

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 159/66**URTEIL**

Verkündet am
11. November 1968
Klett,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma O [REDACTED] vorm. G [REDACTED]
in H [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber Kaufmann
Götz H [REDACTED] in H [REDACTED]-K [REDACTED], Am H [REDACTED]
[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

- 1) die Firma H [REDACTED] & S [REDACTED]
in B [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihren persönlich haftenden Gesellschafter, den
Beklagten zu 2,
- 2) den Kaufmann Joachim B [REDACTED]
in B [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 13. Mai 1966 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Inhaber der Klägerin lernte durch Vermittlung ihres Hamburger Gebietsvertreters S. am 22. März 1963 auf der Wassersportausstellung in Berlin den persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten zu 1, den Beklagten zu 2, kennen und verhandelte mit ihm über die Übernahme der Berliner Vertretung der Klägerin für zwei Typen von Motorbooten aus der Produktion der Firma Chris-Craft SA. Im Verlaufe dieser Besprechung soll der Beklagte zu 2 für die Beklagte zu 1 zwei Sportboote, nämlich ein Boot Typ Thompson und ein Boot Typ Gorsair von der Klägerin gekauft haben. Die Beklagten bestreiten dies. Die Klägerin verlangte die Kaufpreise nebst Zinsen für die genannten Boote in gesonderten Klagen. Die beiden Rechtsstreite wurden im Berufungsverfahren miteinander verbunden.

Ihre Ansprüche stützte die Klägerin auf den behaupteten mündlichen Vertragsschluß und darauf, daß sie die ihr erteilten beiden Aufträge mit Schreiben vom 25. März 1963 und diesem Schreiben beigelegten Auftragsbestätigungen förmlich bestätigt habe. Die Beklagten bestreiten die Absendung und den Empfang dieser Schriftstücke. Sie wollen nur ein über einen Kaufabschluß nichts auslegendes Schreiben der Klägerin vom 25. März 1963 erhalten haben, dessen Originaldurchschlag diese im Verlaufe des zweiten Rechtszuges mit der Behauptung vorgelegt hat, auch dieses Schreiben sei am 25. März 1963 an die Beklagten herausgegangen.

Am 19. April 1963 richtete die Klägerin an die beklagte Firma, zu Händen des Beklagten zu 2, folgendes Schreiben:

"Ihr Auftrag vom 25.3.1963"

Sehr geehrter Herr B. ... (Beklagter zu 2)

Eine kleine Frage: haben Sie zufällig ca. DM 5 000,- übrig als 25 %iges Deposit für Ihre Order? Einer speziellen Anordnung von Herrn H. folgend lassen wir diese Anfrage nicht durch die Buchhaltung laufen, sondern behandeln dies über die Verkaufsabteilung, da Herr H. individuelle Behandlung wünscht. Seien Sie bitte so freundlich und denken Sie daran.

Noch etwas: Sie wissen ja, daß wir selbst die Boote der Thompson- und Corsair-Linie von CHRIS+CRAFT nicht gesehen hatten und mit geschlossenen Augen und auf den Namen CHRIS+CRAFT vertrauend mit unseren Aufträgen eingestiegen sind. Die ersten Boote sind jetzt in Hamburg für die Firma Harry A. S. eingetroffen, wir haben sie besichtigt und es ist uns ein großer Stein vom Herzen gefallen. Herrn S. und unsere Meinung ist: wir haben Boote in dieser Ausstattung und Qualität, Verarbeitung und Finish bis in die kleinsten Teile hinein bislang noch nirgendwo gesehen. Rufen Sie



bitte einmal Herrn S [REDACTED] an - Sie kennen ihn ja gut - und unterhalten Sie sich mit ihm darüber. Er wird es Ihnen bestätigen. Nach diesem Gespräch sollten Sie sich überlegen, ob Sie nicht von den kleineren Thompson-Runabouts - wie z.B. den 16' Sunlounger - noch ein oder zwei Stück bestellen sollten. ..."

Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 26. April 1963, das wie folgt lautet:

"Wir bestätigen Ihren Brief vom 19.4.1963. Gleichzeitig begrüßen wir Ihre diskrete Art. Zu unserem Bedauern müssen wir Ihnen aber leider mitteilen, daß wir im Augenblick keine DM 5 000,- übrig haben. Wie Sie selbst wissen, haben wir uns erst verhältnismäßig spät kennengelernt, also zu einem Zeitpunkt, da unser Programm 1963 schon fast umrissen war. Aus diesem Grunde sind wir zur Zeit mit unseren eigenen Importen und Dispositionen restlos engagiert, wofür Sie bitte Verständnis haben wollen.

Aus diesem Grunde möchten wir auch zunächst nicht weiter disponieren, da wir uns nicht übernehmen, sondern erst mal unsere bisherigen Verpflichtungen verdauen wollen.

Es wäre allerdings nett von Ihnen gewesen, wenn Sie uns zwischenzeitlich schon einmal weitere Verkaufsunterlagen zur Verfügung gestellt hätten, damit wir Interessenten auch etwas an die Hand geben können. - Wer solch ein Objekt kaufen will oder soll, will wenigstens einen Prospekt mitnehmen können.

Wir bitten also höflichst, dafür Sorge zu tragen, daß wir die Möglichkeit bekommen, eine intensive Verkaufswerbung zu beginnen.

Bei dieser Gelegenheit erinnern wir auch an die Zusendung der weiteren Verkaufsunterlagen für CHRIS+CRAFT, die Ihr sehr geehrter Herr H [REDACTED] unserem Herrn B [REDACTED] in Essen zusagte.

Ihre weiteren Ausführungen haben wir mit Interesse gelesen. Es würde uns freuen, auch so angenehm überrascht zu werden, wie Sie selbst. Von den bisherigen CHRIS+CRAFT-Lieferungen nach Berlin durch Herrn Dr. T. haben wir bisher wirklich noch nichts Erfreuliches gehört; nur das Gegenteil.

Wir würden es daher besonders dankbar begrüßen, wenn die Lieferungen über Sie allen Beteiligten nur Freude machen."

In dem folgenden Schreiben der Klägerin an die Beklagten vom 6. Mai 1963 heißt es:

"(Abs. 3.) Nach dem uns vorliegenden Versandavis wird das erste Boot für Sie - die 20' Thompson Luxury Cruisette mit 80 PS Volvo - in ca. 3 - 4 Wochen in Hamburg eintreffen. Da wir Herrn H. [REDACTED], der sich zur Zeit nicht in Deutschland befindet, nach dessen Rückkehr Bericht erstatten müssen über alle wesentlichen Geschäftsvorgänge, würden wir es sehr begrüßen, wenn Sie uns zwischenzeitlich gemäß Auftragsbestätigung zumindest eine Anzahlung in Höhe von DM 5 000,- zukommen lassen könnten.

Weitere Verkaufsunterlagen werden Ihnen in Kürze zugehen."

Mit Schreiben an die Beklagten vom 16. Mai 1963 teilte die Klägerin unter Bezugnahme auf ihre Auftragsbestätigung vom 25. März 1963 mit, das Boot Thompson 20' Luxury Cruisette werde in diesen Tagen in Hamburg eintreffen; sie erinnerte gleichzeitig noch einmal an das "Finanzielle" und erklärte, sie wäre sehr dankbar, wenn die Beklagte in dieser Angelegenheit etwas für sie, die Klägerin, tun könnte.

Am 22. Mai 1963 schrieb die Beklagte an die Klägerin:

"Wir bestätigen Ihren heutigen Anruf. Danach steht ein Boot für uns in Hamburg bereit. Es ist uns im Augenblick nicht möglich, dieses Boot zu übernehmen, da wir einfach keinen Platz dafür haben. Aus diesem Grunde bitten wir Sie, über das Boot anderweitig zu verfügen."

Mit Schreiben vom 24. Mai 1963 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie werde das Boot für sie einlagern.

Damit sei dann ihre Lieferpflicht erfüllt. Die Rechnung der Klägerin vom 28. Mai 1963, mit der sie für das Boot den Betrag von 19 592,80 DM verlangte, sandte die Beklagte mit dem Bemerken zurück, ihr liege eine Auftragsbestätigung nicht vor.

Unter dem 21. Juni 1963 schrieb die Klägerin der Beklagten, das Motorboot Corsair halte sie am 25. Juni 1963 im Hamburg-Hafen für die Beklagte zur Abholung gemäß Auftragsbestätigung vom 25. März 1963 bereit. Die Beklagte lehnte Abnahme und Bezahlung dieses Bootes ebenfalls ab.

Das Landgericht erhob über die Absendung der Auftragsbestätigungen vom 25. März 1963 Beweis und beidigte sodann in einem Termin, in dem die Anhörung des Inhabers der Klägerin und des Beklagten zu 2 vorgesehen, dieser jedoch nach einer Entschuldigung nicht erschienen war, den Inhaber der Klägerin auf seine Aussage. Es verurteilte sodann die Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Beträge.

Das Oberlandesgericht wies nach Anhörung des Inhabers der Klägerin und Vernehmung des Beklagten zu 2 als Partei die Klageansprüche ab.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung der beiden landgerichtlichen Urteile.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält den behaupteten mündlichen Kaufvertrag über die beiden Boote nicht für bewiesen. Den ihr obliegenden Beweis könne die Klägerin mit der eidlichen Vernehmung ihres Inhabers durch das Landgericht nicht erbringen. Diese sei unzulässig gewesen, weil nach dem Ergebnis der Verhandlungen und der bis dahin erfolgten Beweisaufnahme keine Wahrscheinlichkeit für die Klagebehauptungen bestanden habe. Selbst wenn aber die Vernehmung des Inhabers der Klägerin als zulässiges Beweismittel anzusehen, demgemäß zu werten und zur Beurteilung der uneidlichen Aussage des Beklagten zu 2 heranzuziehen wäre, würde sie "für sich" keinen hinreichenden Beweiswert besitzen, weil sie ohne genügenden Gehalt sei und lediglich eine Bestätigung der Parteibehauptungen darstelle. Dies legt das Berufungsgericht näher dar, wobei es ausführt, der Inhaber der Klägerin habe weder bei seiner Parteivernehmung im ersten Rechtszuge angegeben, noch bei seiner Anhörung vor dem Senat mitteilen können, was der Beklagte zu 2 denn eigentlich bei der angeblichen Bestellung gesagt habe.

Das Berufungsgericht hält ferner nicht für bewiesen, daß die Klägerin das Bestätigungsschreiben vom 25. März 1963 (mit den beiden Anlagen) abgesandt habe. Es sei vielmehr möglich, daß dem Brief, den sie am 25. März 1963 abgesandt habe, nur das sog. Rundschreiben vom 25. März 1963 mit Prospekten beigelegt habe. Jedenfalls sei der Zugang des Bestätigungsschreibens mit Anlagen bei den Beklagten nicht bewiesen.

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß die Parteivernehmung des Inhabers der Klägerin im ersten Rechtszuge unzulässig gewesen sei. Es übersehe bei dieser Auffassung, daß das Landgericht die Entscheidung über diese Vernehmung nach freiem Ermessen zu treffen hatte. Mindestens hätte, so meint die Revision, das Berufungsgericht die Erklärungen des Inhabers der Klägerin als Parteiaussage würdigen müssen. Es habe zwar ausgeführt, daß das Ergebnis selbst dann kein anderes sein könne, wenn man die Vernehmung des Klägers berücksichtige. Hierbei habe das Berufungsgericht jedoch wesentliches Vorbringen und wesentliche Teile der Aussage des Inhabers der Klägerin übergangen. Soweit ihm dessen Bekundungen nicht ausreichend erschienen, hätte es den Sachverhalt, soweit er sich auf die Verhandlungen in Berlin bezog, weiter durch Befragen klären müssen. Überdies ergebe das Verhalten der Beklagten auf das Schreiben der Klägerin vom 19. April 1963 ein beschränktes Zugeständnis, das die Beklagten gegen sich gelten lassen müßten.

Mit diesen Rügen kann die Revision nicht durchdringen.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob die eidliche Vernehmung des Inhabers der Klägerin unzulässig war. Jedenfalls durfte das Berufungsgericht, nachdem es den Inhaber der Klägerin im Berufungsverfahren angehört hatte, aufgrund der Angaben der Beklagten zu dem Ergebnis gelangen, daß die Bekundungen des Inhabers der Klägerin nicht ausreichten, den ihr obliegenden Beweis zu erbringen. Das gilt sowohl für die Bekundungen über die Besprechungen in Berlin als auch für die Aussage des Inhabers der Klägerin über angebliche Er-

klärungen des Beklagten zu 2 bei einer späteren Begegnung in Essen. Auch in diesem Punkt hatten die Beklagten die Darstellung der Klägerin bestritten und außerdem erklärt, der Beklagte zu 2 sei bereit, das Gegenteil zu beschwören. Unter diesen Umständen kann dem Berufungsgericht nicht der Vorwurf gemacht werden, bei der ihm zustehenden tatrichterlichen Beurteilung sei seine Würdigung rechtsfehlerhaft.

2. Das Berufungsgericht durfte bei der erneuten Wertung der Aussage des Inhabers der Klägerin im Zusammenhang mit der Vernehmung des Beklagten zu 2 auch in Betracht ziehen, daß der zur Beurteilung stehende Sachverhalt im zweiten Rechtszuge sich erweitert hatte, indem nunmehr unbestritten feststand, daß die Klägerin am 25. März 1963 ein Rundschreiben an den Beklagten abgesandt hatte. Die Revision geht selbst davon aus, daß an diesem Tage nur ein Brief an die Beklagte abgesandt wurde. Das Berufungsgericht durfte daher die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß die Klägerin nur dieses Rundschreiben mit Prospekten, nicht aber auch die beiden Auftragsbestätigungen mit dem Begleitschreiben vom 25. März 1963 an die Beklagten gesandt hatte.

Wie der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen hat, vgl. BGHZ 24, 308 und Urt. v. 17. Februar 1964 - II ZR 87/61 - NJW 1964, 1176 = BGH Warn 1964 Nr. 72, hat der Absender von Willenserklärungen auch deren Zugang zu beweisen. Hierfür sind die Regeln über den Beweis des ersten Anscheins nicht anwendbar. Die Revision versucht daher vergeblich, aus allgemeinen Erfahrungen über die Zuverlässigkeit der Postbeförderung Schlüsse gegen die Beklagten zu ziehen.

3. Das Berufungsgericht brauchte auch dem Schreiben der Klägerin vom 19. April 1963 und dem ihm folgenden Verhalten der Beklagten nicht zu entnehmen, daß diese nach Treu und Glauben zur Erfüllung der umstrittenen Aufträge verpflichtet seien. Die Revision meint, die Beklagten hätten eine Zahlungspflicht nicht in Abrede gestellt. Das Berufungsgericht ist jedoch auch dieser Frage nachgegangen. Wenn es trotzdem aufgrund der Vernehmung des Beklagten zu 2 zu dem Ergebnis gelangt ist, die Klägerin habe den behaupteten Verkauf von zwei Booten an die Beklagte zu 1 nicht bewiesen, so liegt darin kein Rechtsfehler.

III. Hält demnach das Berufungsurteil auch im Ergebnis den Angriffen der Revision stand, so muß das Rechtsmittel der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen werden. Sie hat die Kosten des Revisionsverfahrens gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier