

Verkündet
am 13. Januar 1964
Wüst,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2198 079

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

der Firma G [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in F [REDACTED], S [REDACTED] strasse [REDACTED], vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Dr. Wilhelm [REDACTED] in
F [REDACTED], S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Kaufmann Rudolf R [REDACTED] in B [REDACTED], K [REDACTED]
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. Januar 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Messner
und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 24. Mai
1961 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 9. Juni 1959 verhandelte der Leiter der Versandabteilung der Klägerin, eines Versandgeschäftes, der Zeuge A■■■■■, mit dem Beklagten, der damals alleiniger Inhaber einer Kleiderfabrik war, über die Lieferung von Damenkonfektionskleidern. Bevor ihm noch die auf dem Lager des Beklagten befindlichen Modelle gezeigt worden waren, soll er nach der Behauptung der Klägerin erklärt haben, er kaufe 400 Kleider "en bloc zur späteren Einteilung". A■■■■■ wählte nach Besichtigung der Modelle 9 Kleider aus, die der Beklagte der Klägerin am 10. Juni 1959 gegen "Festrechnung" übersandte. Ein Kleid schickte die Klägerin am 29. Juni 1959 mit der Begründung zurück, daß es nicht zu ihrer Kollektion passe. 7 Kleider nahm sie dagegen in ihren Herbst/Winterkatalog auf, ohne aber den Beklagten hiervon zu verständigen. Am 7. August 1959 bestellte die Klägerin eine Anzahl Kleider in verschiedenen Größen unter Verwendung von vorgedruckten "Auftragsscheinen". Der Beklagte, dessen Betrieb inzwischen in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt war, lehnte die Ausführung der Aufträge ab. Er beharrte auch auf diesem Standpunkt, nachdem die Klägerin ihm zur Erfüllung des nach ihrer Ansicht bereits am 9. Juni 1959 verbindlich zustandekommenen Kaufvertrages eine Nachfrist gesetzt hatte und diese Frist abgelaufen war. Die Klägerin verlangte daraufhin Schadensersatz wegen Nichterfüllung und klagte einen Betrag von 7 196,25 DM nebst Zinsen ein.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Ohne Rechtsirrtum verneint das Berufungsgericht das Zustandekommen eines Sukzessivlieferungsvertrages des Inhalts, daß der Beklagte verpflichtet war, die von der Klägerin jeweils abzurufenden Kleider der einzelnen von ihr ausgewählten Modelle zu fertigen und zu liefern.

1. Das Landgericht hatte bereits darin, daß der Beklagte bei Beginn der Besprechung vom 9. Juni 1959 äußerte, er sei nur an dem Geschäft interessiert, wenn die Klägerin mindestens 4 bis 500 Kleider abnehme, eine Vertragsofferte gesehen, die der Vertreter der Klägerin, der Zeuge A [REDACTED], mit seiner Antwort, er kaufe 400 Stück "en bloc zur späteren Minteilung" angenommen habe. Das Berufungsgericht deutet die Erklärung des Beklagten rechtlich einwandfrei anders, nämlich dahin, sie habe nur der Klarstellung dienen sollen, unter welchen Voraussetzungen weitere Vertragsverhandlungen für den Beklagten von Interesse gewesen seien. Hatte sie aber lediglich diesen Inhalt, so liegt, was die Revision auch nicht angreift, eine rechtswirksame Vertragsofferte nicht vor.

2. Auch die Äußerung des Vertreters A [REDACTED] der Klägerin, er kaufe 400 Kleider, auf die sich die Klägerin in erster Linie beruft, hält das Berufungsgericht nicht für einen Kaufantrag, der von dem Beklagten durch eine etwa in der Übersendung der 9 Kleider liegende schlüssige Erklärung hätte angenommen werden können. Das Berufungsgericht sieht nämlich nicht als erwiesen an, daß die Erklärung dahin zu verstehen gewesen sei, der Vertreter A [REDACTED] wolle die Klägerin jetzt schon binden, mindestens 400 Kleider abzunehmen und sich lediglich vorbehalten, die Anzahl

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



der Kleider auf die einzelnen noch auszuwählenden Modelle zu verteilen. Nach seiner Ansicht ist A [REDACTED] mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zum Personal der Klägerin nicht als zuverlässiger Zeuge anzusehen. Auch die Lebenserfahrung, so führt das Berufungsgericht weiter aus, spreche dagegen, daß ein erfahrener Kaufmann sich an einen Lieferungsvertrag binde, ohne vorher die Ware besichtigt und die Preise erfahren zu haben. Entscheidendes Gewicht legt das Berufungsgericht schließlich auf den Umstand, daß der Zeuge seine Aussage beim Landgericht (er kaufe hiermit 400 Kleider "en bloc zur späteren Finteilung") bei seiner Vernehmung im zweiten Rechtszuge nicht mehr vollständig aufrechterhalten hat. (Aussage vor dem Berufungsgericht: er kaufe hiermit 400 Kleider). Nach Ansicht des Berufungsgerichts stimmt die Bekundung des Vertreters A [REDACTED] aber auch mit der Aussage des bei der Verhandlung vom 9. Juni 1959 ebenfalls anwesenden Vertreters des Beklagten S [REDACTED] nicht überein. Dieser Zeuge hat nämlich bekundet, A [REDACTED] habe sich dahin geäußert, die Klägerin nehme mindestens 400 Kleider ab. Das Berufungsgericht gelangt dann unter Würdigung aller Umstände zu dem Ergebnis, Arlandt könne allenfalls zum Ausdruck gebracht haben, die Klägerin werde für den Fall, daß es später zum Abschluß eines bindenden Liefervertrages kommen sollte, die genannte Anzahl von Kleidern abnehmen. In einer solchen Erklärung sieht es folgerichtigerweise nur die Antwort auf eine vorausgegangene Frage des Beklagten nach dem voraussichtlichen Umfang des etwa abzuschließenden Geschäfts. Diese Würdigung ist im Hinblick auf die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden. Auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß der Vertreter A [REDACTED] der Klägerin anschließend an seine Erklärung sich die Kleider vorführen ließ, 9 Modelle auswählte und um deren Übersendung zu Festpreisen bat, ist keine andere rechtliche Deutung geboten. Auch diese Vorgänge zwingen nicht zu der An-

nahme, daß der Vertreter A [REDACTED] die Klägerin habe binden wollen oder daß doch mindestens seine ausdrücklichen und schlüssigen Erklärungen nur in diesem Sinne zu verstehen gewesen seien.

Vergebens rügt die Revision, die Bekundungen des Zeugen A [REDACTED] in den beiden Rechtszügen ließen nicht den Schluß zu, er sei, wie das Berufungsgericht es ausdrückt, im zweiten Rechtszuge etwas zurückgewichen. Es ist entgegen der Ansicht der Revision nicht ausschlaggebend, daß der Zeuge im Berufungsverfahren die nach Ansicht der Revision allein maßgeblichen Worte: "Hiermit kaufe ich" wiederholt hat. Das Berufungsgericht war im Rahmen seines im Revisionsrechtszuge nur beschränkt nachprüfbaren tatrichterlichen Ermessens nicht gehindert, in dem Umstand, daß die Aussage des Zeugen den im ersten Rechtszug bekundeten Satz, es handele sich um einen Kauf "en bloc zur späteren Einteilung" nicht mehr enthielt, ein Zurückweichen des Zeugen und damit eine Unsicherheit zu erblicken.

Ebensowenig läßt die Würdigung der Aussage des Zeugen S [REDACTED] einen Rechtsverstoß erkennen. Vergeblich leugnet die Revision einen Widerspruch zwischen der Bekundung des Zeugen Arlandt, seine Äußerung habe gelautet, "er kaufe hiermit ...", und der Aussage des S [REDACTED], die Erklärung des Arlandt sei dahin gegangen, die Klägerin "nehme ab". Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Bekundung des Zeugen S [REDACTED] dahin würdigt, Arlandt habe nur eine Abnahme in Aussicht gestellt. Die rechtliche Deutung, welche das Berufungsgericht den Erklärungen des Zeugen A [REDACTED] bei den Verhandlungen vom 9. Juni 1959 gibt, begegnet umsoweniger Bedenken, als keine der Parteien der anderen trotz der wirtschaftlichen Bedeutung eines so umfangreichen Sukzessivlieferungsvertrages im Anschluß an die Verhandlung vom 9. Juni 1959 ein im kauf-

männischen Verkehr allgemein übliches Bestätigungsschreiben über den angeblichen Vertragsschluß übersandt hat.

3. Weiterhin erblickt die Revision in der Auffassung des Berufungsgerichts, die Lebenserfahrung spreche dafür, daß ein Kaufinteressent sich in der Regel erst nach Besichtigung der Ware binde, einen Verstoß gegen § 286 ZPO. Da der Kaufentschluß ein individueller Vorgang sei, lasse sich ein solcher Erfahrungssatz nicht aufstellen. Es sei im Gegenteil davon auszugehen, daß vielfach Waren ohne vorherige Besichtigung gekauft würden.

Die Auffassung des Berufungsgerichts ist jedoch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Entgegen der Ansicht der Revision ist es, wie auch dem erkennenden Senat bekannt ist, im Handelsverkehr allgemein üblich, daß der Einkäufer eines Handelsgeschäftes die Ware besichtigt, ehe er eine umfangreiche Bestellung aufgibt. Die Besichtigung der Ware an Ort und Stelle wird in der Regel der Zweck seiner Reise zum Verkäufer sein. Die Feststellung einer solchen Lebenserfahrung steht auch nicht, wie die Revision geltend macht, im Widerspruch zu der in §§ 243 Abs. 1, 316 BGB über die nähere Bestimmung des Leistungsgegenstandes getroffenen Regelung. Die gesetzliche Vorschrift, daß bei Gattungsschulden Sachen mittlerer Art und Güte zu leisten sind, hat mit der streitigen Lebenserfahrung, daß der Käufer in aller Regel die für den Einkauf vorgesehenen Sachen erst zu besichtigen pflegt, bevor er sich bindet, nichts zu tun. § 243 Abs. 1 BGB setzt gerade voraus, daß der Käufer die Sache nach der Gattung, d.h. nach ihrer Zugehörigkeit zu einer Sachgruppe mit bestimmten Eigenschaften bereits ausgewählt hat. Die Lebenserfahrung hat es nur mit dieser auswählenden und in der Regel mit einer Besichtigung verbundenen Tätigkeit des Käufers zu tun und nicht mit der gesetzlichen Re-

gelung, durch welche die übrigen bei der Auswahl nicht festgelegten Eigenschaften der Kaufsache bestimmt werden. Auch § 316 BGB setzt voraus, daß die Auswahl des Leistungsgegenstandes getroffen ist. Die gesetzliche Regelung erstreckt sich nur auf den Umfang der Gegenleistung (meist der zu zahlende Preis).

Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen nichts dafür vorgebracht, daß im Verkehr mit Versandhäusern dieser Erfahrungssatz nicht gelte. Auch eine Verletzung des § 139 ZPO wird von der Revision nicht gerügt. Deshalb ist es auch kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht den von ihm angenommenen Erfahrungssatz im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung als Beweisanzeichen gegen die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin, fest gekauft zu haben, heranzieht. Dieses Vorgehen des Berufungsgerichts ist nicht zu verwechseln mit der Anwendung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins. Das Berufungsgericht hat nicht etwa, was die Revision verkennt, von der Tatsache ausgehend, daß die Erklärung des Zeugen A [REDACTED] vor der Besichtigung der Kleider abgegeben wurde, unter Anwendung des erörterten Erfahrungssatzes einen typischen Geschehensablauf angenommen, dessen Ergebnis das Ausbleiben einer Entschließung des Zeugen A [REDACTED] (nicht zu kaufen) gewesen wäre. Es hat vielmehr die Erweislichkeit der Darstellung der Klägerin in einer Beweisaufnahme (durch Vernehmung von Zeugen) geprüft und dabei die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen an dem angeführten Erfahrungssatz gemessen. Stützt das Berufungsgericht somit seine Beweiswürdigung überhaupt nicht auf die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins, so bedarf es auch keiner Stellungnahme zu der Streitfrage, ob diese Grundsätze Anwendung finden dürfen, wenn es sich um die Feststellung eines individuellen Willensentschlusses angesichts einer beson-

deren Lage handelt (vgl. hierzu BGH Urt. vom 12. November 1957 - VIII ZR 311/56 - = LM BGB § 123 Nr. 16; vom 10. April 1958 - II ZR 334/58 - = WM 1958, 991 und vom 30. Mai 1960 - V ZR 16/59 - = WM 1960, 881).

4. Ob in der am 10. Juli 1959 erfolgten Übersendung der 9 Modellkleider an die Klägerin ein von dem Beklagten ausgehender Antrag auf Abschluß eines Sukzessivlieferungsvertrages zu sehen ist, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen. Denn selbst wenn darin ein Antrag zu erblicken wäre, so führt es aus, hätte jedenfalls die Klägerin diesen Antrag nicht zu einem Zeitpunkt angenommen, in welchem der Beklagte den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen hätte erwarten dürfen (§ 147 Abs. 2 BGB). Die Entscheidung der Klägerin hätte auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß zunächst die fotografische Erfassung der Kleider erforderlich war, spätestens Mitte Juli 1959 bei der Beklagten eingehen müssen; das sei aber nicht geschehen. Dabei will das Berufungsgericht in der am 29. Juni 1959 mit der Bemerkung erfolgten Rücksendung eines Kleides, daß dieses nicht in die Kollektion der Klägerin passe, eine Annahme des Angebotes auf Abschluß eines Sukzessivlieferungsvertrages nicht erblicken, weil keine der beiden Erklärungen (Übersendung der 9 Kleider und Rücksendung eines Kleides) einen Schluß auf Art und Menge der zu liefernden Kleider zulasse, so daß der Vertrag keinen hinreichend bestimmten Inhalt hätte.

Die Revision greift diese Erwägungen des Berufungsgerichts an. Sie meint, aus der Übersendung der Musterkleider in Verbindung mit den Vorbesprechungen vom 9. Juni 1959 habe sich deutlich ergeben, daß der Beklagte 400 Kleider liefern wollte. Da alle näheren Bedingungen des Liefervertrages am 9. Juni besprochen gewesen seien, habe

nunmehr eine bindende Offerte des Beklagten vorgelegen, die gemäß § 151 BGB einer Annahmeerklärung der Klägerin nicht mehr bedurft habe, welche die Klägerin aber durch die Rücksendung eines Kleides als nicht in die Kollektion passend sogar durch schlüssige Handlung angenommen habe.

Entgegen der Ansicht der Revision ist der Auffassung des Berufungsgerichts, daß auch durch die Übersendung der 9 Musterkleider und die Rücksendung des einen Kleides ein Vertrag nicht zustandegekommen sei, im Ergebnis zu folgen.

Der Revision mag zugegeben werden, daß die Übersendung der 9 Kleider, die dem Zweck dienen sollte, die Klägerin instandzusetzen, nunmehr die Auswahl der an sie zu liefernden Kleider vorzunehmen, in Verbindung mit der Besprechung vom 9. Juni 1959 den Willen des Beklagten deutlich genug erkennen ließ, der Klägerin die 400 Kleider zu liefern, und daß die Klägerin nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrsübung hierin eine bindende Offerte des Beklagten erblicken konnte. Diese Offerte ist aber nicht rechtzeitig angenommen worden. Die Ansicht der Revision, der Vertragsantrag des Beklagten habe einer Annahme durch die Klägerin nicht bedurft, der Kaufvertrag sei vielmehr schon durch das Stillschweigen der Klägerin zustandegekommen, geht fehl. § 151 BGB, auf den die Revision verweist, bestimmt, daß die Annahme des Angebots dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Keine dieser Voraussetzungen ist gegeben. Die erste Alternative betrifft nur diejenigen Fälle des täglichen Lebens, in denen sich bereits eine Verkehrssitte gebildet hat; meist sind es Eilfälle, in denen der Verkehr nicht mit einer Annahmeerklärung rechnet (Bestellung eines Hotelzimmers oder Bestellung des Arztes, Aufträge zur Börse; Fälle des § 663 BGB). Ähnliche Tatbestände will die zweite Alternative des

§ 151 BGB erfassen (Übersendung der Ware zugleich mit dem Vertragsantrag; oder besonders eilige Bestellung einer Ware, wobei der Besteller nicht mit einer besonderen Annahmeerklärung, sondern nur mit der sofortigen Übersendung der bestellten Ware rechnet). Für den vorliegenden Sachverhalt scheidet daher die Anwendung des § 151 BGB aus.

Auch wenn die Revision die Ansicht vertreten sollte, die Annahme könne dadurch erfolgt sein, daß der Beklagte das Schweigen der Klägerin auf die Übersendung der 9 Musterkleider nach Treu und Glauben als Annahmeerklärung habe deuten dürfen und auch gedeutet habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Schweigen auf ein Vertragsangebot gilt grundsätzlich als Ablehnung. Die für das Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben geltenden Grundsätze können hier keine Anwendung finden. Eine Deutung des Schweigens der Klägerin im Sinne einer Annahmeerklärung muß vielmehr von vornherein schon deshalb ausscheiden, weil sich der Beklagte sogar im klaren darüber war, daß sich die Klägerin erst nach der fotografischen Erfassung der ihr übersandten Kleider schlüssig werden konnte.

Die Revision irrt auch in ihrer Auffassung, die Rücksendung des einen Modellkleides mit der Bemerkung, es passe nicht in die Kollektion, könne nur als eine hinreichend deutliche Erklärung der Klägerin aufgefaßt werden, daß sie sich nunmehr an den ihr angetragenen Liefervertrag über 400 noch auszuwählende Kleider gebunden fühle und damit den Vertragsantrag des Beklagten annehme. Auch bei der Beurteilung dieser Frage kommt dem Umstande besondere Bedeutung zu, daß sich die Parteien darüber im klaren waren, die Klägerin werde die Kleider erst noch in Berlin fotografieren lassen, um festzustellen, ob sie sich zur Aufnahme in den Katalog eigneten. Aus der Rücksendung des einen Kleides brauchte der Beklagte unter diesen Umständen nicht zu entnehmen, daß die

Klägerin ein Angebot auf Abschluß eines Sukzessivlieferungsvertrages über 400 Kleider angenommen habe. Der Beklagte durfte sich vielmehr nach Treu und Glauben und der Verkehrssübung darauf verlassen, daß sein Angebot ohne eine klare und eindeutige Erklärung der Klägerin nach angemessener Zeit, also spätestens nach Durchführung der fotografischen Erfassung der bei der Klägerin verbliebenen Musterkleider (Mitte Juli 1959) erlöschen werde (§ 146 BGB).

Da eine solche Erklärung vor diesem Zeitpunkt bei dem Beklagten nicht einging und die Teilbestellung der Klägerin vom 7. August 1959 zu spät erfolgte, um noch als Annahmeerklärung gewertet werden zu können, ist es nicht zum Abschluß des in Aussicht genommenen Sukzessivlieferungsvertrages gekommen.

II. Der Revision kann auch nicht in der Ansicht gefolgt werden, die Parteien hätten zumindest einen Vorvertrag abgeschlossen. Auch ein Vorvertrag setzt als Mindestanforderung voraus, daß die Parteien eine vertragliche Bindung erzielt haben. In der Verhandlung vom 9. Juni 1959 ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder ein Vorvertrag noch ein Rahmenvertrag zustandegekommen, weil diese Verhandlungen, wie bereits erörtert wurde, eine Bindung der Parteien nicht erzeugt haben, noch überhaupt haben erzeugen sollen. Geht man davon aus, daß in der Übersendung der 9 Musterkleider ein Vertragsantrag des Beklagten auf Abschluß eines Sukzessivlieferungsvertrages über 400 Kleider gelegen hat, so bestehen allerdings keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme, daß hierin als das Geringere auch eine Offerte auf Abschluß eines Vorvertrages liegen kann. Dieses Angebot ist aber nicht angenommen worden, denn dieselben Gründe, die dafür maßgebend sind, das Vorliegen einer stillschweigenden oder schlüssigen Annahmeerklärung für einen endgültigen Sukzessivlieferungsvertrag abzulehnen,

haben auch Geltung, wenn die Vorgänge daraufhin gewürdigt werden, ob es zum Abschluß eines Vorvertrages gekommen ist.

Auch ein Vorvertrag, aus dem die Klägerin Rechte herleiten könnte, scheidet daher aus.

III. Für eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß, auf die die Revision ebenfalls hinweist, ergeben die im Berufungsurteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen keine Anhaltspunkte. Sie werden auch weder von der Revision aufgezeigt, noch wird von ihr unter diesem Gesichtspunkt ein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts gerügt.

IV. Das Berufungsgericht hat daher die Klage zu Recht abgewiesen. Die Revision erweist sich demnach als unbegründet. Sie muß mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner Mormann