

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 87/76

URTEIL

Verkündet am
15. Juni 1977
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft in Firma Carl Pl [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma Gebr. Pl [REDACTED] & Co. GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Jörg Pl [REDACTED] und Bernhard Pl [REDACTED] in Br [REDACTED]-St. M [REDACTED], U [REDACTED] d [REDACTED] L [REDACTED] [REDACTED]/[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Philipp H [REDACTED] Aktiengesellschaft in W [REDACTED], D [REDACTED]-straße [REDACTED], vertreten durch das Vorstandsmitglied Kurt He [REDACTED] in F [REDACTED]/Ma [REDACTED].

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Wolf und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 25. März 1976 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Mietzins für eine Straßenbaumaschine des Typs "ta [REDACTED] co [REDACTED] [REDACTED]" in Anspruch. Die Maschine war vom 18. Oktober 1972 bis Ende Januar 1973 bei einem Tiefbauvorhaben eingesetzt, das die Beklagte zusammen mit der inzwischen in Konkurs geratenen Firma G [REDACTED]-Bau GmbH in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (Arbeitsgemeinschaft B [REDACTED] K [REDACTED] = A [REDACTED]) durchgeführt hat.

- 3 -

Wegen der Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen ist der Rechtsstreit gegen die mitverklagte Firma G-Bau GmbH unterbrochen.

Die Parteien streiten darüber, ob ein Mietvertrag über die Baumaschine zustandegekommen ist.

Mit Fernschreiben vom 18. August 1972 wandte sich die Firma G-Bau GmbH wegen eventueller Anmietung eines "ta co" für die A an die Klägerin. In dem Fernschreiben heißt es u.a.:

"Wir bitten Sie ... um Ihr Mietangebot für obiges Gerät, welches gegebenenfalls auf unserer Baustelle E / O eingesetzt werden könnte, der Einsatz könnte bei Zustandekommen einer Vereinbarung ab 23.8.1972 für 3 Monate erfolgen.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie den Mietpreis staffeln würden, für wahlweise ein-, zwei- oder dreimonatige Mietdauer.

Gleichzeitig bitten wir um Mitteilung, Ihres Preises und der Zahlungsbedingungen, falls wir den ta co käuflich übernehmen würden."

In ihrer fernschriftlichen Antwort Nr. vom 21. August 1972 unterbreitete die Klägerin der A folgendes Angebot:

"Mietzeit: jeweils 1 Monat.
Eine mittlere Betriebszeit von 200 Std./Monat über die gesamte Einsatzzeit wird vereinbart, jede weitere Stunde wird mit 1/200 einer Monatsmiete in Rechnung gestellt.

Mindereinsätze werden nicht zurückvergütet.



Maßgeblich für die Betriebszeit ist der eingebaute Betriebsstundenzähler.

1. Monatsmiete: DM 16 000,-- netto
2. Monatsmiete bei einer Mietzeit von mindestens 12 Monaten DM 11 500,-- netto.

Eine Winterausstandsregelung ist möglich."

Dieses Angebot ergänzte die Klägerin tags darauf durch den Hinweis, daß "der monatliche Mietpreis von 11 500 DM keine Reparaturkosten beinhaltet".

Bei einer Besprechung der Parteien am 5. September 1972, deren Gegenstand auch ein co- -Mietangebot der Firma Z (15 419 DM Mietzins pro Monat bei sechsmonatiger Mindestmietzeit unter Einschluß einer Winterausstandsregelung) war, sagte die Klägerin eine Überprüfung ihres Angebots vom 21./22. August 1972 zu, teilte dann aber mit Fernschreiben Nr. vom 7. September 1972 mit, keine günstigeren Konditionen einräumen zu können. Sie wies in diesem Zusammenhang darauf hin, daß in dem Mietsatz von 16 000 DM die Reparaturpauschale eingeschlossen sei.

Über den Inhalt eines Telefongesprächs der ehemaligen Geschäftsführer der Firma G-Bau GmbH, M, und der Klägerin, Ulrich Pl, wegen der Anmietung eines "ta co" und eines "gr" Ende September 1972 besteht Streit.

Im Oktober 1972 trafen der "ta co" und der "gr" an der Baustelle der A ein.

Mit Schreiben vom 1. November 1972 übersandte die Klägerin der A unter Bezugnahme geführter Vorgespräche

mit dem Geschäftsführer Ulrich Pl[REDACTED] zwei Exemplare eines formularmäßig gestalteten, maschinenschriftlich ergänzten Mietvertrages über den "ta[REDACTED] co[REDACTED]" und "die bereits fällige erste Mietrechnung" für den Monat Oktober im Betrage von 11 500 DM. Ein Exemplar des Mietvertrages erbat die Klägerin "nach vollzogener Unterschrift" an sich zurück. In dem von der Klägerin vorbereiteten Vertragstext ist der Beginn der Miete auf den 1. Oktober 1973 und ihre Dauer auf 18 Monate festgelegt. In § 6 heißt es u.a.:

"Die Miete ist unabhängig vom Einsatz zu bezahlen. Für die Zeit vom 1.11.1972 bis zum 31.3.1973 wird vereinbart, daß jede Einsatzstunde gemäß des Betriebsstundenzählers mit 1/175 der monatlichen Miete zu zahlen ist."

Der Vertrag sollte "grundsätzlich unkündbar" sein. Abweichende Vereinbarungen sollten der Schriftform bedürfen.

Die A[REDACTED] erkannte für den "ta[REDACTED] co[REDACTED]" für Oktober 1972 lediglich 4 883 DM an und wies die Klägerin darauf hin, daß das Gerät erst am 18. Oktober 1972 eingetroffen sei.

Auf den Wunsch der A[REDACTED], hinsichtlich des Mietvertrages noch einige technische Fragen zu klären, kam es am 14. Dezember 1972 zu einer Besprechung zwischen Maschinenbauingenieuren der Parteien. Eine Aktennotiz der Beklagten besagt darüber u.a.:

"Es wurde so verblieben, daß die Firma Pl[REDACTED] neue Verträge über den co[REDACTED], sowie den gr[REDACTED] MG [REDACTED] abfaßt; dabei soll das Fernschreiben Nr. [REDACTED] vom 7.9.1972 zugrunde gelegt werden. Demnach soll die monatliche Miete beim co[REDACTED] DM 16 000 und beim gr[REDACTED] DM 15 000 betragen. Die Reparatur-Pauschale ist dabei eingeschlossen."

Mit Schreiben vom 13. Februar 1973 meldete die ARGE den "ta[REDACTED] co[REDACTED]" frei. Dem widersprach die Klägerin und bat um Übersendung des unterzeichneten Mietvertragsentwurfs. In dem Brief vom 15. Februar 1973 heißt es:

"...ist es uns unverständlich, daß Sie den Mietvertrag ... für den ta[REDACTED] co[REDACTED] ... bisher nicht unterschrieben haben. Wir dürfen Sie darauf hinweisen, daß sofern sich die Angelegenheit weiter zuspitzt, auch ein mündlicher Vertrag Gültigkeit hat. Wir bitten nochmals unverzüglich um Unterschrift sowie Zusendung."

Erst nach einer weiteren Aufforderung schickte die A[REDACTED] den zwar unterzeichneten, aber geänderten Mietvertrag an die Klägerin. Die Klauseln "Mietdauer 18 Monate" und "Kündigungsausschluß" waren gestrichen und als Mietzins 16 000 DM mit Reparaturpauschale eingesetzt.

Zahlungen über den geleisteten Betrag von 15 341,22 DM hinaus lehnte die A[REDACTED] ab mit dem Hinweis, Ulrich Pl[REDACTED] habe die Abmeldung des "ta[REDACTED] co[REDACTED]" am 13. Februar 1973 anerkannt. Dem trat die Klägerin mit Schreiben vom 9. April 1973 entgegen und führte u.a. aus:

"Im Fall 2 - ta[REDACTED] co[REDACTED] - besteht leider kein schriftlicher Vertrag. Der Ihnen von uns übersandte Vertrag entspricht den zwischen Ihrem Herrn M[REDACTED] und unserem Herrn Ulrich Pl[REDACTED] getroffenen telefonischen Vereinbarungen.

Sollte die A[REDACTED] jetzt aus Gründen, die wir nicht zu vertreten haben, das Gerät nicht weiter mieten, so kann nur eine der beiden Möglichkeiten unseres Fernschreibens Nr. [REDACTED] vom 21.8.1972 von uns anerkannt werden."

In einem Vorprozeß hat die Klägerin Mietzins für die Zeit vom 18. Oktober 1972 bis 31. Mai 1973 eingeklagt. Das Berufungsgericht hat - im Gegensatz zum Landgericht - das Zustandekommen eines Mietvertrages verneint und der Klägerin lediglich Nutzungsvergütung für die Zeit vom 18. Oktober 1972 bis 31. Januar 1973 zuerkannt. Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Nunmehr verfolgt die Klägerin Mietzinsansprüche für die Zeit vom 1. Juni 1973 bis 17. April 1974. Sie macht geltend, der Mietvertrag sei Ende September 1972 zwischen dem damaligen Geschäftsführer M[REDACTED] der Firma G[REDACTED]-Bau GmbH und dem Geschäftsführer Ulrich Pl[REDACTED] fernmündlich abgeschlossen worden.

Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagte durch Teilurteil abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin das Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, ein Mietvertrag über den "ta[REDACTED] co[REDACTED]" sei nicht zustandegekommen, weil sich die Beteiligten über wesentliche Punkte bewußt oder unbewußt nicht geeinigt hätten.

1. Die Klägerin habe fernschriftlich angeboten, die Maschine entweder jeweils von Monat zu Monat zu einem Mietzins von 16 000 DM unter Einschluß einer Reparaturkostenpauschale zu übernehmen oder aber sie für mindestens 12 Monate zu einem monatlichen Mietzins von 11 500 DM netto ohne Reparaturkostenpauschale zu mieten; nur für die zweite Alternative habe nach den Vorstellungen der Klägerin die sog. Winterausstandsregelung gelten sollen. Die Beklagte und die Firma G[REDACTED]-Bau GmbH hätten dagegen stets einen möglichst kurzfristigen Mietvertrag mit Winterausstandsregelung erstrebt.

2. Es habe sich nicht feststellen lassen, daß die Parteien "bei ihren bis zuletzt voneinander abweichenden Standpunkten gleichwohl zu einer mietvertraglichen Einigung gefunden" hätten. Das gelte auch für das Ende September 1972 von den damaligen Geschäftsführern der Klägerin und der Firma G[REDACTED]-Bau GmbH geführte Telefongespräch. Das an die Firma G[REDACTED]-Bau GmbH gerichtete Schreiben vom 9. April 1973 biete Anhaltspunkte dafür, daß sich die Klägerin zu diesem Zeitpunkt selbst nicht ganz sicher gewesen sei, ob ein Mietvertrag über den "ta[REDACTED] co[REDACTED]" zustandegekommen war.

Nicht ersichtlich sei, daß die Beteiligten sich zu einem späteren Zeitpunkt doch noch geeinigt hätten.

3. Die Beklagte brauche sich auch nicht nach den Regeln über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben an dem Inhalt des mit Brief vom 1. November 1972 übersandten Mietvertragsentwurf festhalten zu lassen. Dieser Brief sei kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Im übrigen habe die Klägerin zu erkennen gegeben, daß sie ein bloßes Schweigen ihrer Partner nicht als Zustimmung habe ausreichen lassen wollen.

4. Die Reaktion der A. auf die Mietzinsabrechnung vom Oktober 1972 könne nicht als konkludentes Einverständnis mit der ersten Alternative im Angebot der Klägerin vom 21. August 1972 gewertet werden, denn auf der Grundlage von 11 500 DM sei mindestens abzurechnen gewesen. Von dem Wunsch nach einem kurzfristigen Mietvertrage seien die Beklagte und die Firma G. Bau GmbH weder in diesem Zeitpunkt noch sonst jemals abgerückt, sondern hätten um der Kurzfristigkeit willen sogar 16 000 DM Mietzins akzeptiert, wenn ihnen gleichzeitig eine Winterausstandsregelung zugestanden worden wäre.

5. Das Berufungsgericht hat schließlich gemeint, die Beklagte sei weder nach Treu und Glauben verpflichtet, die Bedingungen des schriftlich fixierten Vertragsentwurfs der Klägerin gegen sich gelten zu lassen noch bestehe eine Schadensersatzpflicht aus dem Gesichtspunkt vorvertraglichen Verschuldens.

II. Diese Erwägungen halten einer Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. a) Das Berufungsgericht hat darin recht, daß die Klägerin auf die Anfrage der Firma G[REDACTED]-Bau GmbH vom 18. August 1972 für den "ta[REDACTED] co[REDACTED] [REDACTED]" ein Mietangebot, das zwei Alternativen enthält, unterbreitet hat.

b) Über dieses Angebot haben die Parteien unstreitig am 5. September 1972 mündlich verhandelt. Das bei dieser Gelegenheit ins Feld geführte Konkurrenzangebot der Firma Z[REDACTED] verdeutlicht, wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, daß es der Beklagten und der Firma G[REDACTED]-Bau GmbH darum ging, unter Wahrung des Vorteils einer Winterausstandsregelung einen kurzfristigen Mietvertrag bei einem monatlichen Mietzins von weniger als 16 000 DM abzuschließen. Unstreitig kam es am 5. September 1972 zu keiner Einigung. Die Klägerin sagte lediglich zu, ihr Angebot zu überprüfen. Das Zustandekommen einer Vereinbarung blieb sodann über den 7. September 1972 hinaus offen, nachdem die Klägerin mitgeteilt hatte, sie sehe sich außerstande, günstigere als die am 21./22. August 1972 angebotenen Konditionen einzuräumen. Eine Korrespondenz hat wegen des "ta[REDACTED] co[REDACTED] [REDACTED]" in der Folgezeit bis Ende Oktober 1972 nicht stattgefunden.

c) Die Klägerin hat indessen ihren Mietzinsanspruch von Anfang an - und zwar schon im Vorprozeß - auf die Behauptung gestützt, der damalige Geschäftsführer Ulrich Pl[REDACTED] habe sich mit dem ehemaligen Geschäftsführer der Firma G[REDACTED]-Bau GmbH, M[REDACTED], Ende September fernmündlich über alle wesentlichen Punkte des ta[REDACTED]-co[REDACTED]-Mietvertrages geeinigt.

aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe für die Richtigkeit der Behauptung, die beiden Geschäftsführer hätten den Mietvertrag so geschlossen, wie er später von ihr lediglich zur Klarstellung schriftlich fixiert worden sei, keinen geeigneten Beweis angetreten.

bb) Die Revision rügt mit Recht, daß dies nicht zutrifft, die Vorinstanz vielmehr ein erhebliches Beweisangebot, nämlich die Zeugenvernehmung Ulrich Pl. [REDACTED], übergangen habe (§ 286 ZPO).

Die Klägerin hat das Beweisthema in der Berufungsbeurteilung allerdings nur knapp umrissen, es aber durch eine zulässige Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen über den Inhalt des Telefongesprächs der beiden Geschäftsführer mit den Worten "Seite 5 unten der Klage" ausreichend präzisiert. An der zitierten Stelle ihrer Klageschrift hat die Klägerin ausgeführt, man habe sich über die Anmietung der genannten Baumaschine geeinigt, insbesondere seien der Mietzins mit 11 500 DM monatlich zuzüglich Mehrwertsteuer - jedoch ohne Reparaturkostenpauschale - und die Vertragsdauer von 18 Monaten festgelegt worden; während der Zeit vom 1. November 1972 bis 31. März 1973 habe für jede Einsatzstunde gemäß Betriebsstundenzähler 1/175 der monatlichen Miete gezahlt werden sollen (Winterausstandsregelung).

Zum Beweis für die Richtigkeit dieser Sachdarstellung hat die Klägerin sich auf das Zeugnis von Ulrich Pl. [REDACTED] bezogen, der inzwischen als Geschäftsführer ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin ausgeschieden war.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, es sei kein Beweis angetreten worden, ist danach mit dem Akteninhalt unvereinbar. Das Beweisangebot zielte auf den Nachweis entscheidungserheblichen Parteivorbringens ab, war mithin sachdienlich.

d) Wäre Ende September 1972 eine Vereinbarung im Sinne der Sachdarstellung der Klägerin zustandegekommen, so würde der Erfolg des Rechtsmittels nicht an der vom Berufungsgericht offengelassenen Frage der Vertretungsbefugnis des damaligen Geschäftsführers M■■■■ der Firma G■■■■-Bau GmbH für beide A■■■■-Beteiligten scheitern. Revisionsrechtlich ist zu unterstellen, daß er mit entsprechender Vollmacht ausgestattet war, mithin auch die Beklagte durch die telefonischen Absprachen verpflichten konnte.

2. Die Verletzung des § 286 ZPO zwingt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, denn auch mit anderer Begründung läßt sich die Entscheidung im Ergebnis nicht halten. Insbesondere hängt die Beurteilung der Frage, ob die Vertragsschließenden wirklich Schriftform verabredet haben (§ 154 Abs. 2 BGB), vom Ergebnis der Vernehmung des Zeugen Pl■■■■ ab. Die Übersendung eines formularmäßig gestalteten Mietvertragsentwurfs allein erlaubt dem Revisionsgericht die Schlußfolgerung auf eine solche Absprache nicht.

Da es an den Voraussetzungen einer eigenen Entscheidung des erkennenden Senats in der Sache selbst fehlt, war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

3. Die übrigen Revisionsrügen greifen nicht durch.

a) Soweit die Vorinstanz in dem Brief vom 1. November 1972, mit dem die Klägerin den schriftlichen Mietvertrag übersandte und um dessen Rückgabe nach Unterzeichnung bat, kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gesehen hat, ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Welche Wertung des Schreibens der Beklagten und der Firma G■■■■-Bau GmbH vom 27. November 1972 an die Klägerin und der darin enthaltenen Mietzinsberechnung sachgerecht ist, kann ohne Berücksichtigung des noch zu erhebenden Zeugenbeweises nicht abschließend beurteilt werden.

c) In der schließlich erfolgten Rücksendung des unterzeichneten, aber abgeänderten Mietvertrages kann zwar ein Angebot der Beklagten zum Abschluß eines Mietvertrages gesehen werden, unzutreffend ist indessen, daß die Klägerin es angenommen hätte. Das zeigt ihr Schreiben vom 9. April 1973.

d) Soweit die Revision meint, die Tatsache, daß beide Parteien einen Mietvertrag gewollt hätten und die Beklagte nach der Winterausstandsregelung abgerechnet habe, erlaube, den übrigen Vertragsinhalt, insbesondere die Essentialia Mietzins und Vertragsdauer gerichtlich zu bestimmen, findet diese Auffassung im geltenden Vertragsrecht keine Stütze.

III. Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung und Entscheidung abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf

Dr. Brunotte