

Verkündet
am 20. Mai 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Faez M. in D., F.straße,
Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt . . .

gegen

die Firma Gebrüder L., Kommanditgesellschaft, ver-
treten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter,
Fabrikant Heinrich L. und Fabrikant Josef K.,
beide in O./Westf.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. . . . -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. Mai 1964 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom
26. Juli 1962 wird auf Kosten des Klägers zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 29. Januar 1958 bot der Verkaufsleiter der Beklagten dem in D[REDACTED] wohnenden Kläger ein für die Fertigung von Damenoberbekleidung bestimmtes Zellwollgewebe "Claudette" zum Kauf an. Die Ware, im ganzen 67 Kisten, lagerte im Freihafen von Beirut. Sie war bereits zum Preise von 33 Dollarcenten je m an einen anderen Abnehmer verkauft. Der Erstkäufer hatte jedoch, wie dem Kläger bekannt war, die Dokumente bis dahin nicht eingelöst.

Nach einem vorangegangenen Ferngespräch vom 31. Januar 1958 übermittelte die Beklagte dem Kläger am selben Tage folgendes Telegramm:

"20 Kisten Claudette zu 20 Dollarcenten per Meter,
Zahlung netto Akkreditiv akzeptiert, stop. Erbitten
umgehende Akkreditiveröffnung und Auftrag."

Dieses Telegramm bestätigte sie am selben Tage brieflich. Dabei stellte sie dem Kläger anheim, anstelle der Eröffnung des Akkreditivs den Kaufpreis bei der arabischen Bank in D[REDACTED] einzuzahlen. Sie bat den Kläger, sich rasch zu entschließen, weil sie die Ware auch anderweitig angeboten habe und sich Zwischenverfügung vorbehalten müsse.

Am 4. Februar 1958 führte der Verkaufsleiter W[REDACTED] erneut ein Telefongespräch mit dem Kläger, dessen Inhalt im einzelnen streitig ist. Es hatte zum Gegenstand, daß der Kläger auch die restlichen Kisten (47) zum Preise von 18 Dollarcenten übernehmen sollte, während es hinsichtlich der ersten 20 Kisten bei dem Preise von 20 Dollarcenten verbleiben sollte. Nach der Behauptung des Klägers soll es dabei zu einem festen Ab-

schluß zu diesen Bedingungen gekommen sein, während die Darstellung der Beklagten dahin geht, der Kaufvertrag habe erst durch den Austausch übereinstimmender Bestätigungsschreiben zustande kommen sollen. Die Beklagte schickte am selben Tage ein Fernschreiben nach:

"Wir bestätigen laut Telefongespräch, Ihnen 20 Kisten ... Claudette à 20 Cents und 47 Kisten ... à 18 Cents cif Beirut verkauft zu haben ... Sie verpflichten sich innerhalb von 10 Tagen ab heute Dollar 9 408,02 bei der arabischen Bank einzuzahlen. Wir erbitten heute Ihre telegrafische oder fernschriftliche Bestätigung."

Der Kläger antwortete ebenfalls noch am 4. Februar 1958 fernschriftlich wie folgt:

"Ich habe Ihre Bestätigung ... erhalten ... Wir zahlen den Betrag an die arabische Bank ... Nach Erhalt Ihrer Fakturen auf den Namen der Société Intercontinentale d'Expansion Economique ... und nach Erhalt der Einfuhrlizenz ..."

Am 5. Februar 1958 annullierte die Beklagte das Geschäft durch ein Telegramm mit der Begründung, der Erstkäufer habe, wie sie erst jetzt erfahren habe, entgegen ihrer Erwartung die gesamte Ware bereits am 3. Februar 1958 übernommen. Der Kläger widersprach der Annullierung des Kaufvertrages. Er verlangte Schadensersatz wegen Nichterfüllung und klagte einen Betrag von 10 199,50 Dollar nebst Zinsen ein. Die Beklagte vertrat den Standpunkt, bei der fernmündlichen Verhandlung vom 4. Februar 1958 sei es nicht zu einem festen Abschluß gekommen, weil sie sich mit dem Kläger nicht über die Zahlungsweise geeinigt habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Revision der Beklagten hat der erkennende Senat durch Urteil vom 20. Sep-



tember 1961 - VIII ZR 99/60 -, auf das im einzelnen Bezug genommen wird, das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Nach erneuter Verhandlung der Sache hat das Berufungsgericht nunmehr die Klage abgewiesen. Der Kläger hat Revision eingelegt, mit der er seinen Klageanspruch weiter verfolgt. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hatte in seinem ersten Urteil den Standpunkt eingenommen, der Verkaufsleiter W [REDACTED] der Beklagten habe bereits bei seiner fernmündlichen Unterredung mit dem Kläger am 4. Februar 1958 einen bindenden Kaufvertrag über Lieferung der gesamten streitigen Ware abgeschlossen. Zu diesem Ergebnis war es u.a. aufgrund des Wortlautes des von der Beklagten dem Kläger am 4. Februar 1958 übersandten Bestätigungsschreibens gelangt, welches es dahin ausgelegt hatte, die Beklagte wolle ein bereits fest abgeschlossenes Geschäft bestätigen und bitte den Kläger lediglich noch, ihr zu Beweiszwcken eine Gegenbestätigung zu übersenden. Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 20. September 1961 ausgeführt, daß die unter den Parteien streitige Frage, ob die Bestätigungsschreiben der Parteien vom 4. Februar 1958 nur als Beweisurkunden anzusehen sind oder ob die Parteien das Zustandekommen des Kaufvertrages von dem Austausch übereinstimmender Bestätigungsschreiben abhängig gemacht haben, nur unter eingehender Würdigung des gesamten Prozeßstoffes entschieden werden könne und daß es deshalb einer erneuten Verhandlung, notfalls auch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedürfe.

II. Das Berufungsgericht hält es aufgrund der neuerlichen Verhandlung für erwiesen, daß der Verkaufsleiter W [REDACTED] der Beklagten bei seiner fernmündlichen Unterredung mit dem Kläger am 4. Februar 1958 nicht zu einem bindenden Vertragsschluß, sondern nur zu Vorverhandlungen gelangt ist und daß er von dem Kläger einen schriftlichen Lieferungsantrag verlangt hat. Es stützt sich bei dieser Würdigung in erster Linie auf das Ergebnis der nochmaligen Vernehmung des Zeugen W [REDACTED], der, wenn auch etwas unbestimmt, bekundet habe, er meine, den Kläger gebeten zu haben, der Beklagten noch am selben Tage einen schriftlichen Auftrag zu übermitteln. Daß dies so gewesen sein müsse, entnimmt das Berufungsgericht im übrigen aus den besonderen Umständen des Falles. Es führt an, daß Wessling schon in seinem Telegramm und Brief vom 31. Januar 1958 betreffend den Verkauf der ersten 20 Kisten sinngemäß einen schriftlichen Auftrag des Klägers verlangt und daß W [REDACTED] bei seiner Vernehmung im ersten Rechtszuge bekundet habe, er habe dieses Verlangen auch bei seiner fernmündlichen Unterredung mit dem Kläger vom selben Tage gestellt. Auch seine Bekundung bei der letzten Vernehmung, er habe keine Vollmacht gehabt, mit dem Kläger mündlich abzuschließen und er sei gehalten gewesen, bei einem Auftrag der vorliegenden Größenordnung der Geschäftsleitung der Beklagten einen schriftlichen Auftrag des Kunden vorzulegen, führe zu dem Schluß, daß W [REDACTED] das dem Kläger gegenüber am 4. Februar 1958 zum Ausdruck gebracht habe. Schließlich verweist das Berufungsgericht auf die Interessenlage der Beklagten, die wegen der immer noch schwebenden gegenseitigen Ansprüche zwischen ihr und dem Erstkäufer eine klare Rechtslage, also einen bindenden schriftlichen Abschluß mit dem Kläger erforderlich gemacht habe, der jeden Zweifel über den Inhalt der streitigen Abmachungen ausschloß. Das Berufungsgericht läßt bei seiner Würdigung nicht unberücksichtigt, daß der Zeuge W [REDACTED] dem Kläger in dem Fernschreiben

vom 4. Februar 1958 namens der Beklagten mitgeteilt hat: "Wir bestätigen, laut Telefongespräch Ihnen 20 Kisten ... und 47 Kisten ... verkauft zu haben", und in diesem Fernschreiben keinen Auftrag, sondern eine Bestätigung von dem Kläger verlangt hat. Das Schreiben ist indes nach Auffassung des Berufungsgerichts kein zwingendes Beweiszeichen gegen die Würdigung, W [REDACTED] habe am Telefon noch nicht bindend mit dem Kläger abgeschlossen. Denn, so führt das Berufungsgericht weiter aus, W [REDACTED] habe bekundet, daß die Ausdrucksweise des Fernschreibens seiner wirklichen Auffassung nicht entsprochen habe. Er habe nicht zum Ausdruck bringen wollen, daß der Kaufvertrag bereits perfekt sei. Es bestehe daher die Möglichkeit, daß W [REDACTED] mit dem Fernschreiben lediglich habe bestätigen wollen, was als Inhalt des vorgesehenen Kaufvertrages besprochen worden sei, daß nämlich der Vertrag selbst erst durch die erbetene Bestätigung des Klägers habe wirksam werden sollen. Das Berufungsgericht nimmt auch zu der Bekundung des Zeugen W [REDACTED] (im ersten Rechtszuge) Stellung, der Kläger habe ihn bei dem Ferngespräch vom 4. Februar 1958 gebeten, ihm die fernmündlich getroffenen Vereinbarungen schriftlich zu bestätigen. Es führt aus, diese Bitte sei auch dann sinnvoll, wenn am 4. Februar 1958 ein Kaufvertrag noch nicht zustandegekommen sei, weil der Kläger durch die Bestätigung der Beklagten Klarheit darüber erhielt, was die Beklagte zum Inhalt des vorgesehenen in seiner Wirksamkeit aber noch von dem Austausch übereinstimmender schriftlicher Bestätigungsschreiben abhängigen Kaufvertrages machen wollte.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts, der Zeuge W [REDACTED] habe am Fernsprecher einen schriftlichen Auftrag des Klägers verlangt, sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Es kann dahinstehen, ob, wie die Revision meint, der klare Wortlaut des Fernschreibens der Beklagten vom 4. Februar 1958 für einen objektiven Dritten gar nicht anders zu verstehen war, als daß die Beklagte ein bereits perfektes Geschäft bestätigt hat. Dadurch könnte die Feststellung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten am Telefon lediglich verhandelt, aber noch nicht fest abgeschlossen, jedenfalls nicht erschüttert werden, zumal das Berufungsgericht ersichtlich davon ausgeht, der Kläger habe schon aus den früheren Verhandlungen (Ende Januar 1958) ersehen, es komme der Beklagten darauf an, daß der Kaufvertrag durch übereinstimmende schriftliche Bestätigungsschreiben abgeschlossen werde.

III. Eine andere Frage ist es, ob die Beklagte den Inhalt ihres Schreibens, worauf die Revision ebenfalls hinweist, nach den Grundsätzen über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gegen sich gelten lassen muß. Das bedeutete, daß sie daran gebunden wäre, falls der Gegner nicht widersprochen hätte.

Sieht man davon ab, daß der Kläger das Schreiben der Beklagten trotz der mißverständlichen (wenn nicht sogar eindeutig andersartigen) Fassung wegen der vorangegangenen Verhandlungen Ende Januar doch im Sinne der Beklagten verstanden haben kann, so läge ein Bestätigungsschreiben der Beklagten vor, das von dem im Berufungsurteil festgestellten Inhalt der Verhandlungen des 4. Februar 1958 abwicke. Hätte daher der Kläger dem Schreiben nicht widersprochen, so hätte ein Vertrag auf der Grundlage des Schreibens der Beklagten zustande kommen können.

Dabei bleibt es sich im Ergebnis gleich, ob das Schreiben als Bestätigungsschreiben in dem erörterten Sinne anzu-

sehen ist oder ob es als Vertragsantrag der Beklagten gewürdigt werden muß. Im einen wie im anderen Falle bedurfte es einer Zustimmung des Klägers, die auch stillschweigend gegeben werden konnte. Der Kläger hat aber weder geschwiegen, noch hat er ein mit dem Schreiben der Beklagten übereinstimmendes Bestätigungsschreiben übersandt.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die beiden wechselseitigen Fernschreiben vom 4. Februar 1958 in zwei entscheidenden Punkten voneinander abweichen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Ein Kaufvertrag ist danach nicht zustande gekommen. Das Berufungsgericht führt hierzu aus: Während die Beklagte in ihren Schreiben Zahlung schlechthin innerhalb 10 Tagen verlangt habe, sei der Kläger nur bereit gewesen, Zahlung nach Erhalt der Einfuhrlizenz zu leisten und er habe noch dazu die Ausstellung der Rechnungen auf den Namen der "Société..." erbeten. Das Verlangen nach einer Umstellung der Rechnung habe die Gefahr einer erheblichen Erschwerung der Zahlungsweise mit sich gebracht. Eine Hinausschiebung der Zahlung bis zum Erhalt der Einfuhrlizenz habe eine weitere Erschwerung bedeutet, weil es der Kläger in der Hand gehabt hätte, durch Verzögerung dieser Lizenz die Zahlung ebenfalls zu verzögern. Aufgrund seiner Feststellungen (Auskunft des deutschen Generalkonsulats in Damaskus und weitere amtliche Auskünfte) hält es das Berufungsgericht sogar für zweifelhaft, ob der Kläger überhaupt die Einfuhrlizenz erhalten hätte.

Diese Würdigung des Berufungsgerichts enthält keinen Rechtsirrtum. Das Fernschreiben des Klägers ist gemäß § 150 BGB zumindest als Ablehnung eines Vertragsantrages der Beklagten, verbunden mit einer neuen Offerte, anzusehen, die aber die Beklagte ihrerseits nicht angenommen hat. Denn diese telegraphierte dem Kläger am 5. Februar 1958, sie müsse

das vorgesehene Geschäft annullieren, weil der Erstkäufer entgegen ihren Erwartungen die Dokumente nun doch, und zwar schon am 3. Februar 1958, eingelöst habe. Daß die Beklagte dabei auf das Fernschreiben des Klägers überhaupt nicht Bezug nimmt, ist nicht von Bedeutung. Der Wille, es nicht zu einem festen Abschluß mit dem Kläger kommen zu lassen, ist aus dem Schreiben der Beklagten eindeutig zu entnehmen. Darauf kommt es allein an. Deshalb kann der Revision nicht darin gefolgt werden, daß die Lage so anzusehen sei, als habe die Beklagte dem Fernschreiben des Klägers und seinem Verlangen nach anderen Vertragsbedingungen nicht widersprochen. Darin, daß die Beklagte den Abschluß des Geschäfts im ganzen zurückweist, liegt auch die Ablehnung des in dem Fernschreiben des Klägers enthaltenen Vertragsangebots. Für die von der Revision erstrebte Anwendung der Grundsätze über das Schweigen zu einem Bestätigungsschreiben des Verhandlungspartners ist demnach kein Raum.

IV. Ohne Rechtsirrtum verneint das Berufungsgericht auch, daß etwa am 31. Januar 1958 wenigstens über die ersten 20 Kisten "Claudette" ein Vertrag zustande gekommen sei. Gegen seine von der Revision auch nicht beanstandete Begründung, der Zeuge W. [REDACTED] habe mündlich und schriftlich einen Auftrag des Klägers gefordert, den der Kläger aber nicht vorgelegt habe, bestehen keine rechtlichen Bedenken.

V. Das Berufungsgericht hat die Klage daher mit Recht abgewiesen. Die Revision des Klägers muß demgemäß mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Dr. Mezger Dr. Messner Mormann