

14

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 346 D; BGB §§ 150 Abs. 2, 151

Wenn ein Kaufmann in einem Bestätigungsschreiben eine Vereinbarung als zwischen den Parteien getroffen wiedergibt, aber zum Ausdruck bringt, die Verpflichtungen des Gegners genügten ihm nicht, und zusätzliche Leistungen verlangt, so kommt durch Schweigen des Empfängers ein Vertrag des angeblich vereinbarten Inhalts nicht zustande. Sein Schweigen kann die Annahme des Angebots, einen Vertrag unter den vorgeschlagenen zusätzlichen Bestimmungen abzuschließen, nur bilden, wenn unter den Umständen des Einzelfalls nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Absender für den Fall der Ablehnung eine ausdrückliche Erklärung des Empfängers erwarten durfte.

BGH, Urt. v. 1. März 1972 - VIII ZR 190/70 - OLG Hamm

LG Detmold

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 190/70

URTEIL

Verkündet am
1. März 1972
Scheibl
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Karl F [REDACTED] Nachfolger,
Inh. Günter G [REDACTED], Schreinereibedarf in
R [REDACTED], O [REDACTED] B [REDACTED]gasse [REDACTED].

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED] G m b H B [REDACTED]
& C o ., vertreten durch den Geschäftsführer
Fritz B [REDACTED] in D [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 8. Oktober 1970 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte befaßt sich mit der Einfuhr und dem Vertrieb der Erzeugnisse des schwedischen Unternehmens P [REDACTED], das Platten herstellt, die von Schreibern und Möbelherstellern verarbeitet werden. Die Beklagte hatte vier "Verkaufsleitungen" eingesetzt, darunter für den Bezirk Süd die Firma M. S [REDACTED] & Co. in W [REDACTED] ([REDACTED]), für die der Kaufmann S [REDACTED]



handelte. Dieser nahm im Herbst 1955 Verbindung mit der Klägerin auf, die in Regensburg einen Handel mit Gegenständen des Schreinereibedarfs betreibt. Durch seine Vermittlung kam es zu einer laufenden Geschäftsverbindung zwischen der Beklagten und der Klägerin über den Vertrieb der P[REDACTED]-Erzeugnisse. Eine Gebietsabsprache wurde nicht getroffen. In R[REDACTED] vertrieb, wie der Klägerin bekannt war, außer ihr noch ein anderes Unternehmen P[REDACTED]-Erzeugnisse.

Die Klägerin ihrerseits stand mit einer Firma F[REDACTED] in R[REDACTED] in Geschäftsbeziehung. Dieses Unternehmen war im Jahre 1955 noch klein, entwickelte sich aber in den folgenden Jahren immer mehr. Es gelang der Klägerin, bei der Firma F[REDACTED] P[REDACTED]-Platten in größerem Umfang abzusetzen. Die Klägerin berechnet für die Zeit von Ende 1955 bis zum 31. Juni 1966 ihren Gesamtumsatz mit der Firma F[REDACTED] auf rund 840 000 DM und ihren Bruttogewinn daraus mit rund 166 000 DM. Der Umsatz aus dem Geschäft mit der Firma F[REDACTED] machte nach Darstellung der Klägerin etwa 2/3 ihres Gesamtumsatzes an P[REDACTED]-Platten aus.

Die Klägerin geriet mit der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten in steigendem Maße in Rückstand. Der Schuldenstand betrug im Jahre 1966 in der Zeit bis April 1966 stets über 22 000 DM und belief sich zum 31. Dezember 1966 auf rund 36 000 DM.

Im Sommer 1966 nahm die Beklagte mit der Firma F [REDACTED] Beziehungen mit dem Ziele auf, sie unmittelbar zu beliefern. Eine solche unmittelbare Belieferung war schon einmal im Jahre 1965 mit Einverständnis der Klägerin erfolgt. Damals hatte die Klägerin von der Beklagten eine Provision von 1,75 % erhalten. Auch sonst war es vorgekommen, daß die Beklagte Großabnehmer ohne Einschaltung ihrer Großhändler belieferte. So hatte die Beklagte in einem Rundschreiben vom 20. April 1961 an alle Großhändler ausgeführt:

"....wohl sind wir bereit, wie wir es für Großbezüge von Verbrauchern für P [REDACTED] Standard, die 1,5 mm starke Platte vorgesehen haben, unsere Großhändler durch eine Gutschrift von 2 % auf den Rechnungswert am Geschäft zu beteiligen. ..."

Der inzwischen in die Dienste der Beklagten als Verkaufsleiter getretene Kaufmann S [REDACTED] setzte sich im Juli 1966 mit der Klägerin in Verbindung, nachdem er zuvor mit der Firma F [REDACTED] verhandelt hatte. Über das Ergebnis wiederholter Besprechungen zwischen ihm und dem Inhaber der Klägerin G [REDACTED] geben die Parteien verschiedene Darstellungen. Die Klägerin behauptet, Schwarz habe verbindlich und vorbehaltlos zugesagt, daß sie von allen erfolgten und künftigen Direktlieferungen der Beklagten an die Firma F [REDACTED] eine Provision in Höhe von 5 % der Rechnungsbeträge erhalten solle. Nur unter dieser Voraussetzung habe sie sich mit der Direktbelieferung einverstanden erklärt. Die Beklagte bestreitet das.

Da die Klägerin keine Gutschriften aus Direktlieferungen an die Firma F [REDACTED] erhielt, wandte sie sich mehrfach an die Beklagte und an Schwarz. Die Beklagte schrieb darauf unter dem 4. November 1966 an die Klägerin auszugsweise wie folgt:

"...wir kommen zurück auf das mit Ihnen am 2.11.66 geführte Telefongespräch mit dem wir Sie baten, unbedingt dafür Sorge zu tragen, daß in Kürze wieder eine größere Überweisung zur Tilgung Ihres Saldos von

DM 36 125,26

vorgenommen wird.

Sie sagten zu, Ende dieser Woche eine Zahlung vorzunehmen und daß Sie außerdem bestrebt sein wollen, den offenstehenden Saldo bis Ende dieses Jahres auszugleichen.

Sie monierten, daß bezüglich der seit einiger Zeit erfolgten Direktlieferungen an die Firma K [REDACTED] R [REDACTED] (das ist die Firma F [REDACTED]), mit Ihnen noch keine Regelung getroffen sei, in wie weit Sie auf diese Umsätze künftig eine Vergütung erhalten.

Wir erklären uns bereit, Ihnen auf alle erfolgten und künftigen Direktlieferungen an die Firma F [REDACTED] am Jahresende eine Gutschrift über 5 % der Rechnungsbeträge zu erteilen, sofern Sie Ihrerseits Ihre Zusage auf Bezahlung der offenstehenden Rechnungen bis Jahresschluß einhalten und soweit wir der Firma F [REDACTED] gegenüber keine Preisermäßigung einräumen müssen."

Da die Klägerin mit den in diesem Schreiben genannten Einschränkungen nicht einverstanden war, kam es am 5. Dezember 1966 zu einer Besprechung in Regensburg, an der der Inhaber der Klägerin, der Geschäftsführer der Beklagten, der Verkaufsleiter S. [REDACTED] und ein Vertreter der schwedischen Muttergesellschaft der Beklagten teilnahmen. Über das Ergebnis der Besprechung streiten die Parteien. Die Klägerin behauptet, ihr sei eine Provision von 5 % mit der einzigen Einschränkung zugesagt worden, daß sie bis Ende 1966 10 000 DM auf ihre Verbindlichkeit zahle. Die Beklagte behauptet, es sei das vereinbart worden, was sie in ihrem Schreiben vom 7. Dezember 1966 der Klägerin erklärt habe. Dieses Schreiben lautet auszugsweise wie folgt:

"... anlässlich des Besuches unseres Herrn F.G. B. [REDACTED], der sich u.a. nach der Regulierung Ihres offenstehenden Saldos von DM 36 125,26 erkundigte, teilten Sie ihm mit, wie folgt zu zahlen:

DM 18 000,-- bis 31.12.1966
DM 18 125,26 bis 31. 3.1967.

Wir bitten Sie nunmehr, neben den noch in diesem Jahr vorzunehmenden Überweisungen den bis 31.3.67 zu tilgenden Restbetrag von DM 18 125,26 in Form von Eigenwechseln ebenfalls in diesem Jahr zu regulieren. Hierbei schlagen wir vor, Ihre Akzepte wie folgt auszustellen:

DM 3 000,-- fällig am 15. 1.1967
DM 3 000,-- fällig am 31. 1.1967
DM 3 000,-- fällig am 15. 2.1967
DM 3 000,-- fällig am 28. 2.1967
DM 3 000,-- fällig am 15. 3.1967
DM 3 125,26 fällig am 31. 3.1967.

Wir sind der Meinung, daß diese Regelung beiden Seiten gerecht wird, denn Sie hatten ja bereits vor einiger Zeit geäußert, die Gesamtsumme bis Ende dieses Jahres auszugleichen.

Wir hoffen, daß Sie diesem Vorschlag entsprechen werden und sehen Ihrer Scheckzahlung über DM 18 000,-- bis 31.12.66 entgegen.

Bei Einhaltung dieser Zahlungsstermine werden wir Ihnen dann gemäß Absprache die noch zu erteilenden Provisionsgutschriften auf Lieferungen an die Firma F [REDACTED], R [REDACTED] [REDACTED] bis zur Änderung der Einkaufspreise gemäß unserem Schreiben vom 4. November 66 erteilen. ..."

Die Klägerin hat dieses Schreiben nicht beantwortet. Sie überwies durch Postscheck, der bei ihr am 2. Januar 1967 abgebucht wurde, an die Beklagte 10 000 DM. Der Betrag wurde der Beklagten am 5. Januar 1967 gutgeschrieben. Die Klägerin leistete sodann am 13. April, 25. April und 13. Juli 1967 weitere Abschlagszahlungen von je 1 500 DM. Nach Gutschrift eines Jahresbonus für 1966 von rund 500 DM und weiteren Zahlungen bestand am 31. Dezember 1967 noch ein Anspruch der Beklagten aus Lieferungen in Höhe von über 17 000 DM. Bis in das Jahr 1969 hinein bezog die Klägerin weiter Waren von der Beklagten. Zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht betrug die Warenschuld der Klägerin noch über 10 000 DM.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte schulde ihr 5 % Provision von allen Direktgeschäften

mit der Firma F [REDACTED] seit dem 1. Juni 1966. Sie schätzt den ihr zustehenden Betrag auf 40 000 DM. Zuletzt hat sie im Berufungsrechtszug beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft über die ohne ihre, der Klägerin, Beteiligung bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht abgeschlossenen Kaufverträge mit der Firma F [REDACTED] zu erteilen, und die Beklagte zu verurteilen, an sie eine Provision in Höhe von 5 % der jeweiligen Kaufpreisforderungen zu zahlen, hilfsweise festzustellen, daß die Beklagte zur Zahlung einer Provision von 5 %, hilfsweise einer angemessenen Provision verpflichtet ist.

Die Beklagte bestreitet, der Klägerin zu Provisionszahlungen verpflichtet zu sein. Sie trägt vor, eine Provisionszahlung sei bei der Verhandlung am 5. Dezember 1966 davon abhängig gemacht worden, daß die Klägerin einen Teil ihrer Schuld bis zum 31. Dezember 1966 und den Rest bis zum 31. März 1967 abdecke. Die Klägerin habe aber Zahlungen in entsprechender Höhe nicht geleistet.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Klägerin verfolgt mit der Revision den Klageanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht unterstellt, daß - offenbar auf Grund der Verhandlungen der Klägerin mit S [REDACTED] im Juli 1966 - ein Anspruch der Klägerin auf Provision für Direktgeschäfte begründet sei, die die Beklagte mit der Firma F [REDACTED] geschlossen habe. Das Berufungsgericht meint aber, selbst wenn ohne die Vereinbarung vom 5. Dezember 1966 ein Vergütungsanspruch bestanden hätte, so wären auf Grund der zwischen den Parteien am 5. Dezember 1966 getroffenen Vereinbarungen bis dahin etwa schon entstandene und künftig noch entstehende Ansprüche erloschen. Auch wenn die Darstellung der Klägerin zugrunde gelegt werde, daß die Zusage, eine Provision von 5 % zu vergüten, nur von einer Abschlagszahlung von 10 000 DM auf die Schuld abhängig gemacht worden sei, so sei ein schon begründeter Provisionsanspruch deshalb wieder entfallen, weil die 10 000 DM nicht vereinbarungsgemäß bis zum Jahresende, sondern erst Anfang Januar 1967 gezahlt worden seien.

Bereits begründete und künftige Ansprüche seien aber auch deshalb erloschen, weil für die Rechtsbeziehungen der Parteien der Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 7. Dezember 1966 maßgebend sei. Die Klägerin habe dieses Schreiben erhalten. Daß sie ihm widersprochen habe, habe sie zwar in allgemeiner Form behauptet, aber nicht in nachprüfbarer Weise im einzelnen dargelegt. Nach den Grundsätzen über widerspruchslose

Annahme eines Bestätigungsschreibens sei der Inhalt des Schreibens den Rechtsbeziehungen der Parteien zugrunde zu legen. Das Berufungsgericht ist darüber hinaus der Überzeugung, daß das Ergebnis der Verhandlung vom 5. Dezember 1966 in dem Schreiben der Beklagten vom 7. Dezember 1966 zutreffend wiedergegeben ist.

II. Die Revision ist begründet.

1. Soweit die Revision geltend macht, der Klägerin hätten Provisionsansprüche für Direktgeschäfte, die die Beklagte mit der Firma F [REDACTED] geschlossen hat, in entsprechender Anwendung des § 87 Abs. 2 HGB oder kraft der mit S [REDACTED] als bevollmächtigten Vertreter der Beklagten im Juli 1966 getroffenen Vereinbarung zugestanden, gehen die Angriffe ins Leere. Daß Provisionsansprüche der Klägerin damals begründet worden seien, unterstellt das Berufungsgericht als zutreffend. Im gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits geht es nur darum, ob diese Ansprüche durch eine Vereinbarung vom 5. Dezember 1966 wirksam abbedungen worden sind.

Vorweg ist zu bemerken, daß keine Bedenken gegen die Auffassung bestehen, die Klägerin habe auf bereits erwachsene und künftige Provisionsforderungen verzichten können. Die Klägerin ist unstreitig nicht Handelsvertreter, sondern Vertrags- oder Eigenhändler. Ob, wie die Revision

meint, die Rechtsstellung der Parteien im Innenverhältnis so ausgestaltet war, daß die Klägerin wirtschaftlich einem Handelsvertreter nahekommt und deshalb einzelne Vorschriften des Handelsvertreterrechts auf die Beziehungen der Parteien angewendet werden müßten, bedarf keiner Erörterung. Auch der Handelsvertreter kann eine Abrede treffen, daß Direktgeschäfte des Unternehmers nicht provisionspflichtig sein sollen. Eine solche Vereinbarung kann auch in Abänderung oder Ergänzung früher getroffener Vereinbarungen zustande kommen (Schröder, Recht der Handelsvertreter 4. Aufl. § 87 HGB Anm. 40). Jedenfalls konnten deshalb auch die Parteien vereinbaren, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Beklagte nicht verpflichtet sein solle, für Direktgeschäfte Provision zu zahlen. Was aber eine nach § 87 Abs. 2 HGB bereits **erwachsene und eine nach § 87a** Abs. 3 HGB bedingungslos entstandene Provisionsforderung betrifft, so ist selbst einem Handelsvertreter nicht verwehrt, auf sie nachträglich durch Erlaßvertrag zu verzichten (BGH Urteil vom 1. Dezember 1960 - VII ZR 210/59 - Leitsatz: LM HGB § 87 a Nr. 4/5 = BGHWarn 1959/60 Nr. 554 = Betrieb 1961, 234; Schröder aaO § 87 a Anm. 45, 2). Eine andere Frage, auf die später zurückgekommen wird, ist, ob solche Vereinbarungen, durch die einem Provisionspflichtigen eine Provisionsschuld erlassen oder durch die eine Provisionsvereinbarung für die Zukunft aufgehoben wird, unter bestimmten

Voraussetzungen gegen Treu und Glauben verstoßen.

2. a) Eine Vereinbarung über den Erlaß bereits entstandener Provisionsschulden und die Aufhebung einer Provisionsverpflichtung für die Zukunft erblickt das Berufungsgericht einmal als dadurch zustande gekommen, daß die Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 7. Dezember 1966 geschwiegen habe. Es geht ersichtlich von dem Grundsatz aus, daß ein Kaufmann, der nach vorausgegangenen Verhandlungen ein Schreiben erhält, das eine Vereinbarung mit bestimmtem Inhalt als getroffen bestätigt, dem Schreiben widersprechen muß, wenn er mit den Angaben des Schreibens nicht einverstanden ist. Widerspricht er nicht, so gilt der Inhalt des Schreibens als genehmigt. Als die Vereinbarung, die im Schreiben vom 7. Dezember 1966 bestätigt sei, sieht das Berufungsgericht anscheinend an, daß die Klägerin 18 000 DM bis 31. Dezember 1966 und weitere 18 125,26 DM bis 31. März 1967 zahlen solle und daß die Beklagte, wenn diese Zahlungen eingehalten würden, verpflichtet sei, eine Provision von 5 % auf Direktgeschäfte mit der Firma F [REDACTED] gutzuschreiben.

Diese Auffassung begegnet sachlich-rechtlichen Bedenken. In den vom Berufungsgericht gewürdigten Verpflichtungen erschöpft sich der Inhalt des Schreibens vom 7. Dezember 1966 nicht. Es enthält in einem im Tatbestand des angefochtenen

Urteils nicht wiedergegebenen Absatz die Bitte der Beklagten, nunmehr, neben den im Jahre 1966 vorzunehmenden Überweisungen den bis 31. März 1967 zu tilgenden Restbetrag in Form von Eigenwechseln ebenfalls im Jahre 1966 zu regulieren. Die Beklagte schlug vor, daß die Klägerin 6 Akzepte, jeweils halbmonatlich nacheinander fällig, das letzte zum 31. März 1967, ausstelle. Die Beklagte fügte im Schreiben sodann hinzu, sie sei der Meinung, daß diese Regelung beiden Seiten gerecht werde; denn die Klägerin habe ja bereits vor einiger Zeit geäußert, die Gesamtsumme bis Ende des Jahres auszugleichen. Sie erklärte, sie hoffe, daß die Klägerin diesem Vorschlag entsprechen werde. Aus diesen Sätzen ist zu schließen, daß die Beklagte selbst bei Abfassung des Schreibens nicht der Auffassung war, die Klägerin habe sich verpflichtet, den zweiten Teil ihrer Schuld wechselmäßig zu sichern. Ebensowenig konnte eine Abrede über die Art der Wechselbegebung getroffen sein. Andernfalls hätte die Beklagte nicht um die Regulierung in Form von Eigenwechseln "bitten" und bestimmte Fälligkeitsdaten "vorschlagen" können. Auch die Begründung, daß diese Regelung beiden Seiten gerecht werde, und die ausgedrückte Hoffnung, daß die Klägerin dem Vorschlag entsprechen werde, spricht gegen die Annahme, daß das Schreiben vom 7. Dezember 1966 ein in allen Punkten endgültig zustande gekommenes Vertragswerk wiedergeben soll. Die Beklagte brachte zum Ausdruck, am

17

5. Dezember 1966 hätten die Parteien vereinbart, die Provisionszahlung werde davon abhängig gemacht, daß die Klägerin bis zum 31. Dezember 1966 einen Betrag von 18 000 DM und bis zum 31. März 1967 den Restbetrag von 18 125,26 DM zahle. Dabei wollte die Beklagte aber nicht stehen bleiben. Die angeblich vereinbarten Zahlungen genügten ihr nicht mehr. Sie verlangte nunmehr abweichend von der angeblichen Vereinbarung zusätzlich wechselmäßige Verpflichtungen der Klägerin mit vorverlegten Fälligkeitsterminen für die Zahlungen. Statt einer Zahlung von 18 125,26 bis spätestens 31. März 1967 sollten Ratenzahlungen beginnend mit dem 15. Januar 1967 geleistet werden. Damit stellt sich das Schreiben gerade nicht nur als Wiedergabe eines angeblich schon erfolgten Vertragsschlusses dar, sondern machte die Provisionszahlung von weiteren nicht vereinbarten Leistungen der Klägerin abhängig. Wenn in ständiger Rechtsprechung angenommen wird, durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben komme ein Vertrag auch dann zustande, wenn die vorausgegangene Verhandlung noch nicht zu einem festen Vertragsschluß geführt habe, oder das Bestätigungsschreiben Vertragsbestimmungen wiedergebe, die tatsächlich nicht vereinbart waren, so setzt das voraus, daß das Bestätigungsschreiben einen Vertrag als geschlossen bezeichnet. Daran, daß im Bestätigungsschreiben der behauptete Vertragsschluß eindeutig wiedergegeben sein müsse, haben Rechtsprechung und Schrifttum keinen Zweifel gelassen (Schlegelberger/

Hefermehl, HGB § 346 Rdn 121; Lange bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 145 Anm. 37, 42; Kuchinke JZ 1963, 167, 171; Diederichsen, JuS 1966, 129, 131; BGH Urteil vom 19. Februar 1964 - I b ZR 203/62 = NJW 1964, 1223, 1224 unter c aa). Bestätigte also das Schreiben vom 7. Dezember 1966 nicht eine Vereinbarung als endgültig geschlossen, so konnte ein Vertrag des behaupteten Inhalts auch nicht durch Schweigen der Klägerin auf das Schreiben zustande kommen. Eine andere Frage ist, ob das Schweigen der Klägerin etwa als stillschweigende Annahme des Angebots der Beklagten über die Wechselhingabe zu gelten hat und diese Annahmeerklärung der Beklagten nach § 151 Satz 1 BGB der Beklagten nicht hat zuzugehen brauchen. Es könnte also ein Vertrag dadurch zustande gekommen sein, daß die Klägerin ein von der Beklagten mit Schreiben vom 7. Dezember 1966 ausgehendes Vertragsangebot unter den im Schreiben enthaltenen zusätzlichen Vertragsbedingungen angenommen hat. Auch unter Kaufleuten ist aber Schweigen auf ein Angebot keineswegs stets als Annahmeerklärung anzusehen, wie sich aus der Bestimmung des § 362 HGB ergibt, nach der nur bei bestimmten Gewerbebetrieben Schweigen als Annahme des Antrags gilt. Von dem Grundsatz, daß Schweigen nicht als Zustimmung gilt, können nur beim Vorliegen ganz besonderer Umstände Ausnahmen zugelassen werden, so, wenn nach den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Antragende mit einer Ablehnung nicht zu rechnen brauchte und für den Fall

der Ablehnung eine ausdrückliche Ablehnungserklärung erwarten durfte (BGHZ 18, 212, 216).

Unter diesen sachlichen-rechtlichen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht das Schreiben der Beklagten nicht gewürdigt. In dieser Hinsicht wird das Berufungsgericht, an das die Sache, wie noch auszuführen ist, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, gegebenenfalls berücksichtigen müssen, daß nach dem bisherigen Streitstand die Klägerin auf bereits erworbene und künftige Provisionsansprüche verzichtet haben soll. Dieser Verzicht würde sich als Vertragsstrafe für den Fall darstellen, daß sie die angeblich versprochenen Zahlungen nicht pünktlich leiste. Zwar können Verzichte auch stillschweigend abgegeben werden, doch sind nach ständiger Auslegungsregel Verzichte nicht zu vermuten. Auch sind Vereinbarungen über zusätzliche wechselseitige Verpflichtungen und die Bewilligung von Vertragsstrafen im allgemeinen so schwerwiegend, daß derjenige, der solche Abreden anträgt, beim Schweigen des Gegners grundsätzlich nicht damit rechnen kann, der Gegner erkläre sich, wenn er schweige, mit ihnen einverstanden. Zudem ist die Beklagte nach ihrem Schreiben vom 6. Januar 1967 anscheinend selbst nicht von einer bindenden Verpflichtung der Klägerin ausgegangen. Sie bittet nach Eingang der von der Klägerin überwiesenen 10 000 DM, dafür Sorge zu tragen, daß bis Mitte Januar eine weitere Scheckzahlung von 8 000 DM erfolge. Sie erklärt sich sodann bereit, für den Restbetrag Akzepte hereinzunehmen.

und bittet zum Schluß diese Regelung zu "akzeptieren" und bald Bescheid zu geben.

b) Mit einer Hilfsbegründung meint das Berufungsgericht, feststellen zu können, die Parteien hätten am 5. Dezember 1966 eine Vereinbarung über die Zahlung der Provision so getroffen, wie die Beklagte behauptete; denn nach den Gesamtumständen gebe das Schreiben vom 7. Dezember 1966 das Ergebnis der Verhandlung zutreffend wieder. Auch dieser Würdigung ist aus den vorstehend behandelten Gründen der Boden entzogen. Bei der angeblich getroffenen Vereinbarung ist es nicht geblieben; ob aber die zusätzlich von der Beklagten verlangten Wechselverpflichtungen Vertragsinhalt geworden sind, steht nach dem bisherigen Streitstand nicht fest.

c) Auch die vom Berufungsgericht in erster Linie angestellte Erwägung, die Klägerin könne keine Provision beanspruchen, weil sie die von ihr selbst behauptete Bedingung für Entstehung und Weiterbestehen eines solchen Anspruches nicht erfüllt habe, ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht führt aus, nach der Darstellung der Klägerin hätten die Parteien am 5. Dezember 1966 mündlich vereinbart, daß die Klägerin Provision von den Direktgeschäften erhalten solle, wenn sie bis Ende 1966 auf ihre Verbindlichkeiten 10 000 DM abzahle. Aus den beiderseitigen Kontoauszügen ergebe sich jedoch, daß die Klägerin diese 10 000 DM erst Anfang Januar 1967 gezahlt habe. Die

Überschreitung der vereinbarten Teilzahlungsfrist auch nur um wenige Tage könne nach den Umständen des Falles nicht nach Treu und Glauben als geringfügig außer Betracht gelassen werden.

aa) Diesen Erwägungen kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht, das von einer Fristüberschreitung um wenige Tage spricht, legt offenbar zugrunde, daß die Klägerin ihr Versprechen, 10 000 DM bis Ende des Jahres 1966 zu zahlen, erst am 5. Januar 1967, dem Tage, als der Betrag bei der Beklagten gebucht wurde, erfüllt habe. Dieser Tag ist aber nicht maßgebend. Sofern nicht besondere Abmachungen getroffen sind, für die hier bisher nichts vorgetragen ist, kommt es bei Überweisung im Postscheckverkehr für die Rechtzeitigkeit der Zahlung nicht auf die Gutschrift des überwiesenen Betrages auf dem Konto des Gläubigers an (BGH Urteile vom 5. Dezember 1963 - II ZR 219/62 = LM VVG § 36 Nr. 1 = BGHWarn 1963 Nr. 226 = NJW 1964, 499; vom 24. Februar 1959 - VIII ZR 33/58 - insoweit nicht veröffentlicht; RGZ 99, 257). Das ist allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum. Die Ansichten gehen lediglich über den Zeitpunkt auseinander, in dem bei Überweisung im Postscheckverkehr die Leistung erbracht ist. Die entscheidende Leistungshandlung wird teils schon in der Absendung des Überweisungsauftrages durch den Schuldner, teils erst in dem Eingang des Überweisungsauftrages beim Postscheckamt gesehen, zum Teil wird auch die Abbuchung vom Konto des Schuldners verlangt. Das angeführte Urteil vom 5. Dezember 1963 hat die Streitfrage nicht

entschieden. Sie bedarf auch jetzt keiner Entscheidung. Da unstreitig der Betrag von 10 000 DM am 2. Januar 1967 vom Konto der Klägerin abgebucht worden ist, hätte die Klägerin spätestens an diesem Tage ihre Verpflichtung zur Zahlung von 10 000 DM erfüllt. Dann aber wäre die Zahlung rechtzeitig erfolgt. Der letzte Tag des Jahres 1966 war nämlich ein Sonnabend. Nach § 193 BGB tritt, wenn innerhalb einer Frist eine Leistung zu bewirken ist und der letzte Tag der Frist auf Sonntag oder einen Sonnabend fällt, an die Stelle dieses Tages der nächste Werktag. Das war im vorliegenden Fall der 2. Januar 1967. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin also rechtzeitig gezahlt.

bb) Im übrigen würde, selbst wenn mit dem Berufungsgericht die Abreden der Parteien dahin zu würdigen wären, daß ausnahmsweise die Verpflichtung der Klägerin erst mit der Gutschrift auf dem Konto der Beklagten erfüllt sein sollte, die Auffassung des Berufungsgerichts, der Verlust der Provisionsansprüche verstoße nicht gegen die guten Sitten, rechtlichen Bedenken begegnen. Das Berufungsgericht meint bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der Absprache, es sei nicht zu beanstanden, daß die Beklagte ihre Provisionszusage davon abhängig gemacht habe, daß die Klägerin ihre längst fälligen Schulden bezahle. Ebenso hat das Berufungsgericht an anderer Stelle ausgeführt, die Beklagte sei bei der Verhandlung am 5. Dezember 1966 nur daran interessiert gewesen, die Geschäftsverbindung mit der Klägerin durch Gewährung

einer Vergütung aus dem F[REDACTED]-Geschäft zu fördern, wenn die Klägerin versprach, ihre Verbindlichkeiten in angemessener kurzer Frist zu begleichen. Schon diese Betrachtungsweise enthält einen Widerspruch zu dem vom Berufungsgericht unterstellten Sachverhalt. Bei seiner Unterstellung geht es davon aus, daß die Beklagte durch ihren, wie ebenfalls zu unterstellen ist, hierzu bevollmächtigten Vertreter S[REDACTED] der Klägerin im Juli 1966, also zu einer Zeit, als die Klägerin bereits hohe Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten hatte, verbindlich Provision für alle Direktgeschäfte mit der Firma F[REDACTED] zugesagt hat. Danach hat die Beklagte nicht erst in der Verhandlung vom 5. Dezember 1966 Provision unter der Bedingung, daß die Klägerin ihre Schulden fristgemäß abdecke, bewilligt. Vielmehr wäre Inhalt der Abmachung nach Darstellung der Klägerin eine Vereinbarung gewesen, sie verzichte für den Fall, daß sie ihr Zahlungsversprechen nicht einhalte, auf die bereits erwachsenen Provisionsansprüche und sei mit der Aufhebung der im Juli 1966 getroffenen Provisionsabrede hinsichtlich künftiger Direktlieferungen einverstanden. Eine solche Vereinbarung stellt sich mindestens wirtschaftlich als Vertragsstrafe dar (OLG München OLGZ 1966, 27). Daß die Vereinbarung eines Verzichts auf eigene Ansprüche für den Fall der Vertragsuntreue der echten Vertragsstrafe so nahesteht, daß eine entsprechende Anwendung der §§ 339 ff BGB geboten ist, hat auch der Bundesgerichtshof angenommen (Urteil vom

vom 27. Juni 1960 - VII ZR 101/59 = LM BGB § 339 Nr. 6 = BGHWarn 1959/1960 Nr. 441 = NJW 1960, 1568). Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt muß deshalb auch die Vereinbarung vom 5. Dezember 1966 betrachtet werden. Die Klägerin ist allerdings Vollkaufmann. Eine richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, die unter Umständen auch in einer Beschränkung des Verzichts bestehen könnte (so OLG München aaO), ist deshalb nach § 348 HGB nicht zulässig. Das schließt aber nicht aus, daß im Einzelfall die Verwirkung einer Vertragsstrafe durch einen Kaufmann gegen Treu und Glauben verstoßen kann, z.B. bei Geringfügigkeit der Vertragsverletzung (Baumbach/Duden, HGB 19. Aufl. § 348 Anm. 1 B; RG JW 1923, 825).

Für die hier zu behandelnde Fallgestaltung, daß die Klägerin bis zum Ende des Jahres 1966 einen Teilbetrag von 10 000 DM zu zahlen gehabt habe, hätte also eine Fristversäumnis von fünf Tagen als Strafe den Verlust von Provisionsansprüchen herbeigeführt, die die Klägerin auf rund 40 000 DM berechnet. Die Revision vermißt mit Recht eine Abwägung dieses Verlustes gegenüber einer etwaigen Fristüberschreitung. Sollte es bei der erneuten mündlichen Verhandlung darauf ankommen, wird das Berufungsgericht auch zu würdigen haben, ob ein möglicherweise bestehendes Verschulden der Klägerin nicht sehr gering ist. Wenn der Betrag von 10 000 DM schon am 2. Januar 1967 vom Konto der Klägerin abgebucht worden ist, so läßt das vermuten, daß der Überweisungsauftrag schon am 30. Dezember 1966 erteilt worden ist. Das hat jedenfalls die Klägerin mit ihrem Vortrag, sie habe die 10 000 DM rechtzeitig überwiesen, behauptet.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird, zurückzuverweisen.

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann