

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 177 Abs. 1; HGB § 346 Ea

Ist ein Vertrag wegen der Mitwirkung eines vollmachtlosen Vertreters schwebend unwirksam, so kann dieser Mangel durch Schweigen auf das dem Vertragsschluß folgende Bestätigungsschreiben geheilt werden; daß das an den Vertragspartner gerichtete Bestätigungsschreiben "zu Händen" des vollmachtlosen Vertreters adressiert ist, ändert daran grundsätzlich nichts.

BGH, Urt. v. 27. September 1989 - VIII ZR 245/88 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 245/88

URTEIL

Verkündet am:
27. September 1989
[REDACTED],
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma S [REDACTED] Hausgeräte GmbH, gesetzlich vertreten durch die
Geschäftsführerin Edda K [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED] in
F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Firma P [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch den
Geschäftsführer Cornelius B [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED] in
H [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in der mündlichen Verhandlung vom 27. September 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Treier, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 17. August 1988 verkündete Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt in großem Umfang Kaffeemaschinen her. Diese veräußert sie in erster Linie an große Markenartikelunternehmen, so auch die Beklagte, die die Ware dann unter eigenem Markenzeichen weiter vertreiben. Sie verlangt von der Beklagten Schadensersatz, weil diese 29.080 bei ihr bestellte Kaffeeautomaten weder abgenommen noch bezahlt habe.

Die Parteien schlossen am 2. August 1982 einen mit "Rahmen-(Abruf-)Bestellung" bezeichneten Vertrag über die



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Herstellung und Lieferung von 100.000 Kaffeeautomaten des Typs HL 2528. Durch spätere Vertragsänderungen wurden auch die nahezu baugleichen Modelle HL 30 und HL 33 - zusammengefaßt zur sogenannten "Modellreihe PH 83" - miteinbezogen. In dem Rahmenvertrag vom 2. August 1982 heißt es u.a.:

"Lieferplanung/Liefereinsatz

Liefereinsatz 2.1.1983, Lieferung gemäß Abruf. Abrufe erfolgen jeweils per FS 3 Monate vor Lieferung als Grobplanung. Die Feinplanung erfolgt 6 Wochen vor Lieferung in Abstimmung mit unserem UB Kleine Hausgeräte. Reaktionszeit von S (= Klägerin) für Verschiebung/Erhöhung/Reduzierung der Planung beträgt 4 Wochen pro Lieferung."

Auf diese und andere Regelungen wurde in den späteren Vertragsänderungen mit der Formulierung "Übrige Konditionen laut Hauptbestellung" Bezug genommen. Mit der sogenannten "Rahmen-(Abruf-)Bestelländerung Nr. 3" vom 7. November 1983 wurde die Menge der insgesamt von der Klägerin herzustellenden und zu liefernden Kaffeeautomaten auf 165.000 erhöht; diese Menge nahm die Beklagte bis Februar 1984 ab. In der Folgezeit setzten die Parteien den Abruf und die Lieferung der Kaffeeautomaten fort. Am 8. Juni 1984 vereinbarten sie die sogenannte "Rahmen-(Abruf-)Bestelländerung Nr. 4"; darin heißt es u.a.: "Änderungen der Bestellmenge: Bestellmenge alt: 165.000 Stück, neu: nach Abruf ...", "Liefertermin auf Abruf" und wiederum "Übrige Konditionen laut Hauptbestellung". Es folgten weitere Abrufe der Beklagten und entsprechende Lieferungen der Klägerin. Diese bat die Beklagte

wiederholt um Erteilung einer neuen Rahmenbestellung. Mit Fernschreiben vom 9. August 1984 und 12. September 1984 teilte die Beklagte der Klägerin ihre "Lieferplanung" für die Monate September bis Dezember 1984 mit insgesamt 52.800 Kaffeemaschinen der Typen HL ■28 und HL ■30 sowie ihre "Vorplanung für das Jahr 1985" mit insgesamt 40.000 Stück der Modelle HL ■28 und ■30 sowie 5.000 des Modells HL ■33 mit. Am 16. Januar 1985 kam es in den Geschäftsräumen der Beklagten in H■■■■ zu einer Besprechung, über deren Inhalt die Parteien streiten. Nach Darstellung der Klägerin haben sich an diesem Tage vor einer im größeren Kreise durchgeführten Verhandlung über neue Preise und Lieferkonditionen der Zeuge Grünberg von der Beklagten und die Geschäftsführerin der Klägerin zusammengesetzt und eine "verbindliche Abstimmung" der von der Klägerin noch zu liefernden und von der Beklagten noch abzunehmenden Restmenge einer vorangegangenen, in der zweiten Jahreshälfte 1984 erteilten weiteren Rahmenbestellung der Beklagten über insgesamt 100.000 Kaffeeautomaten vorgenommen. Diese habe zu dem Ergebnis geführt, daß noch restliche 54.200 Automaten des Modells HL ■28 und 7.750 des Modells HL ■30 zu liefern gewesen seien.

Mit Fernschreiben vom 14. Mai 1985 bestellte die Beklagte bei der Klägerin für Juni 1985 2.500 sowie für Juli und August 1985 je 3.000 Kaffeeautomaten des Typs HL ■28; als "Vorausschau" für September 1985 gab sie 3.300 Stück an. Am 19. Juni 1985 erhöhte die Beklagte telefonisch ihre Bestellung für Juli und August 1985 auf jeweils 15.000 und für September 1985 auf 10.000 Kaffeeautomaten des Modells

HL 2528. Die Klägerin erwiderte mit Fernschreiben vom 25. Juni 1985, sie sei infolge der zu kurzfristigen Erhöhung der Bestellmenge und wegen Betriebsurlaubs ihrer Zulieferer nur zur Lieferung von 11.000 Kaffeeautomaten im Juli, 3.000 im August und 6.000 im September 1985 in der Lage. Daraufhin teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 4. Juli 1985 und Fernschreiben vom 5. Juli 1985 mit, sie stelle den weiteren Bezug von Kaffeeautomaten von der Klägerin zum Ende des Monats ein.

Ausgehend von den nach ihrer Darstellung in der Besprechung vom 16. Januar 1985 ermittelten Restmengen von 54.200 Automaten des Typs HL ■28 und 7.750 des Typs HL ■30 behauptet die Klägerin, sie habe in der Folgezeit bis zur Weigerung der Beklagten, weiter Kaffeemaschinen dieser Typen abzunehmen, noch 29.460 Geräte vom Typ HL ■28 und 3.510 vom Typ HL ■30 geliefert, so daß noch restliche 24.740 Automaten vom Typ HL ■28 und 4.340 vom Typ HL ■30, insgesamt also 29.080 Kaffeeautomaten von ihr zu liefern und von der Beklagten abzunehmen gewesen seien. Da sich die Beklagte grundlos weigere, diese Kaffeeautomaten abzunehmen, sei sie zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens - insbesondere entgangenen Gewinns - in Höhe von 427.799,04 DM verpflichtet. Diesen Betrag nebst Zinsen macht sie mit der Klage geltend. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

Voraussetzung für die Begründetheit des auf §§ 326 Abs. 1 Satz 2, 252 BGB gestützten Schadensersatzanspruches der Klägerin ist u.a., daß die Beklagte im Sommer 1985 bei ihrer Weigerung, weitere Ware von der Klägerin abzunehmen, aufgrund vorangegangener Bestellungen noch zur Abnahme restlicher 29.080 Kaffeemaschinen verpflichtet war. Derartige Abnahmeverpflichtungen mußte die Beklagte am 8. Juni 1984 oder zu späteren Zeitpunkten eingegangen sein, denn die Verpflichtungen aus der sogenannten Hauptbestellung und den Bestelländerungen Nr. 1-3 sind unstreitig von beiden Vertragspartnern erfüllt worden.

I. Zur Begründung einer Abnahmepflicht der Beklagten in der gesamten Höhe hebt die Klägerin in erster Linie auf den Inhalt der Besprechung vom 16. Januar 1985 in den Geschäftsräumen der Beklagten ab, in deren Verlauf ihre Geschäftsführerin mit dem Zeugen Grünberg von der Beklagten eine "verbindliche Abstimmung" dahingehend vorgenommen habe, daß zu diesem Zeitpunkt noch restliche 54.200 Kaffeeautomaten des Typs HL 28 und 7.850 des Typs HL 30 zu liefern und von der Beklagten abzunehmen gewesen seien.

1. Das Landgericht hat zum Inhalt dieser Besprechung den Zeugen Grünberg vernommen. Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht nach § 543 Abs. 1 ZPO Bezug nimmt, hat der Zeuge im Verlauf dieser

Besprechung indessen weder eine neue Abnahmeverpflichtung der Beklagten in der genannten Höhe begründet - wozu er im übrigen nach dem Inhalt seiner Aussage und dem daran anschließenden übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien auch gar nicht befugt war - noch, wie die Revision jetzt geltend macht, ein bestätigendes Schuldanerkenntnis "der Höhe nach" (vgl. dazu etwa BGH, Urteile vom 19. September 1963 - III ZR 121/62 = NJW 1963, 2316, 2317 und vom 21. September 1955 - VI ZR 118/54 = LM BGB § 157 (D) Nr. 5; OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 310) abgegeben. Vielmehr handelte es sich um eine rein rechnerische Abstimmung und Feststellung der Restmenge einer von beiden Gesprächsteilnehmern als bestehend angenommenen früheren, in Teilmengen zu liefernden Großbestellung der Beklagten über 100.000 Kaffeemaschinen.

2. Angriffe gegen die dahingehende Würdigung der Aussage des Zeugen Grünberg erhebt die Revision nicht. Sie beanstandet das Verfahren der Vorinstanzen bei der Feststellung des Inhalts der Unterredung vom 16. Januar 1985 jedoch insoweit, als sie geltend macht, das Berufungsgericht habe die erstinstanzliche Aussage des Zeugen Grünberg überhaupt nicht verwerten dürfen, weil die Beweisaufnahme wegen der im Beweistermin erfolgten Ablehnung des Vorsitzenden der erstinstanzlichen Kammer für Handelssachen durch die Klägerin nicht habe abgeschlossen werden können.

Beweisthema für die Vernehmung des Zeugen Grünberg vor dem Landgericht war ausweislich des Beweisbeschlusses vom 19. Januar 1986 und des Inhalts der dienstlichen Äußerung des von der Klägerin abgelehnten Richters vom 11. März 1986

der Inhalt der Besprechung zwischen dem Zeugen und der Geschäftsführerin der Klägerin vom 16. Januar 1985. Hierzu ist der Zeuge ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 5. März 1986 vernommen worden. Der Termin wurde nach der Richterab-
lehnung der Klägerin beendet. Die Ablehnung erfolgte u.a. deswegen, weil der Kammervorsitzende ergänzende Fragen des Vertreters der Klägerin nicht mehr zuließ; eine Fortsetzung der Zeugenvernehmung erfolgte nicht mehr.

Die gegen das Verfahren der Vorinstanzen gerichtete Rüge der Revision ist überwiegend unzulässig, im übrigen unbegründet. Soweit die Revision beanstandet, die Vernehmung des Zeugen sei "nicht abgeschlossen gewesen", übersieht sie, daß der Zeuge ausweislich des Vernehmungsprotokolls eine umfangreiche, zusammenhängende und in sich geschlossene Darstellung des Beweisthemas gegeben hat. Demgegenüber enthält die Revisionsbegründung keine Angaben darüber, welche Ergänzungen der Beweisaufnahme darüber hinaus noch in Betracht kamen und wie weit auf deren Fehlen das Urteil beruhen kann (§ 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO). Auch soweit die Revision geltend macht, die Klägerin habe die Befragung des Zeugen (§ 397 ZPO) nicht beenden können, ist die Rüge unerheblich, weil sie nicht angibt, welche Fragen die Klägerin noch an den Zeugen hätte richten wollen. Daß das Protokoll über die Beweisaufnahme entgegen §§ 160 Abs. 3 Nr. 4, 162 ZPO nicht vorgelesen und genehmigt wurde, macht die Revision nicht geltend (§ 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO). Zutreffend ist zwar der weitere Hinweis der Revision, daß eine Entscheidung über die Beeidigung des Zeugen nicht erfolgt ist (§ 391 ZPO). Jedoch

ist im vorliegenden Falle auszuschließen, daß das angefochtene Urteil auf diesem oder auch den übrigen erwähnten Verfahrensverstößen beruht (§ 549 ZPO), weil die Klägerin selbst weder in den Tatsacheninstanzen noch in der Revisionsbegründung geltend gemacht hat, die protokollierte und von den Vorinstanzen verwertete Aussage des Zeugen Grünberg entspreche nicht den Tatsachen; sie will aus dieser Aussage lediglich andere Schlußfolgerungen ziehen als die vorinstanzlichen Gerichte.

Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob die Klägerin, wie die Beklagte in der Revisionserwiderung meint, nach § 295 ZPO das Recht verloren hat, die vorstehend erwähnten Verfahrensfehler zu rügen, weil sie im folgenden Verhandlungstermin vom 14. Juli 1986 ausweislich des Sitzungsprotokolls zur Sache verhandelt habe, ohne diese Verfahrensfehler zu rügen.

II. Damit hängt die Begründetheit der Klage insbesondere davon ab, ob die Beklagte vor der Unterredung vom 16. Januar 1985 eine weitere in Teillieferungen zu erfüllende, verbindliche Rahmenbestellung über 100.000 Kaffeemaschinen erteilt hat. Dies verkennt auch die Klägerin nicht, denn nach der Aussage des Zeugen Grünberg geht der Streit der Parteien nahezu ausschließlich um die Frage, ob, wann und in welcher Weise die Beklagte die von der Klägerin behauptete weitere Rahmenbestellung erteilt hat.

1. a) Allerdings meint das Berufungsgericht in einer Hilferwägung, die die Beklagte in der Revisionserwiderung

aufgreift, der Bestand der von der Klägerin behaupteten weiteren Rahmenbestellung über 100.000 Kaffeeautomaten könne unterstellt werden. Auch dann sei die Klage unbegründet, weil die Beklagte nach dem unstreitigen Sachverhalt insgesamt 272.403 Kaffeeautomaten und damit nach erfolgter Abwicklung der durch die "Rahmen-(Abruf-)Bestelländerung Nr. 3" vom 7. November 1983 auf insgesamt 165.000 Kaffeemaschinen erhöhten Gesamtbestellung im Februar 1984 noch mehr als 100.000 (nämlich 107.403) Kaffeemaschinen von der Klägerin bezogen habe.

Mit dieser Begründung kann die Schlüssigkeit der Klage aber nicht verneint werden. Nach dem - später noch im einzelnen darzustellenden - Vorbringen der Klägerin ist die angebliche erneute Rahmenbestellung der Beklagten frühestens durch oder im Anschluß an die beiden Fernschreiben vom 9. August und 12. September 1984 mit Wirkung vom September 1984 erfolgt. Andererseits hat die Klägerin unter Beweisantritt vorgetragen, daß zwischen der Erfüllung der ersten Rahmenbestellung von 165.000 Stück im Februar 1984 und dem Abschluß des weiteren Rahmenvertrages über weitere 100.000 Stück eine größere Anzahl von Kaffeeautomaten ohne rahmenvertragliche Grundlage geliefert worden sei. Allein in der Zeit bis zum Abschluß der "Rahmen-(Abruf-)Bestelländerung Nr. 4" am 8. Juni 1984 habe sie 15.462 Kaffeemaschinen geliefert, in der Folgezeit bis September 1984 weitere 13.300 Maschinen. Schon bei Berücksichtigung nur der erstgenannten Menge, die auf jeden Fall vor dem von der Klägerin behaupteten Abschluß des neuen Rahmenvertrages über 100.000 Stück geliefert worden wäre, hätte die Beklagte anschließend auch

bei Zugrundelegung der unstreitigen Gesamtmenge von 272.403 Stück weniger als 100.000 Stück von der Klägerin bezogen, so daß der Klaganspruch auch unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls teilweise begründet wäre.

b) Der von der Klägerin behauptete Abschluß einer neuen Rahmenvereinbarung über die Herstellung und Lieferung von 100.000 Kaffeeautomaten kann entgegen dem weiteren Vorbringen der Beklagten in der Revisionserwiderung auch nicht deswegen offenbleiben, weil die Beklagte jedenfalls in dem Zeitraum seit August 1984 mehr als 100.000 Kaffeemaschinen von der Klägerin abgenommen hat. Die Parteien haben vor allem im ersten Rechtszug zahlreiche, auf unterschiedliche Zeiträume bezogene und zum Teil einander widersprechende Angaben über die von der Beklagten abgenommenen Warenmengen gemacht. Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte in der Berufungserwiderung vorgetragen, sie habe von der Klägerin seit August 1984 bis zum Ende der Geschäftsbeziehungen 74.244 Kaffeeautomaten des Typs HL 28, 21.508 des Typs HL 30 und 6.396 des Typs HL 33, insgesamt also 102.148 Kaffeemaschinen geliefert erhalten. Richtig ist weiter, daß die Klägerin, die im ersten Rechtszug ganz andere Lieferzahlen vorgetragen hat, diesen Zahlenangaben der Beklagten im zweiten Rechtszug nicht entgegengetreten ist. Gleichwohl sind sie für den hier maßgeblichen Zeitpunkt nicht aussagekräftig, weil sie den Zeitraum ab August 1984 erfassen, die angebliche neue Rahmenvereinbarung jedoch erst frühestens ab September 1984 in Kraft treten sollte. Für den Monat August 1984 liegt nur eine Zahlenangabe der Klägerin vor; in dem bereits erwähnten erstinstanzlichen Schriftsatz vom

13. November 1986 ist die Lieferung von 6.512 Kaffeeautomaten des Typs HL ■28 an die Beklagte erwähnt. Setzt man diese Menge von den zweitinstanzlich vorgetragenen Zahlen der Beklagten ab, so ergibt sich wiederum eine unter 100.000 liegende Gesamtmenge an die Beklagte gelieferter Kaffeemaschinen.

c) Auch das sonstige Vorbringen der Parteien läßt nicht erkennen, daß die Beklagte die angeblich vereinbarten 100.000 Kaffeemaschinen bereits abgenommen hat. Die von der Beklagten mit der Klagerwiderung vorgelegte detaillierte Aufstellung über die Liefermengen ist hinsichtlich des Zahlenwerks weitgehend unstreitig, sie umfaßt jedoch nur den Zeitraum ab Oktober 1984 und enthält insgesamt 82.325 Kaffeemaschinen der drei hier streitigen Typen. Die Aufstellung der Klägerin im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 13. November 1986 enthält Angaben über Lieferungen der Typen HL ■28 und ■30 (nicht: HL ■33) und weist für den Zeitraum von September 1984 bis Juni 1985 nur Lieferungen von insgesamt 73.424 Maschinen aus. Auch bei Hinzurechnung der 5.580 Automaten des Typs HL ■33 aus dem von der Beklagten vorgelegten (insoweit unstreitigen) Anlagenkonvolut "K" ergeben sich weniger als 100.000 Automaten. Ebenso verhält es sich mit den sonstigen im Verlauf des Rechtsstreits gemachten (unstreitigen oder von der Klägerin stammenden) Zahlenangaben.

2. Es bleibt also dabei, daß der Erfolg der Revision u.a. davon abhängt, ob die Beklagte - wie die Klägerin behauptet - vor dem 16. Januar 1985 eine weitere verbindliche Rahmenbestellung über 100.000 Kaffeeautomaten erteilt hat.

a) Grundlage der Geschäftsbeziehungen der Parteien waren zunächst die "Rahmen-(Abruf-)Bestellung" vom 2. August 1982 sowie die nachfolgenden "Rahmen-(Abruf-)Bestelländerungen Nr. 1 bis 3", mit denen die Parteien die Herstellung und - in Teilmengen auf Abruf zu erfolgende - Lieferung von insgesamt 165.000 Kaffeemaschinen vereinbart haben. Angesichts dieser verbindlichen Rahmenbestellungen von insgesamt 165.000 Kaffeemaschinen ging es bei den vereinbarten Abrufen lediglich um die Bestimmung von Zeitpunkt und Umfang der jeweils auszuliefernden Teilmengen.

Durch die "Rahmen-(Abruf-)Bestelländerung Nr. 4" vom 8. Juni 1984 wurde den Geschäftsbeziehungen der Parteien eine neue und andere rechtliche Grundlage gegeben. Die Beklagte war jetzt nicht mehr zur Abnahme bestimmter Warenmengen verpflichtet. Sie konnte vielmehr je nach Bedarf Ware bei der Klägerin bestellen, wobei allerdings die Modalitäten des ursprünglichen Vertrages, insbesondere die "Grobplanung" von drei Monaten und die "Feinplanung" von sechs Wochen vor Lieferung zu beachten waren. Die Klägerin hatte sich demgegenüber im voraus verpflichtet, die derart bestellten Waren zu liefern. Im Gegensatz zu früher hatten die auch im Vertrag vom 8. Juni 1984 erwähnten "Abrufe" der Beklagten nunmehr den Abschluß von Werklieferungsverträgen über die jeweils bestellten Waren zur Folge. Über diese Rechtswirkung des Vertrages vom 8. Juni 1984, die beide Vorinstanzen ihrer Beurteilung zugrundelegen, besteht auch unter den Parteien kein Streit.

Bei der von der Klägerin behaupteten weiteren Rahmenbestellung von 100.000 Stück würde es sich mithin um eine

erneute Änderung des die Geschäftsbeziehungen regelnden Vertrages in Form einer Rückkehr zum ursprünglichen Vertragszustand handeln. Dies haben die Vorinstanzen nicht festzustellen vermocht; dabei sind ihnen entscheidungserhebliche Rechtsfehler nicht unterlaufen:

b) Der Zeuge Grünberg ist nach seiner Aussage bei der Besprechung vom 16. Januar 1985 davon ausgegangen, sein Vorgesetzter, Herr Neufang, habe Ende Juli 1984 im Verlaufe einer Besprechung mit der Geschäftsführerin der Klägerin und deren Ehemann erklärt, "die Klägerin werde von der Beklagten einen neuen Abruf über 100.000 Automaten erhalten". Dies habe er, der Zeuge, später von dem Zeugen Neufang erfahren. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts behauptet jedoch die Klägerin selbst nicht, daß Herr Neufang bei dieser Gelegenheit eine Festbestellung über 100.000 Kaffeeautomaten aufgegeben habe. Diese Feststellungen sind für das Revisionsgericht bindend (§ 561 ZPO). Die Revision greift dies auch nicht an.

c) Nach dem Vorbringen der Klägerin liegt der Abschluß einer neuen Rahmenvereinbarung über die Herstellung und Lieferung von weiteren 100.000 Kaffeeautomaten in den beiden Fernschreiben der Beklagten vom 9. August und 12. September 1984, in deren übereinstimmendem Verständnis der Parteien sowie ihren in Bezug hierauf in der Zeit zwischen September und Oktober 1984 abgegebenen Willenserklärungen.

Die beiden Fernschreiben haben - soweit hier von Interesse - folgenden Wortlaut:

Fernschreiben vom 9. August 1984:

"Betr.: Lieferplanung Kaffeeautomaten.

Hiermit geben wir Ihnen die Planung September - Dezember 84 auf und bitten um Ihre Lieferbestätigung. Alle früheren Planungen verlieren damit ihre Gültigkeit.

	HL ■28	HL ■30	...
Sept.	5.0	1.8	...
Okt.	7.0	2.0	...
Nov.	7.0	2.0	...
Dez.	4.0	-	...
Vorplanung für 1985:			
Jahresmenge	30.0	10.0	...

Die Geräte HL ■33 ... werden von uns mit ... 5.0 für 1985 geplant."

Fernschreiben vom 12. September 1984:

"Betr.: Lieferplanung September - Dezember 1984:

In unserem letzten Planungsgespräch wurden folgende Plandaten für September - Dezember als Änderung der bestehenden Planung abgestimmt.

Wir bitten um eine umgehende Bestätigung der Produktions- und Liefermöglichkeiten.

	HL ■28	HL ■30
Sept.	5.0	1.8 + 1.0
Okt.	7.0 + 5.0	2.0 + 4.0
Nov.	7.0 + 5.0	2.0 + 4.0
Dez.	4.0 + 3.0	- + 2.0

Bei der erstgenannten Zahl handelt es sich jeweils um die bestehende Planung (siehe Telex 09. August 1984), die zweite Zahl gibt die erforderliche Erhöhung an.

...."

Die Klägerin hat dazu behauptet, ihre Geschäftsführerin und der Zeuge Grünberg hätten übereinstimmend die in dem Fernschreiben vom 9. August 1984 erwähnte "Vorplanung für 1985" als Festbestellung verstanden, dies habe sie, die Klägerin, der Beklagten auch unwidersprochen mit Schreiben vom 21. September 1984 bestätigt, im Oktober 1984 habe Grünberg der Klägerin telefonisch unter Bezugnahme auf die beiden Fernschreiben vom 9. August und 12. September 1984 zugesagt, die Beklagte werde noch 80.000 Automaten des Typs HL ■28 und 20.000 des Typs HL ■30 abnehmen, auch dies habe sie - von der Beklagten unwidersprochen - mit Schreiben vom 17. Oktober 1984 bestätigt.

d) Für die Monate September bis Dezember 1984 enthalten die beiden Fernschreiben verbindliche Warenbestellungen der Beklagten. Dies ergibt sich trotz der Verwendung des Ausdrucks "Planung" daraus, daß in beiden Fernschreiben die Klägerin insoweit ausdrücklich um "Lieferbestätigung" (Fernschreiben vom 9. August 1984) bzw. "Bestätigung der Produktions- und Liefermöglichkeiten" (Fernschreiben vom 12. September 1984) gebeten wird. Insoweit besteht unter den Parteien über den Inhalt der Fernschreiben auch kein Streit.

Ob diese Bestellungen der Beklagten wirksam waren, erscheint angesichts der unstreitig fehlenden Vollmacht des Zeugen Grünberg, mit dessen Namen die Fernschreiben unter-

zeichnet sind, nicht zweifelsfrei, bedarf aber keiner Entscheidung, weil die Beklagte jedenfalls Waren im Umfang der Bestellungen bis Ende 1984 abgenommen hat.

Für das Jahr 1985 dagegen enthält das Fernschreiben vom 9. August 1984 (das Fernschreiben vom 12. September 1984 schweigt insoweit) nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts keine verbindliche Warenbestellung der Beklagten, sondern nur eine Orientierung über die Größenordnung ihres voraussichtlichen Bedarfs. Dies ergibt sich eindeutig daraus, daß - im Gegensatz zur Wortwahl der Bestellungen für die bevorstehenden letzten Monate des Jahres 1984 - für das Jahr 1985 der Ausdruck "Vorplanung" gebraucht und hier - ebenfalls anders als für die Bestellungen für 1984 - insoweit nicht um eine Lieferbestätigung gebeten wird. Auch mit Blick auf den noch über viereinhalb Monate ausstehenden Jahresbeginn 1985 liegt die Annahme einer verbindlichen Bestellung für das ganze Jahr 1985 fern.

e) Soweit die Klägerin geltend macht, die Parteien hätten auch die im Fernschreiben vom 9. August 1984 für das Jahr 1985 genannten Zahlen trotz Verwendung des Wortes "Vorplanung" als verbindlich angesehen und damit hätte die Beklagte insgesamt 97.800 Kaffeeautomaten bestellt, ist ihr Vorbringen nicht hinreichend substantiiert und damit unschlüssig. Es läßt nicht erkennen, welcher mit entsprechenden Vollmachten versehene Angestellte der Beklagten - der Zeuge Grünberg, dessen Namen das Fernschreiben trägt, war, wie bereits erwähnt, zur Erteilung neuer Warenbestellungen nicht befugt - das Fernschreiben in diesem Sinne verstanden

haben soll und inwiefern es zu einem solchen - dem benutzten Wortlaut des Fernschreibens eindeutig entgegenstehenden - Verständnis gekommen sein soll.

f) Auch aus ihrem an die Beklagte zu Händen des Zeugen Grünberg gerichteten Schreiben vom 21. September 1984 kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten herleiten. In diesem Schreiben heißt es u.a.:

"... Weiterhin möchten wir nochmals Ihre Angabe bestätigen, daß die Vorplanung für 1985 aus Ihrem Telex Nr. 180 vom 09.08.84 als Festplanung zu verstehen ist. Auch hier disponieren wir unser Material aufgrund dieser Vorausschau (30.000 Stück Kaffeemaschinen HL 28, 10.000 Stück Kaffeemaschinen HL 2530)."

Die Klägerin meint, dies Schreiben sei ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, dessen Inhalt zwischen den Parteien verbindlich geworden sei, weil die Beklagte ihm - was unstreitig ist - nicht widersprochen habe. Diese Rechtsfolge hatte das Schweigen der Beklagten auf das Schreiben vom 21. September 1984 jedoch nicht.

Zwar wäre das Schweigen der Beklagten auf dieses Schreiben grundsätzlich geeignet gewesen, auch die schwebende Unwirksamkeit des bestätigten Geschäfts gem. § 177 Abs. 1 BGB - wie bereits wiederholt erwähnt, war der Zeuge Grünberg unstreitig zu Neubestellungen außerhalb eines laufenden Rahmenvertrages nicht befugt - zu heilen; daß das Schreiben "zu Händen" des Zeugen Grünberg adressiert war, hätte daran ebenfalls nichts geändert (BGH, Urteil vom 15. Juni 1964 - II ZR 129/62 = NJW 1964, 1951 = LM BGB § 130

Nr. 8). Die konstitutive Wirkung des Schweigens der Beklagten auf das Schreiben vom 21. September 1984 entfällt indessen aus einem anderen Grund:

Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben setzt nämlich - u.a. - voraus, daß ihm Vertragsverhandlungen vorausgegangen waren, d.h. daß jedenfalls ein geschäftliches Gespräch über den schriftlich "bestätigten" Vorgang stattgefunden hat; dies ist von dem Absender des Schreibens, der aus dem Schweigen des Geschäftsgegners Rechte herleiten will, darzutun und zu beweisen (Senatsurteil vom 20. März 1974 - VIII ZR 234/72 = WM 1974, 409, 410 unter II 2 a; vgl. auch BGH, Urteil vom 6. Mai 1975 - VI ZR 120/74 = NJW 1975, 1358; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl. 1989 § 346 Anm. 3 C a). Hieran fehlt es. Weder aus dem Schreiben vom 21. September 1984 selbst noch aus dem Prozeßvortrag der Klägerin ergibt sich irgend etwas dafür, wann, bei welcher Gelegenheit und in welcher Weise der Zeuge Grünberg die in dem Schreiben erwähnte "Angabe" gemacht hat.

Diese Auffassung liegt wohl auch der - wenngleich nicht restlos klaren - Formulierung des Berufungsgerichts zugrunde, die Klägerin habe "weder nach dem Wortlaut ... des Fernschreibens noch nach den sonstigen Umständen der Vertragsbeziehungen - Anlaß (gehabt), die in der Vorplanung gemachten Stückzahlen bereits als fest bestellt anzusehen." Angriffe dagegen erhebt die Revision nicht.

g) Weiter hat die Klägerin behauptet, der Zeuge Grünberg habe in einem Telefongespräch am 3. Oktober 1984 erklärt, die Beklagte werde noch insgesamt 100.000 Kaffeeautomaten bei der Klägerin abrufen. Für dieses Vorbringen

hatte die Klägerin Beweis durch Vernehmung der Zeugen G[REDACTED], Frau K[REDACTED] und Frau S[REDACTED] angetreten; die Revision rügt, daß das Berufungsgericht diese Beweise nicht erhoben habe.

Der Revision ist einzuräumen, daß insoweit das Berufungsurteil mit der darin gegebenen Begründung nicht zu halten ist. Dort ist ausgeführt, der Zeuge G[REDACTED] habe das Vorbringen der Klägerin nicht bestätigt; dies schließt das Berufungsgericht aus der Aussage des Zeugen, er sei bei der Besprechung vom 16. Januar 1985 davon ausgegangen, daß sein Vorgesetzter Neufang bereits Anfang Juli 1984 eine verbindliche Rahmenbestellung von 100.000 Kaffeemaschinen erteilt habe. Demgegenüber wendet die Revision mit Recht ein, daß der Zeuge G[REDACTED] zu seiner angeblichen telefonischen Bestellung vom 3. Oktober 1984 noch gar nicht vernommen worden ist. Das Beweisthema bei seiner Vernehmung beschränkte sich, wie bereits ausgeführt (oben I 2), auf die Vorgänge vom 16. Januar 1985; zu einer über das Beweisthema hinausgehenden Befragung des Zeugen über seine angebliche telefonische Zusage vom 3. Oktober 1984 ist es wegen der Ablehnung des Vorsitzenden der erstinstanzlichen Kammer für Handelssachen durch die Klägerin nicht mehr gekommen. Überdies sind die von der Klägerin weiter benannten Zeugen Frau K[REDACTED] und Frau S[REDACTED] überhaupt noch nicht vernommen worden.

Auf diesem Rechtsfehler beruht das Berufungsurteil jedoch nicht, denn das Vorbringen der Klägerin ist unschlüssig, so daß es der Vernehmung der von ihr benannten Zeugen überhaupt nicht bedurfte:

Der Vortrag der Klägerin zum Inhalt der angeblichen telefonischen Zusage des Zeugen G[REDACTED] am 3. Oktober 1984

ermangelte bereits der gebotenen Substantiierung, worauf - insoweit zu Recht - bereits das Berufungsgericht hinweist. Im ersten Rechtszug hatte die Klägerin behauptet, G. habe bei dem Telefonat am 3. Oktober 1984 geäußert, "100.000 Stück werde die Beklagte wohl noch abnehmen, da sich ja bereits aus den beiden Fernschreiben 91.000 Stück" (= insgesamt 87.000 Stück abzüglich nach dem Vorbringen der Klägerin im September 1984 gelieferter 6.800 Kaffeeautomaten) "ergäben". In einer derart unbestimmten Äußerung ("wohl noch") liegt keine bindende Rahmenbestellung über 100.000 Stück, sondern allenfalls deren unverbindliche Inaussichtstellung. Im zweiten Rechtszug hatte die Klägerin insoweit lediglich behauptet: "Er (= G.) erklärte, daß nunmehr noch 100.000 Stück abgerufen werden." Da die Klägerin eingangs der Berufungsbegründung eindeutig erklärt hatte, ihr erstinstanzliches Vorbringen werde wiederholt und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung in der zweiten Instanz gemacht, wird in dem zitierten kurzen Satz, der die behauptete telefonische Äußerung des Zeugen zudem nur in indirekter Rede wiedergibt und inhaltlich auch nicht eindeutig ist, nicht hinreichend klar, ob die Klägerin von ihrem - un- schlüssigen - erstinstanzlichen Vorbringen abrücken wollte und welche Behauptung nunmehr aufgestellt werden sollte. Ein klarer und eindeutiger Sachvortrag wäre aber um so mehr deswegen erforderlich gewesen, weil die Klägerin aus der angeblichen telefonischen Äußerung des Zeugen eine Änderung der bisherigen Vertragsgrundlage zwischen den Parteien und zudem einen Großauftrag über rd. 2,7 Mio. DM (der Preis für eine Kaffeemaschine betrug nach dem Klagvorbringen 27 bzw. 26,70 DM) herleitet. In ihren weiteren zweitinstanzlichen Schriftsätzen ist die Klägerin auf diesen Punkt überhaupt nicht mehr zurückgekommen.

Darüber hinaus - und vor allem - ist das Vorbringen der Klägerin auch deswegen nicht schlüssig, weil der Zeuge G[REDACTED] zur Erteilung einer derartigen Rahmenbestellung nicht bevollmächtigt war und über eine Genehmigung seiner - angeblichen - Bestellung nichts vorgetragen ist (§ 177 Abs. 1 BGB).

Auch eine Anscheinsvollmacht des Zeugen hat die Klägerin nicht dargetan. Sie hat insoweit lediglich darauf verwiesen, daß - dies ist unstreitig - der Zeuge auch nach der "Bestelländerung Nr. 4" vom 8. Juni 1984 weiterhin die monatlich abzunehmenden Teilmengen mit der Angestellten der Klägerin Frau S[REDACTED] abgestimmt habe. Wenn auch derartige Abrufe - wie bereits ausgeführt - nach Abschluß der "Bestelländerung Nr. 4" vom 8. Juni 1984 nicht mehr nur der Festlegung von Umfang und Zeitpunkt der Teillieferungen dienten, sondern jeweils zu gesonderten Verträgen führten, so erklärt sich der Umstand, daß dies auf Seiten der Beklagten durch den Zeugen G[REDACTED] erfolgte, zwanglos daraus, daß er auch nach dem 8. Juni 1984 weiterhin in der bisher zwischen den Parteien praktizierten Weise tätig wurde. Dies rechtfertigte für die Klägerin aber nicht den Schluß, der Zeuge G[REDACTED] sei nunmehr auch zum Abschluß eines Rahmenvertrages über 100.000 Kaffeeautomaten befugt, die den Bedarf der Beklagten für einen längeren Zeitraum decken und in noch zu bestimmenden Teilmengen zu liefern gewesen wären. Ein solcher Großauftrag ist weder vom Umfang noch vom Lieferzeitraum her mit der monatlichen Bestellung der jeweils benötigten Teilmengen vergleichbar. Auch in der Vergangenheit hatte G[REDACTED] derartige Verträge mit der Klägerin

nicht - und schon gar nicht mündlich - geschlossen. Der Abschluß erfolgte vielmehr schriftlich ("Rahmen-(Abruf-) Bestellung" vom 2. August 1982 und die nachfolgenden Änderungen Nr. 1 bis 5), wobei die Vertragsurkunden auf Seiten der Beklagten von zwei Mitarbeitern unterzeichnet wurden, von denen einer im Vertragstext zusätzlich als "zuständiger Bearbeiter" benannt worden war; der Zeuge G. hat keine dieser Urkunden unterschrieben und ist in keinem Falle als zuständiger Bearbeiter erwähnt.

h) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, die Beklagte müsse eine etwaige von dem Zeugen G. am 3. Oktober 1984 telefonisch aufgegebene Bestellung über 100.000 Kaffeeautomaten auch nicht deswegen gegen sich gelten lassen, weil sie dem nachfolgenden Schreiben der Klägerin vom 17. Oktober 1984 nicht widersprochen habe. Dies Schreiben lautet:

"Kartonageneinteilung HL 28 und HL 30 GF

Sehr geehrter Herr G.!

Der Ordnung halber möchten wir kurz Ihre Zusage bestätigen:

Wir haben jetzt für den Kaffeemaschinen-Typ HL 28 80.000 Stück Einzelkartons und für den Typ HL 30 GF 20.000 Stück Einzelkartons bei unserem Lieferanten eingeteilt.

Als verbindliche Vorausschau und Festbestellung liegen uns für die oben genannten Kartonagen insgesamt Stückzahl-Einteilungen von 60.000 Stück Kaffeemaschinen der Type HL 28 und 10.000 Stück der Type HL 30 GF vor."

Soweit in diesem Schreiben von (80.000 + 20.000 =) 100.000 Stück die Rede ist, sieht das Berufungsgericht

darin lediglich die Mitteilung der Klägerin, sie habe jetzt bei ihrem Lieferanten Verpackungsmaterial für 100.000 Kaffeeautomaten bestellt, nicht dagegen die Bestätigung einer Festbestellung der Beklagten über 100.000 Automaten. Diese tatrichterliche Auslegung des Schreibens ist möglich und wird von der Revision auch nicht beanstandet. Auch soweit das Berufungsgericht weiter ausführt, die im zweiten Absatz des Schreibens bestätigte Festbestellung von insgesamt 70.000 Kaffeemaschinen habe die Beklagte in der Folgezeit auch abgenommen, erhebt die Revision keine Bedenken und sind Rechtsfehler auch nicht ersichtlich.

i) Hiernach hat das Berufungsgericht die vor dem 16. Januar 1985 erfolgte Erteilung einer erneuten verbindlichen Rahmenbestellung der Beklagten über insgesamt 100.000 Kaffeeautomaten ohne Rechtsfehler verneint, so daß die rechnerische Festlegung der Restmenge aus einer derartigen Bestellung in der Unterredung zwischen der Geschäftsführerin der Klägerin und dem Zeugen G. vom 16. Januar 1985 der Grundlage entbehrte und ins Leere ging.

j) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich auch daraus nichts zu ihren Gunsten, daß die Beklagte dem an sie zu Händen des Zeugen G. gerichteten, an die Besprechung vom 16. Januar 1985 anknüpfenden Schreiben der Klägerin vom 23. Januar 1985 nicht widersprochen hat. In diesem Schreiben bestätigt die Klägerin zunächst unter Nr. 1 im einzelnen die am 16. Januar 1985 getroffenen neuen Preisvereinbarungen. Unter Nr. 4 heißt es sodann:

"4. Wir möchten nochmals zu den Abnahme-Stückzahlen der Kaffeemaschinen-Reihe PH 83 Stellung nehmen.

In unserem Schreiben vom 17.10.1984 bestätigen wir die Vereinbarung, daß ab dem 17.10.1984 noch 80.000 Stück Kaffeemaschinen HL ■28 und 20.000 Stück Kaffeemaschinen HL ■30 geliefert werden können.

Bisher wurden von der Kaffeemaschine HL ■28 25.800 Stück (einschließlich 11.01.1985) abgenommen, somit sind zur Abnahme noch 54.200 Stück offen.

Von der Kaffeemaschine HL ■30 wurden bisher 12.150 Stück (einschließlich 11.01.1985) abgenommen, somit sind bei dieser Kaffeemaschine noch 7.850 Stück zur Abnahme offen."

Das Berufungsgericht führt aus, dies Schreiben sei hinsichtlich der hier streitigen Abnahmemengen kein Bestätigungsschreiben, weil die Klägerin unter Nr. 4 nicht etwa eine am 16. Januar 1985 getroffene Vereinbarung über die von der Beklagten noch abzunehmende Restmenge bestätige, sondern unter Bezugnahme auf ihr vorangegangenes Schreiben vom 17. Oktober 1984 lediglich zur Frage der Abnahme-Stückzahlen "Stellung nehme", mithin ihren Rechtsstandpunkt wiederhole. Das Berufungsgericht hat hierbei den Begriff eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens zutreffend erkannt. Seine an dem verwendeten Wortlaut des Schreibens anknüpfende Auslegung ist jedenfalls vertretbar und vom Revisionsgericht daher hinzunehmen. Insoweit erhebt die Revision auch keine Beanstandungen.

Ihre in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe den von der Klägerin benannten Zeugen G■■■■■ dazu vernehmen müssen, daß dieses Schreiben von beiden Parteien als kaufmännisches Bestätigungsschreiben über eine am 16. Januar 1985 begründete entsprechende selbständige Abnahmeverpflichtung der Beklagten aufgefaßt worden

sei, ist nicht begründet. Das Vorbringen der Klägerin erman-
gelt auch insoweit wiederum der erforderlichen Substantiie-
rung, weil es in keiner Weise erkennen läßt, welcher mit
entsprechenden Vollmachten versehene Angestellte der Beklag-
ten diesem Schreiben einen von dessen Wortlaut deutlich ab-
weichenden Sinn gegeben haben soll und wann und in welcher
Weise hierüber zwischen ihm und der Geschäftsführerin der
Klägerin Einigkeit erzielt worden sein soll.

III. Schließlich besteht eine Schadensersatzpflicht der
Beklagten auch nicht aufgrund der Vorgänge im Juni und Juli
1985, die damit endeten, daß die Beklagte mit Schreiben vom
4. Juli 1985 erklärte, sie werde den weiteren Bezug von
Waren der Klägerin mit Ende des laufenden Monats einstellen.
Mit Schreiben vom 14. Mai 1985 hatte die Beklagte bei der
Klägerin zunächst 2.500 sowie für Juli und August 1985 je
3.000, insgesamt also 8.500 Kaffeemaschinen vom Typ HL 82
fest bestellt und die Bestellung weiterer 3.300 Automaten
für September 1985 "als Vorschau" angekündigt. Die in diesem
Schreiben genannten Mengen hat die Beklagte nach ihrer mit
der Klagerwiderung überreichten detaillierten Aufstellung in
Anlage K, deren Inhalt insoweit nahezu vollständig mit den
Angaben der Klägerin in der Klagschrift über ihre Liefe-
rungen an die Beklagten übereinstimmt, auch abgenommen, und
zwar in dem Zeitpunkt zwischen dem 5. Juni und dem 5. August
1985. Bei der in einem Telefongespräch vom 19. Juni 1985
erfolgten deutlichen Erhöhung der bestellten Mengen auf je
15.000 Automaten für Juli und August 1985 sowie 10.000
Automaten für September 1985 hat die Beklagte die auch nach
der letzten (5.) "Bestelländerung" der Klägerin vom

30. Januar 1985 weiter geltenden Fristen aus der ursprünglichen Rahmenvereinbarung ("Grobplanung" 3 Monate, "Feinplanung" 6 Wochen) nicht eingehalten. Aus diesem Grund mag die Klägerin berechtigt gewesen sein, die Ausführung dieses erhöhten Auftrages (teilweise) abzulehnen. Daraus erwuchs ihr aber kein Anspruch auf Abnahme der am 19. Juni 1985 telefonisch erhöhten Bestellmengen innerhalb der vereinbarten Fristen. Vielmehr stand es der Beklagten, die - wie eingangs ausgeführt - zur Bestellung und Abnahme weiterer Ware überhaupt nicht verpflichtet war, frei, von der Durchführung der telefonischen Bestellung vom 19. Juni 1985 insgesamt abzusehen, nachdem sich die Klägerin für außer Stande erklärt hatte, diese Bestellung in vollem Umfang termingerecht auszuführen. Da die Beklagte die Lieferung einer größeren Menge Kaffeeautomaten ohne Einhaltung der vereinbarten Abstimmungs- und Lieferfristen begehrt hatte, war zum Zustandekommen eines entsprechenden Vertrages mit der Klägerin die Einigung der Parteien über die kurzfristige Lieferung der bestellten Menge erforderlich. Hierzu ist es nicht gekommen, wie auch die Klägerin im Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 12. August 1985 auf Seite 5 mit Recht festgestellt hat.

IV. Da das Berufungsgericht somit im Ergebnis zu Recht die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts zurückgewiesen hat, war auch die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Wolf

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch