

2198 048

Nachschlagewerk:   nein  
Amtliche Sammlung:  nein

BGB §§ 150, 157

Zur Frage, unter welchen Vertragsbedingungen ein Kaufvertrag abgeschlossen ist, wenn der Besteller erklärt, er widerspreche den Lieferungsbedingungen des Lieferanten, der Lieferant die Bestellung aber zu seinen Lieferungsbedingungen bestätigt und der Besteller die Ware sodann abnimmt.

BGH, Urt.v. 19. Februar 1964 - VIII ZR 173/62 OLG München  
IG München

Verkündet am 19. Februar 1964  
Wüst, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der R [REDACTED], film- und lichttechnische Betriebe Gesellschaft  
mit beschränkter Haftung in M [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED], ver-  
treten durch die Geschäftsführer Dr. V [REDACTED] und Dr. R [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagten,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die A [REDACTED] Aktiengesellschaft in L [REDACTED], ver-  
treten durch Dr. Gustav S [REDACTED] in L [REDACTED],  
C [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 19. Februar 1964 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter  
Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner  
für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und der Beklagten  
wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandes-  
gerichts München vom 17. April 1962 insoweit, als  
es die Beklagte über die der Klägerin im Teilurteil  
vom 9. Februar 1961 zugesprochenen Beträge hinaus  
zur Zahlung von mehr als 142.311,41 DM nebst  
5 % Zinsen hierauf verurteilt und die Klage in  
Höhe von 27.270,80 DM nebst Zinsen abweist, sowie  
im Kostenpunkt aufgehoben. Insoweit wird die Sache  
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das  
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision der Beklagten wird  
zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision trägt die Beklagte fünf  
Neuntel. Die Entscheidung über die restlichen vier  
Neuntel der Kosten der Revision wird dem Berufungs-  
gericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:  
-----

Die Klägerin belieferte die Beklagte, die ein Kopierwerk betreibt, mit Rohfilmmaterial. Das geschah zum Teil in der Weise, daß die Beklagte die Ware als Käuferin übernahm und demgemäß eine unmittelbare Verrechnung zwischen den Parteien erfolgte (sogenannte Direktlieferungen). Teilweise lieferte die Klägerin auch auf ein sogenanntes "Konsignationslager" der Beklagten, von dessen Bestand diese die Mengen entnahm, die sie zur Verarbeitung für ihre Kunden brauchte. Die Klägerin rechnete in diesem Fall den Kaufpreis unmittelbar mit den Kunden der Beklagten ab. Es war aber auch vorgesehen, daß die Beklagte Material für eigene Rechnung entnahm und es selbst ihren Kunden in Rechnung stellte; insbesondere gegenüber ihrer Auslandskundschaft pflegte die Beklagte so zu verfahren. Vereinbarungsgemäß sollte die Beklagte der Klägerin unmittelbar haften, soweit sie den belieferten Kunden der Klägerin nicht anzeigte.

Die Klägerin hat Zahlung des Kaufpreisrestes der Direktlieferungen des Jahres 1958 in Höhe von 194 322,87 DM und - nach Klageerweiterung im zweiten Rechtszuge - des Jahres 1959 in Höhe von 59 222,73 DM begehrt. Diese Beträge sind, nachdem im Revisionsrechtszuge die bisherigen Einwendungen gegen den Saldo zum 31. Dezember 1958 in Höhe von 3 115,71 DM nicht mehr geltend gemacht werden, nunmehr unstreitig. Die Klägerin verlangt ferner Ersatz für Material aus dem Lager, das die Beklagte entnommen habe, ohne diesen Vorgang buchmäßig festzuhalten und als Entnahmen für Kunden gemeldet zu haben. Ihre Ersatzansprüche bemisst sie auf 171 665,59 DM, worauf sie für Gegenforderungen der Beklagten den Betrag von 23 172,36 DM gutbringt, so daß sie für Entnahmen der Beklagten aus diesem Lager noch 148 493,23 DM beansprucht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Direktlieferungen der Klägerin seien zum Teil mangelhaft gewesen. Daraus sei ihr ein Gesamtschaden entstanden, den sie mit 259 727,42 DM errechnet. Mit dieser Schadensersatzforderung hat sie aufgerechnet. Hinsichtlich des Konsignationslagers hat die Beklagte auf die Auflage des Berufungsgerichts vom 7. Juli 1960, eine genaue aufgeschlüsselte Aufstellung über den gegenwärtigen tatsächlichen Bestand des Lagers vorzulegen, mit Schriftsatz vom 6. Oktober 1960 erklärt, auf dem Lager befänden sich an diesem Tage noch 2 673 m Agfa-Color-Positivmaterial (35 mm). Die Differenz dieses Lagerbestandes im Vergleich zum buchmäßigen Bestand hat die Beklagte dahin erläutert, daß sie bei Reklamationen zwar sofort Ersatzmaterial aus dem Lager entnehme, jedoch eine Abbuchung erst dann vornehme, wenn die Klägerin die Reklamation anerkannt habe. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat die Beklagte ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils erklärt, gegen den Teil der Klageforderung, der sich auf Entnahme aus dem Lager stütze (148 493,23 DM), berufe sie sich lediglich auf den Aufrechnungseinwand, den sie im vollen Umfang aufrecht-erhalte. Sie rechne mit den Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Lieferung der Klägerin in den Jahren 1957, 1958 und 1959 auf. Im weiteren Verlauf der Verhandlung hat die Beklagte auch darauf hingewiesen, auf dem Lager befinde sich immer noch Material und auch dieses sei schätzungsweise zu 20 % fehlerhaft.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage des ersten Rechtszuges verurteilt. In einem Teilurteil vom 9. Februar 1961 hat das Berufungsgericht von den von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüchen nur diejenigen aus den Lieferungen der Jahre 1957 und 1959,

