

4C.474/2004 /lma

Urteil vom 5. April 2005

I. Zivilabteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterrinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,  
Gerichtsschreiber Luczak.

A. \_\_\_\_\_ GmbH,  
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Fürsprecher Mathias Ammann,  
gegen

B. \_\_\_\_\_ AG,  
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Richard  
Waeber.

Kaufvertrag; internationaler Warenkauf; CISG,

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, I. Appellationshof,  
vom 11. Oktober 2004.

Sachverhalt:

A.  
Die A. \_\_\_\_\_ (Klägerin), eine GmbH deutschen Rechts, und die B. \_\_\_\_\_  
AG  
(Beklagte) standen seit mehr als 11 Jahren in Geschäftsbeziehungen. Im  
Januar  
2002 erhielt die Beklagte Kenntnis davon, dass ein Unternehmen in Italien  
ca.  
70 Tonnen Triethylen Tetramin (TETA) zum Verkauf anbiete. Darüber  
informiert  
sie wahrscheinlich mehrere Kunden, sicher aber die Klägerin, der sie am 10.  
Januar 2002 Folgendes als "Offerte" bezeichnetes Telefaxeschreiben sandte:  
"Wir möchten Ihnen folgendes Produkt anbieten:  
Triethylen Tetramin 99.5 %  
Menge: ca. 70 TO  
Verpackung: in 1000 liter Container .... "  
Es folgt der Hinweis auf den Produzenten und die Bitte um prompte Antwort.

B.  
Im Nachgang zu diesem Schreiben kam es zu telefonischen Verhandlungen  
zwischen den Parteien. Am 22. Januar 2002 liess die Klägerin der Beklagten  
eine Einkaufsbestätigung zukommen, die unter anderem die Menge mit 60 t  
netto  
angab, und einen Preis festhielt mit dem Hinweis "gemeinsamer Verkauf". Die  
Bestätigung bezeichnete auch die Qualität und die Lieferdaten. Unter dem  
Titel "Bemerkungen" bat die Klägerin, ihr die Spezifikation und das  
aktuelle  
EG-Sicherheitsdatenblatt per Fax zu übermitteln. Die  
Sicherheitsdatenblätter  
stellte die Beklagte mit Fax vom 24. Januar 2002 zu. Im Begleitschreiben  
war  
vermerkt:

"Die Spezifikationsanalyse werden wir Ihnen noch senden. Die Ware wird in  
1000 lt. Container (IBC's) 1 x 1.20m geliefert. Total Menge ca. 62 TO"

Am 28. Januar 2002 sandte die Beklagte der Klägerin die Analysedaten mit  
dem

Hinweis, dass es sich um ein technisches Produkt handle, was bei der Preisgestaltung berücksichtigt worden sei. Das Begleitschreiben führt im Betreff die Auftragsnummer der Einkaufsbestätigung auf. Gleichentags verschickte die Beklagte mit separater Post die auf ihrem Briefpapier erstellte Lieferantenerklärung nach EG-Verordnung Nr. 1207/2001.

C.

Bereits vor dem ersten Liefertermin wurde die Klägerin auf Verzögerungen aufmerksam gemacht, und spätestens am 6. Februar 2002 wurde ihr mitgeteilt, dass auch der neue Liefertermin nicht eingehalten werden könne. Die Beklagte konnte das TETA nicht erhältlich machen, obwohl sie einen Lastwagen nach Italien schickte, um Druck auf den Lieferanten auszuüben. Die Klägerin hatte ihrerseits einen Abnehmer für das TETA gefunden und mit diesem bereits einen Kaufvertrag geschlossen. Der Abnehmer hielt am Vertrag fest und tätigte die notwendigen Deckungskäufe. Die Preisdifferenz stellte er der Klägerin in Rechnung. Die Beklagte war nicht bereit, diesen Schaden zu ersetzen. Sie vertrat den Standpunkt, zwischen ihr und der Klägerin sei kein Vertrag zustande gekommen.

D.

Die Klägerin gelangte am 27. Juni 2002 an das Zivilgericht des Seebezirks und verlangte von der Beklagten Fr. 25'913.55 nebst Zins. Das Zivilgericht und auf Berufung der Klägerin auch das Kantonsgericht Freiburg, I. Appellationshof, schützten die Position der Beklagten und wiesen die Klage, welche die Klägerin vor Kantonsgericht auf Fr. 23'582.-- nebst Zins reduziert hatte, ab, da zwischen den Parteien kein Vertrag bestehe.

E.

Gegen das Urteil des Kantonsgerichts hat die Klägerin Berufung ein gelegt. Sie beantragt dem Bundesgericht, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und hält (mit Ausnahme einer Präzisierung bezüglich des Zinsenlaufes) an den vor Kantonsgericht gestellten Begehren fest. Die Beklagte schliesst auf kostenfällige Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Da die Klägerin Sitz in Deutschland hat und die Beklagte Sitz in der Schweiz, beurteilten die kantonalen Instanzen den Sachverhalt nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, abgeschlossen in Wien am 11. April 1980 (SR 0.221.211.1, CISG). Da die Klägerin ihre Ansprüche aus einem mit der Beklagten angeblich abgeschlossenen Kaufvertrag ableitet, hat die Vorinstanz zu Recht nach den Regeln des CISG geprüft, ob ein Kaufvertrag geschlossen wurde. Dass insoweit das CISG Anwendung findet, wird vor Bundesgericht von keiner Partei in Frage gestellt.

2.

Die Klägerin macht zunächst geltend, das Telefaxschreiben vom 10. Januar 2002 sei als gültige Offerte zu betrachten, die sie mit Einkaufsbestätigung vom 22. Januar 2002 akzeptiert habe. Der Preis sei ohne Weiteres bestimmbar gewesen. Daran ändere nichts, dass eine Gewinnbeteiligung vereinbart worden sei.

2.1 Gemäss Art. 14 CISG ist ein Vorschlag nur dann bestimmt genug, um als Offerte zu gelten, wenn er die Ware bezeichnet und ausdrücklich oder stillschweigend die Menge und den Preis festsetzt oder deren Festsetzung ermöglicht. Die Offerte selbst nennt keinen Preis. Die Klägerin behauptet zwar, der Preis sei ohne Weiteres bestimmbar gewesen, sie legt aber nicht dar, anhand welcher Erklärungen ausserhalb der Offerte oder sonstiger Kriterien der Preis hätte bestimmt werden sollen (vgl. Schlechtriem, in Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG-, 4.

Aufl., München 2004, N. 5 zu Art. 14 CISG; Brunner, UN-Kaufrecht - CISG, Bern 2004, N. 4 zu Art. 14 CISG).

2.2 Hinzu kommt, dass eine Antwort auf ein Angebot, die Ergänzungen oder Abweichungen enthält, welche das Angebot wesentlich ändern, nach Art. 19 CISG

eine Ablehnung des Angebots und ein Gegenangebot darstellt. Die Auftragsbestätigung sieht einen gemeinsamen Verkauf, mithin eine Gewinnbeteiligung vor, für welche es in der "Offerte" keinerlei Hinweise gibt. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, die "Offerte" genüge an sich den

Anforderungen von Art. 14 CISG, zeigt die Einkaufsbestätigung, dass keine blosser Annahme dieser "Offerte" erfolgte, zumal auch die Menge von der offerierten abweicht. Damit bestehen Abweichungen sowohl in Bezug auf die Menge als auch in Bezug auf die Gestaltung des Preises. Dabei handelt es sich

um wesentliche Änderungen (Art. 19 Abs. 3 CISG), zumal es sich nicht etwa nur

um offensichtlich geringfügige Diskrepanzen handelt (Brunner, a.a.O. N. 3 zu

Art. 19 CISG). Aus dem Schreiben vom 10. Januar 2002 und der Einkaufsbestätigung ergibt sich somit nicht, dass ein Kaufvertrag im Sinne der Einkaufsbestätigung abgeschlossen worden wäre.

3.

Die Klägerin wie auch die Vorinstanz gehen, auch im Hinblick auf Art. 19 Abs.

1 CISG, zu Recht davon aus, dass die Einkaufsbestätigung zumindest als Angebot zu betrachten ist. Zu prüfen bleibt, ob die Beklagte dieses Angebot angenommen hat, wie dies die Klägerin in der Berufung geltend macht.

3.1 Nach Art. 18 CISG stellt jede Erklärung oder sonstiges Verhalten, das eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt, eine Annahme dar, nicht dagegen das blosser Schweigen oder die Untätigkeit allein, es sei denn, es bestehe zwischen den Parteien eine entsprechende Übung (Art. 18 Abs. 1 und Abs. 3 CISG; Brunner a.a.O., N. 5 ff. Vorbemerkungen zu den Art. 14-24 CISG). Nach diesen Regeln ist zu prüfen, ob zwischen den Parteien eine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen ist, und wenn ja, mit welchem Inhalt. Dabei ist im Rahmen des Berufungsverfahrens von den nachfolgenden Voraussetzungen auszugehen.

3.2 Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden

wirklichen Willen der Parteien festzustellen (Art. 8 Abs. 1 CISG; Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen [CISG], Berlin 2000, N. 2 zu Art. 8

CISG; Brunner, a.a.O. N. 3 zu Art. 8 CISG; Schmidt-Kessel, in Schlechtriem/Schwenzer, a.a.O., N. 22 zu Art. 8 CISG). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die auch im Anwendungsbereich des CISG vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (vgl. zur

Regelung im innerstaatlichen Recht: [BGE 126 III 375](#) E. 2e/aa S. 379 f.; [121](#)

[III 118](#) E. 4b/aa S. 123, je mit Hinweisen).

3.3 Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist zu prüfen, ob der tatsächliche Wille der einen Partei für die andere aufgrund der gesamten Umstände besonders leicht zu erkennen war, so dass sie darüber nicht in Unkenntnis sein konnte und auf dieses Verständnis abzustellen ist (Art. 8 Abs. 1 CISG in fine; vgl. Brunner, a.a.O., N. 4 zu Art. 8 CISG; Schmidt-Kessel, a.a.O. N. 16 zu Art. 8 CISG). Ist dies nicht der Fall, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien normativ so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen von einer vernünftigen Person in gleicher Stellung wie

die andere Partei verstanden worden wäre (Art. 8 Abs. 2 CISG; Bundesgerichtsurteil 4C.103/2003 vom 4. August 2003 E. 4.3; Brunner, a.a.O., N. 6 zu Art. 8 CISG). Diese Regelung entspricht den Grundsätzen der normativen Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip, welche im innerstaatlichen Recht zur Anwendung kommen (Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, S. 135; [BGE 130 III 686](#) E. 4.3.1 S. 689).

3.4 Sowohl die Frage, ob die Gegenpartei die tatsächliche Bedeutung einer Aussage erkennen musste, als auch die objektivierte Auslegung der Willenserklärungen nach dem Verständnis einer vernünftigen Person in der Position der anderen Vertragspartei überprüft das Bundesgericht im Berufungsverfahren als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen

Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; vgl. für das innerstaatliche Recht [BGE 130 III 66](#) E. 3.2 S. 71, 686 E. 4.3.1 S. 689, je mit Hinweisen).

3.5 Bei der Ermittlung des tatsächlichen Willens der Parteien wie auch im Rahmen der normativen Auslegung ist den gesamten Umständen Rechnung zu tragen. So sind insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuche und das spätere Verhalten der Parteien zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 3 CISG; Bundesgerichtsurteil 4C.103/2003 vom 4. August 2003 E. 4.3; Achilles, a.a.O.

N. 4 zu Art. 8 CISG; Schmidt/Kessel, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 8 CISG). Diesbezügliche tatsächliche Feststellungen binden das Bundesgericht als Berufungsinstanz.

4.

Der Nachweis einer tatsächlich übereinstimmenden Willensäusserung vor Zusendung der Einkaufsbestätigung ist der Klägerin nicht gelungen. Auch sind

keine Umstände dargetan, die in dieser Phase normativ auf einen Vertragsschluss im Sinne der Klägerin schliessen liessen. Zu prüfen bleibt somit einzig, ob eine vernünftige Person in der Position der Klägerin gestützt

auf die Einkaufsbestätigung sowie die gesamten Umstände der Vertragsverhandlungen und das Verhalten der Beklagten nach Eingang der Einkaufsbestätigung davon ausgehen durfte, es sei ein Vertrag mit dem von der

Klägerin behaupteten Inhalt abgeschlossen worden.

4.1 Eine Übung, wonach einem unwidersprochenen Bestätigungsschreiben rechtserzeugende Wirkung zukäme, kannten die Parteien nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht. Vielmehr war es zwischen den Parteien üblich, dass beide die getroffenen Vereinbarungen schriftlich bestätigten.

4.2 Allerdings blieb die Beklagte nach Empfang der Einkaufsbestätigung nicht einfach untätig. Sie reagierte darauf, indem sie dem in der Einkaufsbestätigung geäußerten Wunsch der Klägerin vorbehaltlos nachkam, die verlangten Dokumente zustellte, in den Begleitschreiben teilweise ausdrücklich auf die Einkaufsbestätigung Bezug nahm und auch die Liefermenge präzisierte. Eine vernünftige Person in der Position der Klägerin konnte die betreffenden Schreiben nicht anders interpretieren, als dass die Beklagte grundsätzlich mit der Einkaufsbestätigung einverstanden war. Hätte die Einkaufsbestätigung inakzeptable Bedingungen enthalten, wäre die Beklagte nach Treu und Glauben gehalten gewesen, die Klägerin darauf hinzuweisen. Dies hat sie nicht getan, weshalb sie sich die Einkaufsbestätigung grundsätzlich entgegen halten lassen muss. An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, dass es sich bei der Zusendung der Dokumente nach den Feststellungen der Vorinstanz um einen Routinevorgang handelte und die entsprechenden Dokumente mitunter bereits mit der Offerte versendet wurden, denn vorliegend beantwortete die Beklagte auf die beschriebene Weise die in der Einkaufsbestätigung enthaltene Offerte.

4.3 Auch die Tatsache, dass die Beklagte die Klägerin über die Verschiebung des Liefertermins informierte, lässt sich aus der Position einer vernünftigen Person nicht erklären, wenn man davon ausgeht, zwischen den Parteien bestehe keinerlei vertragliche Bindung. Im Ergebnis spielt es keine Rolle, ob die vertragliche Bindung bereits mit der Zusendung der verlangten Dokumente samt Begleitschreiben oder nur im Zusammenhang mit der Mitteilung der Verschiebung des Liefertermins zustande kam. So oder anders ist die Annahme der Vorinstanz, es bestehe keine vertragliche Bindung, im Lichte von Art. 8 Abs. 2 CISG nicht haltbar.

5.  
Der von der Klägerin nach Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG geltend gemachte Schadenersatz setzt voraus, dass die Beklagte eine ihrer Pflichten nach dem Vertrag oder den Bestimmungen des CISG nicht erfüllt hat (Art. 45 Abs. 1 CISG). Da ein Vertrag zustande gekommen ist, bleibt zu prüfen, ob die Beklagte ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen ist.

5.1 Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass die Beklagte im kantonalen Verfahren behauptet hat, sie habe sich bewusst vorsichtig verhalten und keine Verkaufsbestätigung versandt, da sie nicht sicher gewesen sei, ob sie das TETA erhältlich machen könne und dies auch der Klägerin mitgeteilt habe. Welche der beteiligten Parteien inwieweit das Beschaffungsrisiko trägt, können diese unter sich beliebig vereinbaren (vgl. Brunner, a.a.O., N. 11 zu Art. 79 CISG; Stoll/Gruber, in Schlechtriem/Schwenzer, a.a.O., N. 18 zu Art. 79 CISG). So kann zu Gunsten des Verkäufers beispielsweise vereinbart werden, dieser sei nur zur Lieferung verpflichtet, soweit er selbst beliefert wird, oder es kann der Übung entsprechen, dass der Verkäufer das Beschaffungsrisiko

erst übernimmt, wenn er den Verkauf schriftlich bestätigt hat. Auch eine gemeinsame Tragung des Beschaffungsrisikos analog zum gemeinsamen Verkauf wäre denkbar.

5.2 Darüber, was zu geschehen hat, wenn das TETA nicht erhältlich gemacht werden kann, enthält die Einkaufsbestätigung keine Angaben. Zu prüfen ist damit, wie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände im Rahmen der normativen Vertragsauslegung das Beschaffungsrisiko zwischen den Parteien geregelt war. Die Vorinstanz hat über die Umstände, die dazu Rückschlüsse erlauben (Art. 8 Abs. 3 CISG), keine Feststellungen getroffen, weshalb eine Rückweisung der Streitsache zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen notwendig ist (Art. 64 Abs. 1 OG). Aus dem angefochtenen Entscheid geht hervor, dass sich die Beklagte um die Beschaffung der Ware bemüht und sogar einen Lastwagen geschickt hat, um Druck auf den Lieferanten auszuüben. Sofern

sie das Beschaffungsrisiko nicht trägt, wäre sie damit ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen (Brunner, a.a.O. N. 11 zu Art. 79 CISG). Sollte dagegen das Beschaffungsrisiko bei der Beklagten liegen, wird die Vorinstanz

zu prüfen haben, ob die weiteren Voraussetzungen für den geltend gemachten Schadenersatzanspruch gegeben sind und diesen gegebenenfalls im Quantitativ zu beurteilen haben. Insoweit ist die Berufung begründet.

6.

Nicht zu hören ist die Klägerin dagegen, soweit sie im Rahmen einer Versehrungsrüge ausführt, die Vorinstanz hätte ein Beweismittel der Klägerin nicht als verspätet aus dem Recht weisen dürfen. Ein offensichtliches Versehen ist nicht gegeben, da das Gericht das Dokument wahrgenommen und bewusst nicht berücksichtigt hat. Bis zu welchem Zeitpunkt Beweismittel im kantonalen Verfahren zu berücksichtigen sind, ist primär eine Frage des kantonalen Prozessrechts. Eine Bundesrechtsverletzung vermag die Klägerin insoweit nicht aufzuzeigen.

7.

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die Streitsache zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen und zu neuer Entscheidung über die Haftung für nicht erfolgte Lieferung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Gegebenfalls wird

sich die Vorinstanz zur Höhe des geltend gemachten Schadens auszusprechen haben. Die Klägerin, welche die Gutheissung der Klage beantragt hat, dringt mit ihrem Begehren nur zum Teil durch. Ob ihrer Klage Erfolg beschieden sein

wird, ist noch offen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Gerichtsgebühr den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und sind die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Freiburg, I.

Appellationshof, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. April 2005

Im Namen der I. Zivilabteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: