

BUNDESGERICHTSHOF

53

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 259/87

Verkündet am:
9. November 1988
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Firma I [REDACTED] F [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Firma I [REDACTED] F [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Dieter S [REDACTED], Hans vom St [REDACTED], Emilio M [REDACTED], und Rolf B [REDACTED], H [REDACTED] in W [REDACTED]-D [REDACTED],
2. Firma I [REDACTED] F [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer Dieter S [REDACTED], Hans vom St [REDACTED], Emilio M [REDACTED] und Rolf B [REDACTED], H [REDACTED] in W [REDACTED]-D [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma P [REDACTED] S.A., Pa [REDACTED] In [REDACTED] des Ha [REDACTED] Sa [REDACTED],
He [REDACTED]-L [REDACTED]/Be [REDACTED], diese vertreten durch ihren Vorstand
Marc Da [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1988 durch die Richter Wolf, Treier, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 7. September 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Zahlung von mehr als 52.329,14 DM nebst Zinsen verurteilt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 20. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Ansprüche der Firma Pol [REDACTED] La [REDACTED] GmbH (künftig: Pol [REDACTED]) aus drei Lieferaufträgen über Paletten-Durchlaufregale gegen die beklagte GmbH & Co. KG (künftig: Beklagte) und deren persönlich haftende Gesellschafterin, die Beklagte zu 2, geltend. Den ersten Auftrag der Beklagten vom 29. Mai 1984 bestätigte

Pol[REDACTED] mit Schreiben vom 12. Juni 1984 und den zweiten vom 15. August 1984 mit Schreiben vom 3. September 1984, jeweils unter Bezugnahme auf ihre - Pol[REDACTED] - Allgemeinen Geschäftsbedingungen; dem dritten Auftrag lag eine Bestellung der Beklagten vom 3. Oktober 1984 zugrunde, die Pol[REDACTED] am 4. Oktober 1984 auf einem Formular der Beklagten bestätigte. In ihrer Entstehung sind diese Ansprüche nach Grund und Höhe unstreitig. Nach Teilzahlungen der Beklagten war aus dem ersten Auftrag noch ein Betrag von 92.720,03 DM, aus dem zweiten ein solcher von 666,96 DM und aus dem dritten ein Betrag von 45.144 DM offen, von dem die Beklagte ohne Widerspruch Pol[REDACTED] mit "Belastungs-Anzeige" vom 4. Dezember 1984 2.832,35 DM in Abzug brachte.

Am 10. September 1984 bestellte Pol[REDACTED] bei der Beklagten Röllchen und Röllchenleisten, die für die von Pol[REDACTED] hergestellten Durchlaufregale Verwendung finden sollten. Die Beklagte stellte Pol[REDACTED] hierfür am 27. November 1984 den Betrag von 94.640,79 DM in Rechnung. Mit Fernschreiben vom 6. Dezember 1984 rügte Pol[REDACTED] die Qualität eines Teils der gelieferten Röllchen und Röllchenleisten und verweigerte am 20. Dezember 1984 vorläufig die Bezahlung.

Mit Schreiben vom 16. Januar 1985 stellte die Beklagte den drei offenen Restforderungen Pol[REDACTED] aus der Lieferung der Durchlaufregale in Höhe von insgesamt 135.698,64 DM (92.720,03 DM + 666,96 DM + 42.311,65 DM) ihre Gegenforderung aus der Lieferung der Röllchen und Röllchenleisten von 94.640,79 DM gegenüber und übersandte in Höhe des Differenzbetrages von 41.057,85 DM einen - von Pol[REDACTED] auch eingelöst - Verrechnungsscheck.



Die Klägerin will eine dem Schreiben vom 16. Januar 1985 zu entnehmende und im Rechtsstreit wiederholte Aufrechnung der Beklagten nicht gelten lassen und verlangt Zahlung des Restsaldos von 94.640,79 DM aus der Lieferung der Durchlaufregale. Sie macht geltend, gegenüber der Gegenforderung der Beklagten stehe ihr ein Wandelungsrecht bzw. ein sog. großer Schadensersatzanspruch zu, weil die gelieferten Röllchen und Röllchenleisten zu einem erheblichen Teil mangelhaft gewesen seien und Pol[REDACTED] einen wesentlich teureren Ersatzkauf habe tätigen müssen. Die sich daraus ergebenden Zurückbehaltungs- und Mängelrechte stünden der mit Schreiben vom 16. Januar 1985 erfolgten Verrechnung entgegen. Jedenfalls hätten sich Pol[REDACTED] und die Beklagte vergleichsweise auf eine Stornierung der Rechnung vom 27. November 1984 geeinigt. Die Beklagte bestreitet eine fehlerhafte Lieferung und führt etwaige Mängel der Röllchen und Röllchenleisten auf eine unsachgemäße Lagerung und Montage durch Pol[REDACTED] zurück. Im übrigen habe Pol[REDACTED] Mängel verspätet gerügt, eine Zurückhaltung der Kaufpreiszahlung sei ohnehin nach ihren, der Beklagten, Allgemeinen Verkaufsbedingungen ausgeschlossen. Eine einverständliche Stornierung ihrer Rechnung vom 27. November 1984 sei nicht erfolgt, ihre Bereitschaft, die Kaufpreisforderung auf weitere Lieferungen an Pol[REDACTED] zu verrechnen, vielmehr von der - nicht mehr zustande gekommenen - Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit Pol[REDACTED] abhängig gewesen.

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung von 94.640,79 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin

beantragt, hat der erkennende Senat mit Beschluß vom 13. Juli 1988 angenommen, soweit die Beklagten zur Zahlung von mehr als 52.329,14 DM verurteilt worden sind; im übrigen hat er die Annahme der Revision abgelehnt. Die Beklagte hat ihren Revisionsantrag dem Teilannahmebeschluß des Senats angepaßt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Das Schreiben der Beklagten vom 16. Januar 1985 sei zwar als Aufrechnungserklärung auszulegen. Der Aufrechnung stehe aber die Bestimmung des § 8 Abs. 3 Satz 2 der AGB der Firma Pol[REDACTED] entgegen, wonach die Aufrechnung mit Gegenforderungen des Kunden nur insoweit zulässig ist, als diese von Pol[REDACTED] "anerkannt, zur Zahlung fällig oder rechtskräftig festgestellt sind". Aus dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin und den vorgelegten Auftragsbestätigungen vom 12. Juni und 3. September 1984 ergebe sich, daß die AGB der Firma Pol[REDACTED] Vertragsinhalt der an sie gerichteten Aufträge der Beklagten geworden seien. Die in der Klausel verwendeten Worte "zur Zahlung fällig" seien bei der gebotenen objektiven Auslegung so zu verstehen, daß die Gegenforderung "unstreitig" zur Zahlung fällig sein und somit unstreitig bestehen müsse. In dieser Auslegung verstoße das Aufrechnungsverbot auch nicht gegen § 11 Nr. 3 AGBG. Der Anspruch der Beklagten aus der Lieferung der Röllchen und Röllchenleisten sei unzweifelhaft weder anerkannt noch rechtskräftig festgestellt und auch

nicht unstreitig. Das Vorbringen der Klägerin zur Mangelhaftigkeit der Ware sei nicht unsubstantiiert oder eindeutig unbegründet, so daß der Aufrechnungsausschluß durchgreife.

II. Über die Revision der Beklagten ist nur noch hinsichtlich eines Teils der Klageforderung in Höhe von 42.311,65 DM (94.640,79 DM abzüglich 52.329,14 DM teilweise Nichtannahme der Revision) zu entscheiden. Dabei geht es um die Restforderung der am 3./4. Oktober 1984 bestellten und am 14. November 1984 in Rechnung gestellten - dritten - Lieferung Pol[REDACTED] im Wert von noch 45.144 DM abzüglich der "Belastungs-Anzeige" der Beklagten über 2.832,35 DM. In diesem Umfang halten die Ausführungen des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Dieser Anspruch ist durch die am 16. Januar 1985 erfolgte Übersendung des Schecks über 41.057,85 DM und dessen anschließende Einlösung nicht erloschen. Da die Beklagte eine Tilgungsbestimmung im Sinne des § 366 Abs. 1 BGB nicht getroffen hat, sämtliche Schulden fällig waren und Anhaltspunkte für unterschiedliche Sicherheiten oder eine differenzierend zu beurteilende Lästigkeit der Schulden nicht bestehen, wurde gemäß § 366 Abs. 2 letzte Alt. BGB zunächst die ältere Schuld getilgt. Dies war nach der hierfür maßgeblichen Entstehungszeit (heute allg. Meinung, z.B. Soergel/Zeiss, BGB, 11. Aufl., § 366 Rdn. 8; MünchKomm-Heinrichs, BGB, 2. Aufl., § 366 Rdn. 14; RG SoergRspr 1914 Nr. 2 zu § 366) die Schuld der Beklagten aus dem ersten Vertrag vom 29. Mai/12. Juni 1984, die mithin bis zur Höhe von 51.622,18 DM (92.720,03 DM abzüglich 41.057,85 DM) getilgt worden ist.

2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die AGB der Firma Pol[REDACTED] seien nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin Inhalt der Verträge über die Lieferung der Durchlaufregale geworden, greift die Revision in doppelter Hinsicht an. Sie meint, derartiges habe die Klägerin nicht "vorgetragen", jedenfalls aber hätten es die Beklagten nicht "unwidersprochen" gelassen. Bereits die erste Rüge hat Erfolg, so daß es auf die Berechtigung der zweiten nicht ankommt.

a) Zwar hat das Berufungsgericht die beanstandete Feststellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils getroffen und sie in den Entscheidungsgründen wiederholt; den dagegen gerichteten Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten hat das Berufungsgericht - unanfechtbar (§ 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO) - zurückgewiesen. Gleichwohl kommt dem Tatbestand des Berufungsurteils die ihm sonst eigene Beweiskraft (§ 314 ZPO) und Bindungswirkung für das Revisionsgericht (§ 561 Abs. 2 ZPO) in diesem Punkt nicht zu, weil der Tatbestand insoweit widersprüchlich ist (vgl. BGH Urteile vom 5. November 1968 - VI ZR 179/67 = LM ZPO § 314 Nr. 2 unter II 1 m. Nachw. und vom 5. Oktober 1988 - VIII ZR 222/87 unter II 3 c bb; BAGE 19, 242, 249 f). Denn das Berufungsgericht hat auch auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und der vorgelegten Urkunden Bezug genommen. Der Berufungserwiderung der Klägerin vom 14. Mai 1987 (S. 3) in Verbindung mit der Klageschrift vom 11. Juni 1986 (S. 6 f) und vor allem dem von der Klägerin selbst zu den Akten gereichten Bestellschreiben der Beklagten vom 3. Oktober 1984 ist zu entnehmen, daß dem allein noch im Streit befindlichen dritten Auftrag über die

Lieferung von Durchlaufregalen - anders als den ersten beiden Aufträgen - die AGB der Firma Pol[REDACTED] gerade nicht zugrunde lagen. Nach dem Vortrag in der Berufungserwiderung waren nämlich in "den hier umstrittenen Verträgen laut Auftragsbestätigung vom 3.9.1984 (Bl. 13 GA) und Auftragsbestätigung vom 12.6.1984 (Bl. 14 GA)" die AGB der Firma Pol[REDACTED] vereinbart. Die genannten Auftragsbestätigungen betrafen den ersten und zweiten Vertrag, der am 3./4. Oktober 1984 zustande gekommene dritte Vertrag ist nicht ausdrücklich erwähnt. Hinsichtlich dieses dritten Vertrages enthält das Vorbringen der Klägerin im Berufungsrechtszug keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß etwas von dem - mit der Berufungserwiderung ausdrücklich wiederholten - erstinstanzlichen Vortrag Abweichendes behauptet werden sollte. In der Klageschrift hatte die Klägerin hinsichtlich des dritten Vertrages auf die - eingereichte - "Bestellung Nr. 14782 vom 3.10.1984" Bezug genommen. Nach dieser Urkunde war die Bestellung von der Beklagten "unter ausschließlicher Vereinbarung umseitiger Einkaufsbedingungen" - also der AGB der Beklagten und nicht derjenigen Pol[REDACTED] - aufgegeben und nach dem weiteren Vorbringen der Klägerin von ihr - offensichtlich ohne Änderungen - "auf einem vorgegebenen Formular der Beklagten mit Schreiben vom 4.10.1984 bestätigt" worden. Diesem Inhalt von Bestellung und Bestätigung hat die Klägerin sodann am Ende der Klageschrift selbst entnommen, daß dem dritten Vertrag die AGB der Beklagten zugrunde lagen.

Daß die Klägerin in Abweichung hiervon in der Berufungsverhandlung mündlich vorgetragen haben könnte, die AGB der Firma Pol[REDACTED] seien Inhalt aller drei Verträge geworden,

scheidet aus. Zum einen wird derartiges weder vom Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil oder in dem Beschluß, mit dem der Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten zurückgewiesen worden ist, festgestellt noch von der Revisionserwiderung geltend gemacht. Aus einem weiteren Beschluß des Berufungsgerichts, mit dem es einen Antrag der Beklagten auf Protokollberichtigung zurückgewiesen hat, ergibt sich zum anderen, daß die Frage eines in den AGB der Firma Pol[REDACTED] vereinbarten Aufrechnungsverbots nur flüchtig Gegenstand der Berufungsverhandlung gewesen ist, weil das Berufungsgericht der Aufforderung der Beklagten, seine Auffassung über die mangelnde Erfolgsaussicht der Berufung zu begründen, "nur mit dem ... Hinweis nachkam, die Zulässigkeit der erklärten Aufrechnung könne eine Rolle spielen".

b) Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, der Tatbestand des angefochtenen Urteils sei deshalb nicht widersprüchlich, weil die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen im zweiten Rechtszug habe ändern können. Für die Annahme einer solchen Änderung ist nach dem oben Gesagten kein Raum, weil mit der Berufungserwiderung ausschließlich die Auftragsbestätigungen der Klägerin hinsichtlich der ersten beiden Verträge angeführt werden und im übrigen auf den Vortrag im ersten Rechtszug Bezug genommen ist. Ohne Erfolg verweist die Revisionserwiderung weiter darauf, daß im kaufmännischen Verkehr Allgemeine Geschäftsbedingungen des einen Vertragspartners - hier der Firma Pol[REDACTED] - auch aufgrund einer früheren Geschäftsverbindung Gegenstand eines Vertrages werden können. Eine derartige stillschweigende Einbeziehung (dazu z.B. Senatsurteil vom 28. Mai 1973 - VIII ZR 143/72 = WM

1973, 1198 unter II 2) scheiterte hier indessen schon daran, daß die Beklagte in ihrem Bestellschreiben vom 3. Oktober 1984 ausdrücklich und ohne Widerspruch der Firma Pol[REDACTED] auf ihre eigenen Einkaufsbedingungen verwiesen hatte.

c) Leidet nach alledem der Tatbestand des angefochtenen Urteils unter der dargestellten Widersprüchlichkeit, so ist der erkennende Senat in der Feststellung des Inhalts des dritten Vertrages vom 3./4. Oktober 1984 frei. Nach dem zu II 2 a wiedergegebenen - unwidersprochenen - Vortrag der Klägerin und der Bestellung der Beklagten vom 3. Oktober 1984 kann nicht zweifelhaft sein, daß die AGB der Firma Pol[REDACTED] diesem Vertrag nicht zugrunde lagen. Durch die in ihnen enthaltene Klausel konnte somit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht die Aufrechnung durch die Beklagten ausgeschlossen werden.

3. Das Berufungsurteil kann auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden (§ 566 ZPO). Zwar hat das Landgericht - worauf das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht eingegangen ist - angenommen, die Beklagte habe sich mit Pol[REDACTED] darauf geeinigt, ihre Rechnung vom 27. November 1984 - unabhängig von der künftigen Geschäftsbeziehung - zu "stornieren". Von einer derartigen Vereinbarung meinte das Landgericht trotz des Bestreitens der Beklagten ausgehen zu können, weil die Beklagte dem Fernschreiben der Klägerin vom 14. Mai 1985, mit dem ein entsprechendes Angebot der Beklagten "zur Kenntnis genommen" wurde, nicht widersprochen habe und die Klägerin daher das so "bestätigte" Angebot mit weiterem Fernschreiben vom 29. Mai 1985 habe annehmen können. Diese Auffassung des

Landgerichts, das offenbar die Grundsätze über die konstitutive Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens anwenden wollte, ist rechtsfehlerhaft. Im Sinne dieser Grundsätze "bestätigt" werden können nur Verträge (z.B. Ratz in: Großkomm. zum HGB, 3. Aufl., § 346 Anm. 102; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 346 Rdn. 109), nicht dagegen die Abgabe eines einseitigen Vertragsantrages durch einen der Verhandlungspartner. Mangels eines - nicht festgestellten - tatsächlichen Angebots der Beklagten über eine "Stornierung" ihrer Rechnung ging die "Annahmeerklärung" der Klägerin vom 29. Mai 1985 ins Leere.

4. Eine eigene Sachentscheidung gemäß § 565 Abs. 3 ZPO ist dem erkennenden Senat nicht möglich, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen zu den zwischen den Parteien streitigen Fragen getroffen hat, ob die der Aufrechnungsforderung zugrunde liegenden Lieferungen der Beklagten mangelhaft waren, ob sie von Pol[REDACTED] rechtzeitig gerügt worden sind und ob Gewährleistungsrechte schon nach den AGB der Beklagten deren Kaufpreisforderung nicht entgegengehalten

werden konnten. Zur Nachholung dieser Feststellungen war die Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hierbei hat der Senat von der in § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Wolf

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch