

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII_ZR_178/67**URTEIL****Verkündet am**
5. November 1969
Klett,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

der Firma V[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in F[REDACTED]/[REDACTED], K[REDACTED]pforte
(V[REDACTED]-Haus), vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Direktor Herbert T[REDACTED]-S[REDACTED], daselbst,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Straßen- und Tiefbauunternehmer Paul So[REDACTED]
in W[REDACTED]/B[REDACTED], Vo[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 18. Mai 1967 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte wollte auf einem von ihm gepachteten Grundstück in A [REDACTED] ein Schotterwerk errichten. Mit Schreiben vom 12. Februar 1964 bestellte er bei der Klägerin eine von dieser zu fertigende Schotteraufbereitungsanlage zum Preise von 541 887 DM. Der auf einem Vordruck der Klägerin niedergelegte Kaufantrag hat in den hier interessierenden Teilen folgenden Wortlaut:

- 3 -

"...
Dieser Auftrag gilt als angenommen,
sobald seitens V[REDACTED] GmbH F[REDACTED]/[REDACTED]
(das ist die Klägerin) nach Überprüfung
der allenfalls vorgesehenen Finanzierung
des Objektes ordnungsgemäße schriftliche
Auftragsbestätigung beim Käufer vorliegt.
..."

Zahlung:

DM 33 887,00 Anzahlung nach Erhalt der
Auftragsbestätigung und der Genehmigung
seitens der zuständigen Behörde,
DM 40 000,00 bei Versandbereitschaft.
DM 468.000,00 in 36 Monatswechseln..."

Beide Parteien gingen damals davon aus, daß der
Beklagte die behördliche Genehmigung ohne Schwierigkeit
und alsbald erhalten werde. Der Beklagte beantragte
die Genehmigung nach § 26 Gewerbeordnung am 16. März 1964
beim zuständigen Landrat. Nach Veröffentlichung des
Antrags in der Presse erhob der A[REDACTED]-Club in Su[REDACTED]
Einwendungen dahin, daß ihm das Betriebsgrundstück ver-
pachtet sei und daß die Anlage die Flugsicherheit be-
einträchtigen würde.

In der Folgezeit äußerte der Beklagte, nachdem
er der Klägerin mitgeteilt hatte, die von Interessenten
erhobenen Einwendungen gegen die Anlage seien von der
Behörde als unerheblich abgewiesen worden (Schreiben
vom 26. Mai 1964), zu der Anfertigung der Anlage Sonder-
wünsche (vgl. Telegramm des Beklagten vom 15. April 1964,
Schreiben vom 16. Juli 1964), die die Klägerin berück-
sichtigte.



16

Mit Schreiben vom 25. September 1964 nahm diese den Auftrag des Beklagten an. Sie hatte aber in ihrer Auftragsbestätigung bei der Festsetzung der Zahlungsbedingungen insofern eine Abweichung von den Bedingungen des Angebotsschreibens einfließen lassen, als sie die erste Rate sofort nach Eingang der Auftragsbestätigung beim Beklagten forderte, während im Angebot des Beklagten die Fälligkeit zusätzlich von der Erteilung der behördlichen Genehmigung abhängen sollte.

Es ist unter den Parteien streitig, ob der Beklagte dieser Abweichung sofort widersprochen hat.

Am 19. Oktober 1964 forderte die Klägerin die erste Rate von 33 887 DM ungeachtet des Umstandes an, daß die behördliche Genehmigung nicht vorlag.

Am 4. November 1964 schrieb der Beklagte der Klägerin, der Verpächter des für die Anlage vorgesehenen Grundstücks habe den A-Club in Su auf Räumung verklagt, das Genehmigungsverfahren sei aus diesem Grunde zum Ruhen gelangt, er selbst, der Beklagte, sei deshalb nicht in der Lage, die komplette Anlage sofort zu übernehmen. Die Anzahlung stelle er gemäß der in der Auftragserteilung getroffenen Vereinbarung bis zur Erteilung der Genehmigung zurück. Er werde jedoch die Anlage abnehmen, sobald es die Umstände erlaubten.

Am 26. November 1964 fand eine Besprechung des Beklagten mit Angestellten der Klägerin statt, über

deren Ergebnis zwischen den Parteien Streit herrscht. Nach der Behauptung der Klägerin hat der Beklagte dabei die sofortige Zahlung von 15 000 DM als Anzahlung versprochen. Am 15. Dezember 1964 schrieb der Beklagte in Bestätigung einer telefonischen Unterredung mit dem Angestellten E. [REDACTED] der Klägerin, er versichere, daß er die Anlage abnehmen werde; mit dem Beginn der Zahlungen müsse er sich jedoch an die in der Auftragserteilung vom 12. Februar 1964 getroffene Vereinbarung halten. Im Schreiben vom 20. Januar 1965 erklärte die Klägerin unter Bestätigung einer fernmündlichen Unterredung vom 19. Januar 1964 dem Beklagten, sie habe die Fälligkeitsvoraussetzung (Genehmigung der zuständigen Behörde) mit Absicht nicht bestätigt, weil sie sich auf eine solche Einschränkung mangels jeglicher Möglichkeit auf das Genehmigungsverfahren einzuwirken, nicht habe einlassen können.

Am 2. März 1965 schrieb der Beklagte der Klägerin, er halte sich nicht an die Fälligkeit der Auftragsbestätigung gebunden. Er lasse außerdem zur Zeit durch seine Anwälte prüfen, ob nicht der ganze Vertrag wegen Einigungsmangel nichtig sei. Er wolle indes keinen Streit und erkläre sich bereit, unverzüglich nach Erteilung der Genehmigung die erste Anzahlung zu leisten, er verwahre sich aber dagegen, daß der Vertrag so, wie die Klägerin ihn auslege, verbindlich werde. Außerdem müsse noch geprüft werden, ob und in welchem Umfange ihm nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht das Recht zustehe, vom Vertrage zurückzutreten, falls die Möglichkeit der

Inbesitznahme des Pachtgrundstücks für längere Zeit ausgeschlossen sei. Letztlich hätten beide Teile ein Interesse daran, daß der zwischen ihnen geschlossene Vertrag zur Zufriedenheit beider Parteien abgewickelt werde. In ihrem Antwortschreiben vom 4. März 1965 verwahrte sich die Klägerin ihrerseits dagegen, daß der Beklagte die Gültigkeit des Vertrages von der behördlichen Genehmigung abhängig machen wolle. Sie erklärte am Schluß des Schreibens, "daß sie ihre weiteren Schritte nur unter der Bedingung bis 31.3.1965 zurückstellen werde", daß der Beklagte seine ernste Absicht, die Anlage zu übernehmen, durch die Zahlung der zweiten Rate von 40 000 DM unter Beweis stelle. Am 6. April 1965 kam die Klägerin in einem Schreiben von diesem Tage nochmals auf das Schreiben des Beklagten vom 2. März 1965 zurück und erklärte nunmehr:

"...
Wir kommen nochmals zurück auf
Ihr obiges Schreiben. Nach Über-
prüfung der Rechtslage betrachten
auch wir die von Ihnen am 12.2.1964
vorgenommene Auftragserteilung
als Grundlage des Vertrages, d.h.
wir ergänzen unsere Auftragsbestäti-
gung vom 25.9.1964 dahingehend, daß
die vereinbarte Anzahlung von DM 33 887,00
nach Erhalt der Genehmigung seitens
der zuständigen Behörde fällig wird.
..."

Des weiteren führt sie aus, sie habe erfahren, daß die Genehmigung schon lange erteilt worden wäre, wenn

der Beklagte seinen Antrag nicht zurückgezogen hätte. Deshalb, so meinte sie, spreche die Rechtslage für sie und rechtfertige ihre Forderung auf Leistung der ersten beiden Raten.

In der Zeit vom 28. April bis 18. November 1965 zogen die Parteien in Erwägung, die Anlage auf einem anderen Gelände aufzustellen. Dieser Plan scheiterte jedoch.

Mit Schreiben vom 12. Januar 1966 forderte die Klägerin den Beklagten auf, bis zum 15. Februar 1966 verbindlich mitzuteilen, wann er die Anlage abnehmen werde; nach fruchtlosem Ablauf der Frist sei sie gezwungen, Schadensersatzklage einzureichen. Darauf erklärte der Beklagte, daß er die Abnahme überhaupt ablehne.

Durch Beschluß vom 10. Februar 1966 erteilte der Landrat in Arnsberg die Erlaubnis zur Errichtung der Anlage. Jedoch hob das Verwaltungsgericht in Arnsberg auf die Klage des A-Clubs Su diese Entscheidung durch Beschluß vom 25. Juli 1964 wieder auf und verwies die Sache zur anderweiten Entscheidung an den Landrat zurück. Das Genehmigungsverfahren war bei Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht beendet.

Die Klägerin verlangte mit der Klage auf Grund des nach ihrer Ansicht wirksam zustande gekommenen Vertrages Abnahme der Anlage und Verurteilung des Be-

klagten zur Zahlung von 73 887 DM nebst Zinsen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht, nachdem die Klägerin im zweiten Rechtszuge ihren Klageantrag durch einen Hilfsantrag auf Feststellung ergänzt hatte, daß der Beklagte ihr allen Schaden zu ersetzen habe, der ihm durch die Nichtabnahme der Anlage entstanden sei.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht vertritt den Standpunkt, daß der von den Parteien beabsichtigte Vertrag, wonach die Klägerin dem Beklagten eine Schotteraufbereitungsanlage zu liefern hatte, nicht zustande gekommen sei. Zwar müsse der Beklagte die Auftragsbestätigung der Klägerin vom 25. September 1964 noch als rechtzeitig hinnehmen. Diese sei aber nicht geeignet gewesen, einen Vertrags-schluß herbeizuführen, weil sie sich in einem wesentlichen Punkte, nämlich in den Zahlungsbedingungen, nicht mit der Offerte des Beklagten vom 12. Februar 1964 gedeckt habe. Während nach dem Vertragsangebot die erste Kaufpreisrate von 33 887 DM nach der Genehmigung der zuständigen Behörde zu zahlen gewesen sei, sei die Klägerin in ihrer Auftragsbestätigung bewußt von dieser

Regelung abgegangen und habe die Anzahlung sofort nach Erhalt der Auftragsbestätigung gefordert. Dieser Abweichung kommt nach Ansicht des Berufungsgerichts erhebliche Bedeutung zu, die über die Fälligkeit der ersten Rate hinausgehe. Denn der Sinn der im Angebot des Beklagten aufgestellten Fälligkeitsbestimmungen sei der gewesen, daß der Beklagte vor Erteilung der Genehmigung überhaupt keine Zahlungen zu leisten brauche. Das ergebe sich schon daraus, daß die am längsten zurückgestellten Fälligkeiten der einzelnen Wechselzahlungen an die Inbetriebnahme der Anlage geknüpft gewesen seien, die aber ihrerseits wiederum von der vorherigen Betriebserlaubnis abhängen.

Die Auftragsbestätigung würdigt das Berufungsgericht gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrage. Diesen neuen Antrag habe der Beklagte jedoch nicht angenommen. Insbesondere ergebe der Schriftwechsel der Parteien keinen Anhaltspunkt für eine solche Annahme der modifizierten Auftragsbestätigung. Im Schreiben des Beklagten vom 4. November 1964 versichere dieser zwar, die Anlage gemäß der Auftragsbestätigung vom 25. September 1964 abnehmen zu wollen, er mache jedoch die Einschränkung: sobald es die Umstände gestatten. Außerdem enthalte das Schreiben die weitere Erklärung, der Beklagte stelle die Anzahlung bis zur Erteilung der behördlichen Genehmigung zurück.

In der Besprechung, die zwischen dem Beklagten und den Angestellten der Klägerin am 26. November 1964

in Amecke stattgefunden habe, sei zwar die Rede davon gewesen, daß der Beklagte sofort als Anzahlung 15 000 DM zahlen solle. Das Beweisergebnis sei aber zweifelhaft. Der Punkt könne offen bleiben, weil der Beklagte jedenfalls das neue Angebot der Klägerin vom 25. September 1964 auch bei dieser Gelegenheit nicht angenommen habe.

Das Schreiben des Beklagten vom 15. Dezember 1964 enthalte wiederum dieselben Einschränkungen wie dasjenige vom 4. November 1964 und stelle daher ebenfalls keine Annahme in dem zur Erörterung stehenden Sinne dar. Unerheblich sei es schließlich, wenn die Klägerin in ihrem Schreiben vom 6. April 1965 nachgegeben und erklärt habe, die vom Beklagten "am 12. Februar 1964 vorgenommene Auftragserteilung als Grundlage des Vertrages" zu betrachten, weil am 25. September 1964 eine ausdrückliche Ablehnung des Antrages erfolgt sei, und eine nachträgliche Annahme auch unabhängig davon nicht mehr als rechtzeitig angesehen werden könne.

Da es somit nach Ansicht des Berufungsgerichts an einer vertraglichen Grundlage fehlt, hält es den auf Erfüllung gerichteten Hauptanspruch der Klage, aber auch den auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht gerichteten Hilfsantrag für unbegründet.

II. Die Revision bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, das Zustandekommen eines Vertrages sei gescheitert, mit der Rüge, es habe übersehen, daß die Parteien in der Zeit nach der Auftragsbestätigung eine Vereinbarung über die einzelnen Zahlungstermine von der Wirksamkeit des übrigen Vertragsinhaltes ausgeklammert hätten. Deshalb

seien die Parteien schon damals gemäß § 154 Abs. 1 BGB an den übrigen Inhalt des Vertrages gebunden gewesen. Die hinsichtlich der Fälligkeitsklausel bestehende Lücke sei nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen (§§ 315 ff BGB) auszufüllen. Insbesondere habe das Berufungsgericht übersehen, daß der Beklagte in seinem Schreiben vom 4. November 1964 die Abnahme der Anlage ausdrücklich zugesichert habe, sobald es die Umstände erlaubten. Hieraus müsse, so meint die Revision, geschlossen werden, daß die Parteien eine Bindung gewollt und nur die Einigung über die Fälligkeitsklausel zurückgestellt hätten. Einen solchen Willen der Parteien hätte das Berufungsgericht nach Meinung der Revision insbesondere aus dem Ergebnis der Verhandlungen vom 26. November 1964, dem Telefongespräch der Parteien vom 15. Dezember 1964 und dem Schreiben des Beklagten vom selben Tage entnehmen müssen. Es hätte nicht dahingestellt sein lassen dürfen, ob der Beklagte eine sofortige Zahlung von 15 000 DM versprochen habe. Wenn es die Feststellung treffe, die Parteien seien bei ihren Verhandlungen in der damaligen Zeit irrtümlich davon ausgegangen, daß sie auch ohne Einigung über die Zahlungsmodalitäten an den Vertrag gebunden seien, so übersehe es, daß eine solche Einstellung ein wichtiges Indiz dafür sei, daß sie sich die Einigung über die Fälligkeitsklausel gemäß § 154 Abs. 1 BGB vorbehalten hätten.

III. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht den von ihr erörterten Gesichtspunkt nicht geprüft hat.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß das Zustandekommen eines Vertrages im Regelfall

scheitern muß, wenn Angebot und Annahmeerklärung wie hier in der Festlegung der Zahlungsbedingungen auseinandergehen. Bei der Bedeutung, die das Berufungsgericht hier - unangefochten von der Revision - der Hinausschiebung der Fälligkeit bis zur Erteilung der behördlichen Genehmigung beimißt, die nach seiner Ansicht auch für die Fälligkeit der übrigen Raten maßgebend sein soll, kann auch nicht die Rede davon sein, daß die Fälligkeitsklausel bis zum 25. September 1964 überholt gewesen sei.

Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß der Regelfall des § 154 Abs. 1 BGB hier nicht vorliegt. Aus dem Schriftwechsel der Parteien ergibt sich ganz eindeutig, daß diese bis zum Schreiben der Klägerin vom 6. April 1965 übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß sie ungeachtet ihrer Unstimmigkeit über die Fälligkeit der Kaufpreistraten vertraglich gebunden seien. Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus. Wenn es aber meint, diesem Umstand komme deshalb keine Bedeutung zu, weil die Parteien in rechtlicher Hinsicht geirrt hätten, so ist dem nicht zuzustimmen. Das Berufungsgericht übersieht, daß sich die Parteien in ihrem Schriftwechsel ebenso wie bei ihren mündlichen Verhandlungen (insbesondere am 26. November 1964) ihre Erfüllungsbereitschaft immer wieder versichert haben. Insoweit bestand daher zwischen ihnen Übereinstimmung; und hierauf allein kommt es an. Im übrigen waren sich die Parteien darüber im klaren, daß keine Einigkeit über die Fälligkeit der Kaufpreistraten bestand. Der Umstand aber, daß sie hierüber und nur hierüber mündlich und schriftlich weiterverhandelt haben, läßt ganz eindeutig eine Übereinstimmung darin erkennen, daß nur dieser Punkt noch einer Regelung

bedurfte. Diesen Punkt haben die Parteien alsdann, und zwar spätestens im April 1965, im Sinne des ursprünglichen Angebots des Beklagten, an dem dieser unverändert festgehalten hatte, geregelt. Der Beklagte hat durch seine Erklärung im Schreiben vom 2. März 1965, er wolle nach Erteilung der Genehmigung zahlen, sein Angebot nochmals ausdrücklich wiederholt und die Klägerin hat dieses Angebot schließlich in ihrem Schreiben vom 6. April 1965 angenommen. Diesem Ergebnis steht nicht etwa, wie die Revision meint, die Regel des § 147 Abs. 2 BGB entgegen, wonach das einem Abwesenden gemachte Angebot nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, in welchem der Antragende die Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Da der Beklagte den im Schreiben vom 2. März 1965 niedergelegten Standpunkt mündlich und schriftlich unverändert seit dem 12. Februar 1964 vertreten hatte und da die Parteien mit Ausnahme der Fälligkeitsbestimmung bereits vertraglich gebunden waren, sie daher auf eine Einigung in diesem Punkte dringend angewiesen waren, die Klägerin schließlich mit der Annahme des Angebots ihren Standpunkt zu Gunsten des Beklagten völlig aufgab, konnte diese am 6. April 1965 der Ansicht sein, daß der Beklagte sein Angebot auch in diesem Zeitpunkte noch aufrechterhalte. Jedenfalls könnte sich der Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht darauf berufen, daß die Annahme verspätet sei.

Ist somit der Vertrag nach Maßgabe des Angebots vom 12. Februar 1964 wirksam zustande gekommen, so ist der Beklagte grundsätzlich verpflichtet, die Anlage ab-

16

zunehmen und den Kaufpreis zu zahlen. Die Fälligkeit der Zahlung tritt allerdings erst mit Erteilung der behördlichen Genehmigung ein, die bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht erfolgt war. Für die Abnahme der Anlage haben die Parteien zwar keine Frist gesetzt. Nach der rechtsirrtumsfreien und insoweit von der Revision auch nicht angegriffenen Auslegung, die das Berufungsgericht der Fälligkeitsregelung gibt, kann aber nicht angenommen werden, daß der Beklagte vor Erteilung der Genehmigung zur Abnahme des Werkes verpflichtet ist. Gleichwohl kann die Klage nicht "als_zur_Zeit" unbegründet abgewiesen werden. Denn die Klägerin hat, worauf die Revision zutreffend hinweist, vorgetragen, der Beklagte habe die Erteilung der Genehmigung verzögert, wenn nicht sogar überhaupt vereitelt. Wenn sie den Genehmigungsantrag nicht zurückgezogen hätte, wäre die Genehmigung schon lange erteilt worden. Die Revision hat sich hierfür auf das Schreiben der Klägerin vom 6. April 1965 bezogen, das auf eine entsprechende, der Klägerin vom Landrat erteilte Auskunft verweist. Wäre von einem solchen Verhalten des Beklagten auszugehen, so wäre unter entsprechender Anwendung der §§ 162, 242 BGB zu prüfen, welchen Einfluß eine solche Treuwidrigkeit auf die Fälligkeit des Kaufpreises und auf die Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme des Werkes hat. Da dieser Punkt noch der Aufklärung bedarf, ist das Berufungsurteil auch nicht mit anderer Begründung zu halten. Es war aufzu-

heben, und die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um ihm Gelegenheit zur weiteren Aufklärung zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Endentscheidung abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier