

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 230/77

URTEIL

Verkündet am
18. Oktober 1978
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] I [REDACTED], F [REDACTED] Ave., N [REDACTED]
([REDACTED]), USA, vertreten durch ihre Officers: B. G [REDACTED],
President, M.L. G [REDACTED], Vice President, O. W [REDACTED],
Vice President und den Board of Directors: J. G [REDACTED],
A. R [REDACTED] und I. W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma B [REDACTED] H [REDACTED] I [REDACTED] GmbH, B [REDACTED]
Allee [REDACTED] in D [REDACTED] vertreten durch den Geschäfts-
führer, den Kaufmann Horst K [REDACTED] in M [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Hoffmann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 1. August 1977 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 16. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die ursprüngliche Beklagte zu 1, die in der jetzt allein noch Beklagten zu 2 (künftig Beklagte) aufgegangen ist, bot am 19. Dezember 1973 durch ihren Angestellten B. dem Stahleinkäufer P. der wie die Beklagte in D. ansässigen Zweigniederlassung der Klägerin freibleibend 1 000 t Walzdraht zum Preise von 750 DM/t fob Antwerpen an. Da die Klägerin sofort einen Kunden für diese Partie fand, rief P. am gleichen Tage bei der Beklagten an, um den Kauf abzuschließen. Da B. nicht im Hause war, sprach P. mit dem Prokuristen W. der Beklagten. Der Inhalt dieser Unterredung ist streitig.

- 3 -

Noch am 19. Dezember 1973 bestätigte die Klägerin der Beklagten die Bestellung durch ein Fernschreiben, das folgenden Wortlaut hat:

"wir bestaetigen wie folgt von ihnen gekauft zu haben:

1000 t walzdraht, in guete d 9.1, c
max. 0,10 o/o, ringgewicht ca. 330 kg,
ursprung ewg

effektivpreis: dm 750 p. 1000 kg fob
antwerpen, netto unver-
zollt.

Lieferzeit: 2. quartal 1974

Zahlung: kasse/dokumente bei ver-
schiffung.

Vermerk: freiverkehrsbescheinigung
muesste auf anforderung von
ihnen beigebracht werden.

danken fuer buchung des geschaeftes."

Mit Schreiben vom 27. Dezember 1973 bestätigte die Klä-
gerin erneut den Kauf, ergänzte das Fernschreiben vom
19. Dezember 1973 in einigen Punkten und bezog sich im
übrigen auf die mit W [REDACTED] und B [REDACTED] geführten Tele-
fonate und ihre "fernschriftliche Vorabbestellung vom
19. Dezember 1973". Die Beklagte erwiderte mit Schreiben
vom 7. Januar 1974, in dem es u.a. heißt:

"Gemäß der telefonischen Unterredung vom
19.12.1974 haben wir wie folgt gebucht:

...

Unsere ordnungsgemäße Auftragsbestätigung
erhalten Sie, sobald uns die Bestätigung
des Lieferwerkes vorliegt. Bitte, haben
Sie bis dahin noch etwas Geduld."



Bei einem gemeinsamen Essen am 22. Januar 1974 teilten W [REDACTED] und B [REDACTED] den Mitarbeitern P [REDACTED] und G [REDACTED] der Klägerin mit, daß die Beklagte nicht liefern könne, weil ihr Lieferwerk seine Lieferzusage zurückgezogen habe. Im Laufe der sich anschließenden Verhandlungen der Parteien schlug die Klägerin ein Deckungsgeschäft für 870 DM/t zu Lasten der Beklagten vor. Die Beklagte bot mit Fernschreiben vom 11. Februar 1974, 13. Februar 1974 und Schreiben vom 22. Februar 1974 der Klägerin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht die Lieferung von 250 t Walzdraht mit den vereinbarten Abmessungen für 750 DM/t und weiterer 150 t mit teilweise anderen Abmessungen ebenfalls zum Preise von 750 DM/t zu Ende des 1. Quartals 1974 an. Eine Einigung über diese Vorschläge kam nicht zustande.

Die Klägerin, die infolgedessen Deckungskäufe tätigte, nahm die Beklagte zunächst auf Zahlung von 233 970,04 DM in Anspruch. Mit ihrer Forderung, die sie unter Einbeziehung fälliger Zinsen auf 245 472,56 DM erhöhte, rechnete sie im Rechtsstreit gegen eine unstreitige Gegenforderung der Beklagten in Höhe von 249 352,99 DM auf, überwies den nach ihrer Ansicht verbleibenden Differenzbetrag und erklärte die Hauptsache für erledigt. Die Beklagte widersprach der Erledigungserklärung, beantragte Klagabweisung und im Wege der Widerklage Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 245 472,56 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer.

Das Landgericht erklärte die Klage in Höhe von 142 038,04 DM nebst Zinsen für erledigt, verurteilte auf die Widerklage die Klägerin zur Zahlung von

97 133,42 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer. Im übrigen wies es Klage und Widerklage ab. Das Oberlandesgericht wies die Klage in vollem Umfang ab und gab der Widerklage - mit Ausnahme derjenigen der ursprünglichen Beklagten zu 2 - statt. Die weitergehende Berufung und die weitergehende Anschlußberufung wurden zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, beantragt die Klägerin, das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben, soweit es zu ihrem Nachteil ergangen ist, und auf die Berufung unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten die Hauptsache für erledigt zu erklären.

Entscheidungsgründe

I. Der Streit der Parteien geht in erster Linie darum, ob über die der Klägerin am 19. Dezember 1973 angebotenen 1000 t Walzdraht ein bindender Kaufvertrag zustande gekommen ist, was das Landgericht bejaht, das Berufungsgericht verneint hat.

1. Die Revision rügt zunächst Verletzung des § 398 ZPO, weil das Landgericht den von ihm zum Zustandekommen des Vertrags als Zeugen vernommenen Angestellten P. der Klägerin für glaubwürdig, das Berufungsgericht ihn dagegen für nicht glaubwürdig gehalten habe, ohne diesen Zeugen erneut zu hören. Der Revision ist zuzugeben, daß das Verfahren des Berufungsgerichts bedenklich ist. Doch kommt es darauf nicht an.

2. Denn auf jeden Fall ist die Rüge der Revision begründet, das Berufungsgericht habe gegen § 286 ZPO verstoßen, weil es nicht den gesamten Streitstoff

berücksichtigt und Beweisanträge übergangen habe.

a) Auch das Berufungsgericht hat ersichtlich angenommen, daß der Zeuge W[REDACTED] dem Zeugen P[REDACTED] bei der fernmündlichen Unterredung am 19. Dezember 1973 einen Preisnachlaß von 2 DM/t zugesagt habe. Diese Zusage, die das Berufungsgericht nicht gewürdigt hat, ist indessen ein gewichtiges Indiz für das Zustandekommen eines Kaufvertrages. Hätte W[REDACTED] nämlich lediglich erklärt, den Inhalt des Telefongespräches mit P[REDACTED] an B[REDACTED] weiterzugeben, so hätte kein Anlaß bestanden, mit P[REDACTED] die Preisfrage zu erörtern und ihm insoweit entgegenzukommen.

b) Keinesfalls durfte das Berufungsgericht die von der Klägerin unter Beweis gestellte Behauptung über die Unterredung in der Gaststätte "Im S[REDACTED]" am 22. Januar 1974 übergehen.

aa) Die Klägerin hat vorgetragen, bei der erwähnten Unterredung hätten W[REDACTED] und B[REDACTED] erklärt, sie seien nicht in der Lage, "die vertraglich zugesicherten 1000 t Walzdraht zu liefern". W[REDACTED] habe hinzugefügt, die Klägerin möge "Gnade für Recht" ergehen lassen. Als Erklärung für die Unmöglichkeit, den Walzdraht zu liefern, hätten W[REDACTED] und B[REDACTED] angegeben, die Beklagte habe eine Option auf eine Lieferung von 1000 t Walzdraht gehabt, die am 19. Dezember 1973 bis 14 Uhr hätte ausgeübt werden müssen. Sie habe Anweisung gegeben, die Option auszuüben, und sich daher in der Lage geglaubt, der Klägerin die 1000 t Walzdraht fest verkaufen zu können. Wie sich nachträglich herausgestellt habe,

habe die Fernschreibzentrale der Beklagten versehentlich unterlassen, die Ausübung der Option rechtzeitig weiterzugeben.

bb) Da die Klägerin für ihr Vorbringen, für das übrigens der Vermerk des Zeugen P. auf dem Schreiben der Klägerin vom 7. Januar 1974 spricht, diesen und G. als Zeugen für diese Unterredung benannt hatte, hätte das Berufungsgericht, wenn es aufgrund der Beweisaufnahme erster Instanz von dem Zustandekommen eines Kaufvertrages nicht überzeugt war, P. und G. und zweckmäßigerweise auch den von der Beklagten als Zeugen benannten Prokuristen W. zu der Unterredung am 22. Januar 1974 vernehmen müssen. Hätte sich die Darstellung der Klägerin als richtig erwiesen, so hätte schwerlich ein Zweifel bestehen können, daß am 19. Dezember 1973 ein verbindlicher Vertrag geschlossen worden war.

3. Die Revision rügt auch zu Recht, daß das Berufungsgericht das Fernschreiben der Klägerin vom 19. Dezember 1973 nicht als kaufmännisches Bestätigungsschreiben gewertet hat.

a) Das Berufungsgericht hat gemeint, dieses Fernschreiben sei nicht als kaufmännisches Bestätigungsschreiben anzusehen, weil es im Schreiben der Klägerin vom 27. Dezember 1973 als "fernschriftliche Vorabbestellung" bezeichnet worden war und weil andernfalls das Schreiben vom 27. Dezember 1973 überflüssig gewesen wäre.

b) Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist unhaltbar. Die Bezeichnung als "fernschriftliche Vorabbestellung" vermag dem Fernschreiben vom 19. Dezember 1973 nicht nachträglich den Charakter eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens zu nehmen, zumal das Schreiben der Klägerin erst nach dem 27. Dezember 1973 bei der Beklagten einging, als es für einen nach § 346 HGB beachtlichen Widerspruch längst zu spät war (s.u.). Aus welchen sonstigen Gründen das Fernschreiben nicht als kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu werten sein sollte, ist nicht ersichtlich.

c) Das Fernschreiben vom 19. Dezember 1973 ist dem Zeugen W. [REDACTED] noch am Abend des gleichen Tages, dem Zeugen B. [REDACTED] am nächsten Tage bekannt geworden. Die Zustimmung zu einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben gilt in dem Zeitpunkt erklärt, in dem der Absender den Eingang einer ablehnenden Antwort des Empfängers unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte; es kann dem Empfänger also nur eine kurze Frist zugebilligt werden; das gilt insbesondere dann, wenn es sich, wie hier, um Waren mit ständig wechselnden Preisen handelt (Ratz in Großkommentar HGB, 3. Aufl. § 346 Anm. 114 m.w.Nachw.) und die Parteien, beide am selben Ort ansässig, während der Vertragsverhandlungen ausschließlich telefonisch und fernschriftlich miteinander verkehrt hatten. Bei dieser Sachlage war der Beklagten allenfalls eine Widerspruchsfrist von einer Woche einzuräumen. Das Schreiben der Beklagten vom 7. Januar 1974, in dem möglicherweise ein Widerspruch gesehen werden kann, war in jedem Falle verspätet.

II. Das Urteil des Berufungsgerichts kann daher mit der von diesem gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

1. Aus dem Umstand, daß der Zeuge P■■■■, der erst wenige Monate zuvor von der Beklagten zur Klägerin übergewechselt war, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, wonach ein Auftrag erst mit deren Bestätigung verbindlich wurde, kannte, ergibt sich nicht, daß diese Bedingungen vereinbart waren. Wie der Bundesgerichtshof nämlich in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann für die Rechtsbeziehungen zwischen Vertragspartnern maßgebend, wenn diese ihre Anwendung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben (BGH Urteil vom 7. Juni 1978 - VIII ZR 146/77 = WM 1978, 978 m.Nachw.). Allein die Kenntnis des Zeugen P■■■■ von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten genügte daher nicht, um deren Geschäftsbedingungen als stillschweigend vereinbart anzusehen.

2. Das Urteil des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht deshalb als richtig, weil nach dem Vorbringen der Beklagten ihre Geschäftsbedingungen kraft Handelsbrauchs Vertragsinhalt geworden waren. Denn das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß im Stahlhandel ein Handelsbrauch besteht, wonach ein Geschäft erst mit der Bestätigung des Verkäufers verbindlich wird, und daß ein derartiger Handelsbrauch auf das hier in Frage stehende Geschäft anwendbar ist.

III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann mit-
hin keinen Bestand haben.

1. In der Sache kann der Senat nicht entscheiden, weil es weiterer Feststellungen, insbesondere auch hinsichtlich des von der Beklagten behaupteten Handelsbrauchs, bedarf. Das Urteil des Berufungsgerichts ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei wird die Beklagte Gelegenheit haben, ihr sonstiges Vorbringen wie den behaupteten Verstoß der Klägerin gegen "EG-Bestimmungen" zu ergänzen und zu substantiieren. Sollte ein wirksamer Vertrag zustande gekommen und ein Schadensersatzanspruch der Klägerin zu bejahen sein, so bedürfte es der Prüfung der von der Klägerin behaupteten und von der Beklagten bestrittenen Aufwendungen für die Deckungskäufe und der Frage, ob der Klägerin im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht die Annahme des Angebots der Beklagten auf Lieferung einer geringeren Menge Walzdraht mit teilweise anderen Abmessungen zumutbar war.

2. Der Senat hat es für angemessen gehalten, die Sache gemäß § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Endentscheidung in der Hauptsache abhängt.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Merz

Treier