

2137 001

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 239/63

Verkündet am

15. November 1965
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] & Co., Alleininhaber Kaufmann
H. S [REDACTED] in Be [REDACTED] üb. E [REDACTED]/N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED] Elektrische Schweißmaschinenfabrik
Rudolf B [REDACTED] KG. in Mü [REDACTED]-Pa [REDACTED], L [REDACTED]
Straße [REDACTED], vertreten durch den Komplementär
Dr. Ing. Ferdinand Bu [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 25. April 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien haben am 23. Juni 1956 eine schriftliche Vereinbarung getroffen, die auszugsweise wie folgt lautet:

"Im Zuge des bei der Firma P (Beklagte) bestehenden Bedarfes an elektronischen Steuergeräten ist eine Zusammenarbeit zwischen den beiden Firmen P und S (Klägerin) in der Art vorgesehen, daß die Firma S aufgrund von entsprechenden Angeboten an Firma P Lieferaufträge von Firma P erhält, sei es auf Elemente oder komplette Steuergeräte.

1. ...

2. P. verpfichtet sich, solche Bauelemente oder komplette Steuergeräte zusätzlich zu einer eigenen P.-Fertigung von auswärts nur von Firma S. zu beziehen, wobei als Voraussetzung gilt, daß die Preise der Firma S. nicht mehr als 10 % von anderen an solchen Lieferungen interessierten Firmen unterboten werden und Firma S. sich nach entsprechender Benachrichtigung durch P. dem nicht anpassen will

3. ...

4. Diese Vereinbarung wird zunächst für einen Zeitraum vom 1. Mai 1956 - 30. April 1959 abgeschlossen und verlängert sich jeweils zwangsläufig um ein Jahr, wenn nicht von einer der Vertragsseiten 6 Monate vorher schriftlich gekündigt wird."

Am 30. November 1956 erklärte die Beklagte in einem an die Klägerin gerichteten Schreiben, in dem von verhältnismäßig langen Lieferzeiten für die benötigten Bauelemente gesprochen wurde:

"Bei dieser Gelegenheit möchten wir wiederholen, daß wir pro Monat mit einer Lieferung von 15 - 20 Geräten rechnen müssen, und bitten Sie, sich entsprechend einzurichten."

In der Folgezeit gab die Beklagte ihren voraussichtlichen Gerätebedarf in runden Zahlen an; die wirklich benötigten Mengen rief sie später in Einzelaufträgen ab.

Die langen Lieferfristen der Zulieferanten der Klägerin machten für die Klägerin eine monatelange Vorfinanzierung aus eigenen Mitteln nötig. Nachdem die Beklagte auf Bitten der Klägerin sich im Juni 1960 mit einer Anzahlung an der Vorfinanzierung beteiligt hatte, schrieb



11

die Beklagte am 11. November 1960 auf einen Brief der Klägerin über eine Vorfinanzierung folgendes:

"... Wir wollen uns aber trotzdem Ihrem Wunsche auf eine Mitfinanzierung nicht verschließen und machen Ihnen daher folgenden Vorschlag:

Als Mitfinanzierung zahlen wir Ihnen jetzt für die 147 Geräte des Lieferungsumfanges Januar 1961 bis einschließlich Juni 1961 den Betrag von DM 200.-- pro Gerät, d.h. DM 29.400.--. Von Ihren jeweiligen Rechnungen setzen Sie pro Gerät DM 200.-- ab und schreiben uns den Betrag gut. Am 1. Juli 1961 erhalten Sie eine weitere Vorauszahlung, ebenfalls in Höhe von DM 200.-- pro Gerät für die bereits disponierten 63 und noch neu hinzukommenden Geräte (Lieferumfang 1. Juli 1961 bis 31. Dezember 1961) und weiterhin, Anfang eines jeden Kalenderhalbjahres, die Hälfte der Materialkosten für eine Halbjahreslieferung. Die Rückzahlung Ihrerseits erfolgt in der gleichen Weise wie bei den Geräten des Lieferumfanges 1.1.61 - 30.6.61....."

Mit diesem Angebot erklärte die Klägerin sich in einem Schreiben vom 14. November 1960 einverstanden.

Auch nachdem diese Vereinbarung getroffen war, gab die Beklagte in gleicher Weise wie bisher ihre Bestellungen auf: Nach der Angabe des voraussichtlichen Bedarfes - Disposition genannt - erfolgten genaue Einzelbestellungen. Am 19. Mai 1961 schrieb die Beklagte:

"Von unserem Herrn M. [REDACTED] hörten wir, daß Sie Angaben über den voraussichtlichen Bedarf an Steuergeräten für das Jahr 1962 wünschen. Zu Ihren Dispositionszwecken teilen wir Ihnen mit, daß wir mit etwa 300 Geräten im nächsten Jahr rechnen."

Die Klägerin erwiderte am 16. Juni 1961:

"...Gleichzeitig bestätigen wir Ihr Schreiben vom 19.5.1961, in dem Sie uns den Jahresbedarf für 1962 mit ca. 300 Geräten nennen.

Zur Disposition unserer Materialbestellungen ist es aber unbedingt erforderlich, daß Sie uns die Geräte nach Typen aufgeschlüsselt nennen, da die Bestückung mit Bauelementen bei den einzelnen Typen verschieden ist.

Da wir Ihnen für Neubestellungen von Steuergeräten in Anbetracht der Lieferzeiten für Bauelemente eine Mindestlieferfrist von 6 bis 8 Monaten nennen müssen, bitten wir Sie, uns Ihre verbindlichen Aufträge mit Stückzahlen und Typen hereinzugeben, da die laufenden Aufträge wie folgt auslaufen:

...
Wir bitten Sie nochmals um schnelle Bearbeitung, damit wir die Materialbestellungen für die Anschlußlieferungen rechtzeitig herausgeben können."

Die Beklagte teilte darauf mit Schreiben vom 23. Juni 1961 mit:

"Betreff: Ihr Brief vom 16.6.61 - unser Brief vom 19.5.61 Disposition von Steuergeräten für 1962

Bezugnehmend auf vorstehenden Schriftwechsel teilen wir Ihnen mit, daß wir nach genauerer Prüfung unseres voraussichtlichen Bedarfes zum Ergebnis gekommen sind, daß die Ihnen mit Brief vom 19.5.61 für Zwecke der Materialvordisposition genannte Anzahl von ca. 300 Geräten zu hoch liegt, und zwar deswegen, weil über den Bedarf an 3 M-Geräten bei uns noch Unklarheit besteht und wir gegebenenfalls diese Type selbst bauen könnten.

Wir geben Ihnen somit für Ihre Materialvordispositionen für das Jahr 1962 in Abweichung von unserem Brief vom 19. 5. ca. 240 Geräte an, und zwar ca. 120 Stück Type 1 M und ca. 120 Stück Type 1 M 3."

Von der Type 1 M 3 bestellte die Beklagte am 28. September 1961 50 Geräte mit einer Auslieferung von monatlich zehn Geräten ab Dezember 1961. Diese 50 Geräte wurden geliefert

11

und bezahlt. Weitere Einzelbestellungen gab die Beklagte nicht mehr auf.

Seit Dezember 1961 bestand zwischen den Parteien Streit wegen der Höhe der von der Klägerin geforderten Vergütung. Ein Schreiben der Beklagten vom 21. Dezember 1961 schließt wie folgt:

"Sollten Sie auf meinen Preisvorschlag... nicht eingehen können, dann halte ich es für das Richtige, daß wir eine Beendigung unserer gegenseitigen Geschäftsbeziehungen ins Auge fassen.

Als Grundlage stellen wir uns vor, daß wir die auf Festbestellung noch ausstehenden Lieferungen, nämlich 70 Stück 1 M-Geräte (Uns. Bestellung ... vom 17.4.61) und 40 Stück 1 M-3-Geräte (Uns. Bestellung... vom 28.9.61) zum Preis von DM 633 bzw. DM 743.-- abnehmen. Das darüberhinaus von Ihnen disponierte Material würden wir zu den Einkaufspreisen, mit einem Beschaffungszuschlag von 10% abnehmen."

Streit war zwischen den Parteien auch darüber entstanden, ob unter die im Schreiben vom 23. Juni 1961 erwähnten 240 Stück bereits vorher bestellte Geräte einzurechnen seien. Über die gesamten Meinungsverschiedenheiten verhielt sich das Schreiben der Beklagten vom 21. Februar 1962, das auszugsweise lautet:

"...teilen wir Ihnen mit, daß wir die Preise Ihres Angebots vom 2.2.62... für die für 1962 disponierten 240 Geräte annehmen. In den nächsten Tagen bringen wir ca. 100 Stück Gehäuse zum Versand.....

Bezüglich der restlichen Geräte bitten wir Sie um nochmalige Durchsicht Ihrer Akten. Bei dieser Durchsicht werden Sie sicher feststellen, daß wir Ihnen am 23. Juni 1961 ... mitteilten:

(folgt Inhalt des Schreibens vom 23. Juni 1961)

Bei einer höheren Zahl als ca. 240 Stück insgesamt, hätten wir Ihnen selbstverständlich mitgeteilt,

"...diese 240 Geräte sind als zusätzliche Disposition zu den bereits für 1962 disponierten Geräten zu verstehen."

Was diese Differenz angeht, von der Sie sprechen, möchten wir Ihnen jedoch unmißverständlich unseren Standpunkt bekannt geben, daß wir nämlich der berechtigten Ansicht sind, eine derartige Mehrbestellung nicht aufzugeben zu haben ... "

Auf dieses Angebot ging die Klägerin nicht ein. Hierauf erwiderte die Beklagte mit Schreiben vom 9. März 1962. Zur Stückzahl erklärte sie:

"...Also nur von ca. 240 Geräten kann für das Jahr 1962 die Rede sein....."

Gleichzeitig kündigte die Beklagte den Vertrag vom 23. Juni 1956 und fügte hinzu:

"... Wir wollen Ihnen entgegenkommen und verzichten nicht erst ab 30. April 1963 auf die Ihrerseits uns bereitzuhaltende Fertigungskapazität, sondern verzichten bereits an dem Zeitpunkt darauf, wo die bewußte Zahl von 240 Geräten in diesem Jahr, gerechnet mit Lieferungen ab 1. Jan., erreicht ist."

Zum "Thema Preise" erklärte die Beklagte im Schreiben vom 9. März 1962:

"...Die Frage der Preise für die in Rede stehenden 240 Stück 1 M und 1 M 3-Geräte bekommt nun ein ganz neues Gesicht durch nachfolgende Mitteilung, die Sie bitte zur Kenntnis nehmen wollen. Wir haben eine wesentlich vereinfachte Ausführung gefunden.... Je einen Prototyp dieser vereinfachten 1 M und 1 M 3-Geräte erhalten Sie in etwa drei Wochen mit einer entsprechenden Stückliste.....Ich würde es begrüßen..., wenn Sie uns für diese neue Ausführung einen Preis anbieten, der beiderseits zumutbar ist...Einstweilen liefern Sie unsere Aufträge...(lautend auf ursprünglich 100 Stück 1 M und 50 Stück 1 M 3-Geräte) aus..."

Den Vorschlag der Beklagten, das weiterentwickelte Gerät zu bauen, lehnte die Klägerin mit Schreiben vom 3. April 1962 und 13. Juli 1962 ab, weil die verlangte kurzfristige Umstellung auf dieses Gerät für sie untragbar sei, wenn die Beklagte die bereits für die alten Geräte gekauften und vorgearbeiteten Bauteile nicht voll vergüte.

Die Klägerin verlangt für die noch nicht abgenommenen 190 Geräte aus der Bedarfsmeldung vom 23. Juni 1961 eine Vorauszahlung von je 200.-- DM und beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 38.000.-- DM zu verurteilen. Sie hat im zweiten Rechtszuge vorgetragen, sie mache keinen irgendwie gearteten Schadensersatzanspruch geltend, verlange also auch nicht den entgangenen Gewinn, sondern begehre nur als Erfüllung des Vertrages die vereinbarte Vorauszahlung.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht verneint zunächst, daß der Klägerin der geltend gemachte Anspruch aufgrund des Vertrages vom 23. Juni 1956 und der Ergänzung durch die Absprache vom 11./14. November 1960 zusteht. Diese Vereinbarungen hätten, so meint das Berufungsgericht, eine feste Bestellung von Geräten noch nicht zum Inhalt gehabt. Der Vertrag vom 23. Juni 1956 stelle auch mit seiner Ergänzung keinen Sukzessivlieferungsvertrag dar, weil die von der Klägerin

zu erbringende Leistung nicht bestimmt sei. Es fehle an der Vereinbarung einer zu liefernden Höchst- oder Mindestmenge, der Angabe, welche Typen und welche Gerätezahl zu fertigen sei, einer Bestimmung des Zeitpunktes, bis zu dem die Parteien im einzelnen wechselseitig verpflichtet sein sollten und an der Abrede einer genaueren Abnahmeverpflichtung. Der Vertragsinhalt nähere sich der Regelung, daß die Klägerin ihre Lieferfähigkeit bereithalten habe, während die Beklagte in der Entschloßung frei sein solle, ob sie der Klägerin überhaupt Aufträge erteilen wolle. Der Vertrag weise damit Eigenschaften auf, die Anzeichen nur eines Wiederkehrschuldverhältnisses sein könnten. Die Parteien hätten erst von Fall zu Fall durch Einzelbestellungen der Beklagten und deren Annahme durch die Klägerin neue Verträge, allerdings stets mit dem im Grundvertrage vorgesehenen Inhalt, geschlossen. Diese hätten nach Entstehung und Fortbestand ihr eigenes Dasein geführt und hätten im Einzelfall Sukzessivlieferungsverträge sein können und seien das in der Regel auch gewesen.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 286 ZPO, 133, 157 BGB. Unter Hinweis auf das Schreiben der Beklagten vom 30. November 1956 und der Klägerin vom 3. Dezember 1956 ist sie der Auffassung, daß spätestens von diesem Zeitpunkt an eine Verpflichtung der Klägerin zur Lieferung von 15 bis 20 Steuergeräten monatlich und die Verpflichtung der Beklagten zur Abnahme dieser Geräte bestanden habe, wobei die rechtzeitige Bestimmung des Gerätetyps Sache der Beklagten gewesen sei. Die Revision will den Vertrag als Spezifikationskauf im Sinne des § 365 HGB ansehen.

2.) Der Revision ist zuzugeben, daß die Parteien in dem genannten Schriftwechsel die laufende Lieferung

von 15 bis 20 Geräten monatlich zugrunde gelegt haben und daß die Beklagte sich im Schreiben vom 11. November 1960 bereit erklärt hat, am Anfang eines jeden Kalenderhalbjahres die Hälfte der Materialkosten für eine Halbjahreslieferung mit je 200.-- DM für ein Gerät zu zahlen. Damit ist in der Tat die Annahme des Berufungsgerichts, es fehle an der Bestimmung einer Mindest- oder Höchstmenge und an der Angabe eines näheren Zeitpunktes, schwer zu vereinbaren. Richtig ist auch, daß Verträge denkbar sind, in denen dem Käufer die Wahl einzelner Typen oder die nähere Gestaltung der Kaufsache überlassen wird. Es kann sich dann um Kaufverträge mit Wahlbefugnis des Käufers oder um Spezifikationskäufe handeln (wegen des Unterschiedes vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 2. Februar 1960 - VIII ZR 59/59 - IM BGB § 262 Nr. 3). Trotzdem hält die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts der im Revisionsverfahren nur in beschränktem Umfang möglichen rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht nimmt nicht etwa an, daß vor einer "Einzelbestellung" überhaupt keine Vertragsbeziehung zwischen den Parteien bestehe. Es will offenbar auch nicht sagen, daß bei der Abrede unbestimmter Leistungen ein Vertragsverhältnis schlechthin ausgeschlossen sei. Es hat, wie seine zusammenfassende Begründung zeigt, nur den Fall im Auge, daß die Beklagte, ohne ihren Bedarf anderweit zu decken, keine Bestellungen aufgibt, weil sie keinen Bedarf hat oder die Geräte selbst herstellen will. Das Berufungsgericht führt erläuternd aus, der Vertrag sehe geradezu vor, daß es in völlig freiem Belieben der Beklagten stehe, ob, wann und in welchem Umfang sie Geräte bestellen wolle, wenn sie nur nicht bei der Konkurrenz einkaufe. Sie sei auch nicht verpflichtet, den Ausbau ihrer eigenen Kapazität zu unterlassen, um den steigenden Bedarf zu decken. Bei einer solchen Sachlage soll die Beklagte, das ist das Ergebnis der Auslegung des Berufungsgerichts, nicht schon aufgrund des Vertrages vom 23. Juni 1956 zu einer Bestellung gezwungen sein. Diese Auffassung

des Berufungsgerichts läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie wird vom Vertragswortlaut getragen, wonach im Zuge des bei der Beklagten bestehenden Bedarfes an elektronischen Steuergeräten eine Zusammenarbeit in der Art vorgesehen sei, daß die Klägerin aufgrund von entsprechenden Angeboten von der Beklagten Aufträge erhalte, und wonach die Beklagte sich verpflichte, solche Geräte zusätzlich zu einer eigenen Fertigung von auswärts nur von der Klägerin zu beziehen. So gesehen hat die Beklagte ihre Zusicherung, 15 bis 20 Geräte monatlich zu bestellen und künftig am Anfange eines Kalenderhalbjahres in Höhe der Hälfte der Materialkosten für eine Halbjahreslieferung Vorauszahlungen zu leisten, unter der stillschweigenden Voraussetzung gegeben, daß für die Beklagte in dem betreffenden Halbjahre ein bei der Klägerin zu deckender Bedarf überhaupt bestehe.

Die Klägerin behauptet nicht, daß die Beklagte die angeblich bestellten und nicht abgerufenen Geräte "von auswärts" bezogen habe. Ob und welche Erfüllungsansprüche der Klägerin in diesem Falle zustünden, braucht deshalb nicht erörtert zu werden. Aus dem Schriftwechsel der Parteien ergibt sich, daß die Klägerin nicht mehr das bisher entwickelte Gerät, sondern ein neu entwickeltes bauen lassen wollte und daß sie nach Ausweitung ihrer Fertigungskapazität zum Selbstbau überzugehen beabsichtigte. Das Berufungsgericht hat nach seiner Vertragsauslegung daher zutreffend angenommen, daß der Klägerin ein Kaufpreisanspruch allein aufgrund des Vertrages vom 23. Juni 1956 nicht zusteht.

II. Eine andere Frage ist, ob das Schreiben der Beklagten vom 23. Juni 1961, in dem sie ihren Bedarf für das Jahr 1962 mit 240 Geräten angibt, zu einer Ver-

pflchtung geführt hat, auch die nicht abgerufenen 190 Geräte abzunehmen und für sie eine Vorauszahlung von je 200.-- DM zu leisten.

1. Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung vom 11./14. November 1960 dahin aus, die Beklagte sei nicht verpflichtet, eine Vorauszahlung für die Gerätezahl zu leisten, die sie bei der Angabe des voraussichtlichen Bedarfes nenne und als ungefähr bezeichne, sondern lediglich für die fest bestellten Gerätezahlen. Der Vertragstext gebe keine ausreichende Klarheit. Unklar bleibe, ob die Bezahlung der Hälfte der Materialkosten für den Gesamtbedarf oder für den Gesamtabruf zu erbringen sei. Das Verhalten der Parteien bei Abschluß der Zusatzvereinbarung und die Art, wie die Parteien in der Folgezeit verfahren sind, lasse aber eine genügend gesicherte Feststellung des Parteiwillens zu. Die Parteien hätten genau zwischen der Angabe des voraussichtlichen Bedarfes - in ihrer Formulierung der "Disposition"-und der Einzelbestellung unterschieden. Auch habe die Klägerin selbst Vorauszahlung für fest bestellte Geräte erbeten.

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe verkannt, daß das Schreiben vom 23. Juni 1961 die von der Beklagten geschuldete Spezifikation entsprechend dem Spezifikationskauf bedeute, geht die Rüge deshalb ins Leere, weil nach der nicht angreifbaren Auslegung des Berufungsgerichts durch die Vereinbarung vom 23. Juni 1956 ein Vertrag über Spezifikationskäufe nicht zustande gekommen ist. Auch die Meinung der Revision, die Auslegung, die das Berufungsgericht der Vereinbarung vom 11. / 14. November 1960 zukommen lasse, sei deshalb unmöglich, weil ausdrücklich die Vorauszahlung am Anfang eines jeden Kalenderhalbjahres für eine

Halbjahreslieferung habe fällig werden sollen, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, nur für fest bestellte Geräte sei die Vorauszahlung entsprechend dieser Bestimmung zu leisten. Die Auslegung läßt daher einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

2.) Auch wenn der vorstehend erörterten Auslegung des Berufungsgerichts gefolgt wird, könnte allerdings die Klage begründet sein, wenn das Schreiben der Beklagten vom 23. Juni 1961 nicht nur die Bedeutung einer bloßen Anzeige des voraussichtlichen Bedarfs hatte, sondern darüberhinaus zu einer rechtlichen Bindung der Beklagten geführt hätte. Die in diesem Schreiben enthaltene Erklärung sieht das Berufungsgericht nicht als endgültigen Auftrag an. Es führt hierzu aus, die Beklagte nenne in dem Schreiben keine genauen Zahlen. Folgerichtig und entsprechend der bisherigen Übung habe sie am 28. September 1961 die ersten 50 Geräte für die Produktion des Jahres 1962 bestellt. Die Klägerin sei, als keine weiteren Einzelbestellungen gefolgt seien, bei diesem Sachverhalt auch selbst nicht davon ausgegangen, daß weitere Geräte des für das Jahr 1962 gemeldeten voraussichtlichen Bedarfes bestellt worden seien. Sie habe nämlich ihrem Schreiben vom 2. April (gemeint wohl Februar) 1962 genau zwischen ihrer Disposition aufgrund der Vormeldung von 240 Geräten und der Bestellung von nur 50 Geräten unterschieden.

Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat bei seinen Erwägungen das Schreiben vom 23. Juni 1961 für sich betrachtet und hat verabsäumt, die Umstände, unter denen es zu diesem Schreiben gekommen ist, zu prüfen. Wie die Revision mit Recht geltend macht, hat die Beklagte auf Wunsch der Klägerin eine überschlägige Angabe ihres Bedarfes schon mit ihrem Schreiben vom 19. Mai 1961 gemacht. Hier hatte

sie auf Wunsch der Klägerin für deren "Dispositionszwecke" angegeben, daß mit etwa 300 Geräten im Jahre 1962 zu rechnen sei. Das legt den Gedanken nahe, schon dieses Schreiben enthalte die "Disposition", also die nach Meinung des Berufungsgerichts unverbindliche Vorankündigung des voraussichtlichen Bedarfs. Das Schreiben entspricht etwa beispielsweise dem vom Berufungsgericht verwerteten Schreiben vom 3. Juli 1959, wonach der Bedarf des zweiten Halbjahres 1959 sich über 100 Steuergeräte erstreckte. Mit dem Schreiben der Beklagten vom 19. Mai 1961 gab die Klägerin sich indessen nicht zufrieden, sondern bat mit Schreiben vom 16. Juni 1961 um verbindliche Aufträge mit Stückzahlen und Aufschlüsselung nach Typen. Darin wird eine Aufforderung der Klägerin an die Beklagte zu sehen sein, entsprechend der bisherigen Übung nunmehr eine feste aufgeschlüsselte Bestellung aufzugeben. Wenn die Beklagte mit dem Schreiben vom 23. Juni 1961 ihren Bedarf mit je ca. 120 Geräten der beiden in Frage stehenden Typen angab, so mag darin noch keine feste Bestellung liegen, zumal die Beklagte im Kopf des Briefes als Gegenstand "Disposition von Steuergeräten für 1962" anführt. Bei Berücksichtigung der gesamten Umstände liegt aber die Annahme nahe, daß die Beklagte mit ihrem Schreiben nicht nur unverbindlich ihren Bedarf angemeldet hat, sondern daß sie mit ihrer Erklärung etwa in Art eines Vorvertrages gegenüber der Klägerin eine rechtliche Bindung eingegangen ist, die sie verpflichtete, eine Bestellung auf Lieferung von rund 240 Geräten der beiden Typen aufzugeben, und die sie - von noch zu erörternden Ausnahmen abgesehen - hinderte, statt 240 Geräte eine beliebig geringere Menge abzurufen.

Bei der Auslegung ist zu prüfen, ob die Klägerin die Antwort der Beklagten, was sehr wohl denkbar ist,

etwa als bindende Erklärung angesehen hat und ansehen dürfte. Ob die Beklagte den Willen hierzu hatte, könnte unerheblich sein. Für einen Vertragsschluß kommt es nicht ausschließlich auf den Willen der Vertragsparteien an, sondern darauf, wie verständige Kaufleute im redlichen Geschäftsverkehr nach Treu und Glauben die Vertragserklärungen auffassen müssen. Dabei ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, daß die Klägerin, wie sie ausdrücklich im Schreiben vom 16. Juni 1961 hervorhob und der Beklagten erkennbar war, langfristig disponieren wollte und mußte und deshalb einen bindenden Auftrag wünschte. Die Beklagte mußte sich sagen, daß die Klägerin damit rechnete, sie, die Beklagte, werde 240 Geräte abnehmen. Es mußte ihr klar sein, daß die Klägerin sich daher auf eine Menge von 240 Geräten einrichten und entsprechende Aufwendungen machen werde. Dieses Vertrauen der Klägerin hat die Beklagte dadurch bestärkt, daß sie von einer genaueren Prüfung ihres voraussichtlichen Bedarfes spricht und in Abweichung von ihrem Brief vom 19. Mai 1961 eine geringere Zahl unter Aufschlüsselung nach Typen nennt. Wollte die Beklagte sich trotzdem völlige Freiheit der Bestellung vorbehalten, hätten Treu und Glauben es erfordert, daß sie ihre Erklärung als unverbindlich bezeichnete. Schon in der bisherigen praktischen Handhabung war die Trennung zwischen der Vorankündigung, "Disposition" genannt, und der endgültigen Bestellung nicht so scharf durchgeführt worden, wie es im Prozeß bei der rechtlichen Einordnung der Vorgänge geschehen ist. Tatsächlich hat die in der Disposition genannte Menge mit der bestellten Menge ^{in der Regel} übereingestimmt. Gelegentlich ist die bestellte Menge größer gewesen, geringer aber ~~nie~~ nicht. Mit dem Schreiben der Beklagten vom 23. Juni 1961 ist der Unterschied noch stärker verwischt worden. Die Tatsache, daß das Schreiben vom 23. Juni 1961

A

die Antwort auf das Schreiben der Klägerin vom 16. Juni 1961 mit dem Verlangen nach verbindlichen Aufträgen und Aufschlüsselung bildet, nähert es den "Bestellungen" an und hebt es in der rechtlichen Bedeutung von sonstigen "Dispositionen" der Beklagten ab. Das Berufungsgericht, das es lediglich darauf abstellt, das Schreiben vom 23. Juni 1961 enthalte keine genauen Zahlen, hat das nicht beachtet.

Der Umstand allein, daß die Beklagte nur eine Erklärung über ihren Bedarf an je ca. 120 Geräten abgegeben hat, stünde der Auslegung, es sei schon eine Bindung erfolgt, überhaupt nicht entgegen. Denn ca.-Bestellungen, d.h. Bestellungen mit handelsüblicher Toleranz, sind im Handelsverkehr nicht unüblich. Die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe am 28. September 1961 auf die Bedarfsmeldung hin 50 Geräte bestellt und die Klägerin selbst habe am 2. April (Februar ?) zwischen der Disposition aufgrund der Vormeldung von 240 Geräten und der Bestellung von nur 50 Geräten unterschieden, verliert bei dieser Betrachtungsweise an Gewicht. Daß es noch einer genauen Mengenangabe bedurfte, wenn die Beklagte gebunden war, die "Ca." bestellte Menge abzunehmen, liegt auf der Hand.

Bedeutsam für die Würdigung, was die Beklagte sich bei ihrem Schreiben vom 23. Juni 1961 vorgestellt hat, sind auch ihre späteren Schreiben vom 21. Dezember 1961, 21. Februar 1962 und 9. März 1962. Sie lassen kaum eine andere Deutung zu, als daß die Beklagte selbst der Auffassung gewesen ist, sie sei im Schreiben vom 23. Juni 1961 eine stärkere Bindung eingegangen, als es bei den sonstigen "Dispositionen" geschehen war, und müsse 240 Geräte abrufen. Im ersten Schreiben erklärte sie sich

bereit, das von der Klägerin beschaffte Material zu den Einkaufspreisen mit einem Zuschlag von 10 % abzunehmen. Im zweiten Schreiben erklärte sie ihr Einverständnis, die Preise des Angebots der Klägerin vom 2. Februar 1962 für die für 1962 disponierten 240 Geräte anzunehmen, und kündigte die Absendung von 100 Gehäusen an. Dann führte sie zum Streit über die Zahl der für das Jahr 1962 als benötigt angegebenen Geräte an, sie sei der berechtigten Ansicht, eine Mehrbestellung nicht aufgeben zu haben. Im Schreiben vom 9. März 1962 schließlich wollte die Beklagte auf die Bereithaltung der Fertigungskapazität von dem Zeitpunkt an verzichten, wo die Zahl von 240 Geräten erreicht sei.

Im Sinne einer Bindung sieht im Grunde genommen auch das Berufungsgericht selbst die Rechtslage an, wenn es anklingen läßt, daß der Klägerin möglicherweise ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung zugebilligt werden könnte, sofern sie ihn geltend gemacht hätte. Denn von einer positiven Forderungsverletzung kann nur gesprochen werden, wenn die Beklagte eine zwischen ihr und der Klägerin bestehende vertragliche Bindung verletzt hat.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Zur erneuten Würdigung der Vorgänge war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Für die erneute Verhandlung sei auf folgendes hingewiesen:

1.) Die Klägerin hat in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht Erfüllung des Vertrages verlangt. Sie ist anscheinend der Auffassung,

die Beklagte sei noch jetzt verpflichtet, von ihr 190 Geräte der mit Schreiben vom 23. Juni 1961 verlangten Art abzunehmen, und sie sei daher berechtigt, für diese Geräte eine Vorauszahlung von 200.-- DM je Stück zu verlangen. Da die Geräte aber ausdrücklich für den Bedarf der Beklagten im Jahre 1962 bestimmt waren und offenbar einer ständigen technischen Weiterentwicklung unterliegen, könnte die Auslegung der zwischen den Parteien etwa bestehenden Vertragsbeziehungen zu dem Ergebnis führen, der Leistungszeitraum sei derart Teil des Leistungsinhalts gewesen, daß die Leistung ihrer Natur nach außerhalb des Leistungszeitraums nicht mehr erbracht werden konnte. Dann würde die Klägerin einen Finanzierungsbeitrag zur Herstellung der Geräte nicht mehr verlangen können. Möglicherweise wäre ihr aber ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nach §§ 275, 324 Abs. 1 und 2 BGB geblieben, wobei die Klägerin sich aber anrechnen lassen müßte, was sie infolge Befreiung von der Leistung erspart hat. Denkbar wäre auch, daß der Klägerin wegen Verzuges der Beklagten ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse zusteht.

2.) Für den Fall, daß das Berufungsgericht bei seiner erneuten Entscheidung zu dem Ergebnis kommen sollte, eine Bindung der Beklagten zur Abnahme von etwa 240 Geräten sei erfolgt, müßte noch in Betracht gezogen werden, ob unter Berücksichtigung der Besonderheit des Vertrages die Beklagte sich etwa von der Bindung dann wieder lösen durfte, wenn sie anstelle von Geräten einer überholten Konstruktion nunmehr weiter entwickelte Geräte benötigte. Dafür könnte sprechen, daß die Klägerin die Stellung einer Zulieferantin hatte und der Beklagten schwerlich angesonnen werden konnte, veraltete Geräte in ihre Apparate einzubauen. Es ließe sich deshalb die Auffassung

vertreten, daß die Klägerin jedenfalls dann die Beklagte nicht an ihrer Erklärung festhalten dürfte, wenn die Beklagte ihr unter zumutbaren Bedingungen die Anfertigung der weiterentwickelten Geräte anbot. Ob das der Fall gewesen ist oder ob, wie die Klägerin geltend macht, die Beklagte durch ihre Weigerung, die restlichen 190 Geräte abzunehmen, lediglich versucht hat, unberechtigt die vereinbarten Preise zu drücken, würde gegebenenfalls das Berufungsgericht zu prüfen haben. Dabei könnte von Bedeutung sein, ob das Angebot der Beklagten auch ein angemessenes Entgelt für die von der Klägerin zur Anfertigung der nicht abgenommenen Geräte gemachten Aufwendungen und für den insoweit entgangenen Verdienst enthielt.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen, weil sie von der sachlichen Endentscheidung abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann