

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ja

HGB § 346 Ea

Für ein "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" ist auch dann Raum, wenn eine telefonische Vertrags-offerte schriftlich angenommen worden ist, jedenfalls für den Vertragsteil, der seine Erklärungen bis dahin nur telefonisch abgegeben hatte.

BGH, Urt. v. 9. Juli 1970 - VII ZR 70/68 - Kammergericht
IG Berlin

61

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 70/68

URTEIL

Verkündet am

9. Juli 1970

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B. [REDACTED] Handelsgesellschaft mbH, [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer, die Direktoren
[REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Bü. [REDACTED] Apparatebau GmbH, [REDACTED] ([REDACTED]
[REDACTED]), [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
[REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. Februar 1968 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Telegramm vom 19. November 1964 bot die Beklagte, welche Industrieapparate für Wasser- und Wärmewirtschaft herstellt, der Klägerin, die u.a. mit solchen Apparaten handelt, die Lieferung eines für eine Brauerei bestimmten "Gegenstrom-Wärmeaustauschers" an. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 26. November 1964, das teilweise vom Telegramm der Beklagten abwich. Darauf übersandte die Beklagte der Klägerin unter dem 30. November 1964 eine "Auftragsbestätigung", welche erstmals die Klausel enthielt: "Lieferbedingung: VDMA".



Im Februar 1965 lieferte die Beklagte der Klägerin den Wärmeaustauscher; seine Heizfläche von 98,8 qm bestand zu 21,6 qm aus Glattrohren, im übrigen aus Rippenrohren.

Die Klägerin beanstandete das, und rügte weiter eine angeblich zu geringe Heizleistung. Mit Schreiben vom 26. Mai 1965 setzte sie der Beklagten Frist zur Nachbesserung durch Lieferung eines Glattrohrbündels bis zum 8. Juni 1965. Die Beklagte lieferte auch an diesem Tage ein Glattrohrbündel, das aber nur eine Heizfläche von 29 qm aufwies.

Die Klägerin ließ hierauf den bereits beim Endabnehmer (der Brauerei) eingebauten Wärmeaustauscher der Beklagten wieder entfernen und eine im Wege des Deckungskaufs erworbene andere Anlage einbauen, da die Brauerei am 15. Juni 1965 in Betrieb gesetzt werden sollte.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihr - nachträglich (im Januar 1965) - zugesichert, die Heizfläche nur aus Glattrohren zu liefern, was bei der beschränkten Größe des Zylinders unstreitig technisch nicht möglich ist. Die Klägerin behauptet weiter, der Austauscher erreiche auch nicht die im Vertrag zugesicherte Heizleistung von 125° C Wassertemperatur.

Mit der Klage hat die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von insgesamt 25.558,88 DM gefordert. Diesem Betrag liegen folgende Einzelposten zu Grunde:

Kaufpreisanzahlung	7.921,30 DM
Gutachterkosten	1.140,20 DM
Kosten der Hilfsarbeiten für die Prüfung durch TÜV	993,57 DM
Mehrpreis des Deckungskaufs	5.470,-- DM
Kosten der Entfernung des alten und des Einbaus des neuen Wärmeaustauschers	<u>11.056,91 DM</u>
zusammen	26.591,98 DM.

Die Beklagte bestreitet Mängel, namentlich das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Sie beruft sich auch auf die Haftungsbeschränkung durch die Lieferbedingungen des Verbands deutscher Maschinenbauanstalten (VDMA), die auf Grund ihres Schreibens vom 30. November 1964 Vertragsbestandteil geworden seien.

Die Klägerin bestreitet, daß die VDMA-Bedingungen Vertragsinhalt seien; aber auch wenn das der Fall sei, so sei es der Beklagten hier nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die darin enthaltenen Haftungsbeschränkungen zu berufen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, die Kaufpreisanzahlung von 7.921,30 DM nebst Zinsen zurückzuzahlen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch, soweit er in den Vorinstanzen abgewiesen worden ist, also in Höhe von 17.637,56 DM nebst Zinsen, weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Landgericht hatte den Vertrag nach § 306 BGB für nichtig gehalten und aus § 307 BGB auf Rückzahlung der Anzahlung verurteilt. Das Berufungsgericht hat das mißbilligt und dieselbe Verurteilung auf Rücktritt gestützt. Die Revision kommt auf die Ansicht des Landgerichts zurück.

Das Berufungsgericht hat recht. Es handelt sich hier um einen Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache. Beim Kauf- und Werkvertrag stellen die Gewährleistungsvorschriften eine Sonderregelung dar, welche die Anwendung der §§ 306, 307 BGB ausschließt. Wer eine Eigenschaft der Kaufsache oder des Werks zusichert, haftet nach den §§ 459 ff bzw. den §§ 633 ff BGB, auch wenn es technisch nicht möglich ist, dem Vertragsgegenstand die zugesicherte Eigenschaft zu verleihen. Daran ändert sich nichts, wenn die Parteien die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften vertraglich abwandeln oder einschränken. Die Ansicht der Revision, dann seien §§ 306, 307 BGB wieder anwendbar, geht fehl (vgl. Palandt BGB, 29 Aufl. § 306, 5 c; RGRK BGB 11. Aufl. § 306, Anm. 3).

2. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die VDMA-Bedingungen seien Vertragsbestandteil geworden.

Die von der Revision dagegen erhobenen Rügen sind im Ergebnis nicht begründet.

a) Ihr ist allerdings zuzugeben, daß das Berufungsgericht den Sachvortrag der Klägerin über den Inhalt der

64

von den Parteien zwischen dem 19. und 26. November 1964 geführten Telefongespräche verkannt hat. Die Klägerin hatte nicht etwa, wie das Berufungsgericht irrig annimmt, einen telefonischen Vertragsschluß vor dem 26. November 1964 behauptet. Ihre Behauptung ging vielmehr dahin, durch die Telefongespräche zwischen dem 19. und 26. November 1964 habe die Beklagte ihr Angebot vom 19. November 1964 den Wünschen der Klägerin angepaßt; dieses telefonische Angebot der Beklagten habe die Klägerin sodann - nach Abstimmung mit ihrem Abnehmer - durch ihren Brief vom 26. November 1964 angenommen.

b) Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht aber darin beizutreten, daß die VDMA-Bedingungen selbst dann Vertragsinhalt geworden sind, wenn man den Vertrag der Klägerin als richtig unterstellt.

Sie sind es allerdings dann nicht dadurch geworden, daß, wie das Berufungsgericht meint, die Klägerin eine im Schreiben der Beklagten vom 30. November 1964 liegende neue Vertragsofferte durch konkludentes Verhalten angenommen hätte. Die VDMA-Bedingungen sind dann vielmehr dadurch Vertragsbestandteil geworden, daß das Schreiben der Beklagten vom 30. November 1964, obwohl es sich als "Auftragsbestätigung" bezeichnet und nicht ausdrücklich auf frühere mündliche oder telefonische Verhandlungen Bezug nimmt, in Wahrheit ein eigentliches "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" im Rechtssinne darstellt, auf welches die Klägerin geschwiegen hat. (Zum "Bestätigungsschreiben" vgl. BGHZ 7, 187; 11, 1; 18, 212; 40, 42; BGH NJW 1965, 965 = LM Nr. 8/9 zu § 346 (Ea) HGB; BGH NJW 1966, 1070 = LM Nr. 10 aaO;

BGH LM Nr. 12 aa0; Baumbach-Duden, HGB 18. Aufl. § 346 Anm. 4 C; Schlegelberger HGB 4. Aufl. § 346 Anm. 116-129; Großkomm. HGB 3. Aufl. § 346 Rz. 101 ff).

aa) Der Umstand, daß die Beklagte ihr Schreiben vom 30. November 1964 nicht als "Bestätigungsschreiben", sondern als "Auftragsbestätigung" bezeichnet hat, hindert nicht, es als "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" im Rechtssinne aufzufassen. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung, welche die Partei ihrem Schreiben gibt. Es ist auch nicht unbedingt erforderlich, daß das Schreiben frühere mündliche oder telefonische Abreden ausdrücklich erwähnt oder in Bezug nimmt. Vielmehr kommt es darauf an, ob das Schreiben seinem Inhalt nach den Zweck erfüllt, das Ergebnis vorangegangener Vertragsverhandlungen verbindlich festzulegen (BGH LM Nr. 8/9 und Nr. 12 zu § 346 (Ea) HGB; vgl. auch Großkomm. HGB aa0 Rz. 108; Urteil des Senats BB 1961, 271). Hier konnte die Klägerin nicht im Zweifel sein, daß die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 30. November 1964 den Inhalt des Vertrages verbindlich festlegen wollte.

bb) Die Rechtsprechung hat allerdings bisher, soweit ersichtlich, ein "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" (mit der Wirkung, daß bei Schweigen des Gegners der Inhalt des Schreibens Vertragsinhalt wird) nur dort angenommen, wo mündliche, fernmündliche, telegrafische oder fernschriftliche Verhandlungen stattgefunden hatten (BGH LM Nr. 8/9 und 12 zu § 346 (Ea) HGB). Ob es darüber hinaus Fälle gibt, in denen für ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben Raum wäre, ist vom Bundesgerichts-

hof bisher nicht entschieden. Der Senat hat diese Frage in seinem Urteil VII ZR 157/68 vom 25. Mai 1970 ausdrücklich offen gelassen.

Sie ist hier zu entscheiden, weil (nach der für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellenden Behauptung der Klägerin) der Vertragsschluß durch eine telefonische Vertragsofferte der Beklagten (zwischen dem 19. und 26. November 1964) und durch die schriftliche Annahme dieser Offerte mit Brief der Klägerin vom 26. November 1964 zustande gekommen sein soll.

Dieser Sachvortrag der Klägerin schließt es aus, bereits das Schreiben vom 26. November 1964 als "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" aufzufassen. Denn danach ging damals die Klägerin selbst davon aus, daß der Vertrag bis dahin noch nicht geschlossen war, sondern daß ihr Brief vom 26. November 1964 erst die Vertragsannahme darstellte.

Die beiden, den Vertragsschluß bewirkenden Willenserklärungen sollen hier also einerseits (von der Beklagten) telefonisch, andererseits (von der Klägerin) schriftlich abgegeben worden sein.

Auch auf einen solchen Fall sind die Grundsätze über das "kaufmännische Bestätigungsschreiben" und das Schweigen des Gegners auf ein solches Schreiben anzuwenden. Das ergibt sich aus Sinn und Zweck dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Sie wurzeln in der kaufmännischen Gepflogenheit, im Interesse klarer Vertragsverhältnisse und zur Vermeidung von Streitig-

keiten über den Inhalt von Verträgen andere als schriftlich getroffene Abreden durch ein Bestätigungsschreiben schriftlich klarzustellen und inhaltlich festzulegen. Will der Gegner den Inhalt eines solchen Bestätigungsschreibens, soweit er mit diesem Inhalt nach Treu und Glauben rechnen muß, nicht gelten lassen, so muß er unverzüglich widersprechen. Tut er das nicht, so gilt der Inhalt des Bestätigungsschreibens als Vertragsinhalt.

Das Bedürfnis nach Klarstellung durch ein Bestätigungsschreiben besteht nun auch in den Fällen, in denen (wie hier behauptet) der Vertragsschluß auf der einen Seite (Beklagte) durch telefonische, auf der anderen Seite (Klägerin) durch schriftliche Erklärung bewirkt sein soll. Das gilt jedenfalls für diejenige Vertragspartei, die (wie hier die Beklagte) ihre Vertragserklärung bis dahin nur mündlich oder telefonisch abgegeben hatte. In solchen Fällen reicht die einseitige schriftliche Willenserklärung nicht aus, um den Vertragsinhalt genügend festzulegen und künftigem Streit zu entziehen. Denn es bleibt die Unsicherheit über Art und Inhalt der telefonischen Erklärung des anderen Teils.

Für diese Unsicherheit gibt der vorliegende Fall ein anschauliches Beispiel. Hier ist streitig, ob und mit welchem Inhalt die Parteien in der Zeit vom 19. bis 26. November 1964 miteinander telefoniert haben. Es ist streitig, ob es dabei zu einer telefonischen Vertragsofferte der Beklagten gekommen ist, die sich inhaltlich mit dem späteren Schreiben der Klägerin vom 26. November 1964 deckt. Diese Unsicherheit über den Inhalt der etwaigen Telefongespräche der Parteien zwi-

66

schen 19. und 26. November 1964 wirkt sich für die Beurteilung des Schreibens der Klägerin vom 26. November 1964 entscheidend aus. Denn je nachdem, ob die Behauptung der Klägerin zutrifft oder nicht, kann ihr Schreiben vom 26. November 1964 entweder den Charakter einer Vertragsannahme haben oder auch nur den einer neuen Offerte, verbunden mit Ablehnung der Offerte der Klägerin vom 19. November 1964. Angesichts dieser ungewissen Lage hatte die Beklagte nach Empfang des Schreibens der Klägerin vom 26. November 1964 allen Anlaß, durch ihr Schreiben vom 30. November 1964 über den Vertragsinhalt endgültig Klarheit zu schaffen. Daß dies der Zweck ihres Schreibens war, konnte der Klägerin nicht verborgen bleiben.

cc) Die verhältnismäßige Kürze des Schreibens vom 30. November 1964 schließt es nicht aus, es als "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" anzusehen. Da die Beklagte darin weitgehend auf das Schreiben der Klägerin vom 26. November 1964 Bezug nahm, konnte sie sich die Wiederholung von Einzelheiten ersparen, ohne ihrem Schreiben damit die erforderliche Bestimmtheit zu nehmen.

dd) Das Schreiben vom 30. November 1964 bringt auch mit ausreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, daß die Beklagte den Vertrag nur unter den Bedingungen der VDMA gelten lassen wollte.

ee) Die Einführung der Bedingungen der VDMA als Vertragsinhalt ist für eine Maschinenfabrik wie die Beklagte nichts Ungewöhnliches. Damit mußte die Klä-

gerin als Händlerin von Maschinen rechnen. Sie kann daher nicht geltend machen, sie habe mit einem derartigen Inhalt des Bestätigungsschreibens der Beklagten nicht zu rechnen und ihm daher nicht zu widersprechen brauchen (vgl. BGH LM Nr. 10 zu § 346 (Ma) HGB).

3. Nach alledem unterliegt der Vertrag den Bestimmungen der VDMA. Darin heißt es u.a.:

"Ziffer VII: (Haftung für Mängel der Lieferung):

9. Weitere Ansprüche des Bestellers, insbesondere ein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden sind, bestehen nicht.

Ziffer VIII: Recht des Bestellers auf Rücktritt:

4. Der Besteller hat ferner ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Behebung oder Besserung eines von ihm zu vertretenden Mangels im Sinne der Lieferbedingungen durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen läßt. ...

5. Ausgeschlossen sind alle anderen weitergehenden Ansprüche des Bestellers, insbesondere auf Wandlung, Kündigung oder Minderung, sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden ist. ..."

Diese Klauseln, wonach Schadensersatzansprüche des Bestellers ausgeschlossen sind, greifen hier ein. Denn mit der Klage, soweit sie jetzt noch im Streit ist, macht die Klägerin lediglich Schadensersatzforderungen geltend, die auf Mängel des Werks, insbesondere das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zurückgehen sollen.

a) Der Bundesgerichtshof hat sich bereits mehrfach mit den Klauseln VII 9 und VIII 5 der VDMA-Bedingungen befaßt. Er hat sie, insoweit es sich um Schadensersatzansprüche handelt, die auf Mängel des Werks zurückgehen, für gültig und im allgemeinen auch nicht als gegen § 242 BGB verstoßend erachtet (Urteile des Senats NJW 1963, 1148 und VII ZR 164/64 vom 17. Oktober 1966).

Indem das Berufungsgericht die Klausel über den Ausschluß von Schadensersatzansprüchen hier als wirksam und nicht gegen § 242 BGB verstoßend ansieht, hält es sich somit auf dem Boden der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

b) Es setzt sich damit auch nicht in Widerspruch zu der Entscheidung BGHZ 50, 200. Denn der dort entschiedene Fall ist mit dem jetzigen nicht vergleichbar. Dort ging es darum, daß der Verkäufer eines Klebemittels dessen Eignung für das Aufkleben von "St."-Deckenplatten zugesichert hatte, daß das verkaufte Klebemittel diese Eignung nicht besaß und daß der Verkäufer in seinen allgemeinen Lieferungsbedingungen die Gewährleistung auf Ersatzlieferung beschränkt hatte. Damit war der Käufer praktisch rechtlos; denn eine Ersatzlieferung des gleichen Klebers war sinnlos. Jener Fall hatte weiter die Besonderheit, daß die Zusicherung der Klebefähigkeit gerade mit Rücksicht auf Mängelfolgeschäden erfolgt war, die bei mangelnder Klebefähigkeit sehr viel höher sein mußten als der Wert des gelieferten Klebstoffs.

Im vorliegenden Fall ist die Klägerin durch die VDMA-Bedingungen nicht praktisch rechtlos gestellt. Sie hat das Recht zum Rücktritt und braucht dann den Preis des Apparats nicht zu zahlen. Dieses Rücktrittsrecht fällt als wirtschaftlicher Wert durchaus ins Gewicht; der Preis des Apparats ist nicht unverhältnismäßig niedriger als der geltend gemachte Schaden. Weiter ist im vorliegenden Fall nicht festgestellt, daß der Apparat seiner Beschaffenheit nach für die Verwendung als Wärmeaustauscher ungeeignet gewesen wäre. Die Klägerin hat nur behauptet, ihr Abnehmer habe es abgelehnt, einen auch nur teilweise mit Rippenrohren versehenen Wärmeaustauscher abzunehmen. Aus welchen Gründen der Abnehmer der Klägerin diese Haltung eingenommen hat, ist nicht geklärt.

c) Die Beklagte könnte sich allerdings auf den Haftungsausschluß der VDMA-Bedingungen nicht berufen, wenn ihre Inhaber oder leitenden Angestellten vorsätzlich oder infolge grober Fahrlässigkeit (BGHZ 20, 164) falsche Zusicherungen gegeben hätten. Das hat das Berufungsgericht erörtert und im Ergebnis rechtsfehlerfrei verneint.

aa) Das Berufungsgericht meint, bei dem Telefongespräch am 27. Januar 1965 zwischen Pajung (Klägerin) und Heinze (Beklagte) hätten sich die Parteien nicht darüber geeinigt, daß ausschließlich Glattrohre verwendet werden sollten; insoweit liege versteckter Dissens vor. Zur Begründung führt es an, Heinze habe damals "gemeint", es sollten auch Rippenrohre mit verwendet werden.

Damit läßt sich allerdings, wie die Revision mit Recht rügt, ein versteckter Dissens nicht begründen. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hat aber Heinze, wenn man zu Gunsten der Klägerin unterstellt, daß er bei dem Telefongespräch objektiv die von ihr behauptete Zusicherung abgegeben hat, sich jedenfalls über den Inhalt dieser seiner Erklärung geirrt. Damit scheidet Vorsatz aus. Auch für die Annahme grober Fahrlässigkeit können die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausreichen.

bb) Soweit es sich um die Zusicherung einer bestimmten Heizleistung handelt, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine vorsätzliche oder grob fahrlässige falsche Zusicherung ebenfalls nicht dargetan. Angesichts der Haftungsbeschränkung gemäß den VDMA-Bedingungen braucht daher nicht mehr erörtert zu werden, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, es sei nicht erwiesen, daß der Wärmeaustauscher die zugesicherte Heizleistung nicht hätte erbringen können.

d) Die Revision meint, die Haftungsbeschränkungen in Ziff. VII 9 und VIII 5 der VDMA-Bedingungen umfaßten nicht Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Das trifft für Mängelfolgeschäden nicht zu (Urteil des Senats VII ZR 164/64 vom 17. Oktober 1966). Abgesehen davon handelt es sich hier nicht um Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung.

e) Die Revision ist der Auffassung, die Freizeichnungsklauseln der VDMA-Bedingungen könnten hier deswegen

keine Anwendung finden, weil die Beklagte Eigenschaften zugesichert habe, die mit den heutigen technischen Möglichkeiten gar nicht erreichbar seien.

Die Revision hätte recht, wenn die Beklagte wider besseres Wissen oder grob fahrlässig technisch Unmögliches zugesichert hätte. Nach dem vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalt glaubte sie aber, die Erreichung der Heizleistung mit Hilfe eines kombinierten Heizregisters aus Glatt- und Rippenrohren, nicht aber mit Hilfe eines ausschließlich aus Glattrohren bestehenden Heizregisters zugesichert zu haben. Die erstgenannte Zusicherung war technisch zu verwirklichen, nur die zweite war es nicht.

4. Die Revision erhebt eine Reihe von Verfahrensrügen. Sie sind sämtlich unbegründet.

5. Nach allem ist die Revision zurückzuweisen.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Vogt

Bundesrichter Schmidt
kann nicht unterschrei-
ben, weil er seinen Urlaub
angetreten hat.

Glanzmann

Girisch