

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO §§ 33, 253, 529

Ist der Klageanspruch nach Grund und Betrag an sich un-
streitig und macht der Kläger gegenüber dem Aufrechnungs-
einwand des Beklagten geltend, die Aufrechnung gegen
die Klageforderung sei vertraglich ausgeschlossen, so
kann der Beklagte die in erster Reihe zur Aufrechnung
gestellte Forderung hilfsweise mit einer Widerklage
(Hilfswiderklage) verfolgen.

ZPO § 322 Abs. 2

Macht der Beklagte gegenüber einer an sich unstreitigen
Klageforderung eine Gegenforderung in erster Reihe
aufrechnungsweise und wegen Streits über die Zulässigkeit
der Aufrechnung in zweiter Reihe mit einer Hilfswider-
klage geltend, so darf nicht unentschieden bleiben,
ob die Aufrechnung zulässig ist.

BGH, Urt. v. 10. Juli 1961 - VIII ZR 64/60 - OLG Frankfurt a.M.

VIII ZR 64/60

Verkündet
am 10. Juli 1961
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma August S [REDACTED], offene Handels-
gesellschaft, in R [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
den persönlich haftenden Gesellschafter August S [REDACTED] in
R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die R s [REDACTED] G [REDACTED] Gesellschaft mit
beschränkter Haftung, vertreten durch den Geschäftsführer
Kurt B [REDACTED], in F [REDACTED], T [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Juni 1961 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Frankfurt/Main vom 22. Dezember 1959
wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden
der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die mit Obst und Obsterzeugnissen handelt, hatte der Beklagten bereits im Jahre 1956 auf Grund von zwei Vertragsabschlüssen Traubensaft geliefert und mit ihr im Juni 1957 einen weiteren Kaufvertrag über die Lieferung von Traubensaft geschlossen. Auch bei diesem Verträge sollten die allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin gelten. Sie hatte deshalb der Beklagten anheimgestellt, von diesem Verträge zurückzutreten, falls sie die allgemeinen Bedingungen der Klägerin nicht gelten lassen wolle. Aus diesem dritten Geschäft zwischen den Parteien hatte die Klägerin im ersten Rechtszuge eine Restforderung von 158,40 DM nebst Zinsen eingeklagt, die nicht mehr in Streit ist.

Am 1. April 1958 führten die Parteien neue Verhandlungen über weitere Bestellungen der Beklagten und zwar über die Lieferung von ca. 20 000 Liter spanischen Traubensaft, ca. 40 000 Liter italienischen Traubensaft zum Preise von 0,80 DM per Liter ab Ö [REDACTED] (Württemberg) und über einen größeren Abschluß von 200 000 Liter spanischen Traubensaft. Das Zustandekommen des Verkaufes dieser 200 000 Liter ist zwischen den Parteien streitig. Ende Juni 1957 stellte die Klägerin ihre Restlieferung von 20 598 l italienischen Traubensaft der Beklagten mit 16 478,40 DM in Rechnung, worauf die Beklagte nur 9478,40 DM zahlte und in Höhe des Restes von 7000 DM mit einer Schadensersatzforderung aufrechnete, die sie aus der Nichtlieferung von 200 000 Liter spanischen Traubensaft aus dem umstrittenen Geschäftsabschluß herleitet. Die Klägerin hält diese Aufrechnung für unzulässig, weil nach ihren allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen eine Aufrechnung gegenüber der unstreitigen restlichen Kaufpreisforderung ausgeschlossen sei, jedenfalls aber für unbegründet,



weil der Abschluß über die Lieferung von 200 000 l spanischen Traubensaft von der Gegenbestätigung ihres Vorlieferanten abhängig gemacht und diese Gegenbestätigung nicht erteilt worden sei. Die Beklagte stellt dagegen in Abrede, daß die allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin bei den hier in Rede stehenden Geschäften Vertragsinhalt geworden seien, und macht geltend, am 1. April 1958 sei zwischen den Parteien fernmündlich und vorbehaltlos ein Kaufvertrag auch über die Lieferung von 200 000 l spanischen Traubensaft geschlossen worden.

Die Klägerin hat die an sich unstreitige restliche Kaufpreisforderung von 7000 DM und den obengenannten Betrag von 158,40 DM mit Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage und hilfsweise widerklagend beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 7158,40 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Das Landgericht hat die Aufrechnung als zulässig, jedoch als unbegründet angesehen. Es hat deshalb die Beklagte zunächst durch Teilurteil zur Zahlung von 7000 DM nebst Zinsen verurteilt und im Schlußurteil unter Abweisung des weitergehenden Anspruchs zur Zahlung von 18 DM nebst Zinsen.

Die Berufungen der Beklagten gegen das Teilurteil und das Schlußurteil richteten sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 7000 DM; in dieser Höhe hat sie ihre hilfsweise erhobene Widerklage weiterverfolgt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufungen der Beklagten als "unbegründet" zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in Höhe ihrer Verurteilung zur Zahlung von 7000 DM

nebst Zinsen und hilfsweise in dieser Höhe die Verurteilung der Klägerin auf Grund der Widerklage, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat keine Entscheidung darüber getroffen, ob die Aufrechnung mit der behaupteten Gegenforderung der Beklagten zulässig ist oder ob die Gegenforderung nur im Wege der Widerklage geltend gemacht werden kann. Es hat diese Frage deshalb nicht für entscheidungserheblich angesehen, weil es zu dem Ergebnis gelangt ist, daß der Beklagten die geltend gemachte Forderung nicht zustehe. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die an sich unstreitige Klageforderung unentschieden lassen und damit von einer Entscheidung über die Widerklage absehen durfte. Die Zulässigkeit der Aufrechnung ist hier deshalb von Bedeutung, weil von ihrer Bejahung oder Verneinung abhängt, ob über die Hilfs-widerklage entschieden werden muß.

