

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

HGB § 346 D, Ea

Wird in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ein Vertragsabschluß bestätigt, so gilt das Schweigen des Empfängers dann nicht als Zustimmung, wenn dieser dem Bestätigenden gegenüber den Abschluß des Vertrages von seiner schriftlichen Annahmeerklärung abhängig gemacht hatte.

BGH, Urt. v. 28. September 1970 - VIII ZR 164/68 -

OLG Frankfurt (Main)

LG Gießen

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 164/68

### URTEIL

**Verkündet am**  
28. September 1970  
Klett,  
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Maschinenfabrik Gerhard K [REDACTED]  
in R [REDACTED] bei Ka [REDACTED], Inhaber K [REDACTED]  
Gerhard K [REDACTED], daselbst,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Georg S c h [REDACTED] K G ,  
Maschinenfabrik in L [REDACTED] (Q [REDACTED]), gesetzlich  
vertreten durch ihren Geschäftsführer Dipl.-Ing.  
Walter Sch [REDACTED], daselbst,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 16. April 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Beide Parteien stellen Landmaschinen her. Im Frühjahr 1964 verhandelten sie u.a. über die Lieferung von Kreiseldüngerstreuern, die die Beklagte - mit ihrem Namenszug und dem für sie typischen Anstrich versehen - aus der Fertigung der Klägerin beziehen und in ihr eigenes Verkaufsprogramm aufnehmen wollte. Nach mehreren Besprechungen, die für die



Klägerin von deren Direktor H[REDACTED] und für die Beklagte vornehmlich durch deren Direktor Ha[REDACTED] geführt wurden, bot die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 13. April 1964 500 Kreiseldüngerstreuer zum Listenpreis von 690 DM abzüglich 40 % Rabatt, lieferbar ab August 1964 in monatlichen Lieferungen von etwa 100 Stück, an und übersandte ihr am 27. April 1964, bezugnehmend auf einen telefonischen Auftrag des Zeugen Ha[REDACTED], unter der Bezeichnung "Auftrag F 12 208" eine entsprechende Auftragsbestätigung. Sie bat in diesem Schreiben außerdem darum, für die ab Juli/August 1964 beginnenden Lieferungen die genauen Abrufspezifikationen rechtzeitig mitzuteilen. Nachdem die Klägerin in zwei nachfolgenden Schreiben vom 6. und 14. Mai 1964 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den "Auftrag F 12 208" vergeblich um Angabe näherer Einzelheiten für die vorgesehenen Lieferungen gebeten hatte, kam es vereinbarungsgemäß Anfang Juni 1964 auf der Ausstellung der D[REDACTED] L[REDACTED] G[REDACTED] (DLG) in Han[REDACTED] zwischen den Zeugen H[REDACTED] und Ha[REDACTED] zu weiteren Besprechungen über die Lieferung der Streuer. Diese Gespräche, deren Inhalt zwischen den Parteien streitig ist, bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom 9. Juni 1964 - auszugsweise - wie folgt:

"Betr.: Lieferung von 500 Kreiseldüngerstreuern  
'KG 1200' - Auftrag Nr. 12 208

Wir dürfen zurückkommen auf die verschiedentlich auf der DLG geführten Unterhaltungen mit Ihren sehr geehrten Herren Direktor Ha[REDACTED] und Ba[REDACTED]. ... Der guten Ordnung halber dürfen wir die geführten Ge-

sprache wie folgt bestätigen:

In der Zeit von August bis 15 September 1964 werden wir mit der Lieferung der ersten 100 Stück 'KG 1200' beginnen. Es ist vorgesehen, daß jeweils 25 % der Maschinen mit Windschutz geliefert werden. Die Versandanschriften der einzelnen Waggon bitten wir uns baldmöglichst anzugeben, damit die Lieferung in der vorgesehenen Form durchgeführt werden kann. Ferner wurde vereinbart, daß die Maschinen in Ihrer hellgrünen Farbe gestrichen werden. ... Die Anschlußlieferungen ab 15. September 64 werden von Ihnen uns etwa Mitte Juli bekanntgegeben. Es gilt als vereinbart, daß von Ihnen innerhalb der nächsten 5 Jahre keine Kreiselstreuer hergestellt werden. ..."

