

Verkündet am 29. April 1958
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

14
2340 100

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Willi H [REDACTED] in Hi [REDACTED], R [REDACTED]
ring [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Witwe Emmi P [REDACTED] geb. G [REDACTED], als Erbin
und Testamentsvollstreckerin des verstorbenen Inhabers
der Firma Karl P [REDACTED] in H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
 2. den Bauingenieur Helmut P [REDACTED] in B [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],
 3. Frau Hildegard I [REDACTED] geb. P [REDACTED] in H [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],
 4. den Baupraktikanten Jürgen P [REDACTED] in H [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],
 5. die minderjährige Karin P [REDACTED],
 6. die minderjährige Christa P [REDACTED],
- zu 5 und 6 gesetzlich vertreten durch die Beklagte zu 1,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. April 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Celle vom 9. Juli 1957
wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die ursprüngliche Beklagte, eine Baufirma, hatte im Mai 1952 auf ihrem Lagerplatz in Sa [REDACTED] einen größeren Posten gebrauchter Schienen auf Lager. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihr hiervon etwa 400 to Schienen zum Preise von 330 DM je Tonne verkauft, und verlangt Ersatz des Schadens, der ihr durch Nichterfüllung des Vertrages entstanden sei. Sie hat ihn mit einem Teilbetrage von 16.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 28. April 1955 - II ZR 51/54 - aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

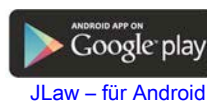
Im zweiten Berufungsverfahren ist der Alleininhaber der ursprünglich beklagten Firma gestorben. Die Klägerin hat den Rechtsstreit gegen die Erben und zugleich gegen die Testamentsvollstreckerin, die Beklagte zu 1, aufgenommen. Sie hat beantragt, die Beklagten zu 1 bis 6 als Gesamtschuldner zur Zahlung, und außerdem die Beklagte zu 1 zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu dulden.

Das Berufungsgericht hat nunmehr die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt diese ihre zuletzt gestellten Ansprüche weiter, während die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß nach dem Wunsche der Klägerin der Kaufvertrag mit der Zusicherung geschlossen werden sollte, daß die ursprüngliche Beklagte der Klägerin gleisfähige Schienen im Sinne der besonderen Bestimmung dieses Begriffes durch den Inhaber der Klägerin verkaufe. Es hat danach geprüft, ob die Parteien sich im Verlaufe ihrer Vertragsverhandlungen zuletzt doch darauf geeinigt hatten, daß die Schienen als gleisfähig in dem von der Klägerin näher bestimmten Sinne verkauft werden sollten. Das Berufungsgericht hat jedoch auf Grund der weiteren Beweisaufnahme nicht die Überzeugung gewinnen können, daß der Inhaber der ursprünglich beklagten Firma zuletzt die Bezeichnung Gleisfähigkeit dem Inhaber der Klägerin gegenüber akzeptiert habe. Dies wird von der Revision nicht angegriffen. Sie meint aber, das Berufungsgericht habe übersehen, daß nach seinen nunmehr getroffenen Feststellungen versteckter Dissens im Sinne des § 155 BGB vorliege. Es hätte deshalb prüfen müssen, ob der Vertrag auch geschlossen sein würde, ohne daß die frühere Beklagte eine verbindliche Kennzeichnung des Vertragsgegenstandes als gleisfähige Schienen anerkannte. Angesichts des Einvernehmens beider Parteien bei dem Ferngespräch am 13. Mai 1952 darüber, daß lediglich die mangelhaften Schienen ausgeschieden werden sollten, und angesichts des Umstandes, daß der damalige Inhaber der Firma sich auf den Begriff der Gleisfähigkeit wegen seiner Mehrdeutigkeit nicht festlegen wollte, sei die Annahme begründet, der Vertrag würde von beiden Seiten auch geschlossen sein, wenn in dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 15. Mai 1952 statt des Wortes "Gleisfähigkeit" lediglich der Ausschluß der "lädierten und verrosteten" Schienen enthalten gewesen wäre. Damit wäre der Kaufgegenstand so gekennzeichnet.



net gewesen, wie es den Erklärungen des verstorbenen Inhabers der zunächst Beklagten in dem Ferngespräch vom 13. Mai 1952 entsprochen hätte. Diese Erwägungen können der Revision nicht zum Erfolg verhelfen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts umfaßt der Begriff Gleisfähigkeit Schienen verschiedener Güteklassen, nämlich sowohl die für den Bundesbahnbetrieb geeigneten Schienen wie auch die Schienen, die wegen einer gewissen Abnutzung am Schienenkopf nicht mehr für den Betrieb der Bundesbahn, wohl aber für langsamen Bahnbetrieb auf Baustellen und in anderen Betrieben geeignet sind. Die hier zu verkaufenden Schienen entsprachen seiner Auffassung nach allenfalls der unteren Güteklasse. Der Inhaber der ursprünglichen Beklagten habe sich deshalb, so führt das Berufungsgericht aus, offenbar zur Vermeidung von Verwechslungen und sonstigen Schwierigkeiten gegen die Aufnahme einer Kennzeichnung seiner Ware in den Vertrag zur Wehr gesetzt, die in ihrer Gütebezeichnung über den Gütegrad hinausging, der seiner Ware beizumessen war. Er sei zwar nach seinen Erklärungen schließlich zu der zunächst auch abgelehnten Aussortierung geschädigter Schienen bereit gewesen und habe der Klägerin Schienen, die nicht "verrostet" und nicht "lädiert" waren, verkaufen, sich aber auch zuletzt nicht dem Verlangen der Klägerin unterwerfen wollen, sie als gleisfähig zu verkaufen und diese Kennzeichnung Vertragsbestandteil werden zu lassen. Gegenüber diesen Feststellungen kann die Klägerin, die noch in ihrem Bestätigungsschreiben vom 15. Mai 1952 auf diese Kennzeichnung Wert gelegt hat, nicht mit der Behauptung durchdringen, sie hätte sich mit einer anderen Benennung des Vertragsgegenstandes begnügt und der Vertrag würde auch ohne Verwendung des Begriffs der Gleisfähigkeit abgeschlossen worden sein.

Dabei kann entgegen der Auffassung der Revisionsbeantwortung davon ausgegangen werden, daß die fehlende Einigung rechtlich nicht als offener Einigungsmangel (§ 154 BGB), sondern als ein versteckter Einigungsmangel im Sinne des § 155 BGB zu beurteilen ist. Auch bei verstecktem Einigungsmangel kommt der Vertrag grundsätzlich nicht zustande. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Mangel sich auf einen nach dem Parteiwillen unwesentlichen Punkt bezieht. Diese Ausnahme hat derjenige zu beweisen, der die Wirksamkeit des Vertrages behauptet. Deshalb hätte die Klägerin Umstände darlegen müssen, die den von der Übereinstimmung ausgeschlossenen Punkt als unwesentlich erscheinen lassen. Da die fehlende Übereinstimmung eine Erklärung betraf, die für den Umfang der den Verkäufer treffenden Pflichten von wesentlicher Bedeutung sein konnte und die Klägerin auf die Verwendung des Begriffs der Gleisfähigkeit in ihrem Bestätigungsschreiben vom 13. Mai 1952 und trotz des Widerspruchs der ursprünglichen Beklagten auch noch in ihrem Schreiben vom 15. Mai 1952 Wert gelegt hat, bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß sich der Einigungsmangel auf einen unwesentlichen Punkt bezogen habe und der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde. Deshalb muß auch bei Anwendung des § 155 BGB der Vertrag als nicht zustande gekommen angesehen werden, so daß der Ansicht der Revision, der Vertrag sei durch die fernmündlichen Erklärungen am 13. Mai 1952 gemäß § 147 BGB geschlossen worden, nicht beigetreten werden kann.

14

Demnach war die Revision der Klägerin mit der
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Dorschel