

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 144, 286 C

Zur Frage der Aussagekraft eines "OK"-Vermerks im Sendebericht bei Streit über den Zugang eines Telefaxschreibens.

BGH, Urteil vom 7. Dezember 1994 - VIII ZR 153/93 - OLG Frankfurt
am Main

LG Kassel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 153/93

Verkündet am:
7. Dezember 1994
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1994 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch, Groß, Dr. Hübsch und Ball

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. April 1993 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte bestellte bei der Firma K. L. (nachfolgend: L.), mit der sie in laufender Geschäftsbeziehung stand, unter anderem am 15. April und 19. Dezember 1988 sowie am 24. August 1989 militärische Güter. Die Bestellungen enthielten regelmäßig den Hinweis: "Wir bestellen ... zu unseren Ihnen bereits vorliegenden Einkaufsbedingungen". L. lieferte die Waren Mitte 1989 und im Frühjahr 1990 und stellte sie in Rechnung. Im März 1990 trat L. sämtliche Ansprüche aus Warenlieferungen gegen die Beklagte ohne deren Zustimmung an die Klägerin ab. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Bezahlung dieser Rechnungen in Höhe von 112.220,46 DM nebst Zinsen. Die Forderung ist dem Grunde und der Höhe nach unstreitig.

Mit Schreiben vom 3. November 1988 hatte die Beklagte der L. ihre Einkaufsbedingungen übersandt. Sie sehen in Nr. 17 Abs. 5 vor:

"Der Auftragnehmer ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung G.-Lo.s (= Beklagte), die nicht unbillig verweigert werden darf, nicht berechtigt, seine Forderungen gegen G.-Lo. abzutreten oder durch Dritte einziehen zu lassen".

In dem Anschreiben der Beklagten heißt es:

"Zur generellen Vereinbarung der Vertragskonditionen übersenden wir Ihnen anbei unsere Einkaufsbedingungen. Diese gelten für alle Aufträge, die wir zukünftig an Ihr Haus vergeben ...

Sollte uns bis 30.11.1988 von Ihnen keine gegenteilige Stellungnahme vorliegen, gehen wir von Ihrem uneingeschränkten Einverständnis aus."

In einem auf den 29. November 1988 datierenden Telefax der L. an die Beklagte heißt es:

"Ihre im Betreff genannten Bedingungen kann ich in diesem Umfang nicht anerkennen. Für einen Überarbeitungstermin schlage ich den 15.12.1988 vor."

Ein Telefax-Sendebericht vom gleichen Tag weist die Ruf-Nummer der Beklagten und den Vermerk "Ergebnis OK" auf. Ein "Überarbeitungsgespräch" hat nicht stattgefunden.

Die Beklagte hält die Abtretung für unwirksam und rügt fehlende Aktivlegitimation der Klägerin. Sie bestreitet den Zugang der Fernkopie vom 29. November 1988. Da L. ihrem Schreiben vom 3. November 1988 nicht widersprochen habe, seien ihre Einkaufsbedingungen einschließlich des Abtretungsverbots Vertragsinhalt geworden. Hilfsweise hat sie mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 126.035,31 DM aufgerechnet, die sie daraus herleitet, daß L. im Zusammenhang mit der Ausführung anderer Bestellungen in Verzug geraten sei. Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der verlangten Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist aufgrund der Aussage des erstinstanzlich vernommenen Zeugen W. und des "OK"-Vermerks im Sendebericht vom 29. November 1988 zu der Überzeugung gelangt, das Telefax sei der Beklagten zugegangen, und hat ausgeführt: Umstände, die darauf hinwiesen, daß der Sendebericht nachträglich manipuliert worden sei, lägen nicht vor. Danach gebe es keine Anhaltspunkte dafür, daß die Datenübertragung an technischen Problemen gescheitert sei. Die Aussage des gegenbeweislich vernommenen Zeugen G. stehe der Annahme des Zugangs nicht entgegen. Die Beklagte habe auch keinen technischen Grund genannt, der einer durch den Sendebericht dokumentierten erfolgreichen Datenübertragung entgegenstehe. Da L. somit der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten widersprochen habe, seien diese nicht generell in Form eines Rahmenvertrages Bestandteil der einzelnen Verträge geworden. Sie seien aber auch nicht dadurch in die Verträge einbezogen worden, daß die Beklagte bei späteren Bestellungen gegenüber L. auf ihre Einkaufsbedingungen hingewiesen und L. nicht ausdrücklich widersprochen habe. Das Schweigen der L. auf diese Bestellungen bedeute keine Annahme. Die Beklagte habe es auch nicht so verstehen dürfen, weil L. den Einkaufsbedingungen schon zuvor mit dem Telefax vom 29. November 1988 widersprochen habe. In der späteren Ausführung der Bestellungen liege keine konkludente Einverständniserklärung mit den Einkaufsbedin-

gungen der Beklagten. Die Auslegung dieses Verhaltens ergebe vielmehr, daß L. die Bestellungen der Beklagten nur ohne deren Einkaufsbedingungen habe ausführen wollen. Die Verträge seien deshalb ohne die Einkaufsbedingungen der Beklagten zustande gekommen. Mangels Vereinbarung eines Abtretungsverbots seien die mit der Klage geltend gemachten Forderungen wirksam an die Klägerin abgetreten worden. Die hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten seien unbegründet.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß die Klage keinen Erfolg haben kann, wenn L. der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht widersprochen hat.

a) Ob ein Schweigen der L. auf das Schreiben vom 3. November 1988 zu einer bindenden Rahmenvereinbarung über die Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten in alle künftigen Verträge geführt hätte, kann dahinstehen. Denn die Einkaufsbedingungen wären dann jedenfalls aufgrund der jeweiligen Einzelbestellungen in die Verträge einbezogen worden. Dafür genügte es, daß die Beklagte in den schriftlichen Bestellungen auf ihre Einkaufsbedingungen hinwies und L. diese Bestellungen ohne Widerspruch durch deren Ausführung konkludent angenommen hätte (vgl. BGHZ 117, 190, 194). Einer Einbeziehung der Einkaufsbedingungen stünde dann auch nicht im Wege, daß sie den einzelnen Bestellungen

nicht beigefügt waren. Im kaufmännischen Verkehr reicht regelmäßig der Hinweis auf die eigenen Vertragsbedingungen aus, wenn der Kunde die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme hat (BGHZ aaO 198; Senatsurteil vom 3. Februar 1982 - VIII ZR 316/80 = WM 1982, 486 unter II 2 b). So war es hier, weil L. die Einkaufsbedingungen mit Schreiben vom 3. November 1988 - also vor den Bestellungen vom 19. Dezember 1988 und 24. August 1989 und auch noch vor der die Annahme darstellenden Ausführung der Bestellung vom 15. April 1988 - übersandt worden waren.

b) Das Abtretungsverbot in Nr. 17 der Einkaufsbedingungen hält einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand (vgl. BGH, Urteile vom 30. Oktober 1990 - IX ZR 239/89 = NJW-RR 1991, 763 unter I 1 und vom 11. Mai 1989 - VII ZR 150/88 = NJW-RR 1989, 1104 unter 2; BGHZ 102, 293, 300; 110, 241, 243). Etwas anderes gilt nur, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Abtretungsverbot nicht besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit vertraglicher Forderungen das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen (BGHZ 108, 52, 55; 110, 241, 243; Urteil vom 30. Oktober 1990 aaO). Auch soweit im Schrifttum Abtretungsverbotsklauseln kritisch beurteilt werden, wird eingeräumt, daß jedenfalls solche Klauseln den Belangen des Kunden genügen können, die - wie hier - die Abtretung nicht generell ausschließen, sondern von der Zustimmung des Verwenders abhängig machen, die zudem "nicht unbillig verweigert" werden darf (vgl. z.B. Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rdnr. 2; Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Abtretungsausschluß IV, Rdnr. 23).

Für ein überwiegendes Interesse der L. an der freien Verfügbarkeit der Forderung ist nichts ersichtlich. Die Klägerin hat sich hierauf auch nicht berufen. Die Revisionserwiderung erhebt insoweit keine Bedenken.

2. Dagegen sind die Einkaufsbedingungen dann nicht Inhalt der einzelnen Verträge geworden, wenn L. ihrer Einbeziehung schon im Telefax vom 29. November 1988 "vorweggenommen" widersprochen hat.

a) Aus der Erklärung vom 29. November 1988 ergibt sich eindeutig der Wille, die Einkaufsbedingungen der Beklagten auszuschließen. Daß L. ihnen nicht in vollem Umfang und nicht unabänderlich widersprochen, sondern eine Überarbeitung vorgeschlagen hat, ändert daran entgegen der Ansicht der Revision nichts. Der Umfang, in dem L. die Bedingungen nicht anerkennen wollte, geht aus dem Schreiben nicht hervor. Es kann deshalb nur als vollständige Ablehnung der Einkaufsbedingungen - vorbehaltlich späterer Überarbeitung - verstanden werden.

b) Der vorweggenommene Widerspruch hätte die Einbeziehung der Einkaufsbedingungen in sämtliche nachfolgend abgeschlossenen Verträge nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats verhindert, solange nicht L. ihren damit eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen erkennbar aufgegeben hätte (vgl. für in AGB enthaltene Abwehrklauseln Senatsurteil vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 149/90 = WM 1991, 1636 unter II 2 b m.Nachw.). Das Berufungsgericht hat keine Anhaltspunkte dafür feststellen können, daß L. einen ursprünglich erklärten Abwehrwillen später aufgegeben hätte.

c) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht schließlich an, daß im Falle eines vorweggenommenen Widerspruchs gleichwohl wirksame Kaufverträge - ohne Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der einen oder der anderen Seite - zustande gekommen wären.

3. Nach allem kommt es darauf an, ob der Beklagten das Telefax vom 29. November 1988 zugegangen ist. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin den Zugang beweisen muß (Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., Bd. I, § 130 BGB Rdnr. 1). Es ist jedoch nicht in verfahrensfehlerfreier Weise zu der Auffassung gelangt, daß der Klägerin dieser Beweis gelungen sei.

a) Aufgrund der Aussage des Zeugen W., er habe die Faxvorlage selbst geschrieben und sei sodann zusammen mit Frau L. (Inhaberin der Zedentin) an dem Telefaxgerät gewesen, als diese Mitteilung durchgegeben worden sei, durfte das Berufungsgericht nur die ordnungsgemäße Absendung der Fernkopie, nicht aber ihren Zugang bei der Beklagten für bewiesen halten. Ebenso wie bei gewöhnlichen Briefen (vgl. z.B. BGH, Urteile vom 17. Februar 1964 - II ZR 87/61 = NJW 1964, 1176 f und vom 18. Januar 1978 - IV ZR 204/75 = NJW 1978, 886 unter I 3; Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 130 Rdnr. 23) und selbst bei Einschreibesendungen (vgl. BGHZ 24, 308, 312 f) rechtfertigt auch bei Telefaxdokumenten die Absendung nicht einmal einen Anscheinsbeweis für ihren Zugang (ebenso z.B. Tschentscher CR 1991, 141, 148; Ebnet, NJW 1992, 2985, 2990 f), dies jedenfalls solange nicht, wie nicht feststeht, daß die "Verlustquote" hier ins Gewicht

fallend geringer ist als im Briefdienst. Letzteres hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, es ist auch weder allgemein- noch gerichtskundig und nicht einmal von der Klägerin behauptet worden.

b) Das Berufungsgericht will dem "OK"-Vermerk im Sendebericht offenbar im Wege des Anscheinsbeweises entnehmen, daß die Datenübertragung nicht an technischen Problemen gescheitert und das Telefax zugegangen sei. Das entbehrt der tragfähigen Grundlage.

aa) Soweit der Beweiswert des Sendeberichts unter Hinweis auf die Möglichkeit von Manipulationen und nachträglichen Fälschungen verneint oder ihm aus diesem Grunde nur eingeschränkte Bedeutung beigemessen wird (z.B. LG Darmstadt, WM 1993, 1653; zum Fernschreiben ebenso z.B. Baumgärtel/Laumen aaO § 130 Rdnr. 9; MünchKomm-Förschler, BGB, 3. Aufl., § 130 Rdnr. 34), durfte das Berufungsgericht derartige Vorgänge allerdings ausschließen, weil der Zeuge W., dem es - ohne daß die Revision dies angreift - Glauben geschenkt hat, sie ausdrücklich verneint hat.

bb) Das Berufungsgericht hat sich indessen nicht damit auseinandergesetzt, daß im Schrifttum und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte - zum Teil unter Berufung auf eigene Sachkunde, zum Teil nach Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe - ausgeführt wird, durch den Sendebericht werde nur die Herstellung der Verbindung zwischen dem Sende- und dem Empfangsgerät angezeigt, für die geglückte Übermittlung der Daten und das Ausbleiben von Störungen besitze das Sendeprotokoll hingegen keinerlei Aussagewert (so z.B. OLG

München NJW 1993, 2447 m. Anm. Jaeger CR 1994, 155; KG KG-Report Berlin 1994, 155 = NJW 1994, 3172; OLG Köln NJW 1989, 594 und jur-pc 1992, 1450; LAG Hamm NZA 1994, 335; Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 130 Rdnr. 21; Ebnet aaO 2991); denn die Datenübertragung könne an Defekten am Empfangsgerät, z.B. einem Papierstau, oder an Leitungsstörungen oder -verzerrungen, die zum Abbruch der Verbindung führten, gescheitert sein, ohne daß die Unterbrechung und mißglückte Datenübermittlung im Sendebericht ausgewiesen werde. Auf der anderen Seite findet sich in mehreren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs die - zumeist eher beiläufige - Bemerkung, durch den Sendebericht werde die ordnungsgemäße Übermittlung belegt (BGH, Urteil vom 2. Oktober 1991 - IV ZR 68/91 = WM 1991, 2080 unter 2 c; Beschlüsse vom 28. September 1989 - VII ZB 9/89 = NJW 1990, 187 unter II 2 b; vom 17. November 1992 - X ZB 20/92 = NJW 1993, 732 unter II 1; vom 24. März 1993 - XII ZB 12/93 = NJW 1993, 1655 unter II 2 b und vom 16. September 1993 - V ZB 33/93 = NJW 1993, 3140 unter II). Abgesehen davon, daß diese Äußerungen im Zusammenhang mit der Frage der wirksamen Ausgangskontrolle durch einen Rechtsanwalt (§ 233 ZPO) stehen und sich nicht auf die Anforderungen an einen Zugangsnachweis beziehen, ist den Entscheidungen nicht zu entnehmen, welche Erkenntnisse dieser Beurteilung des Beweiswerts eines Sendeberichts - bei der es sich um eine tatsächliche Frage und nicht um eine "Rechtsfrage" im Sinne des § 132 Abs. 2 GVG handelt - zugrundeliegen und ob die Aussagen auf dem Parteivortrag zu den technischen Möglichkeiten des jeweils eingesetzten Sendegeräts beruhten. Jedenfalls hatte das Berufungsgericht Veranlassung, den Zweifeln an der Aussagekraft des Sendeberichts für eine geglückte Datenüber-

mittlung nachzugehen. Denn von dieser Aussagekraft hing es ab, ob der Klägerin der Nachweis des Zugangs der Fernkopie gelungen ist oder zu ihren Gunsten zumindest ein Beweis des ersten Anscheins spricht.

aaa) Dabei bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob sich der Adressat eines Telefaxschreibens einen Signaleingang als Zugang im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB dann zurechnen lassen müßte, wenn ein in seinen Risikobereich fallender Defekt an der Empfangsanlage einen ordnungsgemäßen Ausdruck verhindert (so z.B. Tschentscher aaO 148; Ebenet aaO 2987). Der Bundesgerichtshof hat zwar mehrfach ausgesprochen, daß ein durch Fernschreiben oder Telefax übermittelter Schriftsatz (erst) in dem Zeitpunkt bei Gericht eingegangen sei, in dem er vom Empfängergerät ausgedruckt werde (BGHZ 101, 276, 280; Beschlüsse vom 19. April 1994 - VI ZB 3/94 = NJW 1994, 1881 unter II 2 a und vom 4. Mai 1994 - XII ZB 21/94 = NJW 1994, 2097 unter II 2). Er hat andererseits aber auch angenommen, daß Störungen in der Sphäre der Gerichte nicht auf den Bürger abgewälzt werden dürften und der Eingang von Schriftsätzen bei Gericht durch technische Fehler des Empfängergeräts, an denen die Übertragung oder ein leserlicher und vollständiger Ausdruck scheitern, nicht gehindert werde (BGHZ 105, 40, 44 f; Urteil vom 2. Oktober 1991 aaO; Beschlüsse vom 12. Dezember 1990 - XII ZB 64/90 = VersR 1991, 894 unter 2 b; vom 19. April 1994 und 4. Mai 1994, jeweils aaO). Es liegt nicht fern, diese Grundsätze auch auf die Zugangsproblematik im Privatverkehrsverkehr zu übertragen.

bbb) Anders ist dies jedoch, wenn die Datenübermittlung an einer Unterbrechung oder Störung im öffentlichen Netz scheitert, was nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ebenfalls nicht ausgeschlossen werden kann. Denn dieses Risiko trägt nach dem Grundgedanken des § 120 BGB - ebenso wie das der Briefbeförderung - der Erklärende (ebenso z.B. Tschentscher aaO 148; Ebnet aaO 2990 f; vgl. auch Köhler AcP 182 [1982], 126, 140). Solange die Möglichkeit besteht, daß die Datenübertragung trotz "OK"-Vermerks im Sendebericht infolge von Leitungsstörungen mißglückt ist, vermag der Sendebericht allenfalls ein Indiz für den Zugang zu liefern, nicht aber einen Anscheinsbeweis zu rechtfertigen (z.B. OLG München, KG Berlin, OLG Köln, jeweils aaO; Palandt/Heinrichs aaO; a.A. OLG München NJW 1994, 527; mit Einschränkungen auch Tschentscher aaO 149). Denn die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises sind nur bei typischen Geschehensabläufen gegeben, bei denen nach der Lebenserfahrung regelmäßig von einem bestimmten Ereignis auf einen bestimmten Erfolg - oder umgekehrt - geschlossen werden kann. Bloße Wahrscheinlichkeiten reichen nicht aus (z.B. Zöllner/Greger, ZPO, 18. Aufl., Rdnr. 29 vor § 284). Es fehlt bisher an einer Feststellung oder gesicherten, gerichtsbekannten Erkenntnis dazu, wie oft Telefaxübertragungen scheitern und der Sendebericht gleichwohl einen "OK"-Vermerk ausdrückt (vgl. OLG München NJW 1993, 2447). Die im Schrifttum gelegentlich geäußerte Vermutung einer "hohen Verbindungs- und Übertragungssicherheit" der Telefaxtechnik (Tschentscher aaO) gibt noch keine verlässliche Grundlage für einen Anscheinsbeweis ab.

c) Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, zu seiner Beurteilung der technischen Bedeutung dieses Sendeprotokolls, das von dem gerade von der Klägerin benutzten Sendegerät ausgedruckt worden ist, nur gelangen dürfen, wenn es über eigene Sachkunde verfügte oder sich - gegebenenfalls von Amts wegen (§ 144 ZPO) - sachverständiger Hilfe bediente. Das erstere ist nicht belegt, das zweite nicht geschehen. An der Anordnung einer Begutachtung durch einen Sachverständigen war und ist das Berufungsgericht nicht deshalb gehindert, weil die Parteien zu den für oder gegen einen Zugang sprechenden Gründen und dem Aussagewert des Sendeberichts nichts oder nur wenig Substantiiertes vorgetragen haben. Im Rahmen des § 144 Abs. 1 ZPO kann das Gericht in eine Aufklärung durch Sachverständigengutachten auch über den Sachvortrag hinaus eintreten (BGH, Urteile vom 24. Juni 1968 - III ZR 37/66 = VersR 1968, 987 unter II 3 und vom 12. Oktober 1993 - X ZR 65/92 = WM 1994, 758 unter II 2 c cc). Es wird dabei auch Gelegenheit haben, in Anwendung des § 139 ZPO auf einen Vortrag der Parteien dazu hinzuwirken, ob ein Empfangsjournal der Beklagten vorhanden ist und welche Bedeutung ihm gegebenenfalls zukommt (vgl. dazu z.B. OLG München NJW 1993, 2447; LG Darmstadt WM 1993, 1653).

III. Auf die Gegenforderungen der Beklagten und die insoweit gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts erhobenen Rügen kann nicht eingegangen werden, weil diese Ansprüche nur hilfsweise für den Fall zur Aufrechnung gestellt sind, daß eine wirksame Abtretung der Klageforderungen an

die Klägerin feststeht. Wie ausgeführt fehlt es daran bislang.

IV. Nach allem war das Berufungsurteil aufzuheben, damit das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen nachholen kann. Es wird sich unter Umständen dabei auch mit der - schon vom Landgericht gewürdigten - Aussage des Zeugen W. zu befassen haben, der bekundet hatte, er habe fernmündlich einen Tag vor der Faxabsendung oder kurz danach gegenüber einem der Geschäftsführer der Beklagten erklärt, die Zedentin könne die Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht akzeptieren und nur zu ihren eigenen Bedingungen liefern.

Wolf

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Hübsch

Ball