

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

Allg. Geschäftsbedingungen

Zur Frage, ob der Verkäufer seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen dadurch zum Vertragsinhalt machen kann, daß er wiederholt in seinen Lieferscheinen auf sie Bezug nimmt.

BGH, Urt. v. 7. Juni 1978 - VIII ZR 146/77 - OLG Hamm
LG Dortmund

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 146/77

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

7. Juni 1978
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma W[REDACTED] & Co. KG, vertreten durch die Komplementärin, die H[REDACTED]-GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführerin Frau W[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED] in D[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm H[REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Wilhelm H[REDACTED], E[REDACTED]straße [REDACTED] in E[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hidemann, Hoffmann, Wolf und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. Januar 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte betreibt die Autobahntankstelle L [REDACTED] bei D [REDACTED]. Erstmals am 28. Juni 1974 bezog sie für diese Tankstelle von der Klägerin - einer Mineralölhandelsgesellschaft mit Sitz in E [REDACTED] - Treibstoff. Weitere Lieferungen erfolgten am 2. und 4. Juli 1974. Am 6. Juli 1974 - einem Sonnabend - belieferte die Klägerin aufgrund einer fernmündlichen Bestellung die Beklagte erneut, - und zwar in zwei Fahrten, die die von der Klägerin beauftragte Speditionsfirma K [REDACTED] mit einem von dem Kraftfahrer S [REDACTED] gesteuerten Tank-



fahrzeug ausführte. S [REDACTED], der den Treibstoff bei dem Tanklager der Firma V [REDACTED] in D [REDACTED] abholte, ließ sich von dem Tankwart der Beklagten auf zwei Lieferscheinen eine Lieferung von 18 004 l Superkraftstoff und 18 010 l Normalbenzin bescheinigen. Auf dem letztgenannten Lieferschein befinden sich als farblose Einstanzung, die nach jedem Belieferungsvorgang durch das Zählwerk der Tankuhr des Tankfahrzeuges auf den eingeschobenen Lieferscheinen angebracht wird, zwei sich teilweise überdeckende und dadurch kaum lesbare Zahlenreihen; ob diese Abweichung von dem normalen Schriftbild darauf zurückzuführen ist, daß der Fahrer S [REDACTED] - wie die Beklagte behauptet - durch Manipulation eine tatsächlich nicht erfolgte Lieferung nur vorgetäuscht hat, oder ob die doppelte Einstanzung - wie die Klägerin vermutet - auf einem versehentlichen Weiterdrehen des Zählwerks durch S [REDACTED] beruht, ist zwischen den Parteien umstritten. Jedenfalls will die Beklagte bei einer Peilung am Montag, den 8. Juli 1974 einen erheblichen Fehlbestand an Benzin und Superkraftstoff festgestellt haben. Ein auf Veranlassung der Beklagten gegen S [REDACTED] eingeleitetes strafrechtliches Ermittlungsverfahren wurde mangels Beweises eingestellt.

Die Lieferungen der Klägerin an die Beklagte erfolgten aufgrund fernmündlicher Bestellung. Auftragsbestätigungen, Bestätigungsschreiben und Rechnungen hat die Klägerin der Beklagten bis zum 8. Juli 1974 nicht zugeleitet. Die jeweils vom Fahrer des Tanklastzuges nach Beendigung des Tankvorgangs an einen Bediensteten der Beklagten ausgehändigten Lieferscheine waren mit folgendem formularmäßigen Hinweis versehen:

"Sie erhalten aufgrund unserer Ihnen bekannten Verkaufs- und Lieferbedingungen."

Diese Bedingungen, die der Beklagten weder zugeleitet noch sonst bekannt waren, enthalten u.a. folgende Bestimmung:

"3. Lieferung. Sämtliche Lieferungen erfolgen auf Kosten und Gefahr des Käufers. Die Gefahr geht auf den Käufer auch bei frachtfreier Lieferung über. Bei Lieferung ab Lieferwerk oder Lieferzeche mit der Übergabe der Ware durch das Lieferwerk oder die Lieferzeche an den Spediteur oder den Frachtführer spätestens mit dem Verlassen des Werkes oder der Zeche, bei Lieferung frei Waggon Löschhafen mit der Abfertigung an der Löschstelle."

Aufgrund dieses Sachverhalts hat die Klägerin die Beklagte auf Bezahlung der beiden Lieferungen vom 6. Juli 1974 in Höhe von zunächst 28 582,38 DM nebst 12 % Zinsen in Anspruch genommen. Beide Vorinstanzen haben der Klage - abgesehen von einem Teil der Zinsforderung und unter Berücksichtigung einer inzwischen von der Beklagten erbrachten Zahlung über 14 274,60 DM - stattgegeben. Mit ihrer zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin Abweisung des noch nicht durch Zahlung erledigten Teiles der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe gemäß Nr. 3 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin mit der Übernahme des Treibstoffs durch die Speditionsfirma Krause die Preisgefahr und damit auch das Risiko dafür übernommen, daß der Fahrer Stollenwerk die bestellte und quittierte Treibstoffmenge tatsächlich in die Tankbehälter der Autobahntankstelle Lichtendorf gefüllt habe, hält schon deswegen einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil nach der eigenen Sachdarstellung der Klägerin deren Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsinhalt geworden sind.

a) Der Bundesgerichtshof und insbesondere der erkennende Senat haben in ständiger Rechtsprechung an der Auffassung festgehalten, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen - abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall, daß der Inhalt derartiger Bedingungen bereits kraft Handelsbrauchs unmittelbar Vertragsinhalt wird - nur dann für die Rechtsbeziehungen zwischen Vertragspartnern maßgebend sind, wenn diese ihre Anwendung vereinbart haben (BGHZ 3, 200, 203; 9, 1, 3; 12, 136, 142; 18, 98, 99; Senatsurteil vom 28. Mai 1973 - VIII ZR 143/72 = WM 1973, 1198 = LM AGB Nr. 47). Eine derartige Vereinbarung lag hinsichtlich der beiden hier maßgeblichen Lieferungen vom 6. Juli 1974 schon deswegen nicht vor, weil der Kaufvertrag ohne Hinweis auf die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin fernmündlich abgeschlossen war, die Klägerin überdies der Beklagten auch kein auf ihre

Bedingungen Bezug nehmendes kaufmännisches Bestätigungsschreiben zugeleitet hatte und der bloße, nach Vertragsabschluß erfolgte Hinweis in den dem Tankwart ausgehändigten Lieferscheinen den Vertragsinhalt ohne Einverständnis der Beklagten nachträglich nicht mehr ändern oder ergänzen konnte. Davon geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus.

b) Allerdings kann die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in einen Vertrag im kaufmännischen Handelsverkehr auch stillschweigend, insbesondere durch schlüssiges Verhalten erfolgen. So hat der Senat, worauf das Berufungsgericht in der angefochtenen Entscheidung abstellt, wiederholt darauf hingewiesen, daß im Rahmen einer auf Dauer angelegten kaufmännischen Geschäftsverbindung u.U. eine solche stillschweigende Einbeziehung darin gesehen werden kann, daß die eine Vertragspartei in den von ihr erteilten Rechnungen immer wieder auf ihre Bedingungen hingewiesen und der andere Teil diese Hinweise, selbst wenn die Geschäftsbedingungen nicht beigefügt waren, widerspruchslos hingenommen hat (BGHZ 42, 53, 55; vgl. auch Senatsurteile vom 24. März 1965 - VIII ZR 71/63 = NJW 1965, 1324 und vom 7. Mai 1969 - VIII ZR 142/68 = WM 1969, 772 = LM Nr. 33 zu Art. 7 ff EGBGB). Es bedarf in diesem Zusammenhang keines Eingehens auf die Frage, ob in einem solchen Verhalten von Vertragspartnern der stillschweigende Abschluß einer, wenn auch jederzeit kündbaren Rahmenvereinbarung oder die Einbeziehung der Geschäftsbedingungen durch jeweils schlüssiges Verhalten für jedes einzelne künftige Rechtsgeschäft zu sehen ist. Stets bedarf es jedenfalls einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall, ob nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte - insbesondere im Hinblick auf Art, Umfang und Dauer der Geschäftsverbindung - das Verhalten des Betroffenen die Annahme eines

derartigen stillschweigenden Einverständnisses rechtfertigt (Senatsurteil vom 28. Mai 1973 - VIII ZR 143/72 aaO).

Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum vor allem deswegen auf Kritik gestoßen, weil sie auf einen lediglich vermuteten Parteiwillen abstelle und damit im Handelsverkehr dem Empfänger von Rechnungen ohne zwingenden Anlaß eine zusätzliche Obliegenheit zur Prüfung dahingehend auferlege, ob Rechnungen einen solchen Hinweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten, obwohl sie an sich zur Aufnahme eines derartigen Hinweises nicht bestimmt sind, und obwohl für das der Rechnung zugrunde liegende Geschäft selbst ein solcher Vermerk, sofern es an einer vorherigen Vereinbarung fehlt, unbeachtlich ist (vgl. dazu etwa Schmidt-Salzer, AGB, 2. Aufl. S. 101 ff). Es mag hier dahinstehen, ob diese nicht von der Hand zu weisenden Einwendungen nicht schon deswegen zu einer Überprüfung der Rechtsprechung des Senates zwingen, weil nach der im Schrifttum weithin vertretenen Ansicht künftig im nichtkaufmännischen Rechtsverkehr das Abstellen auf sogen. "Fakturenvermerke" angesichts der strikten Fassung des § 2 AGBG allein nicht mehr ausreicht (vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 2 Rdn. 43; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGBG, § 2 Rdn. 20; Palandt/Heinrichs, BGB, 37. Aufl. zu § 2 AGBG Anm. 2; Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 2 Rdn. 8) und der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 2 AGBG ersichtlich von der Erwartung ausgegangen ist, daß diese gesetzliche Regelung auch für die Rechtsprechung zum kaufmännischen Handelsverkehr Bedeutung gewinnen wird (vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner aaO § 2 Anm. 27 f). Denn die vom Senat zur widerspruchslosen

Hinnahme von sogen. "Fakturenvermerken" entwickelte Rechtsprechung findet ohnehin auf diejenigen Fälle keine Anwendung, in denen sich - wie hier - ein derartiger Vermerk lediglich auf den nach Vertragsschluß ausgehängigten Lieferscheinen befindet. Während der Versender von Rechnungen bei ordnungsgemäßem Geschäftsgang damit rechnen kann, daß diese angesichts der in ihnen enthaltenen Zahlungsaufforderung alsbald einer bei dem Käufer auch für die inhaltliche Ausgestaltung von Folgeverträgen zuständigen Person vorgelegt werden, er mithin in dem fehlenden Widerspruch u.U. für künftige Rechtsgeschäfte ein stillschweigendes Einverständnis mit der Maßgeblichkeit seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehen kann und darf, liegen die Umstände bei Lieferscheinen grundlegend anders. Sie dienen in erster Linie dem Verkäufer bzw. Spediteur als Quittung für die erbrachte Leistung. Dem Empfänger ermöglichen sie zwar eine nach §§ 377 f HGB gebotene alsbaldige Prüfung, ob die gelieferte Ware nach Art, Qualität und Umfang der bestellten entspricht, - eine Prüfung, die jedoch keineswegs immer einer auch für die Vereinbarung des Vertragsinhalts zuständigen Person obliegt, vielmehr häufig technischen Angestellten oder solchen mit nur untergeordneter Funktion übertragen wird. Vielfach erfolgt eine weitere inhaltliche Überprüfung des Lieferscheins auch im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erst dann, wenn die betreffende Rechnung eingeht. Der Verkäufer kann also keineswegs davon ausgehen, daß das Schweigen auf die Aushändigung von Lieferscheinen zugleich das Einverständnis des Käufers mit den in ihnen in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltet.

Diese Ansicht führt nicht etwa zu einer unzumutbaren Erschwerung des Handelsverkehrs. Auch bei eilbedürftigen und daher fernmündlich abgeschlossenen Verträgen steht jeder Vertragspartei die Möglichkeit offen, entweder bereits bei Vertragsschluß selbst oder in einem anschließend erteilten kaufmännischen Bestätigungsschreiben klarzustellen, ob und gegebenenfalls wessen Allgemeine Geschäftsbedingungen ergänzend gelten sollen; dennoch bestehenbleibende Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders, dessen Sache es ist, für eine mit dem Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu vereinbarende Einbeziehung seiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag zu sorgen (Senatsurteil vom 28. Mai 1973 - VIII ZR 143/72 aaO). Allerdings hat der Senat in seinem Urteil vom 24. März 1965 (VIII ZR 71/63 aaO) beiläufig darauf hingewiesen, daß auch in der längeren widerspruchslosen Entgegennahme von Versandanzeigen ein stillschweigendes Einverständnis mit den auf ihnen abgedruckten Klauseln gesehen werden kann. Ob an dieser Ansicht festgehalten werden kann, erscheint zweifelhaft, bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung; denn jedenfalls rechtfertigt die widerspruchslose Hinnahme von Vermerken auf Lieferscheinen aus den vorgenannten Gründen die Annahme eines derartigen stillschweigenden Einverständnisses nicht.

c) Überdies würde die Annahme, die Beklagte habe sich mit den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin durch schlüssiges Verhalten einverstanden erklärt, ohnehin nur dann in Betracht kommen, wenn die Beklagte im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung einen immer wiederkehrenden Hinweis auf diese Bedingun-

gen unwidersprochen gelassen hätte (Senatsurteil vom 7. Mai 1969 - VIII ZR 142/68 aaO); denn nur ein Schweigen über einen längeren Zeitraum hin berechtigt die andere Partei zu der hinreichend sicheren Annahme, daß der Vertragspartner mit der Maßgeblichkeit der in Bezug genommenen Geschäftsbedingungen für die Zukunft einverstanden ist. Auch daran fehlt es hier. Die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien haben erst am 28. Juni 1974 begonnen, bestanden also bei Abwicklung der streitigen Lieferungen nicht länger als acht Tage. Der bloße Umstand, daß in diesem Zeitraum drei Kaufverträge abgewickelt waren, in denen jeweils die Beklagte einen nachträglichen Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin unwidersprochen gelassen hatte, ändert daran nichts. Dabei mag zwar richtig sein, daß bei größerer Intensität der Geschäftsbeziehungen der hier maßgebliche Zeitraum u.U. kürzer sein kann; die Abwicklung von lediglich drei voraufgegangenen Rechtsgeschäften reicht jedoch allein für die Annahme eines stillschweigenden Einverständnisses in keinem Falle aus.

d) Schließlich wären die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin, ohne daß es allerdings darauf für die Entscheidung des Rechtsstreits noch ankommt, auch wegen ihrer Form nicht Vertragsinhalt geworden. Die ungewöhnlich klein gedruckten Bedingungen - äußerlich kaum gegliedert und lediglich mit Absatzüberschriften versehen, die sich im fortlaufenden Text nur ganz geringfügig von den Klauseln selbst abheben - umfassen auf einer Seite DIN-A 4 in zwei Spalten von je 9 cm Breite insgesamt 232 Zeilen. Der Text - davon hat sich der Senat, obwohl die Klägerin nur eine Fotokopie zu

den Gerichtsakten eingereicht hatte, eindeutig überzeugen können - ist lediglich mit einem geübten Auge mühsam zu entziffern, im Zusammenhang dagegen ohne Zuhilfenahme einer Lupe kaum lesbar. Einen stichhaltigen Grund für diese verwirrende drucktechnische Darstellung hat die Klägerin nicht gegeben. Es kann auch keinem ernsthaften Zweifel unterliegen, daß es der Klägerin gar nicht entscheidend darauf ankam, den jeweiligen Vertragspartner über den Inhalt ihrer Verkaufs- und Lieferungsbedingungen sachgerecht zu unterrichten; vielmehr wollte sie ersichtlich nur versuchen, für den Fall einer etwaigen Leistungsstörung soweit wie möglich das Risiko von sich abzuwälzen. Ein redlicher Kaufmann kann aber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) schlechthin nicht davon ausgehen, daß sich sein Vertragspartner durch die bloße widerspruchslose Entgegennahme eines derart schwer zu entziffernden Klauselwerkes mit dessen Inhalt einverstanden erklärt. Auf den Umstand, daß die Klägerin im vorliegenden Fall die Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht zugeleitet, sondern lediglich auf sie verwiesen hatte, kommt es in diesem Zusammenhang deswegen nicht an, weil die Klägerin unstreitig - hätte die Beklagte die Geschäftsbedingungen angefordert - ihr das vorstehend genannte Exemplar zugeleitet hätte.

3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, eine Übernahme der Preisgefahr durch die Beklagte ergebe sich bereits aus Nr. 3 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin, tragen somit die angefochtene Entscheidung nicht. Sie läßt sich aber auch nicht mit der Begründung halten, die Beförderungsgefahr sei mit der Übernahme des Treibstoffs durch die Firma K[REDACTED] deswegen auf die Beklagte übergegangen, weil ein Ver-

sendungskauf i.S. des § 447 BGB vorgelegen habe. Dabei mag dahinstehen, ob es sich nicht angesichts des Umstandes, daß derartige Transporte typischerweise von besonderen Speditionsunternehmen mit Spezialfahrzeugen durchgeführt werden, die Klägerin überdies von sich aus die Firma K[REDACTED] eingeschaltet hatte und schließlich - was allerdings allein nicht ausreichen würde (§ 269 Abs. 3 BGB) - der Verkauf "frei Tankstelle" zu erfolgen hatte, nach der Natur des Schuldverhältnisses um eine Bringschuld handelte, die Autobahntankstelle mithin Erfüllungsort war und schon aus diesem Grunde ein Versendungskauf i.S. des § 447 BGB nicht vorlag. Jedenfalls findet diese Bestimmung hier deswegen keine Anwendung, weil der Transport nicht von dem Sitz der Klägerin in Essen, sondern von dem Tanklager der VTG in Duisburg unmittelbar an die Beklagte erfolgte. Daß diese sich mit einer solchen Vertragsdurchführung einverstanden erklärt oder auch nur von ihr Kenntnis gehabt hätte, hat auch die Klägerin nicht behauptet. Damit aber bemißt sich der Gefahrübergang nicht nach § 447, sondern nach § 446 BGB (RGZ 111, 23, 25; Senatsurteil vom 24. März 1965 - VIII ZR 71/63 aaO; Mezger in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 447 Anm. 3; Staudinger/Ostler, BGB, 11. Aufl. § 447 Anm. 6).

4. Da mithin die Preisgefahr nicht vor Lieferung des Treibstoffs durch die von der Klägerin bestellte Speditionsfirma K[REDACTED] auf die Beklagte übergegangen ist, hängt die Entscheidung des Rechtsstreits davon ab, ob die insoweit beweispflichtige Klägerin nachweisen kann, daß die in Rechnung gestellte Menge tatsächlich an die Beklagte ausgeliefert worden ist. Insoweit bedarf es einer weiteren tatrichterlichen Sachaufklärung,

so daß der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden mußte. Bei der erneuten Verhandlung wird zu beachten sein, daß die Klägerin zwar mit den Lieferscheinen Empfangsquittungen vorgelegt, die Beklagte jedoch hinsichtlich des Beweiswertes zumindest der zweiten Quittung gewichtige Einwendungen erhoben hatte (vgl. insoweit das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14. April 1978 - V ZR 10/77). Überdies wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, auf die von der Klägerin aufgeworfene Frage einzugehen, ob die Beklagte die Fehlmenge rechtzeitig gegenüber der Klägerin gerügt hat (§ 378 HGB).

Da es von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, welcher Partei die Kosten des Revisionsverfahrens zur Last fallen, war die Entscheidung über sie dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf

Dr. Brunotte