1. Gegen die Zulässigkeit der Hilfswiderklage bestehen keine Bedenken. Der Bundesgerichtshof hat in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 40, 331; 126, 18, 20) eine eventuelle Widerklage dann als zulässig erachtet, wenn der Hauptantrag des Beklagten auf Abweisung der Klage und sein Hilfsantrag auf Verurteilung des Klägers in einem wirklichen Eventualverhältnis stehen, wenn also der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch nur begründet sein kann, sofern auch das Klagebegehren begründet ist (BGHZ 21, 13). In dieser Entscheidung führt der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aus, daß es sich bei der eventuellen Widerklage

nicht um eine eigentliche Klage (wie bei der Widerklage), sondern wie bei dem hilfsweise geltend gemachten Klageanspruch um ein in einem bereits anhängigen Verfahren gestelltes Verlangen handle, bei dem der Hilfsanspruch zwar sogleich rechtshängig werde, doch die Rechtshängigkeit rückwirkend wieder entfalle, wenn die Entscheidung über den Hauptanspruch es zu keiner Entscheidung über den Hilfsanspruch mehr kommen lasse. Entsprechendes müsse daher auch für die eventuelle Widerklage gelten. Der erkennende Senat schließt sich diesen rechtlichen Erwägungen des IV. Zivilsenats an. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt, daß eine Hilfswiderklage auch dann als zulässig anzusehen ist, wenn der Beklagte hilfsweise eine Forderung geltend macht, die er in erster Reihe gegen die Klageforderung zur Aufrechnung gestellt hat. In solchem Falle steht die Hilfswiderklage auch in einem wirklichen Eventualverhältnis zu dem Klagebegehren. Bei diesem ist zwar unstreitig, daß die Klageforderung an sich entstanden ist und daß sie jedenfalls dann begründet ist, wenn die Aufrechnung gegen diese Forderung wirksam ausgeschlossen und deshalb unzulässig ist. Die Klageforderung ist aber unbegründet, wenn die Aufrechnung zulässig und begründet sein sollte. Aus der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Aufrechnung ergibt sich daher das Eventualverhältnis zwischen der Klageforderung und der Widerklageforderung. Ist die Aufrechnung nicht zulässig, so kann die geltend gemachte Forderung der Beklagten nur im Wege der Widerklage verfolgt werden. Von der Zulässigkeit der Aufrechnung hängt also ab, ob die Rechtshängigkeit der Hilfswiderklage rückwirkend wieder entfällt.

2. Der Auffassung des Berufungsgerichts, über die Zulässigkeit der Aufrechnung brauche nicht entschieden zu werden, weil die zur Aufrechnung gestellte Forderung nicht begründet sei, kann nicht gefolgt werden. Nimmt man mit dem Landgericht

an, daß die Aufrechnung mit der Gegenforderung zulässig ist, so läßt die Entscheidung über den Hauptanspruch es zu keiner Entscheidung mehr über den mit der Widerklage verfolgten Hilfsanspruch kommen. In diesem Fall ist, wie das Landgericht von seinem Standpunkt zur Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung aus zutreffend vorgegangen ist, in der Urteilsformel eine Entscheidung über die Widerklage nicht zu treffen; die Widerklage ist vielmehr als gegenstandslos zu behandeln. Wird jedoch die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die Klageforderung verneint und ist deshalb die Klageforderung ohne Rücksicht auf die Aufrechnung zuzusprechen, so kann über die zur Aufrechnung gestellte Forderung nur auf Grund der Widerklage entschieden werden. In diesem Falle bedarf es daher einer Entscheidung über die Widerklage; die Widerklage ist nicht gegenstandslos. Der vom Berufungsgericht beschrittene Weg, über die Begründetheit der Aufrechnung zu entscheiden, ohne dazu Stellung zu nehmen, ob die Widerklage gegenstandslos ist oder ob sie zum Zuge kommt, ist dagegen nicht gangbar. Er führt zu Unklarheiten über den Umfang der Rechtskraft des Urteils.

Wie schon das Reichsgericht entschieden hat (vgl. RGZ 132, 305), muß dann, wenn der Klaganspruch nach Grund und Betrag an sich unstreitig ist und der Kläger gegenüber dem Aufrechnungseinwand des Beklagten in erster Reihe Unzulässigkeit der Aufrechnung und in zweiter Linie Unbegründetheit der Gegenforderung geltend macht, auch darüber entschieden werden, ob ein Aufrechnungsverbot besteht oder nicht. Ist nämlich die Aufrechnung unzulässig, so darf die Gegenforderung nicht für unbegründet erklärt werden. Geschieht das dennoch, so ist die Rechtskraft eines solchen Urteils nach § 322 Abs. 2 ZPO deshalb in Zweifel gerückt, weil es keinen bestimmaren Inhalt hat und keine klare Entscheidung darüber gibt, ob die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung des Beklagten in einem neuen Rechtsstreit gegen den Kläger geltend gemacht werden

kann, ohne sich dem Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache auszusetzen. Deshalb liegt bei einem Urteil, das die Zulässigkeit der Aufrechnung dahingestellt sein läßt, die Beschwer des Beklagten darin, daß er Gefahr laufen würde, die Gegenforderung einzubüßen, obwohl nur über die Zulässigkeit der Aufrechnung hätte entschieden werden dürfen. Ein derartiger Mangel ist auch ohne Rüge in der schriftlichen Revisionsbegründung von Amts wegen zu berücksichtigen.

Auch in dem vorliegenden Falle durfte das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung über die Klage dann, wenn die Aufrechnung unzulässig ist, nicht die Gegenforderung als unbegründet erklären. Zwar mußte deshalb, weil die Beklagte die Gegenforderung hilfsweise auch mit der von ihr erhobenen Widerklage geltend gemacht hat, über die Begründetheit der Aufrechnung entschieden werden. Da aber das Berufungsgericht die Entscheidung über die Widerklage jedenfalls in der Urteilsformel, in der es die Berufung lediglich zurückgewiesen hat, nicht ausdrücklich ausgesprochen, vielmehr in der Begründung der Entscheidung offen gelassen hat, ob über die Zulässigkeit der Aufrechnung und damit über die Widerklage zu entscheiden gewesen wäre, so kann auch in einem solchen Falle zweifelhaft sein, welche Tragweite das Urteil hinsichtlich der Rechtskraft hat. Es können nämlich auch in diesem Falle Zweifel entstehen, wie sie in der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts dargelegt worden sind. Wenn ein Urteil zu solchen Unklarheiten führt, so muß der hierin liegende Fehler von Amts wegen berücksichtigt werden.

3. Dieser Fehler des Berufungsgerichts nötigt indes nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils, da die Frage, ob die Aufrechnung gegen die Klageforderung zulässig ist, auf Grund des von den Parteien dem Gericht unterbreiteten Streitstoffs von dem Revisionsgericht abschließend beurteilt werden kann und - wenn auch nur im Ergebnis übereinstimmend mit dem Landgericht - zu bejahen ist.

Der insoweit übereinstimmende Sachvortrag der Parteien ergibt nämlich, daß sie bereits am 1. April 1958 auch über die Lieferung von ca. 20 000 l spanischen Traubensaft und ca. 40 000 l italienischen Traubensaft verhandelt haben, ohne daß die Klägerin an diesem Tage ausdrücklich ihre allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen in die Vertragsverhandlungen einbezogen hat. Die Beklagte hat der Klägerin auf Grund dieser Verhandlungen zwei Schlußscheine vom 1. April 1958 übersandt, von denen der eine auch das Geschäft über die Lieferungen betraf, aus dem die Klägerin die restliche Kaufpreisforderung herleitet. Diese Schlußscheine sind der Beklagten am 2. April 1958 zugegangen. Außerdem schrieb die Beklagte am 3. April 1958 in einem Fernschreiben Nr. 1208 um 10,19 Uhr an die Klägerin, sie habe gemäß ihrer Bestätigung vom 1. April 1958 an diesem Tage 40 000 l italienischen Traubensaft und 20 000 l spanischen Traubensaft zum Preise von 0,80 DM je Liter ab Öhringen gekauft. Die Klägerin antwortete am 3. April 1958 mit Fernschreiben um 16,35 Uhr, in welchem sie u.a. den Eingang der Schlußscheine und des Fernschreibens Nr. 1208 bestätigte, sie müsse insofern widersprechen, als für ihre Verkäufe ausschließlich ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen gültig seien, die der Beklagten aus früheren Geschäften bekannt seien. Nach diesen Bedingungen seien Aufträge für sie (die Klägerin) erst rechtsverbindlich, wenn sie von ihr schriftlich bestätigt seien. Den Verkauf von 40 000 l italienischem Traubensaft weiß und 20 000 l spanischem Traubensaft ab Ö habe sie der Beklagten bereits heute bestätigt. Die Beklagte antwortete durch Fernschreiben, in welchem sie für die Bestätigung des Geschäfts Ö sich bedankte, ohne indes gleichzeitig dem Hinweis der Klägerin, daß sie ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen den Abschlüssen zugrundelege, zu widersprechen. Die Beklagte erklärte jedoch mit Schreiben vom 5. April 1958 in Beantwortung eines Fernschreibens der Klägerin vom 3. April 1958

von 17,10 Uhr, mit dem die Klägerin es abgelehnt, aber in Aussicht gestellt hatte, der Beklagten eine von dieser gewünschte Bestätigung für den Kauf von 2000 hl spanischem Traubensaft zu geben, u.a., die Klägerin könne sich auch nicht auf ihre Kaufbedingungen berufen; denn diese Kaufbedingungen seien ja letzten Endes die am Telefon "ausgemachte Kontraktion". Dieses Schreiben der Beklagten ist der Klägerin am 8. April 1958 zugegangen. Inzwischen hatte die Beklagte am 7. April 1958 das schriftliche Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 3. April 1958 erhalten, in welchem die Klägerin der Beklagten unter Bezugnahme auf die verschiedentlich mit ihr geführten telefonischen Unterhaltungen und Fernschreiben bestätigte, an die Beklagte unter Zugrundelegung ihrer (der Klägerin) umseitigen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen die nachstehend näher bezeichneten Mengen von 20 000 l spanischen Traubensaft und ca. 40 000 l italienischen Traubensaft verkauft zu haben. Der Kaufpreis sei sofort nach Erhalt der Ware ohne Abzug in bar zu zahlen. Dieses Geschäft ist dann ausgeführt worden, ohne daß die Parteien eine Klärung darüber herbeigeführt haben, ob die allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin wenigstens Vertragsbestandteil dieses Abschlusses geworden sind.

Entgegen der Annahme des Landgerichts in dem Zwischenurteil vom 7. November 1958, in welchem es die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für die Klage gegen die Beklagte bejaht hat, hat diese das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 3. April 1958 nicht widerspruchsfrei angenommen. Denn die Beklagte hatte der Klägerin schon mit dem Schlußschein vom 1. April 1958 und mit ihrem Fernschreiben vom 3. April 1958 Geschäftsabschlüsse bestätigt, ohne in diese Bestätigungen auch die allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin einzubeziehen. Die Klägerin hat daher sich insoweit zu ihrem Widerspruch in dem Fernschreiben vom 3. April 1958, 16,35 h, veranlaßt gesehen. Aus dem

Schreiben der Beklagten vom 5. April 1958 war für die Klägerin ersichtlich, daß die Beklagte sich ganz allgemein dagegen verwahrte, es sollten neben dem mündlich Vereinbarten auch die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin gelten. So hat die Klägerin das Schreiben der Beklagten auch verstanden, wie sich aus dem Schriftsatz ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 29. Oktober 1958 S. 3 entnehmen läßt. Das Schreiben vom 5. April 1958 hat sich mit dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 3. April 1958 gekreuzt. Es bedurfte daher keines weiteren Widerspruchs gegen dieses Bestätigungsschreiben der Klägerin, um zu verhindern, daß die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen in den beiderseits bestätigten Kaufabschluß einbezogen wurden. Dem Umstand allein, daß die Beklagte in ihrer fernschriftlichen Antwort auf das Fernschreiben der Klägerin vom 3. April 1958, 16,35 Uhr für die darin angekündigte Bestätigung des Verkaufs von 40 000 l italienischen und 20 000 l spanischen Traubensaft sich bedankt hat, ist noch nicht mit ausreichender Sicherheit zu entnehmen, daß sie sich dem Verlangen der Klägerin, es sollten ihre allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen gelten, unterworfen hat, zumal die Beklagte das Geschäft bereits mit ihren vorausgegangenen Bestätigungen ohne Bezugnahme auf die Verkaufs- und Lieferbedingungen der Klägerin bestätigt hatte. Auch der spätere Schriftwechsel der Parteien läßt keinen sicheren Schluß darauf zu, die Beklagte habe sich jedenfalls hinsichtlich dieses Abschlusses stillschweigend damit einverstanden erklärt, daß für sie die allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin gelten sollten.

Der Umstand, daß die Klägerin bei dem Geschäftsabschluß im Juni 1957 und bei den vorhergehenden Abschlüssen im Jahre 1956 ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen zugrunde gelegt wissen wollte, reicht ebenfalls nicht aus, anzunehmen, die Beklagte habe bei den Abschlüssen vom 1. April 1958 sich

von vornherein stillschweigend den allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin unterworfen, zumal die Beklagte diese Bedingungen nicht in ihre schriftlichen Auftragsbestätigungen vom 1. und 3. April 1958 übernommen hat. Unter den besonderen hier vorliegenden Umständen hat die Beklagte sich mit den Lieferungsbedingungen der Klägerin auch nicht dadurch stillschweigend einverstanden erklärt, daß sie die Lieferungen der Klägerin entgegen genommen hat. Demnach ist von der Klägerin jedenfalls nicht ausreichend dargetan, daß für den Abschluß, aus dem sie die Klageforderung herleitet, ihre allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen gelten. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Klageforderung das in diesen Bedingungen festgelegte Aufrechnungsverbot nicht entgegensteht. Ein solches ist auch nicht in dem Verlangen der Klägerin zu finden, daß die Ware sofort nach Erhalt ohne Abzug in bar zu bezahlen sei.

Ist hiernach die Aufrechnung als zulässig anzusehen, so kommt es für die Entscheidung über das Klagebegehren darauf an, ob die Gegenforderung unbegründet ist.

II. Das Berufungsgericht hat zur Frage der Begründetheit der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung der Beklagten im wesentlichen folgendes erwogen: Die Klägerin habe der Beklagten im Anschluß an die fernmündliche Unterredung am 1. April 1958, die unstreitig um 16,30 Uhr zwischen den Parteien stattgefunden hat, durch Fernschreiben um 17,10 Uhr folgendes geschrieben.

"wir bestätigen das soeben mit ihnen geführte telefongespräch und danken ihnen für den erteilten auftrag, den wir ihnen sofort nach gegenbestätigung unseres lieferanten ebenfalls schriftlich bestätigen werden."

Dieses Fernschreiben der Klägerin und der durch Brief übersandte Schlußschein der Beklagten vom 1. April 1958, der bei der Klägerin am 2. April 1958 eingegangen sei, stellten Bestätigungsschreiben dar, denen keine der Parteien unverzüglich widersprochen habe, da beide Parteien erst mit ihren Schreiben vom 3. April 1958 ihre voneinander abweichende Darstellung des Geschäftsabschlusses bekannt gegeben hätten. Das Landgericht habe bereits aus dem Wechsel dieser beiden Bestätigungsschreiben den Vertrag als zu der Bedingung der Klägerin (Vorbehalt der Bestätigung des Vorlieferanten) abgeschlossen angesehen, weil die Beklagte in ihrem Bestätigungsschreiben (Schlußschein) vom 1. April 1958 eine "fernschriftliche Vereinbarung" bestätigt habe, womit aber nur das Fernschreiben der Klägerin vom 1. April 1958 habe gemeint sein können, das gerade den hier entscheidenden Vorbehalt enthalte. Um diese an sich berechnigte Schlußfolgerung auszuräumen, habe nun die Beklagte behauptet, daß ihr Schlußschein vom 1. April 1958 bereits verfaßt und zur Absendung gebracht worden sei, ehe das Fernschreiben der Klägerin vom 1. April 1958 (17,10 h) bei ihr eingetroffen gewesen sei. Selbst bei Unterstellung dieses Ablaufes der Geschehnisse ergebe sich kein anderes Ergebnis. Es lägen dann zwei widersprechende Bestätigungsschreiben vor, die unabhängig voneinander abgesandt worden seien. Das führe zwar in der Regel dazu, daß dann das Unterlassen des rechtzeitigen Widerspruchs für keine der Parteien als Annahme gelte. Das setze aber voraus, daß die Bestätigungsschreiben eine eindeutige Fassung hätten und deshalb den vom Vertragsschluß abweichenden Inhalt auch klar erkennen ließen und damit zum Widerspruch herausforderten. Denn die Lehre von der Wirksamkeit unwidersprochen gebliebener Bestätigungsschreiben habe ihren Grund darin, daß der Empfänger solcher Schreiben mit Rücksicht auf die vorangegangenen Verhandlungen verpflichtet sei, etwa bestehende Einwendungen unverzüglich mitzuteilen. Ausgehend von diesen Grundsätzen sei aber hier trotz des Wechsels

widersprechender Bestätigungsschreiben die Beklagte verpflichtet geblieben, dem eindeutigen Inhalt des Fernschreibens der Klägerin vom 1. April 1958 unverzüglich zu widersprechen, wenn sie den darin gemachten Vorbehalt nicht habe gelten lassen wollen. Für die Klägerin sei aus dem Inhalt des Schlußscheins der Beklagten nicht zu erkennen, daß dieser im Widerspruch zu der Abmachung gestanden habe, wie sie diese der Beklagten bestätigt gehabt habe. Die unrichtige Bezeichnung in dem Schlußschein "Ich kaufe zufolge fernschriftliche Vereinbarung", die zu Lasten der Beklagten gehe, habe von der Klägerin darauf bezogen werden können, daß damit ihr Fernschreiben vom 1. April 1958 (17,10 Uhr) gemeint gewesen sei, das einzige Fernschreiben dieses Tages, das mit einer Vereinbarung etwas zu tun gehabt habe, und daß damit nicht nur der Schlußschein nebst den formularmäßigen Angaben sondern auch die Bedingung des Fernschreibens vom 1. April 1958 bestätigt worden sei. Für die Klägerin habe daher gar kein Anlaß vorgelegen, dem Schlußschein der Beklagten vom 1. April 1958 unverzüglich zu widersprechen, wohl aber habe ein solcher Anlaß für die Beklagte gegenüber dem Fernschreiben der Klägerin bestanden, die dieses Fernschreiben nach ihrer Vorstellung erst nach Abgang ihres mißverstandenen Schlußscheines erhalten haben will. Die Klägerin habe dann auch sofort widersprochen, als die Beklagte mit ihrem Fernschreiben vom 3. April 1958 (15,30 Uhr), das keinen unverzüglichen Widerspruch mehr darstelle, erstmalig dem Vorbehalt der Klägerin "Gegenbestätigung des Vorlieferanten" entgegen getreten sei.

Mit diesen Erwägungen kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Beklagte dem Fernschreiben der Klägerin vom 1. April 1958 (17,10 Uhr) unverzüglich hätte widersprechen müssen, wenn sie die damit als Vertragsinhalt mitgeteilte Bedingung nicht habe gelten lassen wollen. Das sei aber nicht geschehen, so daß dieser Vorbehalt nun auch als Vertragsinhalt

gelte. Daß diese Gegenbestätigung nicht gegeben worden und auch nicht zu erhalten gewesen sei, habe der Zeuge Ru [REDACTED] glaubwürdig dargelegt. Überdies sei, so fährt das Berufungsgericht fort, es auch fraglich, ob dieser Vorbehalt der Klägerin in dem Fernschreiben vom 1. April 1958 nur als eine aufschiebende Bedingung anzusehen sei oder als Vorbehalt einer freigestellten Bestätigung, wie dies den Geschäftsbedingungen der Klägerin unter Nr. 1 entspräche.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts werden von der Revision unter mehreren Gesichtspunkten angegriffen.

1. Bei Prüfung der Frage, ob der Kaufvertrag mit dem von der Beklagten behaupteten Inhalt zustande gekommen ist, hat das Berufungsgericht zu Gunsten der Beklagten unterstellt, daß ihr Brief vom 1. April 1958 vor dem Eingang des Fernschreibens der Klägerin vom gleichen Tag zur Absendung gebracht worden ist. Es stellt seine Entscheidung darauf ab, daß das Fernschreiben der Klägerin von 17,10 Uhr trotz seines knappen Inhalts ein Bestätigungsschreiben im Rechtssinne sei und daß die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, diesem Fernschreiben unverzüglich zu widersprechen, was aber nicht geschehen sei. Die Revision hat insoweit nicht bemängelt, daß das Berufungsgericht in dem Fernschreiben der Klägerin ein Bestätigungsschreiben über den Inhalt der fernmündlichen Vereinbarungen gesehen hat. Aus Rechtsgründen ist dies auch nicht zu beanstanden.

2. Wird ein Vertrag mündlich, z.B. telefonisch zum Abschluß gebracht, so besteht unter Kaufleuten grundsätzlich die Übung, solche Abschlüsse schriftlich zu bestätigen. Es kann sich daher unter diesem Gesichtspunkt die Frage stellen, ob fernmündlich ein schon verbindlicher Abschluß zustande

gekommen ist (vgl. WarnRspr 1919 Nr. 5; Godin in HGB RGRK 2. Aufl. (1956) § 361 Anh. Anm. 29 a). Im allgemeinen wird aber von dem besonderen Fall des Ferngesprächs abgesehen, den Bestätigungsschreiben regelmäßig nur die Bedeutung eines Beweismittels beizulegen sein, sofern nicht die Parteien den Vertragsabschluß ersichtlich von schriftlichen Bestätigungen abhängig gemacht haben. Im letzteren Falle kommt ihnen rechtsbegründende Kraft zu, im ersten Falle nur insoweit, als der mündliche Vertragsabschluß nachträglich ergänzt oder abgeändert (erweitert oder beschränkt) werden soll und dem Bestätigungsschreiben nicht widersprochen wird (BGHZ 7, 189). Denn einem Bestätigungsschreiben im Rechtssinne muß der Empfänger grundsätzlich widersprechen, wenn er mit seinem Inhalt nicht einverstanden ist. Kreuzen sich nicht übereinstimmende Bestätigungsschreiben von zwei Vertragsschließenden, indem sie auf ihrem Weg aneinander vorbeigehen, so braucht zwar in der Regel kein Teil das Schreiben des anderen wegen Unterlassens des Widerspruchs gegen sich gelten zu lassen (vgl. OLG Hamburg HEZ 3, 54). Das Berufungsgericht ist von diesen Rechtsgrundsätzen ersichtlich ausgegangen. Es hat offengelassen, ob die Klägerin an den fernmündlichen Abschluß schon deshalb nicht gebunden war, weil Kraft stillschweigenden Vorbehalts oder kaufmännischer Sitte eine schriftliche Bestätigung der Klägerin erforderlich war, um einen Kaufabschluß herbeizuführen. Bei der Überprüfung des Berufungsurteils ist daher zu Gunsten der Beklagten als Revisionsklägerin zu unterstellen, daß die fernmündliche Abrede zwischen den Parteien nicht unverbindlich war und nicht von der Gegenbestätigung des Lieferanten abhängig gemacht worden ist. Gleichwohl konnte das Fernschreiben der Klägerin vom 1. April 1958 (17.10 h) dazu führen, daß dieser Vorbehalt (Gegenbestätigung des Vorlieferanten) Vertragsinhalt wurde.

Der oben angeführte Grundsatz, daß einem Bestätigungsschreiben im Rechtssinne von dem Empfänger widersprochen werden muß, wenn er es nicht gegen sich gelten lassen will,

ist zwar nach der Rechtsprechung auch dann nicht anzuwenden, wenn die Bestätigung sich so weit vom vorher Abgesprochenen entfernt, daß der Bestätigende nicht mit dem Einverständnis des Gegners rechnen darf, oder wenn bewußt unrichtig bestätigt worden ist. Die Revision knüpft an diese Rechtsprechung an und meint, diese Grundsätze müßten auch hier zur Anwendung kommen, weil die Klägerin sich in dem zu unterstellenden Fall, daß bei dem Ferngespräch kein Vorbehalt hinsichtlich der Gegenbestätigung des Lieferanten der Klägerin oder auch nur einer noch zu erfolgenden Bestätigung seitens der Klägerin gemacht worden sei, bewußt und treuwidrig von dem Inhalt der fernmündlich abgesprochenen Vereinbarung zu lösen versucht habe.

Diesen Erwägungen der Revision kann jedoch nicht zugestimmt werden. Gegen ein doloses Verhalten der Klägerin spricht nicht nur, daß sie nach ihren Geschäftsbedingungen ihr erteilte Aufträge nur dann als verbindlich ansehen will, wenn sie von ihr schriftlich bestätigt werden, wobei davon auszugehen ist, daß die Klägerin auf Grund der vorangegangenen Geschäfte mit der Beklagten mindestens damit rechnen durfte, daß der Beklagten diese Geschäftsbedingungen bekannt seien; vor allem spricht dagegen aber auch die Tatsache, daß die Klägerin der Beklagten schon in sehr kurzer Zeit, also fast unmittelbar nach dem Ferngespräch von 16,30 Uhr um 17,10 Uhr die fernschriftliche Mitteilung zugehen ließ, daß sie den Auftrag erst schriftlich bestätigen könne, wenn sie die Gegenbestätigung ihres Lieferanten erhalten habe. Durfte die Beklagte davon ausgehen, daß der Abschluß in jedem Falle ihrer schriftlichen Bestätigung bedürfe, um wirksam zu sein, so handelte sie auch nicht arglistig, wenn sie mit ihrem Fernschreiben diese Bestätigung davon abhängig machte, daß sie von ihrem Lieferanten eine Gegenbestätigung erhalte. Selbst wenn dem Geschäftsführer der Klägerin, wie die Revision meint,

erst nach dem Ferngespräch eingefallen sein sollte, daß der spanische Lieferant sich bezüglich des Preises noch nicht gebunden hatte, so würde unter den hier vorliegenden Umständen noch keine Arglist darin liegen, daß die Beklagte die endgültige schriftliche Bestätigung des Auftrages von dem Eingang der Gegenbestätigung des Lieferanten abhängig gemacht hat. Denn auch in diesem Falle hätte die Klägerin sich mit ihrem Fernschreiben noch nicht soweit von dem mündlich Abgesprochenen entfernt, daß sie nicht mit dem Einverständnis der Beklagten rechnen durfte, zumal ihr Fernschreiben dem Ferngespräch noch vor Ablauf einer Stunde gefolgt ist.

Es ist daher weder § 286 ZPO deshalb verletzt, weil das Berufungsgericht, wie die Revision meint, den Sachverhalt nicht unter den soeben erörterten Gesichtspunkten gewürdigt hat, noch greift die Rüge des § 139 ZPO durch, mit der die Revision die Behauptung in den Rechtsstreit einführen will, dem Geschäftsführer Baecker könne bei Absendung des Fernschreibens nicht unbekannt gewesen sein, daß er bei dem vorangegangenen Ferngespräch keinen Vorbehalt hinsichtlich der Unverbindlichkeit des abgesprochenen Kaufvertrages gemacht habe. Im übrigen ist die Rüge aus § 139 ZPO schon deshalb unbegründet, weil das Berufungsgericht keine Veranlassung hatte, ein entsprechendes Beweisangebot bei der Beklagten anzuregen. Das Berufungsgericht hat auch § 242 BGB nicht dadurch verletzt, daß es unter den hier gegebenen Umständen in dem Vorbehalt der Klägerin in dem Fernschreiben von 17,10 Uhr keine Treuwidrigkeit erblickt hat.

3. Es kommt daher darauf an, ob ein Widerspruch gegen das Fernschreiben der Klägerin erforderlich war, obwohl es mit dem Schlußschein der Beklagten vom 1. April 1958 nicht übereinstimmt und in diesem Schreiben nichts davon gesagt ist, daß die Verbindlichkeit des damit von der Beklagten

bestätigten Abschlusses noch von einer Bestätigung der Klägerin abhängig bleiben soll. Auch wenn man davon ausgeht, wie das Berufungsgericht unterstellt hat, daß das Schreiben der Beklagten abgesandt worden war, bevor sie das Fernschreiben der Klägerin von 17,10 Uhr erhalten hatte, so muß dem Berufungsgericht darin zugestimmt werden, daß hier eine Verpflichtung der Beklagten zum Widerspruch gegen das Fernschreiben deshalb anzunehmen ist, weil der Inhalt des Schlußscheins mit dem Fernschreiben der Klägerin nicht schlechthin unvereinbar und der Widerspruch daher nicht offenkundig ist. Denn der Schlußschein der Beklagten vom 1. April 1958 läßt nicht klar erkennen, daß die Erklärungen der Beklagten zu dem Fernschreiben der Klägerin im Widerspruch stehen. Die Erklärung der Beklagten in dem Schlußschein "ich kaufe zufolge: fernschriftliche Vereinbarung" konnte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellt hat, darauf bezogen werden, daß mit dieser Wendung das Fernschreiben der Klägerin vom 1. April 1958 (17,10 Uhr) gemeint war, und daß somit die Beklagte dieses Fernschreiben in ihre Bestätigung durch diese Bezugnahme einbezogen wissen wollte. So gesehen bestand aber für die Klägerin kein Anlaß, dem Schreiben der Beklagten unverzüglich zu widersprechen. Wenn die Beklagte, wie sie behauptet, diesen Schlußschein bereits vor Erhalt des Fernschreibens abgesandt hat, so war auch in diesem Falle für sie deutlich und klar, daß die Klägerin das mündlich Abgesprochene nur nach Maßgabe ihres Fernschreibens gelten lassen wollte. War die Beklagte damit nicht einverstanden, so hätte sie dem Fernschreiben unverzüglich widersprechen müssen; denn sie hätte durch Überprüfung ihres Schlußscheines nach Erhalt des Fernschreibens erkennen müssen, daß dieser Schlußschein keinen deutlichen Widerspruch gegen das Fernschreiben enthält. Die Erwägung der Revision, es handle sich bei dem Vorbehalt der Klägerin um einen so wichtigen Umstand, daß er in der Schlußnote eindeu-

tig zum Ausdruck gebracht worden wäre, wenn die Beklagte diesen Vorbehalt hätte gelten lassen wollen, geht daran vorbei, daß die Beklagte den Kauf unter Bezugnahme auf eine "fernschriftliche Vereinbarung" bestätigt hat und daß als solches Fernschreiben nach Lage der Sache gerade nur das Fernschreiben der Klägerin von 17,10 Uhr in Betracht kommen konnte.

4. Mit einer weiteren Rüge aus § 286 ZPO bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe auch weiteres Vorbringen der Beklagten übergangen, mit dem sie darauf hingewiesen gehabt habe, daß die Klägerin in der folgenden Korrespondenz nicht etwa behauptet habe, der Vorbehalt sei bei dem Ferngespräch am 1. April 1958 um 16,30 Uhr oder sonst vereinbart worden; die Klägerin habe sich für die Rechtfertigung des Vorbehalts vielmehr nur auf die angebliche Maßgeblichkeit ihrer Lieferbedingungen berufen. Die Rüge ist deshalb unbegründet, weil es bei dem Gedankengang des Berufungsgerichts nicht darauf ankommt, ob der Vorbehalt der endgültigen Bestätigung des Abschlusses nach Eingang der Gegenbestätigung des Lieferanten bei dem Ferngespräch zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden ist. Auch wenn dies nicht der Fall war, muß die Beklagte diesen Vorbehalt deshalb gegen sich gelten lassen, weil sie dem Fernschreiben der Klägerin, das als ein Bestätigungsschreiben anzusehen ist, nicht unverzüglich widersprochen hat. Mit dem Fernschreiben der Beklagten Nr. 1211 vom 3. April 1958 von 15,30 Uhr hat die Beklagte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausführt, nicht rechtzeitig widersprochen. Die Revision meint zwar, das Berufungsgericht hätte der Beklagten eine längere Überlegungsfrist zubilligen müssen. Die Beklagte hat jedoch keine besonderen Umstände dafür vorgetragen, daß sie trotz der Möglichkeit, Widerspruch durch Fernschreiben zu erheben, nicht in der Lage gewesen sei, mindestens schon am Vormittag des 2. April 1958 den erforderlichen Widerspruch zu erheben. Ihr war ohne weiteres erkennbar, daß für die Klägerin der Vorbehalt der Gegenbestätigung des Lieferanten einen besonders wesentlichen

Umstand darstellte, da sie entsprechende Verhandlungen mit dem spanischen Lieferanten möglicherweise zu führen hatte. In einem so gelagerten Falle war die Beklagte verpflichtet, den Widerspruch ohne jede Verzögerung zu erheben. Deshalb ist auch in diesem Punkt kein Rechtsfehler in den Erwägungen des Berufungsgerichts zu finden.

5. Die Revision rügt in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten auf Seite 3 des Schriftsatzes vom 21. Oktober 1959 übergangen. Dort hat die Beklagte vorgetragen, ihr Gesellschafter August Steinhäuser sei nach Unterzeichnung des Schlußscheins vom 1. April 1958 nicht mehr anwesend gewesen, als das Fernschreiben der Klägerin um 17,10 Uhr bei der Beklagten eingegangen sei. Das ist deshalb unerheblich, weil mit dieser Behauptung keine Rechtfertigung dafür gegeben ist, daß die Beklagte erst mit ihrem Fernschreiben vom 3. April 1958 von 15,30 Uhr widersprochen hat, was das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als verspätet ansehen durfte. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich also nicht, daß sie einen deutlichen Widerspruch gegen das Fernschreiben der Klägerin so lange hinausschieben durfte.

Zusammenfassend ergibt sich daher, daß die Beklagte den Vorbehalt der Klägerin deshalb gegen sich gelten lassen muß, weil ein unverzüglicher Widerspruch gegen das Fernschreiben der Klägerin vom 1. April 1958 unterblieben ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trifft die Klägerin auch kein Vorwurf, weil sie die vorbehaltene Bestätigung nicht erhalten hat. Danach durfte das Berufungsgericht auch offen lassen, ob dieser Vorbehalt nur eine aufschiebende Bedingung eines zustande gekommenen Kaufvertrages darstellt oder ob sich die Klägerin hiermit eine freibleibende Bestätigung des Abschlusses im Sinne ihrer Lieferbedingungen vorbehalten hat.)

Jedenfalls fehlt es an einer Verpflichtung der Klägerin zur Lieferung des bestellten Traubensaftes, die von der Klägerin verletzt werden konnte. Infolgedessen ist auch der Beklagten kein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Liefervertrages erwachsen, den sie zur Aufrechnung stellen könnte.

III. Somit erweist sich die Klageforderung als begründet, ohne daß es einer Entscheidung über die hilfsweise erhobene Widerklage bedurfte.

Das Berufungsurteil war deshalb durch Zurückweisung der Revision im Ergebnis zu bestätigen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Pagendarm

Artl

Bundesrichter Dr. Dorschel
ist beurlaubt und ortsabwesend;
er ist an der Leistung der Unterschrift verhindert.

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Pagendarm