dagegen nicht des Jahres 1958 als möglicherweise begründet angesehen und hat sie auf höchstens 63 000 DM bemessen. Es hat von dem um die streitigen 3 115,71 DM geminderten Saldo zum 31. Dezember 1958 von (194 322,87 - 3 115,71 =) 191 207,16 DM den Betrag von 63 000 DM abgesetzt und die Beklagte zur Zahlung von 128 207,16 DM und des weiteren sich aus dem Saldo zum 31. Dezember 1959 ergebenden Betrages von 59 222,73 DM, zusammen 187 429,89 DM, verurteilt. Die Revision der Beklagten gegen dieses Teilurteil wandte sich lediglich dagegen, daß das Berufungsgericht der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus Lieferungen des Jahres 1958 nicht in Höhe von 10 000 DM stattgegeben hatte. Die Revision wurde durch Urteil des erkennenden Senats vom 6. Juni 1962 (VIII ZR 91/61) zurückgewiesen.

Durch Schlußurteil vom 17. April 1962 hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt, einen weiteren Betrag von 187 338,14 DM zu zahlen. Ferner hat es der Klägerin Zinsen von den Beträgen zugesprochen, zu deren Zahlung es die Beklagte verurteilt hat. In Höhe von 27 270,80 DM nebst Zinsen hat es unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage abgewiesen. Insoweit hat es der Beklagten einen Schadensersatzanspruch zugebilligt.

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision den abgewiesenen Anspruch von 27 270,80 DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die Abweisung der Klage in Höhe weiterer 100 000 DM nebst Zinsen. Beide Parteien beantragen, jeweils die Revision des Gegners zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

I. Nach Rechtskraft des Teilurteils vom 9. Februar 1961 befanden sich noch folgende Hauptansprüche im Streit:

|                                                    |                      |
|----------------------------------------------------|----------------------|
| a) Saldo aus Direktlieferungen zum 31.12.1958      | 194 322,87 DM        |
| durch Teilurteil zugesprochen                      | <u>128 207,16 "</u>  |
| Rest (dem Schlußurteil vorbehalten)                | 66 115,71 DM         |
| b) Lagerfehlbestand (dem Schlußurteil vorbehalten) | <u>148 493,23 DM</u> |
|                                                    | 214 608,94 DM        |
|                                                    | =====                |

Der Restbetrag von 66 115,71 DM setzt sich wie folgt zusammen:

|                                                                                     |                   |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| a) Angebliche Schadensersatzansprüche aus Direktlieferungen der Jahre 1957 und 1959 | 63 000,-- DM      |
| b) Verpackungs- und Expresßkosten 2 330,99 DM                                       |                   |
| Material für Warner Bros.                                                           | <u>784,72 "</u>   |
|                                                                                     | 3 115,71 DM       |
|                                                                                     | <u>3 115,71 "</u> |
|                                                                                     | 66 115,71 DM      |
|                                                                                     | =====             |

II. Das Berufungsgericht hat die Klage in Höhe von 27 270,80 DM abgewiesen. In dieser Höhe hält es die Schadensersatzansprüche der Beklagten für begründet, weil im Jahre 1959 Lieferungen der Klägerin mangelhaft gewesen seien. Es meint, mit den Schadensersatzansprüchen könne die Beklagte aufrechnen. Im übrigen hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung weiterer (214 608,94 - 27 270,80 =) 187 338,14 DM verurteilt.

#### A. Revision der Beklagten.

##### I. Direktlieferungen.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Schadensersatzansprüche der Beklagten aus Lieferungen der Klägerin in den Jahren 1957 und 1958 seien unbegründet, weil die Klägerin in ihren Allgemeinen Lieferbedingungen und Lieferun

bedingungen für Magneton-Erzeugnisse ihre Gewährleistungspflicht auf Nachlieferung einwandfreier Stücke beschränkt habe. Diese Bedingungen bestimmten das Rechtsverhältnis der Parteien in den Jahren 1957 und 1958. Die Klägerin habe nämlich schon vor dem Jahre 1957 in Auftragsbestätigungen auf ihre allgemeinen Lieferbedingungen Bezug genommen. Die Beklagte sei auch mit Schreiben der Klägerin vom 29. Oktober 1957 auf die damals erfolgte Änderung der Lieferbedingungen aufmerksam gemacht worden. Es wäre daher, so meint das Berufungsgericht, Sache der Beklagten gewesen, im Rechtsstreit ihre Behauptung, daß sie bereits vor dem 31. Dezember 1957 schriftlich der Geltung dieser Lieferbedingungen widersprochen habe, zu beweisen. Den hierfür angekündigten Urkundenbeweis habe sie nicht antreten können. Damit verliere ihre Behauptung, schon vor dem 31. Dezember 1957 alljährlich etwa mit dem gleichen Wortlaut wie am 31. Dezember 1957 und 29. Dezember 1958 widersprochen zu haben, jede Glaubwürdigkeit. Den von der Beklagten für den Inhalt mündlicher Verhandlungen über die Lieferbedingungen genannten früheren Verkaufsleiter der Klägerin, S. [REDACTED], hat das Berufungsgericht nicht vernommen, weil er sich nach dem eigenen Vortrag der Beklagten für Fragen der Lieferbedingungen nicht zuständig erklärt habe. Auch wenn er versprochen haben sollte, die Frage mit dem zuständigen Vorstand der Klägerin besprechen zu wollen, vermöchte das nach Auffassung des Berufungsgerichts nichts daran zu ändern, daß die Beklagte dadurch, daß sie den bei Gelegenheit der Auftragsbestätigungen gegebenen Hinweis auf die Geltung der allgemeinen Lieferbedingungen nicht widersprochen habe, sich diesen Bedingungen unterworfen habe.

2. a) Die Revision der Beklagten ist, soweit sie Schadensersatzansprüche aus Lieferungen des Jahres 1957 betrifft, begründet.

Die Revision der Beklagten rügt, das Berufungsgericht habe es an einer Gesamtbeurteilung fehlen lassen. Andernfalls hätte es zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß die Beklagte jeweils bei Jahresbeginn und sodann während des Laufes der Jahre bei allen sich durch persönliche Rücksprache bietenden Gelegenheiten den Vertretern der Klägerin mündlich erklärt habe, sie lehne die Lieferungsbedingungen der Klägerin als Grundlage für ihre Geschäfte mit der Klägerin ab. Das Berufungsgericht habe ferner, wenn es dem Antrage auf Vernehmung des S [REDACTED] als Zeugen nicht stattgegeben habe, verkannt, daß zum Ausschluß der allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin nicht ein Vertrag der Parteien erforderlich gewesen sei, sondern die einseitige Erklärung der Beklagten genügt habe, daß sie die Bedingungen der Klägerin ablehne.

Das Berufungsgericht hat, wie der Revision zuzugeben ist, seine Feststellungen unter Verstoß gegen Auslegungs- und Verfahrensvorschriften getroffen. Im Teilurteil vom 9. Februar 1961 hatte das Berufungsgericht den entgegengesetzten Standpunkt zum Ausdruck gebracht. Der erkennende Senat hat dazu in seinem Urteil vom 6. Juni 1962 ausgeführt, vom Berufungsgericht werde nicht verkannt, daß die Beklagte auch in der Zeit vor dem Jahre 1958 Schadensersatz in Geld wegen Schlechtlieferung verlangt und die Lieferbedingungen der Klägerin abgelehnt habe. Das Berufungsgericht hat in dem hier zu behandelnden Schlußurteil nichts dafür beigebracht, daß seine frühere Auffassung irrig gewesen sei. Die Tatsache, daß die Parteien sich im Mai 1957 über Schadensersatzansprüche der Beklagten geeinigt haben,

läßt, worauf der erkennende Senat schon im Urteil vom 6. Juni 1962 hingewiesen hat, in der Tat auch kaum eine andere Deutung zu, als daß die Beklagte mindestens bis zu diesem Zeitpunkt dem in den Lieferungsbedingungen der Klägerin enthaltenen Haftungsausschluß entgegengetreten war. Von seinem Standpunkt aus, daß schon Widerspruch der Beklagten gegen die Lieferbedingungen deren Geltung ausschließe, hätte es auch von einer Vernehmung des als Zeugen benannten Verkaufsleiters Schönicke der Klägerin nicht absehen dürfen. Wenn, wie das Berufungsgericht unterstellt, dieser versprochen hatte, mit dem Vorstand der Klägerin über die Lieferbedingungen zu sprechen, liegt der Schluß nahe, daß die Beklagte, wie sie behauptet, ihm gegenüber den Lieferbedingungen widersprochen hatte. Hätte sie das nicht getan, hätte S. [REDACTED] keinen Anlaß gehabt, diese Frage mit dem Vorstand zu besprechen. In der danach erforderlich werdenden neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird die Beklagte auch Gelegenheit haben, in der verfahrensmäßig vorgeschriebenen Form (§ 421 ZPO) Urkundenbeweis dafür anzutreten, daß sie gegenüber der Klägerin schriftlich deren Lieferbedingungen widersprochen hat. Dieser Beweisantritt kann durch den Antrag erfolgen, der Klägerin die Vorlegung der Urkunden aufzugeben.

Auf die Frage, ob die Beklagte schon vor dem Jahre 1958 den Lieferbedingungen der Klägerin widersprochen hat, käme es allerdings nicht an, wenn trotz des Widerspruchs der Beklagten diese Lieferbedingungen Vertragsbestandteil geworden wären. Das Berufungsgericht hat sich nicht darüber ausgelassen, wie die einzelnen Lieferungsverträge zwischen den Parteien zustande gekommen sind. Anscheinend hatten die Parteien nicht etwa für das Jahr 1957 einen Dauer-

lieferungsvertrag geschlossen. Vielmehr gab die Beklagte wohl jeweils Einzelbestellungen auf, die die Klägerin bestätigte. Die formularmäßigen Auftragsbestätigungen der Klägerin weisen unstreitig auf ihre Lieferungsbedingungen hin. Sollte die Beklagte im Voraus den Lieferungsbedingungen der Klägerin widersprochen haben, so würde darin zwar die Erklärung zu sehen sein, daß sie die künftigen Verträge nicht zu den Bedingungen der Klägerin abschließen und deshalb auch die Einschränkung der Gewährleistungspflicht, wie sie in den Auftragsbestätigungen enthalten ist, nicht anerkennen wolle. Ihre als Vertragsangebot zu wertenden Bestellungen könnten daher die stillschweigende, der Klägerin erkennbare Erklärung enthalten haben, daß hinsichtlich der Gewährleistungspflicht der Klägerin für Mängel die entsprechenden Bestimmungen des Gesetzes Platz greifen sollten. Möglicherweise hat die Klägerin dieses Angebot indessen nur mit der Maßgabe annehmen wollen, daß ihre Lieferungsbedingungen gelten sollten, und hat durch Verwendung der auf die Lieferungsbedingungen hinweisenden Auftragsbestätigung die von der Beklagten gewünschte vorgeschlagene Vertragsgrundlage abgelehnt. Stellte sich aber die Annahmeerklärung der Klägerin nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung der Bestellung der Beklagten und als neuer Antrag dar, so fragt es sich, welche rechtliche Bedeutung dem Umstand zukommt, daß die Beklagte, ohne dem Bestätigungsschreiben ausdrücklich zu widersprechen, jeweils die bestellten Filmwaren entgegen nahm. Der Bundesgerichtshof hat bei einer ähnlichen Sachlage angenommen, es sei dann Sache des Bestellers, sich zu entscheiden, ob er seinerseits den vom Gegner vorgeschlagenen Vertragsschluß auf der Grundlage der Lieferungsbedingungen des Gegners annehmen oder vom Vertragsschluß absehen wolle. Durch die Abnahme

der Lieferungen treffe er die erste Entscheidung (BGH Ort. v. 17. September 1954 - 1 ZR 18/53 - LM BGB § 150 Nr. 3). Eine gleiche Beurteilung könnte auch hier gerechtfertigt sein. Das Berufungsgericht hat in dieser Hinsicht jegliche Prüfung unterlassen. Die fehlende Würdigung muß vom Tatrichter getroffen werden, an den die Sache, soweit die Revisionen begründet sind, zurückzuverweisen ist. Hierzu sei noch bemerkt: Für die Lieferungen des Jahres 1958 hat der erkennende Senat im Urteil vom 6. Juni 1962 allerdings angenommen, die in dem damaligen Berufungsurteil getroffenen Feststellungen deckten die Annahme, daß die Verträge zu den Lieferbedingungen der Klägerin zustande gekommen seien. Für die Lieferungen des Jahres 1957 bedarf es aber einer besonderen Würdigung, weil der Sachverhalt in diesem Jahre anders liegen kann. So könnte eine Rolle spielen, daß die Parteien schon seit längerer Zeit in Geschäftsverbindung standen und am 11. Mai 1957 ungeachtet der Lieferbedingungen der Klägerin eine Vereinbarung über Schadensersatzansprüche der Beklagten, die Lieferungen des Jahres 1956 betrafen, geschlossen hatten. Es wäre denkbar, daß unter diesen Umständen die Beklagte der Auffassung sein durfte, die Klägerin bestehe nicht mehr auf der Einhaltung der formularmäßigen Lieferbedingungen. Andererseits wird das Berufungsgericht, weil bei der Auslegung von Willenserklärungen eine entscheidende Rolle spielt, wie der Gegner der Erklärung sie nach Treu und Glauben auffassen muß, auch zu prüfen haben, ob die Beklagte im Hinblick auf den Inhalt der Bestätigungserklärungen der Klägerin ernsthaft damit rechnen oder gar darauf vertrauen konnte, die Klägerin werde es hinnehmen, daß ausschließlich die Bestellbedingungen der Beklagten den einzelnen Kaufverträgen zugrunde gelegt würden.

b) Streitig ist noch die Geltung der Lieferbedingungen für das Jahr 1958 insofern, als die Beklagte mit ihrem Schadensersatzanspruch wegen Lieferungen aus dem Jahre 1958 gegen die noch anhängigen Zinsansprüche der Klägerin aufrechnet. In dieser Hinsicht ist durch das Teilurteil des Berufungsgerichts vom 9. Februar 1961, das die Aufrechnung der Beklagten mit Schadensersatzansprüchen aus dem Jahre 1958 gegen die dort in Rede stehenden Hauptforderungen zurückgewiesen hat, über diese Forderung noch nicht entschieden worden. Was die Schadensersatzforderung für Lieferungen des Jahres 1958 betrifft, so hält der Senat an seiner im Urteil vom 6. Juni 1962 getroffenen Beurteilung auch hinsichtlich der noch im Streit befindlichen Zinsen fest. Auf die Begründung dieses Urteils wird Bezug genommen. Insoweit ist die Revision der Beklagten also unbegründet.

3. Zur Höhe der etwaigen Schadensersatzansprüche der Beklagten ist zu bemerken: Die Beklagte hatte ihre Ansprüche ursprünglich mit 259 727,42 DM berechnet. Im rechtskräftigen Teilurteil vom 9. Februar 1961 hat das Berufungsgericht angenommen, daß etwaige Schadensersatzansprüche aus den Direktlieferungen der Jahre 1957 und 1959 nicht den Betrag von 63 000 DM übersteigen können. Es hat daher von dem Saldo für 1957 und 1959 außer den damals noch streitigen Posten von insgesamt 3 115,71 DM nur den Betrag von 63 000 DM abgesetzt und die Beklagte zur Zahlung des übrig-bleibenden Betrages von 187 429,89 DM verurteilt. Diese Verurteilung konnte es nur aussprechen, wenn nach seiner Auffassung eine über den Betrag von 63 000 DM hinausgehende Gegenforderung der Beklagten nicht besteht. Hat ein Beklagter die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist nach § 322 Abs. 2 ZPO die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht,

bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig. Dennoch hat im vorliegenden Fall das Berufungsgericht durch das Teilurteil nicht etwa die zur Aufrechnung gestellte Forderung schon in Höhe des Unterschiedsbetrages von (259 727,42 - 63 000 =) 196 727,42 DM rechtskräftig aberkannt. Übersteigt, wie hier, die Gegenforderung den für Begründet gehaltenen Klagebetrag, so wird von der Gegenforderung durch die Verurteilung nicht mehr als der Teil verbraucht, der von der Klageforderung getroffen wird (RGZ 49, 463; Wieczorek, ZPO § 322 Anm. IV a; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. § 322 Anm. 3). Rechtskräftig entschieden ist mithin, daß von der angeblichen Gegenforderung der Beklagten 187 429,89 DM nicht bestehen. Die Beklagte konnte in dem weiteren Verlauf des Verfahrens Schadensersatzansprüche also nur noch in Höhe von insgesamt (259 727,42 - 187 429,89 =) 72 297,53 DM geltend machen. Im angefochtenen Urteil sind ihr 27 270,80 DM zugesprochen worden. Sie könnte auf Grund der Aufrechnung daher höchstens noch Abweisung der Klage in Höhe von weiteren (72 297,53 - 27 270,80 =) 45 026,73 DM beanspruchen. Die Beklagte beantragt dagegen im vorliegenden Revisionsverfahren, die Klage in Höhe von weiteren 100 000 DM nebst Zinsen abzuweisen. Sie hat dazu in der Revisionsbegründungsschrift erklärt, sie glaube, mehr als 100 000 DM an Schadensersatz beanspruchen zu können, wolle aber ihre Ansprüche auf diesen Betrag beschränken. Ihre Aufrechnung greift also, wie schon jetzt feststeht, jedenfalls in Höhe von (100 000 - 45 026,73 =) 54 973,27 DM nicht durch.

Soweit die Revision sich mit Verfahrensrügen gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wendet, der Beklagten sei nur ein noch nicht gutgebrachter Schaden von

27 270,80 DM entstanden, bedarf es hierauf keines Eingehens. Der Beklagten bleibt vorbehalten, in der neuen mündlichen Verhandlung Anträge auf Ergänzung der Beweisaufnahme zu stellen.

## II. Konsignationslager.

1. Dem Anspruch der Klägerin liegt folgender unstreitiger Sachverhalt zugrunde: Über die Entnahmen aus dem Konsignationslager, die zur Belieferung von Kunden der Beklagten erfolgten, hatte diese die Klägerin laufend zu unterrichten. Die Klägerin rechnete dann unmittelbar mit den Kunden der Beklagten ab. Vereinbarungsgemäß sollte die Beklagte der Klägerin haften, soweit sie den belieferten Kunden der Klägerin nicht anzeigte. Die Beklagte durfte aber auch Material für eigene Rechnung entnehmen und ihren Kunden darüber Rechnungen ausstellen. Die Klägerin verlangt die Bezahlung für nicht abgebuchte Entnahmen aus dem Lager oder, wie sie es auch ausgedrückt hat, die Bezahlung des Fehlbestandes im Betrage von nunmehr noch 148 493,23 DM. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils hat die Beklagte in der letzten mündlichen Verhandlung erklärt, sie berufe sich gegenüber dem Teil der Klageforderung, der sich auf Entnahmen aus dem Lager stützt, lediglich auf den Aufrechnungseinwand. Sie rechne mit Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Lieferungen der Klägerin in den Jahren 1957 bis 1959 auf. Die Beklagte hat nach dem Tatbestand im weiteren Verlauf der Verhandlung darauf hingewiesen, auf dem Lager befinde sich noch immer Material. Auch dieses sei schätzungsweise zu 20 % fehlerhaft.

Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin für begründet. Es führt aus, die Beklagte habe die Behauptung der Klägerin, dem Lager sei Material im Werte

von 148 493,23 DM entnommen worden, ohne daß die Beklagte eine Meldung über diese Entnahmen erstattet habe, zugestanden. Ob in der Behauptung, auf dem Lager sei immer noch Material vorhanden, das aber zu 20 % fehlerhaft sei, ein Widerruf des vorher abgegebenen Geständnisses zu sehen sei, möge dahinstehen. Soweit ein Widerruf vorliege, könne er nach § 290 ZPO keine Beachtung finden. Die zugegebenen Tatsachen seien richtig. Die Beklagte habe selbst den Bestand für den 6. Oktober 1960 mit nur 2 673 m Positivmaterial angegeben. Dann sei jedenfalls die Menge, deren Bezahlung mit der Klage verlangt werde, verbraucht worden, weil die Klägerin schon am 18. September 1959 weitere 49 658 m Filmmaterial geliefert habe, die in dem zum Gegenstand der Klage gemachten Fehlbestand nicht enthalten seien. Auch sei unstreitig, daß für das nicht abgebuchte, aber nicht mehr vorhandene Material eine Kundenbenennung fehle.

2. Die Revision kann insoweit keinen Erfolg haben. Sie macht geltend, ein Geständnis liege nicht vor. Einer Entscheidung hierüber bedarf es nicht. Auch wenn die Beklagte die Behauptungen der Klägerin nicht ausdrücklich zugestanden haben sollte, würde sich an der Beurteilung des Berufungsgerichts nichts ändern. Die Beklagte hat, wie im Tatbestand des Berufungsurteils ausdrücklich wiedergegeben wird, in der letzten mündlichen Verhandlung nur noch den Einwand der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus den Direktlieferungen der Klägerin in den Jahren 1957 bis 1959 erhoben und vorgebracht, das noch auf dem Lager befindliche Material sei zu 20 % fehlerhaft. Die Beklagte hat demnach nicht mehr geltend gemacht, daß die Klägerin Bezahlung anderer Mengen als des auf Grund der Bestandsmeldungen der Beklagten festgestellten Fehlbestandes verlange. Die Beklagte mag, wie schon das Berufungsgericht hilfsweise erwägt, zwar nicht gehindert

gewesen sein, vorzutragen, es sei noch Material vorhanden, das zu 20 % fehlerhaft sei. Dieses Vorbringen ist aber unbeachtlich, weil es völlig unsubstantiiert ist. Die Beklagte hat nicht dargelegt, um welche Mengen es sich handelt, wann das Material geliefert worden ist, zu welchem Zeitpunkt der Bestand vorhanden gewesen sein soll, welche Gegenansprüche sie insoweit geltend machen will und worauf sie diese Ansprüche stützt. Anscheinend begehrt die <sup>Beklagte</sup> Klägerin Ersatz des Schadens, der ihr bei Verarbeitung oder weiterem Verkauf des angeblich noch vorhandenen Materials entstehen wird. Daß und in welcher Höhe die Klägerin für Mängel von Waren, die sich im Konsignationslager befinden sollen, aber anscheinend von der Beklagten noch nicht entnommen und ihr von der Klägerin auch nicht in Rechnung gesetzt worden sind, einzustehen habe, ist nicht ersichtlich.

III. Da, wie oben ausgeführt, die Aufrechnung der Beklagten in Höhe von 54 973,27 DM nicht durchgreift und die sonstigen mit der Revision geltend gemachten Einwendungen unbegründet sind, erweist sich die Revision der Beklagten schon jetzt als in Höhe von 54 973,27 DM unbegründet. In diesem Umfang war sie zurückzuweisen.

#### B. Revision der Klägerin.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, für Lieferungen der Klägerin ab 1. Januar 1959 seien im Gegensatz zu den Lieferungen der Jahre 1957 und 1958 ihre Lieferbedingungen nicht mehr maßgebend gewesen. Die Beklagte habe sich gegen die Geltung der Lieferbedingungen der Klägerin in vollem Umfang verwahrt. Sie habe ihren Willen, die allgemeinen Lieferbedingungen nicht anzuerkennen, durch die zum Jahreswechsel übersandte grundsätzliche Erklärung hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Dieses Schreiben vom 29. Dezember 1958 lautet wie folgt:

"Bestellbedingungen 1959.

Wir möchten anlässlich des Jahreswechsels wieder darauf hinweisen, daß wir unseren Bestellungen auch für das kommende Jahr ausschließlich unsere Bestellbedingungen zugrundelegen und davon abweichende Lieferbedingungen Ihrerseits, insbesondere hinsichtlich eines Haftungsausschlusses für Schäden durch Einwirkung radioaktiver Strahlen oder der Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts ausdrücklich ablehnen."

Das Berufungsgericht führt weiter aus, mangels Willenseinigung hätten die Lieferbedingungen der Klägerin von da an nicht mehr gegolten. Auch wenn in der Folgezeit die Klägerin Einzelaufträge der Beklagten unter Hinweis auf die Geltung ihrer allgemeinen Lieferbedingungen bestätigt habe, komme der allgemeine Grundsatz, daß Bestätigungsschreiben, denen der Gegner nicht binnen angemessener Zeit widerspreche, in der Regel für diese verbindlich seien, nicht zum Zuge. Durch die Erklärung der Beklagten habe sich ein Widerspruch gegen jedes einzelne Bestätigungsschreiben der Klägerin erübrigt. Selbst wenn die Klägerin dem Schreiben der Beklagten vom 31. (richtig wohl: 29.) Dezember 1958 widersprochen haben sollte, hätte das an dem Ergebnis nichts geändert, solange nicht die Beklagte ihr Einverständnis erklärte.

II. Die Revision der Klägerin greift diese Würdigung mit Recht an.

Das Berufungsgericht hat sich auch für das Jahr 1959 nicht darüber ausgelassen, wie die einzelnen Lieferungsverträge zwischen den Parteien zustande gekommen sind. Es muß für das Revisionsverfahren zugrundegelegt werden, daß auch im Jahre 1959 jeweils Einzelbestellungen aufgegeben wurden. Es mag auch, was das Berufungsgericht

ebenfalls nicht geprüft hat, davon ausgegangen werden, daß die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 29. Dezember 1958 sich nicht nur gegen einen Haftungsausschluß für Schäden durch radioaktive Strahlen und gegen die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts wehren wollte, Bestimmungen, auf die es hier nicht ankommt, sondern daß sie allgemein nicht zu den Bedingungen der Klägerin abschließen und deshalb auch die Einschränkung der Gewährleistungspflicht nicht anerkennen wollte. Wie zu der Revision der Beklagten bereits ausgeführt wurde, hat indessen die im Voraus abgegebene Erklärung des Bestellers, er widerspreche den Lieferungsbedingungen des Lieferers, nicht notwendig zur Folge, daß diese Lieferungsbedingungen nicht Vertragsbestandteil werden. Ein Besteller, der zu seinen Bedingungen kaufen will, dem jedoch die Bestellung nach Maßgabe der Lieferungsbedingungen des Verkäufers bestätigt wird und der daraufhin vom Vertragsschluß nicht absieht, erkläre sich möglicherweise mit den Lieferungsbedingungen des Verkäufers einverstanden (vgl. das oben angeführte Urteil des BGH LM BGB § 150 Nr. 3). In dieser Hinsicht wird das Berufungsgericht die gesamten Umstände, wie sie im Jahre 1959 gegeben waren, zu würdigen haben. Insbesondere wird es auch hier zu prüfen haben, ob die Beklagte im Hinblick auf den Inhalt der Bestätigungsschreiben der Klägerin damit rechnen konnte, die Klägerin werde es hinnehmen, daß ausschließlich die Bestellbedingungen der Beklagten den einzelnen Kaufverträgen zugrunde gelegt würden. Dabei kann auch das Vorbringen der Klägerin von Bedeutung sein, daß sie dem Versuch der Beklagten, ihre Bestellbedingungen durchzusetzen, schon früher widersprochen habe, daß nach ihren Lieferbedingungen abweichende Vereinbarungen schriftlicher Bestätigung be-

durften und daß ihre Lieferbedingungen handelsüblich seien. Wenn das Berufungsgericht meint, hierauf komme es nur an, sofern die Parteien sich über die Verbindlichkeit der Lieferbedingungen der Klägerin geeinigt hätten, so ist das zu eng gesehen. Selbst wenn die Parteien sich nicht ausdrücklich auf die Geltung der Lieferbedingungen der Klägerin geeinigt hatten, könnten die von der Klägerin vorgetragenen Umstände jedenfalls für die Frage erheblich sein, ob die Beklagte, die auf Grund der Kaufbestätigung die Waren abnahm, darauf vertrauen durfte, schon ihre zu Beginn des Geschäftsjahres abgegebene einseitige Erklärung, nur zu ihren Bestellbedingungen kaufen zu wollen, führe dazu, die Lieferungsbedingungen der Klägerin für alle künftigen Bestellungen auszuschalten.

III. Die Revision vermißt eine Klarstellung, ob die Schadensersatzansprüche, die das Berufungsgericht der Beklagten für doppelte Kopierarbeiten zubilligt, nur sogenannte Direktlieferungen aus den unmittelbar zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufverträgen betreffen, oder auch Lieferungen, die die Beklagte aus dem Konsignationslager an ihre Kunden erbracht hat, und für diesen zweiten Fall, ob es sich um Lieferungen handelt, bei denen die Beklagte das Material auf eigene Rechnung dem Konsignationslager entnommen hat oder auch um solche Lieferungen, über die die Klägerin unmittelbar mit den Kunden der Beklagten abgerechnet hat. Sollte nach der neuen mündlichen Verhandlung das Berufungsgericht wiederum zu der Auffassung gelangen, daß für die Bestellungen im Jahre 1959 die Lieferungsbedingungen der Klägerin nicht gegolten haben, so wird es diese Klarstellung nachzuholen haben. Wenn das Berufungsgericht den Schaden auf Lieferungen aus dem Konsignationslager stützen sollte, die die Klägerin mit den Kunden der Beklagten unmittelbar abgerechnet hat, so würde es, wie der Revision

zuzugeben ist, der Prüfung bedürfen, inwiefern der Beklagten ein ihr von der Klägerin zu ersetzender Schaden entstanden sein kann. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht auch seine Ansicht überprüfen müssen, die Zeugin Kopper habe glaubwürdig bekundet, daß die nach § 377 HGB erforderlichen Rügen unverzüglich durch mündliche oder fernmündliche Beanstandung erfolgt seien. Aus dem Protokoll vom 14. November 1961 ist eine solche Bekundung, wie die Revision mit Recht rügt, nicht ohne weiteres ersichtlich. Soweit dort von Beanstandungen die Rede ist, handelt es sich anscheinend um Beanstandungen der Kunden der Beklagten dieser gegenüber. Ob die Beklagte die Beanstandungen an die Klägerin unverzüglich weitergeleitet hat, ist aus der Bekundung der Zeugin nicht ersichtlich. Im Übrigen bleibt es der Klägerin überlassen, ihre mit der Revision erhobenen Einwendungen gegen die Höhe der Schadensersatzansprüche in der erneuten mündlichen Verhandlung geltend zu machen.

C.

Da die Revision der Beklagten in Höhe von 54 973,27 DM und hinsichtlich der Zinsen von den Beträgen, über die das Teilurteil des Berufungsgerichts vom 9. Februar 1961 rechtskräftig entschieden hat, unbegründet ist, sind der Beklagten nach § 97 ZPO fünf Neuntel der Kosten der Revision auferlegt. Die Entscheidung über die restlichen vier Neuntel der Kosten wird dem Berufungsgericht übertragen. Es erscheint

ferner angemessen, dem Berufungsgericht die Entscheidung  
auch über die Kosten der ersten beiden Rechtszüge zu  
überlassen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner