Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 28. August 1997 verkündete Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Herstellerin von Klimageräten. Die Beklagte fragte bei ihr an, ob sie ein bestimmtes Bauvorhaben ausstatten könne, wobei Klimaschränke des Typs "CCM A" gewünscht wurden. Mit Schreiben vom 3. November 1993 erklärte sich die Klägerin unter Angabe ihrer Preise zur Herstellung, Lieferung und Inbetriebnahme bereit. Nach Verhandlungen teilte die Beklagte der Klägerin sodann mit Schreiben vom 14. April 1994 mit, daß sie "Klimaschränke und Zubehör gemäß LV-Beschreibung, Langtext, und Position

299-320 Kurztext, sowie Angebot vom 3. November 1993" bei 20 % Nachlaß in Auftrag gebe. Die Klägerin dankte mit Schreiben vom 4. Mai 1994 für den Auftrag und nahm dabei wegen des Auftragsumfangs auf das Angebot vom 3. November 1993 Bezug, wobei sie allerdings bei den Klimaschränke betreffenden Positionen die Modellbezeichnung "CCM" aufführte.

In den folgenden Monaten hatten die Parteien weitere Verhandlungen und Schriftverkehr; dabei ging es hauptsächlich um die technischen Daten der zu liefernden Klimaschränke, um Erweiterung des Auftragsvolumens (Nachtragsangebote) und um die Möglichkeit, die Kosten geringer zu halten.

Am 19. Oktober 1994 übermittelte die Klägerin der Beklagten technische Daten zu den Klimaschränken des Typs "CCM" und machte weitere Angaben über Möglichkeiten der technischen Ausstattung. Die Beklagte antwortete am 26. Oktober 1994, sie bitte um Auslieferung der Klimaschränke gemäß der Auftragsbestätigung vom 19. Oktober 1994; für die Ausführungen der Klimaschränke und der Rückkühlwerke sollten allerdings die technischen Daten des Typs "CCM A" gelten. Die Klägerin widersprach mit Telefax vom 4. November 1994; der zugesagte Nachlaß von netto 30.000,-- DM sei nur in Verbindung mit Nachträgen angeboten; bereits in der Auftragsverhandlung und der Auftragsbestätigung sei darauf hingewiesen worden, daß die ausgeschriebenen Klimageräte mit A-Verdampfer nicht mehr gefertigt würden und durch die gleichwertigen Geräte mit Flachverdampfer ersetzt worden seien. Das Telefax vom 4. November 1994 endete sodann wie folgt:

> "Da es scheinbar keine Möglichkeit gibt, mit Ihnen eine Einigung über die Nachtragsangebote 1-3 zu erzielen, ziehen wir diese zurück und werden den Auftrag, wie von Ihnen am 14. April 1994 be-

stellt und von uns bestätigt, ausführen. Wir stellen Ihnen frei, die zusätzlich gewünschten Leistungen anderweitig zu beauftragen bzw. selbst auszuführen."

Die Beklagte antwortete mit Telefax vom 14. November 1994 wie folgt:

"Wir haben am 14. April auf der Grundlage Ihres Angebots vom 3. November 1993 Klimaschränke und Zubehör bestellt. Das heißt mit unserer Bestellung waren Lieferumfang und Lieferbedingungen festgeschrieben und ein rechtswirksamer Vertrag zustande gekommen. Nachträgliche Änderungen der technischen Daten und der Gerätetypen können und werden wir somit nicht akzeptieren. Wir bestreiten rein vorsorglich, daß ... Ihrerseits ein Hinweis auf Typänderungen oder dergleichen gegeben wurde. Wir bestehen nach wie vor auf Lieferung des Gerätetyps, wie er von Ihnen angeboten und von uns bestellt wurde."

