

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

2387 001

Gesetz: BGB §§ 148, 151, 157

Rechtssatz: Schickt ein Lotterieeeinnehmer seinem Kunden unter Verrechnung mit einem Gewinn formularmäßig ein Ersatzlos mit der Bitte zu, den vorgedruckten Annahmeschein einzusenden oder noch am gleichen Tage das Ersatzlos zurückzusenden, so kann in der Untätigkeit des Kunden grundsätzlich nicht eine dem Lotterieeeinnehmer gegenüber abgegebene Annahmeerklärung erblickt werden; es kann aber zu einem Vertragsabschluß durch schlichte Annahme kommen, wenn der Lotterieeeinnehmer durch sein Verhalten in früheren gleichgelagerten Fällen in dem Kunden den Eindruck hervorgerufen hat, daß er auch mit einem Vertragsabschluß dieser Art einverstanden sei.

Aktenzeichen: III ZR 251/55
Urt des BGH vom 8. April 1957

LG Hamburg
OLG Hamburg

III ZR 251/55

Verkündet
am 8. April 1957
Fieser, Just. Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des minderjährigen Bäckereipächters Otto H [REDACTED] jr.,
O [REDACTED] bei B [REDACTED], L [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch seinen Vater Otto H [REDACTED] sen., O [REDACTED] bei B [REDACTED],
L [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungs-
klägers und Revisionsklägers,,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Max G [REDACTED], Ha [REDACTED], P [REDACTED] (M [REDACTED]),

Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. April 1957 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Dr. Arndt, Dr. Wolany,
Dr. Beyer und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 14. Juli 1955 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung - auch über die Kosten der Re-
vision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger und sein Vater, der seinerseits schon seit längerer Zeit von der Beklagten Lose bezogen hatte, spielten in der 12. Nordwestdeutschen Klassenlotterie sechs 1/8 Lose bei der Beklagten. Am 1. Juli 1954 fiel bei Beginn der Ziehungen in der 6. Klasse ein Gewinn von 24 DM auf eines dieser Lose. Die Beklagte teilte dies dem Kläger auf einem vorgedruckten Bogen, auf dem auch eine Abrechnung über den Gewinn und das Ersatzlos enthalten war, unter gleichzeitiger Beifügung eines Ersatzloses mit und bat darin weiter, ihr den anhängenden Annahmeschein mit dem Gewinnlos postwendend einzusenden oder, wenn wider Erwarten keine Neigung zum Weiterspielen mit dem Ersatzlos bestehen sollte, ihr noch am Tage des Empfangs das Ersatzlos zurückzusenden. Der Kläger und sein Vater blieben untätig. Am 19. Juli 1954 fiel auf das Ersatzlos ein Gewinn von 40 300 DM. Am gleichen Tage schrieb die Beklagte an den Kläger, daß er das ihm am 2. Juli 1954 zugesandte Ersatzlos nicht angenommen habe, und bat ihn, es postwendend zurückzusenden. Am 20. Juli 1954 schickte der Vater des Klägers einen nach seinen Angaben schon am 16. Juli 1954 vorbereiteten Brief an die Beklagte ab, in welchem er das Ersatzlos annahm.

Der Kläger nimmt den auf das Ersatzlos gefallenen Gewinn für sich in Anspruch. Er behauptet, die Beklagte habe - ebenso wie es auch der Übung der anderen Lotteríeeinnehmer entspreche - in früheren Fällen immer die Ansicht vertreten, daß durch die stillschweigende Einbehaltung des Ersatzloses dieses vom Empfänger gespielt werde. Deshalb habe es auch in dem hier strittigen Falle einer besonderen Annahmeerklärung nicht bedurft. Die Beklagte habe auch in anderen gleichartigen Fällen die Ersatzlose nach ihrer allgemeinen Handhabung für Rechnung der Kunden spielen lassen.



Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Zustimmung zu erteilen, daß von dem bei dem Amtsgericht Hamburg hinterlegten Gewinn ein Betrag von 10 000 DM an ihn ausbezahlt wird.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und im Wege der Widerklage beantragt, den Kläger zu verurteilen, die Zustimmung zu erteilen, daß der hinterlegte Betrag von 40 300 DM an sie ausbezahlt wird. Sie hat zunächst die Aktivlegitimation des Klägers bestritten. Sie behauptet, das Ersatzlos selbst gespielt zu haben. Sie habe durch ihr Schreiben eindeutig bekundet, daß eine ausdrückliche Annahmeerklärung seitens des Kunden Voraussetzung für das Spielen des Ersatzloses sei. Das Verhalten des Klägers nach Zugang des Ersatzloses könne nicht als Annahmeerklärung gedeutet werden. Der Kläger habe auch auf ein Anmahnungsschreiben vom 14. Juli 1954 nicht geantwortet.

Der Kläger hat um Abweisung der Widerklage gebeten.

Die beiden Vordergerichte haben die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter; die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Aktivlegitimation des Klägers bejaht, weil es nach Abtretung der Ansprüche seines Vaters an ihn auf die Frage, ob das am 1. Juli 1954 gezogene Gewinnlos ihm oder dem Vater gehört habe, nicht mehr ankomme. Dagegen sind Bedenken nicht zu erheben.

In der Sache selbst ist das Berufungsgericht zur Abwei-

U
sung der Klage und zur Verurteilung des Klägers entsprechend der Widerklage deshalb gekommen, weil es an einem Vertragsverhältnis hinsichtlich des Ersatzloses zwischen den Parteien gefehlt habe, der Beklagten auch nicht der Vorwurf eines unzulässigen Verhaltens oder eines Verschuldens bei Vertragschluß gemacht werden könne, und weil es schließlich auch an den Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag bei dem von der Beklagten veranlaßten Weiterspielen des Ersatzloses fehle.

I.

Daß ein Vertrag durch die Annahmeerklärung, die der Beklagten im Brief vom 20. Juli 1954 zugesandt worden ist, nicht mehr zustandekommen konnte, hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen. Durch den Kauf eines Lotterieloses von einem Lotteríeeinnehmer soll eine Gewinnchance erworben werden; nach erfolgter Ausspielung des Loses fehlt es aber an einer derartigen Chance, die noch Gegenstand des Kaufvertrages sein könnte. Insoweit werden auch von der Revision gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts keine Rügen erhoben, so daß sich ein weiteres Eingehen auf diesen Punkt erübrigt.

II.

Seine Annahme, daß auch vor Ausspielung des Ersatzloses ein Vertrag zwischen den Parteien nicht zustandegekommen sei, begründet das Berufungsgericht damit, daß eine Möglichkeit zu einem Vertragsabschluß durch eine Annahme der Offerte der Beklagten gemäß § 151 BGB nicht bestanden habe und daß auch eine "schlüssige Annahmeerklärung" gemäß § 148 BGB aus der "stillschweigenden Einbehaltung des Ersatzloses" nach Lage des Falles nicht zu entnehmen sei.

1.) Die Auffassung, daß ein Vertrag zwischen den Parteien durch das bloße Schweigen des Klägers auf das Schreiben

der Beklagten, in welchem sie ihn um Einsendung des Annahmescheines nebst dem bisherigen Gewinnlos oder um Zurücksendung des beigefügten Ersatzloses bat, auf der Grundlage des § 148 BGB nicht zustandegekommen sei, kann nicht beanstandet werden. Im Kern handelt es sich unter diesem Gesichtspunkt darum, ob bei einem Angebot des hier in Frage stehenden Inhalts, das ein Lotterieeeinnehmer einem Kunden macht, mit dem er schon in einer Geschäftsbeziehung steht, die Untätigkeit des Kunden als solche gemäß § 157 BGB nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als eine Zustimmung zu dem ihm vorgeschlagenen Vertragsabschluß zu werten ist (vgl. Sörgel-Lindenmaier, 2 zu § 151, 5 d zu § 157 BGB). Das ist jedoch zu verneinen.

a) Die Interessenlage der Beteiligten spricht dagegen, daß nach Treu und Glauben das Schweigen des Kunden als Zustimmung aufzufassen wäre. Wenn er ein weiteres Spielen wünscht, so ist ihm zuzumuten, die kleine Mühe der Einsendung des vorgedruckten Annahmescheines auf sich zu nehmen, und ein solches Verhalten von ihm im Interesse einer klaren Gestaltung der Rechtsbeziehungen auch grundsätzlich zu fordern. Auch die Wahrung der berechtigten Interessen des Lotterieeeinnehmers erfordert keine andere Entscheidung. Bei einer Würdigung der Untätigkeit des Kunden als Annahmeerklärung gegenüber dem Lotterieeeinnehmer würde dieser, wenn er nicht "postwendend" eine Antwort erhalten hat, ohne weiteres in einem Vertragsverhältnis stehen und könnte über das Ersatzlos nicht mehr anderweitig verfügen. Das kann ihm aber nicht zugemutet werden, weil er billigerweise die Möglichkeit haben muß, für ihn klare und sichere Verhältnisse zu schaffen, wenn der Kunde es nicht für nötig gefunden hat, auf sein Entgegenkommen entsprechend der ihm zugegangenen Bitte sich zu äußern. Freilich ist nicht zu verkennen, daß der Lotterieeeinnehmer vielfach davon ausgehen wird, der Kunde sei mit seinem Angebot einverstanden. Aber wenn dieses Vertrauen nach Lage der Verhältnisse des Einzelfalles

gerechtfertigt ist und der Lotterieeeinnehmer dementsprechend das Los entweder für den Kunden zurückhält oder es in eiligen Fällen für Rechnung des Kunden weiterspielen läßt, ist für seinen Schutz durch andere Vorschriften (Verschulden des Kunden bei dem erneuten Vertragsabschluß innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung, Geschäftsführung ohne Auftrag) gesorgt, ohne daß es erst der Annahme eines Vertragsabschlusses bedürfte.

Entscheidend ist zudem, daß es auch an einer "Verkehrssitte" fehlt, die eine andere als die eben gegebene Würdigung erlauben würde. Zur Verkehrssitte im Sinne des § 157 BGB gehört eine Geschäftsauffassung, die von sämtlichen an dem betreffenden Geschäftszweig beteiligten Kreisen einheitlich geteilt wird (vgl. RGZ 114, 9; 135, 340). Das Berufungsgericht hat aber festgestellt, daß eine solche einheitliche Auffassung über das Schweigen des Kunden auf die Zusendung eines Ersatzloses unter Verrechnung des Preises dafür mit einem gezogenen Gewinn nicht besteht, und daß auch die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits nichts anderes angenommen haben.

b) Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobenen Rügen vermögen nicht zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage zu führen. Die Revision macht zwar geltend, daß eine allgemeine Geschäftsübung des Inhalts bestehe - und daß auch die Beklagte im Verhältnis zum Vater des Klägers diesen Standpunkt vertreten habe - , daß bei einer Einbehaltung des Ersatzloses ohne jedwede weitere Erklärung von den Lotterieeeinnehmern der Kunde mit dem Lospreis belastet werde. Dieses Verhalten setzt aber nicht notwendig das Ausgehen von einem Vertrage voraus, sondern kann, wie schon oben berührt worden ist, auch auf anderen Rechtsgrundlagen fußen. Daß im übrigen auch Fälle vorkommen, in denen die Lotterieeeinnehmer über das Ersatzlos anderweitig verfügen, wird von der Revision nicht in Abrede gestellt. Schon da-

mit scheidet das Vorliegen einer Verkehrssitte, wie sie die Revision behauptet, aus. Unzutreffend ist auch die Ansicht der Revision, daß das Berufungsgericht in dem Umstand, daß der Kläger den Annahmeschein, wenn auch verspätet, eingesandt hat, lediglich die "Erfüllung einer bloßen Formalität" hätte erblicken müssen. Die Verwertung dieses Umstandes bei der Prüfung der tatsächlichen Einstellung des Klägers ist nicht ausgeschlossen.

Die Hinweise der Revision auf die Behandlung des Schweigens des Offerenten auf eine verspätete Annahmeerklärung, auf die Regelung des § 361 HGB und auf die Möglichkeit, daß auf Grund besonderer Umstände ein Vertragsabschluß auch schon vor der Bezahlung zustandekommen könne, selbst wenn in der Offerte gesagt worden ist, daß erst mit der Bezahlung ein Recht erworben werde, sind für die Entscheidung des vorliegenden Falles ohne Bedeutung, da aus solchen - und ähnlichen - Anschauungen und Regelungen über die Bedeutung des Schweigens in ganz bestimmten Sonderfällen nicht allgemein ein Schluß dahin gezogen werden kann, daß Schweigen auf eine Offerte als Annahmeerklärung zu werten sei.

Schließlich ist auch der dem Berufungsgericht gemachte Vorwurf, es hätte bei seiner Würdigung des Umstandes, daß sich die Beklagte bei der Zusendung des Ersatzloses nicht ein Eigentum daran vorbehalten habe, berücksichtigen müssen, daß die Sicherheit, welche die Beklagte in Gestalt des Gewinns vom 1. Juli 1954 in der Hand hatte, nur dann einen Sinn gehabt habe, wenn ein Vertrag zustandegekommen ist, unberechtigt. Das Berufungsgericht hat nur ausgeführt, daß auch aus dem fehlenden Eigentumsvorbehalt nicht darauf zu schließen sei, daß die Beklagte mit einem Vertragsabschluß auf Grund einer Untätigkeit des Klägers gerechnet habe. Das läßt sich nicht beanstanden. Im übrigen ist nicht ersichtlich, wieso die Beklagte für den Fall, daß sie auch die Möglichkeit einer Ablehnung ihrer Offerte in Erwägung gezogen

hat, sich das Eigentum an dem Ersatzlos hätte vorbehalten müssen, um wirtschaftlich vernünftig zu handeln. Bei einer Ablehnung ihrer Offerte wäre das Eigentum sowieso nicht auf den Kunden übergegangen; gerade für diesen Fall kam es also auf einen Eigentumsvorbehalt überhaupt nicht an.

2.) Bei der Prüfung eines Vertragsabschlusses gemäß § 151 BGB hat das Berufungsgericht die Frage, ob der Kläger, der mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters gespielt hat, oder sein Vater schon vor Ausspielung des Ersatzloses überhaupt einen Annahmewillen geäußert haben, unerörtert gelassen. Es ist der Ansicht, daß durch eine schlichte Annahme der Offerte gemäß § 151 BGB ein Vertrag nicht habe zustandekommen können, weil die Beklagte auf eine ihr gegenüber abzugebende Annahmeerklärung nicht verzichtet habe und weil eine Annahmeerklärung auch nach der Verkehrssitte nicht als überflüssig zu bezeichnen sei.

a) Soweit das Berufungsgericht seine Entscheidung darauf stützt, daß eine Verkehrssitte, d.h. eine allgemeine Übung, nach der eine Antwort nicht zu erwarten ist, wenn einem Lotteriespieler ein Ersatzlos in der dem vorliegenden Fall entsprechenden Weise angeboten wird, nicht bestehe, hat es eine Würdigung von tatsächlichen Verhältnissen vorgenommen, an die das Revisionsgericht gebunden ist, da es insoweit an der Vorschrift des § 554 Abs 3 Ziff 2 b ZPO entsprechenden Rügen der Revision fehlt.

b) Daß die Beklagte auf eine Annahmeerklärung nicht schriftlich verzichtet habe, folgert der Berufungsrichter aus ihrem Schreiben, mit dem sie das Ersatzlos dem Kläger zugesandt hat. In diesem heißt es:

"Sicherlich werden die großen Gewinnmöglichkeiten Sie veranlassen, durch Annahme eines Ersatzloses dem Glücke weiterhin die Hand zu bieten. Ich bitte Sie daher, mir den anhängenden Annahmeschein und das Ge-

winnlos postwendend einzusenden. Sollten Sie jedoch wider Erwarten nicht geneigt sein, mit dem Ersatzlos einen Glücksversuch zu machen, so bitte ich Sie höflich, dasselbe noch am Tage des Empfanges an mich zurückzusenden."

Das Berufungsgericht führt weiterhin aus, daß seine dem Schreiben beigelegte "Deutung" dann entkräftet werden könnte, "wenn die Beklagte entgegen ihren formularmäßigen Erklärungen im Verhältnis zum Kläger bezw seinem Vater durch die tatsächliche Handhabung ihres Geschäftsverkehrs schon immer einen Verzicht auf das Zugehen von Annahmeerklärungen zum Ausdruck gebracht hätte". Doch meint es hierzu, daß sich aus den zwei Einzelfällen, in denen sich die Beklagte angeblich dem Vater des Klägers gegenüber darauf berufen habe, daß die Nichtrücksendung des Ersatzloses eine Annahme ihrer Offerte bedeute, auf einen Verzichtswillen des in Frage stehenden Inhalts nicht schließen lasse, und daß es auf die vom Kläger behauptete allgemeine Übung der Beklagten und die hierzu angebotenen Beweise nicht ankomme, weil der Kläger eingeräumt habe, daß die "in dieser Richtung angebotenen Beweise nicht das geschäftliche Verhalten der Beklagten gerade ihm oder seinem Vater gegenüber zum Gegenstand hätten", was aber erforderlich wäre, um auch im vorliegenden Falle von einem Verzicht der Beklagten auf eine ihr gegenüber abzugebende Annahmeerklärung sprechen zu können.

Die Revision erhebt hiergegen Rügen aus §§ 133, 157 BGB, § 286 ZPO und meint außerdem, die Erklärung des Klägers, daß die angebotenen Beweise sich nicht auf das Verhalten der Beklagten ihm und seinem Vater gegenüber bezögen, hätte bei der Entscheidung überhaupt nicht beachtet werden dürfen, weil sie sich weder aus den Schriftsätzen noch aus einer Sitzungsniederschrift ergebe.

aa) Letztere Rüge muß als unbegründet angesehen werden. Die Revision übersieht, daß § 160 Abs 2 Ziff 2 ZPO, auf den

sie sich stützt, eine Aufnahme in das Protokoll nur für solche Erklärungen verlangt, "deren Feststellung vorgeschrieben ist". Nach § 298 ZPO sind jedoch die "wesentlichen Erklärungen", die in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind oder von ihnen abweichen, nur "auf Antrag" förmlich festzustellen. Daß im vorliegenden Falle diese Voraussetzung erfüllt worden wäre, behauptet die Revision nicht.

bb) Wohl aber müssen die Rügen der Revision im übrigen Erfolg haben.

Soweit die materiellrechtliche Seite in Betracht kommt, ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß ein Verzicht im Sinne des § 151 BGB von der Beklagten auch durch ihre Geschäftspraxis erklärt werden konnte. Das formularmäßige Schreiben ist, wie der Berufungsrichter mit Recht angenommen hat, nicht eindeutig in dem Sinne abgefaßt, daß nur die Einsendung des Annahmescheines den Kunden berechtigen würde, am Lotteriespiel mit dem Ersatzlos weiter teilzunehmen, so daß eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB Platz greifen muß, bei der nicht nur das Schreiben, sondern auch das Verhalten der Beklagten in anderen Fällen zu berücksichtigen ist.

Die wesentliche Frage ist hierbei die, ob das Verhalten der Beklagten in Fällen einer Untätigkeit des Kunden, wie sie es in ihren vorhergehenden Geschäftsbeziehungen mit dem gesetzlichen Vertreter des Klägers an den Tag gelegt hat, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vom Kläger dahin aufgefaßt werden konnte, daß die Beklagte auch mit einer schlichten Annahme ihrer Offerte gemäß § 151 BGB einverstanden sei.

Auf diese Frage hat es aber das Berufungsgericht bei der Würdigung der beiden Vorfälle, auf die sich der Kläger berufen hat, nicht abgestellt und damit das Gesetz verletzt.

In dem Schreiben vom 20. März 1953 hat die Beklagte ausgeführt, daß sie zur Kenntnis genommen habe, daß der Vater des Klägers das Ersatzlos nicht erhalten habe, und erklärt, daß "somit" der Gewinn, für den das Ersatzlos zugesandt worden war, ihm noch zur Verfügung stehe. Die Behauptung des Klägers geht dahin, daß die Beklagte trotz Nichterklärung des Kunden ihr gegenüber dennoch von einer Annahme ihrer Offerte ausgegangen sei und den Kunden mit dem Preis hierfür im Wege einer Verrechnung mit dem vorhandenen Gewinn belastet habe und daß es hierbei sein Bewenden gehabt haben würde, wenn der Kunde nicht geltend gemacht hätte, daß ihm ein Ersatzlos nicht zugegangen sei. Das Berufungsgericht stellt es zu Unrecht darauf ab, ob in dem angeführten Fall ein Vertrag gemäß § 151 BGB zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Entscheidend ist, ob das Verhalten der Beklagten den Eindruck erwecken konnte, daß sie bei Nichtrücksendung des Ersatzloses einen Vertragsschluß annehme.

Im Brief vom 19. März 1954 erklärte die Beklagte ausdrücklich, daß sie infolge der Nichtrücksendung des Ersatzloses habe annehmen müssen, daß der Vater des Klägers gewillt sei, es zu spielen. Ob sie diesen Standpunkt "nachhaltig" vertreten hat, worauf das Berufungsgericht allein abstellt, ist ohne Belang. Entscheidend ist auch hier, ob der Kläger auf Grund dieses Schreibens in Verbindung damit, daß er auch den Brief von 1953 schon in einem gleichen Sinne verstanden haben will, annehmen konnte, bei Nichtrücksendung des Ersatzloses bestehe entsprechend einer eigenen Einstellung der Beklagten auch die Möglichkeit einer schlichten Annahme der Offerte ohne eine besondere Erklärung gegenüber der Beklagten.

Eine Prüfung des Verhaltens der Beklagten unter den erwähnten Gesichtspunkten läßt sich nicht als überflüssig bezeichnen. Sollte das Berufungsgericht auf Grund seiner tatrichterlichen Prüfung zu dem Ergebnis kommen, daß die

beiden hier erwähnten Fälle nur "Einzelfälle" seien, die noch keinen Schluß auf eine Verzichtserklärung im Sinne des § 151 BGB gestatteten, so müßte es auch der Behauptung des Klägers Beachtung schenken, daß die Beklagte allgemein den Standpunkt eingenommen habe, daß ein Vertrag auch gemäß § 151 BGB zustandekommen könne; denn durch eine von der Beklagten allgemein beachtete Praxis würden auch die Erklärungen im Verhältnis zum Vater des Klägers eines rein individuellen Charakters entkleidet worden sein, so daß sie von ihm als Ausdruck eines in allen gleichgelagerten Fällen gelten sollenden Willens hätten aufgefaßt werden können.

Ob das tatsächlich der Fall war, ist eine andere Frage. Der Revision ist aber zuzugestehen, daß aus der Tatsache, daß der Vater des Klägers den Annahmeschein am 20. Juli 1954 abgesandt hat, nicht gefolgert werden kann, daß er und der Kläger an die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses nach Maßgabe des § 151 BGB garnicht gedacht hätten (§ 286 ZPO); denn es ist nicht so, daß nur an einen Vertragsabschluß entweder gemäß § 148 BGB oder gemäß § 151 BGB gedacht werden könnte; vielmehr stehen beide Möglichkeiten nebeneinander, und es ist durchaus nicht ausgeschlossen, daß jemand, der von der rechtlichen Entbehrlichkeit einer zugangsbedürftigen Annahmeerklärung ausgeht, später dennoch die Erklärung einschickt, um dadurch den schon vollzogenen Vertragsabschluß auch förmlich zum Ausdruck zu bringen.

Eine besondere Frage ist auch die, ob das Ersatzlos rechtzeitig angenommen worden ist. Hierzu hat der Kläger unter Beweisantritt behauptet, daß dies jedenfalls am 16. Juli 1954 geschehen sei, als sein Vater den Brief an die Beklagte zur Absendung fertig gemacht habe.

Sollte es bei der Entscheidung auch auf das von der

Beklagten behauptete Mahnschreiben ankommen, dann wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob damit, falls ein Vertrag beim Zugang des angeblichen Briefes noch nicht abgeschlossen war, für die Zukunft die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses nach § 151 BGB ausgeschlossen worden ist oder ob dem nicht so war; hierbei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, ob Anmahnungen auch in den früheren Fällen vorgenommen worden sind und ob der Anmahnung im vorliegenden Falle eine andere Bedeutung zugekommen sei als die vom Kläger unter Berufung auf verschiedene Auskünfte behauptete.

3.) Der Kläger hat schließlich behauptet, daß die Beklagte gerade auch im vorliegenden Falle das Ersatzlos auf seine Rechnung habe spielen lassen, und sich zum Beweise hierfür auf eine Vernehmung des Inhabers der Beklagten berufen. Auch dieses Vorbringen kann nicht als unerheblich bezeichnet werden, zumal für seine Richtigkeit auch schon das angebliche Anmahnungsschreiben der Beklagten vom 14. Juli 1954 sprechen könnte, nämlich dann, wenn die Beklagte das Ersatzlos schon vor diesem Zeitpunkt hat weiterspielen lassen.

Hätte sie dies in dem Bewußtsein und mit dem Willen getan, damit die Interessen des Klägers wahrzunehmen, so könnte unter Umständen eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen, die das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Entscheidung des RG in SA 94/85 mit Recht als eine Möglichkeit hervorhebt, die nicht nur zu Pflichten, sondern auch zu Rechten des Kunden führen kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt muß der Klageanspruch notfalls noch weiter geprüft werden. Daß diesbezüglich "jeglicher Sachvortrag bzw. Beweisantritt des Klägers" fehle, wie das Berufungsgericht meint, trifft nicht zu. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß der Kläger behauptet hat, die Beklagte habe in al-

len Fällen einer Nichtrücksendung des Ersatzloses - also auch in seinem Falle - das Los für Rechnung des Kunden weitergespielt, und daß er wiederholt seinen Anspruch gerade auch damit begründet hat, daß die Beklagte ihn mit dem Preis für das Ersatzlos belastet haben würde, wenn dieses keinen Gewinn gezogen hätte. Dieser Vortrag bietet hinreichenden Anlaß, den Klageanspruch - notfalls nach einer weiteren Aufklärung gemäß § 139 ZPO - auch unter dem hier behandelten rechtlichen Gesichtspunkt nachzuprüfen. Daß der Kläger keine genaue Kenntnis von den internen Vorgängen bei der Beklagten haben kann, liegt in der Natur der Sache. Sein "Verdacht" ist aber mit soviel nachprüfbaren Momenten gestützt worden, daß eine Übergehung dieses Klagegrundes nicht zu rechtfertigen ist.

Nach alledem muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§§ 564, 565 ZPO). Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision überlassen.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Wolany

Bundesrichter Dr. Beyer ist
erkrankt und daher an der
Leistung der Unterschrift
verhindert.

Dr. Pagendarm

Dr. Hußla