Erstmalig mit Schreiben vom 2. Juli 1964 beanstandete die Beklagte die Höhe des gewährten Rabatts. Nach wiederholtem Drängen seitens der Klägerin rief die Beklagte im Oktober 1964 25 Streuer ab; weitere 23 wurden ihr von der Klägerin zugesandt und bezahlt. Da die Beklagte trotz Aufforderung keine weiteren Streuer abrief, setzte die Klägerin ihr Ende Dezember 1964 eine letzte Frist und lehnte nach fruchtlosem Ablauf die weitere Erfüllung des Vertrages ab.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung Ersatz des ihr entgangenen Gewinns in Höhe von 38 371,72 DM nebst Zinsen. Nach ihrer Darstellung hat der Zeuge Ha [REDACTED] für die Beklagte am 21. April 1964 fernmündlich die Streuer bestellt und am 29. April 1964 - ebenfalls fernmündlich - bestätigt, die der Beklagten inzwischen zugegangene Auftragsbestätigung vom

27. April 1964 "gehe in Ordnung"; weder anlässlich der Besprechungen auf der DLG noch nach Erhalt des Schreibens vom 9. Juni 1964 habe die Beklagte Zweifel daran geäußert, daß der Vertrag zustande gekommen sei. Demgegenüber bestreitet die Beklagte, die Streuer bestellt zu haben. Es sei vielmehr vorgesehen gewesen, eine etwaige Bestellung der Streuer in einen schriftlichen, auch andere wechselseitige Lieferungen der Parteien regelnden Vertrag aufzunehmen, zu dessen Abschluß jedoch der Zeuge Ha [REDACTED] nicht bevollmächtigt gewesen sei. Dementsprechend habe Ha [REDACTED] auf der DLG der Auftragsbestätigung vom 27. April 1964 ausdrücklich widersprochen und auch das Bestätigungsschreiben vom 9. Juni 1964 alsbald telefonisch zurückgewiesen. Zur Abnahme der 48 Streuer habe sich Ha [REDACTED] persönlich nur aus Entgegenkommen bereitgefunden, um dem Zeugen H [REDACTED], der die Streuer vor-eilig habe herstellen lassen, Schwierigkeiten innerhalb des Betriebes der Klägerin zu ersparen.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob zwischen den Parteien ein Kaufvertrag über die Lieferung von 500 Kreiseldüngerstreuern zustande gekommen ist. Das Berufungsgericht bejaht diese Frage. Dabei geht es allerdings davon aus, daß es am 21. April 1964 noch nicht zum Vertragsabschluß gekommen sei, weil nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin der Zeuge Ha [REDACTED] damals lediglich eine schriftliche Annahme des Angebots in Aussicht gestellt habe; demgemäß könne auch die Auftragsbestätigung vom 27. April 1964 nicht als Bestätigungsschreiben im Rechtssinn angesehen werden, weil die Klägerin jedenfalls zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich eines bereits erfolgten Vertragsabschlusses nicht in gutem Glauben gewesen sei. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Klägerin auch den ihr obliegenden Nachweis, daß es anläßlich eines Telefongesprächs am 29. April 1964 oder auf der DLG Anfang Juni 1964 zum Vertragsabschluß gekommen sei, nicht erbracht. Es sieht jedoch in dem Schreiben der Klägerin vom 9. Juni 1964 ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im Rechtssinn, dem die Beklagte nicht rechtzeitig widersprochen habe und dessen Inhalt - Verpflichtung zur Abnahme von 500 Streuern - sie deshalb gegen sich gelten lassen müsse.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht stellt entscheidend darauf ab, daß es sich bei dem Schreiben der Klägerin vom 9. Juni 1964 um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im Rechtssinn gehandelt habe. Ob diese Würdigung den Besonderheiten des vorliegenden Falles gerecht wird, erscheint jedenfalls nicht zweifelsfrei. Nach gefestigter Rechtsprechung ist unter einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben, dessen Inhalt der Empfänger bei widerspruchloser Entgegennahme grundsätzlich gegen sich gelten lassen muß, ein Schreiben zu verstehen, durch das ein Kaufmann in unmittelbarem Anschluß an voraufgegangene konkrete Vertragsverhandlungen seinem Verhandlungspartner seine Auffassung über das Zustandekommen und den Inhalt der getroffenen vertraglichen Vereinbarung mitteilt. Wesentlich ist dabei, daß sich das Schreiben nach seinem äußeren Erscheinungsbild als Bestätigung der voraufgegangenen Verhandlungen darstellt, unzweideutig das Vereinbarte in seinen entscheidenden Punkten herausstellt und der Empfänger den Eindruck gewinnen muß, der Bestätigende werde und dürfe nach der Gepflogenheit des redlichen kaufmännischen Geschäftsverkehrs sein Schweigen als Zustimmung zu dem Inhalt werten (BGHZ 7, 187; 11, 1; 40, 42; Senatsurteil vom 27. Januar 1965 - VIII ZR 11/63 = NJW 1965, 965 = WM 1965, 580).

Einen derartigen ausdrücklichen und eindeutigen Hinweis auf einen bereits erfolgten Vertragsabschluß enthielt jedoch das Schreiben der Klägerin vom 9. Juni 1964, wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, nicht. Vielmehr beschränkte sich die Klägerin in diesem Schreiben darauf, als Ergebnis der auf

der DLG geführten Gespräche einzelne Vertragspunkte, über die bei dieser Gelegenheit Einverständnis erzielt war, wiederzugeben. Wenn dabei auch durch die Bezugnahme auf den Auftrag Nr. 12 208, dessen schriftliche Fixierung der Beklagten vorlag und aus dem sich Preis, Zahlungsbedingungen, Typ und Anzahl der zur Lieferung vorgesehenen Geräte ergaben, der Gegenstand der Vertragsverhandlungen umrissen war, so war doch jedenfalls dem Schreiben nicht zu entnehmen, wann es nach Ansicht der Klägerin nunmehr zum Vertragsabschluß gekommen war. Ersichtlich ging die Klägerin davon aus, daß eine grundsätzliche Einigung und vertragliche Bindung bereits vor den Gesprächen auf der DLG erzielt war. Andererseits lag nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts der sogenannten "Auftragsbestätigung" vom 27. April 1964, auf die die Klägerin in ihrem Schreiben vom 9. Juni 1964 erkennbar Bezug nahm, gerade noch kein Vertragsabschluß zugrunde. Ob angesichts dieser Unklarheiten die Beklagte in dem Schreiben vom 9. Juni 1964 die Bestätigung eines bereits erfolgten Vertragsabschlusses sehen mußte, oder ob sie nicht vielmehr davon ausgehen durfte, daß es sich lediglich um die Fixierung einzelner Vertragspunkte, über die man bereits Einigkeit erzielt hatte, handelte, erscheint nicht zweifelsfrei. Die Frage bedarf jedoch hier keiner abschließenden Entscheidung, da das angefochtene Urteil bereits aus anderen Gründen aufgehoben werden muß. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, das Schreiben vom 9. Juni 1964 auch unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen.

2. Die Auffassung der Revision, ein Bestätigungsschreiben im Rechtssinne liege auch deswegen nicht vor, weil das Berufungsgericht einen Vertragsabschluß - etwa im Rahmen der Besprechungen auf der DLG oder zu einem früheren Zeitpunkt - nicht als erwiesen angesehen habe, geht dagegen fehl. Es entspricht vielmehr der in ständiger Rechtsprechung vom Senat vertretenen und auch im Schrifttum geteilten Auffassung, daß die widerspruchslöse Hinnahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch dann zu einer vertraglichen Bindung des Empfängers führen kann, wenn entgegen dem Inhalt des Bestätigungsschreibens und der in ihm niedergelegten Ansicht des insoweit gutgläubigen Bestätigenden die Verhandlungen tatsächlich noch nicht zu einem Vertragsabschluß geführt hatten (BGHZ 7, 187, 189; Senatsurteile vom 28. Juni 1967 - VIII ZR 30/65 = LM HGB § 346 (Ea) Nr. 11 = WM 1967, 898, vom 12. Februar 1968 - VIII ZR 84/66 = WM 1968, 400 und vom 9. Oktober 1968 - VIII ZR 125/66 = WM 1968, 1401; Kuchinke, JZ 1965, 167 ff, 172; Diederichsen, JuS 1966, 129). Gerade in derartigen Fällen, in denen sich ein Vertragsabschluß - etwa weil zwischen den Parteien ein Dissens bestanden hat oder der Bestätigende den ihm obliegenden Nachweis des Vertragsabschlusses nicht erbringen kann - nicht feststellen läßt, erfüllt das kaufmännische Bestätigungsschreiben seine vornehmliche Aufgabe, im Interesse der Klarheit des kaufmännischen Geschäftsverkehrs und zur Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten möglichst bald eine eindeutige Feststellung über Zustandekommen und Inhalt eines Vertrages zu ermöglichen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft nicht in Betracht gezogen, daß angesichts der sich widersprechenden Zeugenaussagen über die Vorgänge auf der DLG möglicherweise ein Dissens zwischen den Parteien bestanden habe, geht daher fehl.

3. Auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die in das Wissen der Zeugen Ha- und Ba- gestellte Behauptung der Beklagten übergangen, Ha- sei für den Abschluß eines derartigen Vertrages nicht bevollmächtigt gewesen, ist unbegründet. Ob Ha- insoweit Abschlußvollmacht hatte, ist - wie das Berufungsgericht richtig bemerkt - deswegen unerheblich, weil die Klägerin das Bestätigungsschreiben nicht an Ha- persönlich, sondern an die Beklagte gerichtet hatte und es somit allein auf deren Verhalten nach Entgegennahme des Schreibens ankam (Senatsurteil vom 28. Juni 1967 - VIII ZR 30/65 = LM HGB § 346 (Ea) Nr. 11 = WM 1967, 898 = BGHWarn 1967 Nr. 144 mit weiteren Nachweisen).

4. Dagegen rügt die Revision zu Recht, das Berufungsgericht habe die in das Wissen der Zeugen Ha- und Hei- gestellte Behauptung der Beklagten übergangen, sie habe die Klägerin wiederholt auf die Notwendigkeit eines s c h r i f t l i c h e n Vertragsabschlusses hingewiesen. Dabei mag allerdings zweifelhaft sein, ob nach dem Vorbringen der Beklagten, von dessen Richtigkeit in der Revisionsinstanz auszugehen ist, der gesamte Vertrag gemäß § 127 BGB der Schriftform bedurfte. Jedenfalls aber hatte sich

die Beklagte nach ihrer Behauptung - wovon hinsichtlich der Verhandlungen Ende April 1964 auch das Berufungsgericht ausgeht - ihrerseits eine schriftliche Annahme des Angebotes der Klägerin vorbehalten. Nach ihrem Vortrag wollte sich der Zeuge Hager vor Abschluß eines so umfangreichen Vertrages des Einverständnisses des Inhabers der Beklagten versichern. Die Einhaltung der Schriftform für die Annahmeerklärung sollte somit nach diesem Vorbringen nicht lediglich Beweiszwecken dienen, sondern Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages überhaupt sein (vgl. dazu Senatsurteil vom 18. März 1964 - VIII ZR 281/62 = NJW 1964, 1269).

Hatte aber die Beklagte von vornherein den Vertragsabschluß von einer derartigen schriftlichen Annahmeerklärung abhängig gemacht, so konnte die widerspruchslose Hinnahme des Schreibens vom 9. Juni 1964 allein nicht zu einer vertraglichen Bindung der Beklagten führen. Die von der Rechtsprechung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätze beruhen auf der Gepflogenheit des kaufmännischen Geschäftsverkehrs, mündlich getroffene Abreden zur Vermeidung von Mißverständnissen und späteren Streitigkeiten alsbald schriftlich festzulegen. Will der Empfänger den Inhalt eines derartigen Bestätigungsschreibens nicht gegen sich gelten lassen, so muß er, sofern nicht der Bestätigende bösgläubig gehandelt hat oder der Inhalt so weit von dem Vereinbarten abweicht, daß der Absender das Schweigen redlicherweise nicht als Zustimmung auffassen kann, unverzüglich widersprechen. Ist es insbesondere entgegen dem Inhalt des Be-

stätigungsschreibens noch nicht zum Vertragsabschluß gekommen, so gilt der Vertrag mit dem Inhalt, wie er sich aus dem Bestätigungsschreiben ergibt, als zustande gekommen (vgl. Urteile des BGH vom 27. Januar 1965 - VIII ZR 11/63 = WM 1965, 580 = NJW 1965, 965 = BGHWarn 1965 Nr. 25 und vom 9. Juli 1970 - VII ZR 70/68 = WM 1970, 1108). Das bloße Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben kann aber die Annahmeerklärung dann nicht ersetzen, wenn diese nach dem Parteiwillen schriftlich erfolgen und nur bei Einhaltung dieser Form rechtswirksam sein sollte. Eine Anwendung der Grundsätze über die widerspruchslose Hin- nahme kaufmännischer Bestätigungsschreiben auch auf derartige Fälle würde nicht nur einen Schriftformvorbehalt für die betroffene Vertragspartei weitgehend wertlos machen. Sie ist auch im Interesse des kaufmännischen Rechtsverkehrs, dessen Klarheit und Sicherheit das Bestätigungsschreiben zu dienen bestimmt ist, nicht geboten. Wer weiß, daß sein Vertragspartner den Vertragsabschluß ausdrücklich von einer schriftlichen Annahmeerklärung abhängig gemacht hat, kann redlicherweise nicht damit rechnen, daß dieser durch bloßes Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben seinen bisherigen Schriftformvorbehalt fallen läßt. Andererseits darf ein Kaufmann, der sich - dem Verhandlungspartner erkennbar - nur durch schriftliche Annahmeerklärung vertraglich binden will, darauf vertrauen, daß ihm durch Übersendung eines Bestätigungsschreibens ein Vertragsabschluß auch dann nicht aufgezwungen werden kann, wenn er nicht unverzüglich widerspricht. Ob etwas anderes dann gilt, wenn das Bestätigungsschreiben einen ausdrücklichen Hinweis

darauf enthält, daß nach Ansicht des Bestätigenden der Empfänger seinen Schriftformvorbehalt fallengelassen hat, bedarf hier keiner Entscheidung; denn für einen derartigen Hinweis fehlt es in dem Schreiben vom 9. Juni 1964 an jedem Anhaltspunkt.

5. Da die Beklagte nach ihrer unter Beweis gestellten Behauptung von vornherein einen Vertragsabschluß von einer schriftlichen Annahmeerklärung abhängig gemacht hat und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß sie im Verlauf der Vertragsverhandlungen diesen Schriftformvorbehalt fallengelassen hat, kann das angefochtene Urteil somit keinen Bestand haben. Der Ansicht der Revision, das Vorbringen der Beklagten müsse deswegen als zugestanden gelten, weil die Klägerin ihm im ersten Rechtszug nicht widersprochen habe, kann allerdings nicht gefolgt werden. Dabei mag auf sich beruhen, ob nicht die Klägerin - was naheliegt - bereits im ersten Rechtszug durch ihre abweichende Sachdarstellung über die Vertragsverhandlungen auch dieses Vorbringen der Beklagten bestritten hatte. Jedenfalls war die Klägerin gemäß § 531 ZPO nicht gehindert, eine etwa unterbliebene Erklärung zu diesem Punkt im Berufungsrechtszug nachzuholen. Daß das bloße Nichtbestreiten noch kein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO darstellt, entspricht gesicherter Rechtsprechung (Senatsurteil vom 26. Juni 1963 - VIII ZR 61/62 = WM 1963, 892 mit weiteren Nachweisen, insoweit in BGHZ 40, 42 nicht abgedruckt).

Der Rechtsstreit bedarf somit weiterer tatsächlicher Aufklärung, so daß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß. Dieses wird gegebenenfalls auch zu prüfen haben, ob in dem gesamten Verhalten der Beklagten nicht nach dem 9. Juni 1964 unter Umständen der Abschluß eines Kaufvertrages durch konkludentes Handeln - und zwar unter stillschweigendem Fallenlassen des Schriftformvorbehalts - gesehen werden kann, wobei es sich weiter fragt, ob sich ein etwaiger stillschweigender Vertragsabschluß auf die abgenommenen Streuer beschränkt oder auch auf die noch nicht abgenommenen erstreckt hat.

Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über diese Kosten zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Hiddemann