02

Verkündet am:  
5. Oktober 2005  
Weschenfelder  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB a.F. § 284

Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Unwirksamkeit von Mahnungen bei Zuvielforderung gelten grundsätzlich auch bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht. Dabei ist den Besonderheiten des Werkvertragsrechts Rechnung zu tragen. (Fortführung von BGHZ 146, 24; BGH, Urt. v. 25.06.1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115).

BGH, Urt. v. 5. Oktober 2005 - X ZR 276/02 - OLG Karlsruhe  
LG Karlsruhe

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2005 durch den Richter Scharen als Vorsitzenden, die Richterin Ambrosius und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck, Asendorf und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das am 11. Dezember 2002 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der damaligen Klägerin gegen das Teilurteil des Landgerichts Karlsruhe vom 13. November 1997 zurückgewiesen worden ist und ihre Berufung gegen das Schlussurteil des Landgerichts Karlsruhe vom 30. April 1998 insoweit zurückgewiesen worden ist, als der Kläger in Höhe von 12.277,82 DM nebst Zinsen die Abweisung der im ersten Berufungsurteil vom 28. Juli 1999 in Höhe von 23.671,80 DM zuerkannten Widerklage begehrt.

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt als Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. GmbH (nachfolgend: T. GmbH) die Beklagte aus Werklieferungsvertrag auf Ersatz von Aufwendungen in Anspruch, die der T. GmbH durch Nachbesserungsarbeiten im Wege der Ersatzvornahme entstanden sind. Die Beklagte macht widerklagend vertragliche Zahlungsansprüche geltend.
  
- 2 Die T. GmbH benötigte für eine Außenfassade eines Bankhauses Glasscheiben. Sie beauftragte die Beklagte mit der Herstellung und Lieferung von 110 geraden und 61 gebogenen Glasscheiben. Die Vertragsparteien trafen hinsichtlich der Toleranzen der gebogenen Glaselemente keine näheren Absprachen. Die Beklagte beauftragte ein Drittunternehmen mit der Herstellung der gebogenen Glasscheiben. Dieses teilte am 4. August 1995 mit, dass beim Biegen der Glasscheiben an den geraden Außenkanten Geradheitsabweichungen von bis zu 5,5 mm aufträten. Daraufhin entwickelte sich zwischen den Vertragsparteien eine intensive Korrespondenz zu der Frage, welches Toleranzmaß vertraglich geschuldet und überhaupt technisch machbar sei. Die am 5. September 1995 gelieferten gebogenen Glaselemente beanstandete die T. GmbH mit Schreiben vom 7. September 1995, weil die vertikalen Seitenkanten nicht gerade verliefen, sondern eine Toleranz von 5 bis 6 mm aufwiesen. Sie setzte eine Frist zur Neuherstellung bis 15. September 1995. Im März 1996 beauftragte die T. GmbH schließlich ein anderes Unternehmen mit der Herstellung der gebogenen Glaselemente.

3           Der Kläger verlangt von der Beklagten Zahlung der Kosten für die Ersatzvornahme in Höhe von 145.555,41 DM. Die Beklagte hat widerklagend Forderungen aus verschiedenen Glaslieferungen an die T. GmbH in Höhe von zuletzt 37.647,65 DM nebst Zinsen geltend gemacht, denen der Kläger entgegengetreten ist.

4           Das Landgericht hat mit Teilurteil vom 13. November 1997 die Klage abgewiesen und die T. GmbH auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte 12.729,63 DM nebst Zinsen zu zahlen. In Höhe eines Teilbetrags von 566,47 DM hat es die Widerklage abgewiesen. Durch Schlussurteil vom 30. April 1998 hat das Landgericht die T. GmbH auf die Widerklage verurteilt, einen weiteren Betrag von 24.336,49 DM nebst Zinsen zu zahlen; die weitergehende Widerklage hat es abgewiesen.

5           Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der T. GmbH das Schlussurteil abgeändert und sie zur Zahlung von 23.671,80 DM verurteilt. Das weitergehende Rechtsmittel gegen das Schlussurteil und die Berufung der T. GmbH gegen das Teilurteil hat es zurückgewiesen.

6           Auf die Revision der T. GmbH hat der erkennende Senat das Urteil des Oberlandesgerichts mit Urteil vom 9. Juli 2002 (X ZR 242/99, NJW-RR 2002, 1533) insoweit aufgehoben, als zu deren Nachteil erkannt worden ist, und den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

7           In seinem zweiten Berufungsurteil hat das Berufungsgericht wiederum die Berufung der T. GmbH gegen das Teil- und Schlussurteil des LG Karlsruhe im Umfang des ersten Berufungsurteils zurückgewiesen.

8 Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die Anträge der T. GmbH aus der Berufungsinstanz weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision erweist sich als überwiegend begründet. Sie führt im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist. Der Senat hat dabei von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

10 I. Das Rechtsmittel ist statthaft, weil der Senat durch Beschluss vom 13. Januar 2004 die Revision zugelassen hat. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist dieser Zulassungsbeschluss nicht etwa unwirksam. Zwar wurde der Rechtsstreit durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der T. GmbH am 1. September 2003 zunächst unterbrochen und erst am 5. März 2004 durch den Insolvenzverwalter wieder aufgenommen. Der Zulassungsbeschluss fällt somit in den Zeitraum der Unterbrechung des Rechtsstreits. Eine gerichtliche Entscheidung, die während einer gesetzlichen Unterbrechung des Verfahrens ergeht, ist nach ständiger Rechtsprechung nicht unwirksam, sondern lediglich mit dem allgemein zulässigen Rechtsmittel anfechtbar (vgl. BGH, Beschl. v. 11.07.2002 - VII ZR 63/00; Urt. v. 21.06.1995 - VIII ZR 224/94, NJW 1995, 2563; BGHZ 66, 59, 61 f.). Da ein Rechtsmittel gegen den Zulassungsbeschluss vom 13. Januar 2004 nicht statthaft ist, hat die vom Senat ausgesprochene Zulassung der Revision Bestand (entsprechend für die Nichtannah-

meentscheidung BGH, Beschl. v. 31.03.2004 - XII ZR 167/00, MDR 2004, 1077).

11 II. Die Revision ist begründet, soweit sie sich dagegen richtet, dass das Berufungsgericht die Abweisung der Klage durch das Urteil des Landgerichts bestätigt hat.

12 1. Das Berufungsgericht stellt fest, dass die von der Beklagten gelieferten Glaselemente das vertraglich geschuldete Toleranzmaß verfehlten, weil sie nicht problemlos in die Rahmen an der Fassade des Bankgebäudes eingefügt werden konnten. Es stehe deshalb fest, dass die Lieferung der Beklagten mangelhaft war. Der T. GmbH stehe jedoch gleichwohl kein Anspruch auf Ersatz der von ihr aufgewendeten Nachbesserungskosten gemäß § 633 BGB a.F. zu, weil sich die Beklagte nicht in Verzug befunden habe. Den verschiedenen Schreiben der Beklagten sei eine verzugsbegründende Erfüllungsverweigerung nicht zu entnehmen. Auch das Mahnschreiben der T. GmbH vom 7. September 1995 (Anl. K 17) in Verbindung mit ihrem Schreiben vom 31. August 1995 (Anl. K 16) habe die Beklagte nicht in Verzug gesetzt. Das Berufungsgericht meint, unabhängig von dem vertraglich geschuldeten Toleranzmaß sei die Mahnung der T. GmbH wegen eines von ihr geforderten Übermaßes an Maßgenauigkeit von vornherein unwirksam.

13 2. Das ist rechtsfehlerhaft, soweit das Berufungsgericht die Mahnung vom 7. September 1995 nicht als verzugsbegründend angesehen hat.

14 a) Mit den Rügen, die sich gegen die Beantwortung der Frage richten, ob die Beklagte bereits ohne eine Mahnung der T. GmbH in Verzug geraten ist, weil sie ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vertrags verweigert hat, hat

die Revision einen beachtlichen Rechtsfehler nicht aufgezeigt. Das Berufungsgericht hat nunmehr die verschiedenen Schreiben der Beklagten gewürdigt und resümierend festgestellt, dass ihnen eine verzugsbegründende Erfüllungsverweigerung nicht entnommen werden könne. Das ist eine mögliche Bewertung und deshalb als tatrichterliche Würdigung im Ergebnis hinzunehmen.

15            b) Scheidet somit ein Verzug der Beklagten wegen ernsthafter Erfüllungsverweigerung aus, so kommt es darauf an, ob sie durch eine Mahnung der T. GmbH wirksam in Verzug gesetzt wurde. Das Berufungsgericht verneint dies, weil die T. GmbH in ihrem Mahnschreiben eine Toleranz von +/- 0,5 mm gefordert und damit gemessen an den technischen Herstellungsmöglichkeiten ein "illusorisches" Leistungsmaß verlangt habe. Dafür zieht das Berufungsgericht Feststellungen des von ihm im ersten Berufungsrechtszug beauftragten Sachverständigen heran.

16            Diese Ausführungen entbehren der tatsächlichen Grundlage und verletzen deshalb § 286 ZPO. Denn eine Aussage zu den technisch möglichen Geradheitstoleranzen lässt sich dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Wie die Revision zutreffend geltend macht, war Gegenstand seines Gutachtens ausweislich des Beweisbeschlusses des Berufungsgerichts vom 12. August 1998 nicht die Frage nach den technisch möglichen Toleranzen, sondern lediglich die Beurteilung, ob die von der Beklagten gelieferten Glaselemente dem Stand der Technik im Jahre 1995 entsprachen. Dementsprechend nennt die vom Berufungsgericht in Bezug genommene Beilage 5 des Gutachtens nicht mögliche, sondern lediglich von bestimmten Unternehmen für ihre Produkte angegebene Toleranzen. Auf Seite 7 oben des Gutachtens heißt es, es sei möglich, durch die Wahl des Biegeverfahrens und durch entsprechend großen Aufwand an

Musterbiegungen die Scheiben mit geringeren Toleranzen zu fertigen. Weiter könnten bei einer Massenfertigung mit großen Stückzahlen die Produktionsbedingungen so optimiert werden, dass Elemente mit sehr guter Maßhaltigkeit entstünden. Daher hatte das Berufungsgericht in seinem ersten Berufungsurteil insoweit zutreffend dem Sachverständigengutachten die üblichen und nicht die möglichen Toleranzen entnommen.

17               Dieser Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es die Klageabweisung bestätigt hat, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

18               3. Bei seiner erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben:

19               a) Um festzustellen, ob eine Zuvielforderung der T. GmbH vorlag, wird das Berufungsgericht zunächst zu bestimmen haben, was die T. GmbH in ihrem Mahnschreiben vom 7. September 1995 (Anl. K 17) von der Beklagten gefordert hat. Dazu bedarf es einer Auslegung der Schreiben der T. GmbH in ihrem Gesamtzusammenhang, an der es bislang fehlt.

20               Hierbei hält es sich im Rahmen tatrichterlicher Würdigung, wenn das Berufungsgericht die von der T. GmbH genannte Toleranz von +/- 0,5 mm auf die Geradheitstoleranz, d.h. die Abweichung der planmäßig geraden Seiten (Kanten) der gebogenen Glaselemente, bezieht. Zwar spricht das in dem Mahnschreiben K 17 in Bezug genommene Schreiben vom 31. August 1995 (K 16) wörtlich von einer Dickentoleranz von +/- 0,5 mm. Allerdings bezog sich die Mitteilung der Beklagten vom 15. August 1995 (Anl. K 9) auf Geradheitsabweichungen von bis zu 5,5 mm, die in dem Antwortschreiben der T. GmbH vom

16. August 1995 (K 10) unter Hinweis auf eine "ISD" von +/- 0,5 mm zurückgewiesen wurden. Das Schreiben der T. GmbH vom 31. August 1995 (K 16) weist dann erneut "Toleranzen im Bereich der geraden Seite der Scheiben in der ... genannten Höhe" zurück und verweist in diesem Zusammenhang auf eine maximale Dickentoleranz von +/- 0,5 mm. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Forderung von +/- 0,5 mm sei auf die Geradheitstoleranzen zu beziehen, lässt vor diesem Hintergrund keinen Rechtsfehler erkennen.

21            Allerdings hat das Berufungsgericht fehlerhaft nicht geprüft, welche Bedeutung der Toleranz von 0,5 mm in dem Mahnschreiben zukam. So wird in dem Schreiben der T. GmbH vom 31. August 1995 (K 16) die Entscheidung der Beklagten, die Scheiben mit den von ihr genannten Toleranzen freizugeben, zur Kenntnis genommen, aber ausdrücklich die Reklamation der nicht einsetzbaren Scheiben vorbehalten. Dabei wurde angekündigt, in diesen Fällen auf einer kostenlosen und verwendungsgerechten Neulieferung zu bestehen. Das spricht deutlich dafür, dass es der T. GmbH primär um die Verwendbarkeit der gebogenen Scheiben für den Einbau in das Bankgebäude ging und nicht um jeden Preis um die Einhaltung einer Toleranz von 0,5 mm. Darauf deutet auch die in dem Schreiben vom 31. August 1995 gebrauchte Formulierung hin, wonach die in anderem Zusammenhang für Glashersteller geltenden Vorgaben nur "heranzuziehen" seien. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, wie der Inhalt des Mahnschreibens vom 7. September 1995 (K 17) unter diesen Umständen zu würdigen ist.

22            b) Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die T. GmbH nicht nur zum Einbau in das Bankgebäude geeignete Glasscheiben angemahnt, sondern auf der Einhaltung einer Maßtoleranz von 0,5 mm bestanden haben sollte, so müsste es zunächst weiter prüfen, ob nach dem Inhalt des

Liefervertrags eine solche Toleranz vereinbart war. Denn wenn die Beklagte die von der T. GmbH in der Mahnung geforderten Toleranzen als vertragsgemäße Leistung schuldet, fehlt es auf jeden Fall an einer Zuvielforderung. Dabei wäre auch dann nicht mehr als vertraglich vereinbart angemahnt, wenn die Erreichung der vertraglich geschuldeten Eigenschaften nach dem Stand der Technik bei Vertragsschluss unmöglich wäre. Fehlt einem Werk die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, so haftet der Lieferant auch dann nach den §§ 633 ff. BGB a.F., wenn es technisch nicht möglich ist, dem Vertragsgegenstand die geschuldete Beschaffenheit zu verleihen (vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2000 - VII ZR 17/99, NJW 2001, 1642, 1644; BGHZ 96, 111, 115; 54, 236, 238).

23                   c) Auch wenn sich nach Auslegung des Liefervertrags und der Schreiben der T. GmbH die Anmahnung einer Zuvielforderung ergeben sollte, wäre die Mahnung nicht ohne weiteres unwirksam.

24                   Die Prüfung, ob eine Zuvielforderung zur Unwirksamkeit einer Mahnung führt, erfordert eine unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben vorzunehmende Würdigung, ob der Schuldner die Erklärung als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger auch zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (BGHZ 146, 24, 35; BGH, Urt. v. 25.06.1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115, 3116). Der Bundesgerichtshof hat die Grundsätze zur Unwirksamkeit von Mahnungen bei Zuvielforderung zwar in erster Linie anlässlich der Entscheidung über Geldforderungen entwickelt. Sie sind darauf jedoch nicht beschränkt. So hat sie der Bundesgerichtshof beispielsweise bereits im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Betreuungsleistungen angewendet (BGH, Urt. v. 28.01.2000 - V ZR 252/98, WM 2000, 586). Die Grundsätze zur Unwirksamkeit von Mahnungen bei Zuvielforderung gelten

grundsätzlich auch bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Werkvertragsrecht. Denn die Signalwirkung der Mahnung erreicht den Werkunternehmer nur dann, wenn er die Erklärung des Gläubigers als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss. Weiter darf die Zuvielforderung des Bestellers auch nicht als Zurückweisung des geschuldeten Maßes der Mängelbeseitigung zu verstehen sein. Denn sonst hat der Werkunternehmer keine Veranlassung, die geschuldete Mängelbeseitigung zu leisten.

25 Bei der Anwendung der Grundsätze zur Unwirksamkeit von Mahnungen wegen Zuvielforderung im Werkvertragsrecht ist jedoch auf die Besonderheiten dieses Rechtsgebiets Rücksicht zu nehmen. So ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verschiedentlich das Ausmaß der Zuvielforderung als Kriterium für die Unwirksamkeit einer Mahnung berücksichtigt worden (BGHZ 146, 24, 35; BGH, Urt. v. 12.02.1987 - III ZR 251/85, NJW-RR 1987, 679, 682; Urt. v. 25.06.1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115). Im Werkvertragsrecht ist jedoch Zurückhaltung bei der Anwendung dieses Kriteriums angezeigt. Hier wird der Besteller Nachbesserungen, die ihm die vertraglich vereinbarte Nutzung des Werks gestatten, in der Regel auch dann nicht zurückweisen, wenn er meint, noch mehr verlangen zu können.

26 Bei der für die Prüfung der Unwirksamkeit der Mahnung wegen Zuvielforderung erforderlichen umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls wird das Berufungsgericht gegebenenfalls ferner prüfen müssen, ob die T. GmbH nicht erkennbar zur Annahme auch gegenüber ihren Vorstellungen geringeren Leistungen bereit war, solange ihr nur für das Bauvorhaben geeignete gebogene Scheiben geliefert wurden.

27 III. Die Revision des Klägers erweist sich auch hinsichtlich der Widerkla-  
ge als überwiegend begründet.

28 Das Berufungsgericht hat die T. GmbH auf die Widerklage erneut zur  
Zahlung von 23.671,80 DM verurteilt. Die Revision greift die Behandlung ver-  
schiedener Forderungen und Gegenforderungen durch das Berufungsgericht  
als rechtsfehlerhaft an.

29 **1. Rechnungen der Beklagten**

30 a) Rechnung Nr. 51 80 68 vom 28. November 1995 über 3.143,09 DM

31 Die Forderung betrifft die Lieferung zusätzlicher Scheiben. Das Beru-  
fungsgericht hat einen Abzug dieser Rechnung von der Widerklageforderung  
nicht für gerechtfertigt gehalten. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg  
mit der Rüge, es habe sich um eine Lieferung im Rahmen der Mängelgewähr-  
leistung gehandelt. Es ist nicht erkennbar, dass sich die von ihr angeführten  
Feststellungen des Sachverständigen zu einem vertikal statt horizontal verlau-  
fenden Streifenmuster auf die der Rechnung vom 28. November 1995 zugrunde  
liegende Lieferung bezogen haben, so dass ein Verstoß des Berufungsgerichts  
gegen § 286 ZPO ausscheidet. Die T. GmbH mag im Anschluss an die Auslie-  
ferung einer Bestellung durch die Beklagte eine kostenlose Nachlieferung für  
fehlerhaft bedruckte Scheiben verlangt haben. In ihrer diesem Verlangen fol-  
genden Auftragsbestätigung vom 15. November 1995 stellte die Beklagte eine  
kostenlose Nachlieferung aber nur für den Fall einer Berechtigung der erhobe-  
nen Reklamation und nach Rückgabe und Prüfung der reklamierten Einheiten in  
Aussicht. Nach kaufmännischen Gepflogenheiten wäre im Falle mangelnden  
Einverständnisses mit dieser Lieferkondition der Beklagten ein Widerspruch der

T. GmbH zu erwarten gewesen. Zu einem solchen Widerspruch ist aber weder etwas vorgetragen noch ersichtlich. Da die Beklagte nach dem festgestellten Sachverhalt die falsch bedruckten Scheiben nie zur Überprüfung der Mängelrüge erhalten hat, ist der Kläger unter diesen Umständen verpflichtet, auch die weitere Lieferung gemäß Rechnung vom 28. November 1995 zu bezahlen.

32                    b) Rechnung Nr. 60 53 03 vom 22. April 1996 über 5.173,09 DM

33                    Auch diese Forderung betrifft die Lieferung weiterer Scheiben. Hier rügt die Revision zu Recht, dass es der Beklagten obliegt, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass ihrer Forderung eine Vereinbarung über eine entgeltliche Lieferung zugrunde liegt und wie hoch das Entgelt ist. Zu einer Bestellung, die die Forderung der Beklagten begründet, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Mit ihrem Vortrag, dass es sich um eine kostenlose Nachlieferung für zuvor gelieferte mangelhafte Scheiben gehandelt habe, hat die T. GmbH jedenfalls inzident eine Bestellung gegen Entgelt bestritten. Die Zuerkennung dieser Forderung durch das Berufungsgericht beruht daher auf einer Verkennung der Darlegungs- und Beweislast.

34                    2. **Belastungsbuchungen der T. GmbH**

35                    a) Belastungsbuchungen (3), (5) bis (17), (20) bis (23) - BU 21-25

36                    Diese Belastungsbuchungen betreffen nach dem Vortrag des Klägers Lieferungen der Beklagten, bei denen die Parteien einen geringeren Preis als den von der Beklagten in Rechnung gestellten Einheitspreis vereinbart hätten. Das Berufungsgericht hält diese Belastungsbuchungen für unbegründet, weil der Kläger die Erstreckung eines speziellen "Sonderpreises" auf die gesamte

Geschäftsbeziehung dartun müsse, wenn der berechnete Preis dem regulären entspräche. Die Beklagte habe aber den "Sonderpreis" bestritten. Da die T. GmbH die Lieferungen angenommen habe, müsse der Kläger die abgerechneten Beträge ohne Abzüge begleichen.

37           Damit verkennt das Berufungsgericht den Begriff des Einheitspreises. Der Kläger hat hinsichtlich der fraglichen Lieferungen keine Abweichung von den sonst zwischen den Parteien vereinbarten Preisen im Sinne eines "Sonderpreises" geltend gemacht, sondern vorgetragen, dass ein niedrigerer Preis pro gelieferte Einheit vereinbart war als abgerechnet wurde. Der Begriff des Einheitspreises ist im kaufmännischen Verkehr eindeutig. Er bedeutet "Preis pro gelieferte Einheit". Das Berufungsgericht hat nichts dazu ausgeführt, dass der Kläger unter einer Abweichung von den vereinbarten Einheitspreisen hier ausnahmsweise etwas völlig anderes, nämlich eine Abweichung von den sonst allgemein zwischen den Parteien geltenden Preisen, verstanden haben konnte. Es hat die Vereinbarungen der Parteien daher falsch ausgelegt und den Vortrag des Klägers fehlerhaft gewürdigt (Verstoß gegen §§ 133, 157 BGB, § 286 ZPO). Zu einer Rahmenvereinbarung, in der die Einheitspreise der Beklagten für alle Lieferungen im Rahmen der laufenden Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien festgelegt worden seien, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Deshalb hätte es der Beklagten und nicht dem Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die Vereinbarung der abgerechneten Preise auferlegen müssen.

38           Auf der Grundlage seiner Feststellungen konnte das Berufungsgericht auch aus einer widerspruchslosen Entgegennahme der Lieferungen der Beklagten durch die T. GmbH keine Einigung auf die abgerechneten Preise ableiten. Denn es hat nichts dazu festgestellt, ob und wann bezüglich jedes einzelnen

der hier behandelten Liefervorgänge die Beklagte den Preisvorstellungen der T. GmbH vor der Lieferung widersprochen hat und wie gegebenenfalls nach einem derartigen Widerspruch die Entgegennahme der Leistung zu würdigen wäre. Eine von der Beklagten nach Lieferung, etwa in der späteren Rechnungsstellung, geäußerte abweichende Preisvorstellung wäre jedenfalls unbeachtlich.

39                    Das Berufungsgericht wird daher über die Belastungsbuchungen (3), (5) bis (17) und (20) bis (23) erneut zu entscheiden haben.

40                    b) Belastungsbuchungen (1) - BU II 20 - und (18) - BU II 24

41                    Diese Positionen betreffen von der Beklagten berechnete Kosten für Fracht und Verpackung. Wie die Revision zutreffend rügt, hat das Berufungsgericht hier nicht berücksichtigt, dass der Kläger vorgetragen und durch Vorlage der Bestellschreiben belegt hat, dass die T. GmbH ausdrücklich "Lieferung frei Haus" verlangt habe. Feststellungen dazu, ob trotz dieses Wortlauts der Bestellungen aufgrund ausdrücklicher Vereinbarungen der Parteien oder, wie von der Beklagten behauptet (6 U 144/98, GA 159/161), durch Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten von der T. GmbH eine Vergütung für Fracht und Transport geschuldet wurde, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

42 c) Belastungsbuchung (4) - Rechnung Nr. 42 34 81 vom 22. Dezember  
43 1994 über 2.850,95 DM, Belastungsbetrag: 149,05 DM

43 Die Revision rügt zu Recht, dass das angefochtene Berufungsurteil für  
44 die Aberkennung dieser Belastungsbuchung keine Begründung enthält.

44 d) Belastungsbuchungen (2) und (19)

45 Diese Belastungsbuchungen hat das Berufungsgericht zutreffend nicht  
anerkannt. Der Kläger macht geltend, in diesen Fällen sei von der Beklagten  
mehr als die bestellte Menge in Rechnung gestellt worden. Er hat jedoch ent-  
gegen dem Vortrag der Revision nicht bestritten, dass die in Rechnung gestell-  
ten Mehrmengen tatsächlich geliefert wurden. Die einzige zu diesen Positionen  
erhobene Rüge der Revision, es liege kein Fall der Mehrlieferung, sondern bloß  
ein Fall der Mehrberechnung vor, geht daher fehl. Da der Kläger auch nicht  
vorgetragen hat, die Mehrlieferungen seien unverzüglich gerügt worden, konnte  
das Berufungsgericht davon ausgehen, die T. GmbH habe sie genehmigt und  
müsse sie in voller Höhe bezahlen. Selbst wenn der Beklagten insoweit kein  
vertraglicher Anspruch zugestanden würde, könnte sie jedenfalls einen ent-  
sprechenden Bereicherungsanspruch geltend machen.

46 e) Belastungsbuchungen für die Widerklageforderungen aus den Rech-  
47 nungen Nr. 51 80 68 vom 28. November 1995 über 3.143,09 DM und  
Nr. 60 53 03 vom 22. April 1996 über 5.173,09 DM

47 Diese Rechnungen hat das Berufungsgericht bereits bei der Prüfung der  
acht Zahlungsansprüche der Beklagten aus dem Schlussurteil behandelt  
(BU 14, sub 2. a)), denen es sodann die Belastungsbuchungen der T. GmbH

gegenübergestellt hat (BU 19, sub 2. b)). Unabhängig davon, dass sich die eine dieser Widerklageforderungen der Beklagten als begründet, die andere hingegen als unbegründet erweist, konnten dieselben Positionen von der T. GmbH im Rechtsstreit jedenfalls nicht noch einmal als Belastungsbuchung geltend gemacht werden. Denn die Forderung, die sich schon bei der Prüfung der Zahlungsansprüche der Beklagten als unbegründet erwiesen hat, würde dadurch doppelt abgezogen. Die begründete Forderung der Beklagten hingegen wäre durch gleichzeitige Einstellung in Soll und Haben der Schlussabrechnung neutralisiert und im Ergebnis, obwohl geschuldet, nicht zu bezahlen.

48 IV. Das Berufungsgericht wird somit über die Klage und über die Begründetheit der Widerklageforderungen in Höhe von 12.277,82 DM (Summe der Rechnung Nr. 60 53 03 der Beklagten sowie der Belastungsbuchungen (1), (3) bis (18) und (20) bis (23)) erneut zu entscheiden haben.

Scharen

Ambrosius

Meier-Beck

Asendorf

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 13.11.1997 - 8 O 135/97 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 11.12.2002 - 6 U 128/02 -