Die Parteien hatten sodann am 23. November 1994 eine Besprechung, deren Inhalt streitig ist. Die Beklagte erhielt daraufhin ein Telefax der Klägerin vom 24. November 1994 mit folgendem Inhalt:

"Nach Durchsprache der gegenseitigen Standpunkte wurden in dem Gespräch folgende Punkte vereinbart:

1. Zur Ausführung kommen die Geräte der Serie CCM A, wie im Leistungsverzeichnis aufgeführt.
2. Die Katalogdaten für die angebotenen Geräte werden bestätigt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3. Die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Einzeldaten haben Vorrang vor den Katalogdaten (z.B. Elektroheizung).
4. Die aus den Kundenvorgaben resultierenden Werte sind nicht identisch mit den im Katalog aufgenommenen Betriebdaten.
5. Für die Geräte, die nicht im Katalog aufgeführt sind, gelten die technischen Daten aus unserem Schreiben vom 21. Oktober 1994.
6. Der gewünschte Lieferumfang wurde in unserem Schreiben vom 25. Oktober 1994 detailliert aufgeführt und besteht aus dem reduzierten Hauptauftrag sowie den Nachträgen 1, 2 und 3.
7. Die Reduzierungen aus dem Hauptauftrag sowie der mündlich angebotene Pauschalnachlaß von 30.000,-- DM gelte nur in Verbindung mit einer Auftragserweiterung um die Nachträge 1, 2 und 3.
8. Dieser Nachlaß ist nur gültig, wenn die Geräte bis Ende März 1995 geliefert werden können.
9. Anfang der 48. KW 1994 erhalten wir von Ihnen eine verbindliche Nachricht, wann die endgültige Freigabe für die Fertigung und Bestellung der Zukaufteile erfolgt (die derzeitige Lieferzeit von ca. 12 Wochen ist zu berücksichtigen).

Mit Schreiben vom 15. Dezember 1994 stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Auftragsverhandlungen seien gescheitert.

Die Klägerin hat die ihrer Meinung nach vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen eingeklagt. Das Landgericht hat die Klage dem

Grunde nach für berechtigt angesehen und daneben der Klägerin durch Teilurteil bereits einen Betrag von 52.000,-- DM zuerkannt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Revision; sie verfolgt ihr Zahlungsbegehren weiter; die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, mit dem Zugang der Auftragsbestätigung vom 4. Mai 1994 sei ein nach werkvertraglichen Regeln zu beurteilender Vertrag über die Lieferung und die Inbetriebnahme von Klimageräten und Zubehör nicht zustande gekommen. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Zu diesem Zeitpunkt hatten sich die Parteien noch nicht über alle Punkte des beabsichtigten Vertrages geeinigt (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB), weil die Beklagte ausweislich der Leistungsbeschreibung, Kurztext Positionen 299-320 Klimaschränke des Typs "CCM A" zu erhalten wünschte, während die Klägerin ausweislich ihrer Auftragsbestätigung Klimaschränke des Typs "CCM" zu liefern beabsichtigte, die sich unstreitig in den technischen Daten von denen des Typs "CCM A" unterscheiden. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß im übrigen, also abgesehen von dem Typ der Klimaschränke, bereits eine anspruchsbegründende Einigung zustande gekommen ist (vgl. § 155 BGB). Die Bestimmung des Gerätetyps war ein Hauptpunkt des beabsichtigten Vertrages, so daß nicht angenommen werden konnte, eine verbindliche Vereinbarung würde bereits ohne diese Bestimmung geschlossen sein.

2. Das Berufungsgericht hat aus dem Umstand, daß die Beklagte Klimageräte des Typs "CCM A" gewünscht hatte, die Auftragsbestätigung aber Klimaschränke des Typs "CCM" betraf, in Anwendung von § 150 Abs. 2 BGB gefolgert, daß die Klägerin das in dem Auftrag vom 14. April 1994 liegende Vertragsangebot der Beklagten durch ihre Auftragsbestätigung abgelehnt habe. Das Angebot der Beklagten sei gemäß § 146 BGB hierdurch erloschen. Deshalb habe die Klägerin das Angebot der Beklagten auch im November 1994 nicht mehr annehmen können.

Die Revision macht demgegenüber geltend, das Berufungsgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Klägerin ihrerseits Vorschläge mit dem Ziel einer Einigung gemacht und die Beklagte weiterhin mit der Klägerin verhandelt habe. Mangels entgegenstehender Erklärungen habe die Beklagte deshalb ihr Vertragsangebot aufrechterhalten. Diese Rüge bleibt ohne Erfolg.

Dabei kann dahinstehen, ob es überhaupt angehen kann, eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen anders als mit einem neuen Antrag verbundene Ablehnung des Angebots der Gegenseite zu werten (so aber z.B. Münchener Kommentar/Kramer, BGB, 3. Aufl., § 150 BGB Rdn. 1 m.w.N.). Angesichts des kategorischen Wortlauts der Bestimmung kommt eine Widerlegung der Auslegungsregel in § 150 Abs. 2 BGB allenfalls bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht. Sie müssen zuverlässig und zweifelsfrei erkennen lassen, daß dem geäußerten Wunsch nach Änderung des zugegangenen Angebots ein Wille zur Ablehnung dieses Angebots und ein Wille, ein eigenes, neues, Vertragsangebot zu machen, nicht zugrunde liegen. Solche Umstände macht auch die Revision nicht geltend. Daß der Angebotsempfänger seinerseits Vorschläge macht und der Anbietende darüber ver-

handelt, ist ein normaler Vorgang, wenn an sich einigungswillige Parteien den Leistungsgegenstand (noch) nicht einvernehmlich bestimmen können. Solche Umstände rechtfertigen ein Abweichen von der Regel des § 150 Abs. 2 BGB nicht.

Ein Verhalten, das gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung gilt, führt gemäß § 146 BGB zum Erlöschen des Antrages. Das Erlöschen nimmt dem Vertragsangebot seine verbindliche Kraft und damit auch die Annahmefähigkeit (Münchener Kommentar/Kramer, aaO, § 146 BGB Rdn. 1 a, 2 m.w.N.). Dem Antragenden steht allerdings frei, sein Vertragsangebot gleichwohl aufrechtzuerhalten. Auch eine solche Handlung kann jedoch nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden; es ist wiederum ein Verhalten nötig, das keine Zweifel an dem von der gesetzlichen Regel abweichenden Willen des Antragenden zuläßt. Bloßes Weiterverhandeln und bloßes Fehlen von Erklärungen, die einer Weitergeltung des Angebots entgegenstehen, reichen auch insoweit nicht aus.

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Beklagte das in der Annahme unter Änderung liegende Angebot der Klägerin vom 4. Mai 1994 nicht rechtzeitig angenommen habe, weil die weiteren Verhandlungen, welche vor der Besprechung vom 23. November 1994 stattfanden, zu einer Einigung nicht geführt hätten. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Revision meint zwar, aus der bis dahin geführten Korrespondenz ergebe sich, daß beide Parteien einen Vertrag als rechtswirksam geschlossen angesehen hätten. Das reicht zur Annahme einer verbindlichen Vereinbarung jedoch nicht aus, wie der Regelung in § 154 BGB entnommen werden kann. Gerade die Schreiben vom 4. und 14. November 1994, auf welche die Revision wesentlich abhebt, belegen einen offenen Dissens der Parteien. Jede Partei hat danach nur die Mei-

nung geäußert, ein Vertrag sei auf der Grundlage der jeweils eigenen Bestimmung des Typs der Klimageräte zustande gekommen. Keine Partei konnte deshalb vor dem 23. November 1994 davon ausgehen, ihre Vorstellung vom Vertragsschluß werde von der anderen akzeptiert. Außerdem war neben dem Streit, welcher Typ zu liefern sei, auch - wie die Revision hinsichtlich der Nachträge selbst ausführt - noch sonstiger Leistungsumfang ungeklärt.

4. Das Berufungsgericht meint, auch aufgrund der Besprechung vom 23. November 1994 und des Telefax der Klägerin vom 24. November 1994 in der zweiten, im Tatbestand wiedergegebenen Fassung, sei zu Gunsten der Klägerin ein vertraglicher Vergütungsanspruch nicht entstanden. Dem Telefax möge zwar die Bedeutung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens beizumessen sein. Daß es zwischen den Parteien am 23. November 1994 zu einem Vertragsabschluß gekommen sei, lasse sich dem Inhalt des Telefax jedoch nicht entnehmen. Obwohl es nahegelegen habe, ausdrücklich klarzustellen, daß ein Vertrag mit dem sich aus den Einzelbestimmungen des Telefax ergebenden Inhalt zustande gekommen sei, sei in dem Telefax nichts dergleichen gesagt. Die Formulierung, nach Durchsprache der gegenseitigen Standpunkte seien in dem Gespräch folgende Punkte vereinbart worden, lasse unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten und nicht den eindeutigen Schluß zu, daß die Parteien am Vortag in allen zu regelnden Punkten einig gewesen seien. Die Wortwahl "folgende Punkte" lasse eher auf das Gegenteil schließen, nämlich darauf, daß die Parteien zwar über die unter Nr. 1-9 aufgeführten Einzelheiten einer möglichen Vertragsgestaltung Einigkeit erzielt hätten, daß der gesamte Vertragsinhalt jedoch noch nicht abschließend festgelegt gewesen sei, eine verbindliche Auftragserteilung vielmehr erst noch erfolgen solle.

Auch diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende, durch weitere Überlegungen ergänzte Bewertung des Berufungsgerichts ist hinzunehmen.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß im Falle des Schweigens ein Vollkaufmann oder eine Person, die jedenfalls in größerem Umfange, nämlich in kaufmännischer Weise, am Geschäftsleben teilnimmt (BGH, Urt. v. 25.2.1987 - VIII ZR 314/86, NJW 1987, 1940, 1941 m.w.N.), sich nicht darauf berufen kann, bei Vertragsverhandlungen sei kein Vertrag geschlossen oder es sei etwas anderes als Vertragsinhalt vereinbart worden, wenn ein unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen abgeschicktes und zugegangenes Schreiben des Gegners einen früheren Vertragsschluß unter Wiedergabe des Vertragsinhalts endgültig und eindeutig bestätigt (vgl. BGH, Urt. v. 20.3.1974 - VIII ZR 234/72, NJW 1974, 991, 992; Urt. v. 1.3.1972 - VIII ZR 190/70, NJW 1972, 820; BGHZ 54, 236, 239) und dieser Inhalt allenfalls solche Abweichungen von dem Verhandelten aufweist, bei denen der Absender redlicherweise noch mit der Zustimmung des Empfängers rechnen darf (BGHZ 101, 357, 365; 61, 282, 286). Ob das Schreiben das Zustandekommen eines früheren Vertragsschlusses unter Wiedergabe des Vertragsinhalts endgültig und eindeutig bestätigt, ist durch Auslegung des Schreibens zu ermitteln. Diese Auslegung hat das Berufungsgericht vorgenommen. Sie unterliegt nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Überprüfung, nämlich daraufhin, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat oder ob seine Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, indem er etwa unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer acht gelassen hat (vgl. z.B. Sen.Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968 oder BGH, Urt. v. 11.3.1996 - II ZR 26/95, NJW-RR 1996, 932). Solche Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf. Ihre Rügen ergeben lediglich, daß auch eine andere als die

vom Berufungsgericht vorgenommene Bewertung möglich ist. Der vom Berufungsgericht gezogene Schluß ist damit aber weder ausgeschlossen noch denk- oder erfahrungswidrig.

5. Das angefochtene Urteil kann jedoch deswegen keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin in erster und zweiter Instanz, wonach in der Besprechung vom 23. November 1994 alle Differenzen der Parteien beigelegt worden seien und Einigung über die zu liefernden Geräte und deren technische Eigenschaften, über den Leistungsumfang und über den zu zahlenden Werklohn erzielt worden sei, als unsubstantiiert unberücksichtigt gelassen und deshalb den insoweit angetretenen Beweis über das Zustandekommen eines werkvertraglichen Regelungen unterliegenden Vertrages am 23. November 1994 nicht erhoben hat.

Damit hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, die Anforderungen an die Darlegungslast verkannt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes genügt zur Substantiierung die Behauptung von Tatsachen, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen (BGHZ 127, 354, 358; BGH, Urt. v. 14.6.1996 - V ZR 150/95, NJW-RR 1996, 1402). Im vorliegenden Fall bedurfte es deshalb nur der Behauptung, daß Einigkeit über die von der Klägerin zu erbringende Leistung und über die von der Beklagten zu erbringende Gegenleistung erzielt worden ist. Ob alle vorher bestehenden Differenzen bzw. welche Differenzen im einzelnen beigelegt wurden, ist dagegen für die behauptete Rechtsfolge unerheblich. Bereits wenn Verhandlungspartner sich zugesagt haben, für eine Leistung eine Gegenleistung zu erbringen, kommt ein vertraglicher Anspruch in Betracht. Zur Substantiierung reichte deshalb das im angefochtenen Urteil wiedergegebene Vorbringen der Klägerin

aus. Was die Höhe des vereinbarten Werklohns anbelangt, bedurfte es nicht der vom Berufungsgericht vermißten ausdrücklichen Angaben. Die insoweit notwendige Behauptung ließ sich den Umständen entnehmen. Da sich die Klägerin auf das Telefax vom 24. November 1994 berufen hat, das sich seinerseits unter Nr. 6 auf ein Schreiben vom 25. Oktober 1994 bezieht, das mit einer bestimmten Gesamtnettoauftragssumme abschließt, ergab das Vorbringen der Klägerin zweifelsfrei die Behauptung, eine bestimmbare Vergütung sei vereinbart. Im übrigen hat das Berufungsgericht in den Tatbestand des angefochtenen Urteils als Behauptung der Klägerin auch aufgenommen, ihr sei ein Auftrag im Gesamtwert von 1.234.965,60 DM erteilt worden.

Da die Beklagte diese Behauptung bestritten hat, besteht mithin die Notwendigkeit tatrichterlicher Sachaufklärung. Dem steht - anders als es die Beklagte im Revisionsverfahren hat äußern lassen - nicht entgegen, daß nach möglicher Auslegung durch das Berufungsgericht das Schreiben vom 24. November 1994 das Zustandekommen eines Vertrages am 23. November 1994 nicht bestätigt. Die Vermutung der Vollständigkeit, die für dieses Schreiben streiten könnte, kann durch den Nachweis entkräftet werden, daß neben dem schriftlich Bestätigten Vereinbarungen getroffen wurden oder bereits früher getroffen waren, die in dem Schriftstück zwar nicht erwähnt sind, aber seinem Inhalt auch nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1996 - VIII ZR 186/94, NJW 1996, 1541, 1542 m.w.N.). So könnte seine vom Berufungsgericht für wesentlich gehaltene Lückenhaftigkeit auch dadurch zu erklären sein, daß nur diejenigen Punkte erwähnt werden sollten, über die man zuletzt noch gestritten und sich erst am 23. November 1994 geeinigt hat. Da es in dem Schreiben vom 24. November 1994 Erklärungen, welche das Zustandekommen der von der Klägerin für den 23. November 1994 behaupteten Übereinkunft ausschlössen, nicht festgestellt hat, wird das Berufungsgericht deshalb

über die Richtigkeit der Behauptung der Klägerin den angetretenen Beweis erheben müssen. Erst bei der aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme vorzunehmenden Beweiswürdigung kann es dann von Bedeutung sein, daß nach möglicher Auslegung das Schreiben vom 24. November 1994 einen endgültigen Vertragsabschluß der Parteien nicht wiedergibt.

Rogge Jestaedt Melullis

Scharen Keukenschrijver