

2

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

HGB §§ 94, 346 D; BGB § 242 A

Zur Frage, ob der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens diesem dadurch wirksam widersprochen hat, daß er den ihm etwa gleichzeitig zugegangenen Schlußschein des von dem Bestätigenden beauftragten Maklers an diesen zurückgesandt und dabei den in dem Bestätigungsschreiben behaupteten Vertragsschluß in Abrede gestellt hat.

BGH, Urt.v. 16. Januar 1967 - VIII ZR 276/64 OLG Bremen  
LG Bremen

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 276/64

URTEIL

Verkündet am  
16. Januar 1967  
Klett,  
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

des Hermann H., Inhabers der Firma Hermann H.,  
Dampf-mühle-Sägewerk-Holzhandlung, in L. ü. D.,  
Im D.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. -  
und Dr. -

gegen

die Firma N. H. GmbH & Co. KG.,  
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,  
die Firma N. H. Gesellschaft mit  
beschränkter Haftung, diese vertreten durch ihren  
Geschäftsführer Karl D., in B., M. Straße.,

Klägerin und Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 29. Oktober 1964 insoweit aufgehoben, als die Sache nicht in der Hauptsache erledigt ist.

Im Umfange der Aufhebung des Berufungsurteils wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bremen vom 20. Februar 1964 zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die Klägerin, die mit Holz handelt, verlangt den Kaufpreis für einen Posten Holz finnischer Herkunft, den sie dem Beklagten verkauft haben will. Der Beklagte bestreitet, daß der Vertrag zustande gekommen sei.

Im Herbst 1962 versuchte die Klägerin mehrfach, eine Schiffsladung finnischen Fichtenrundholzes an den Beklagten zu verkaufen, nachdem ein anderer Käufer die Abnahme des Holzes abgelehnt hatte. Das zunächst zum Hafen Hervest-Dorsten



und von dort zu dem Sägewerk des Beklagten transportierte Holz sollte von ihm eingeschnitten werden. Der Holzmakler R[REDACTED] versuchte dann, den Beklagten zum Ankauf des Holzes zu bewegen, und ließ durch ihn im Einverständnis mit der Klägerin zunächst einen Probeeinschnitt von ca. 10 cbm vornehmen, um festzustellen, mit welcher Ausnutzung der Beklagte bei Übernahme der gesamten Partie rechnen könne. Die eingeschnittene Probepartie verkaufte R[REDACTED] mit Schlußschein vom 3. November 1962, der den Beklagten als Verkäufer bezeichnet, an die Firma L[REDACTED] in B[REDACTED]. Am 24. November 1962 schlossen die Klägerin und R[REDACTED] einen Vertrag, in dem dieser sich verpflichtete, die Partie von 901 rm an den Beklagten zu verkaufen. Am 19. Dezember 1962 suchten R[REDACTED] und der Geschäftsführer D[REDACTED] der Klägerin den Beklagten auf, um mit ihm erneut über den Verkauf des Holzes zu verhandeln. Im Zuge dieser Besprechung wurde im Sägewerk des Beklagten ein weiterer Probeeinschnitt eingeleitet, der ca. 16 fm umfaßte. Die Schnittware wurde durch Vermittlung R[REDACTED]s an die Firma E[REDACTED] in D[REDACTED] verkauft. R[REDACTED] stellte auf Grund der Verhandlung beim Beklagten Schlußscheine aus, in denen dieser als Käufer und als Tag der Vermittlung der 21. Dezember 1962 genannt waren, und übersandte je eine Ausfertigung des Schlußscheins an den Beklagten und an die Klägerin, bei der der Schlußschein am 24. Dezember 1962 einging. Die Klägerin sandte an den Beklagten eine vom 21. Dezember 1962 datierte Verkaufsbestätigung, in der sie auf die Besprechung am 19. Dezember 1962 und die dem Schreiben beigefügte Rechnung in Höhe von 73 858,23 DM für insgesamt 901 rm finnische Fichtenrollen Bezug nahm. In dem Schreiben führte sie aus, sie habe den Zahlungsmodus so eingesetzt, wie vereinbart, d.h. daß der Beklagte ihr am 10. Januar 1963 4 481,23 DM für Entlöschungs- und Anfuhrkosten zahlen und je 1/3 des baren Wertes am 31. Januar, 28. Februar und 31. März 1963 überweisen solle.

Sollten sich mit seinen Dispositionen wegen der Bezahlung doch noch Schwierigkeiten ergeben, so sei sie, die Klägerin, damit einverstanden, daß sich der Zahlungsmodus jeweils um einige Tage verschiebe.

Mit Schreiben vom 5. Januar 1963 sandte der Beklagte den Schlußschein an R. [REDACTED] zurück und bestritt den Kauf des Holzes. R. [REDACTED] antwortete mit einem längeren Schreiben vom 8. Januar 1963 und hielt dem Beklagten entgegen, daß er die finnischen Fichtenrollen gekauft und dies am Sonntag vor 8 Tagen während seines Besuches in Lemgo auch bestätigt habe. Dabei habe der Beklagte zugesagt, die Verhandlungen mit der Firma E. [REDACTED] weiterhin zu führen und evtl. die gesamte Schnittholzmenge an diesen Kunden zur Auslieferung zu bringen. Aus diesem Grunde reiche er, R. [REDACTED], ihm die "Lieferscheine" zurück.

Als die Klägerin beim Beklagten die Bezahlung der Anfuhr- und Löschkosten anmahnte, erklärte dieser am 14. Januar 1963 in seinem Telefongespräch mit der Prokuristin der Klägerin H. [REDACTED], daß er den Posten nicht gekauft habe. Dem widersprach die Klägerin mit Schreiben vom 17. Januar 1963 unter Hinweis auf die Verhandlungen vom 19. Dezember und ihr Bestätigungsschreiben vom 21. Dezember 1962 sowie den von R. [REDACTED] übersandten Schlußschein.

Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung des Kaufpreises von 73 858,23 DM nebst Zinsen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages nebst 5 % Zinsen seit dem 1. April 1963 verurteilt.

Mit der Revision erstrebte der Beklagte die Zurückweisung der Berufung der Klägerin. In der Revisionsverhandlung zeigte die Klägerin an, daß sie am 1. September 1965 die Hölzer selbst

für 30 000 DM ersteigert habe, und erklärte den Rechtsstreit in Höhe dieses Betrages in der Hauptsache für erledigt. Der Beklagte stimmte der Erledigungserklärung zu und beantragte, im übrigen die Berufung zurückzuweisen. Die Klägerin beantragte wegen des überschießenden Betrages nebst Zinsen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht würdigt das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin, daß hierdurch der Abschluß des Kaufvertrages am 19. Dezember 1962 nicht bewiesen sei. Ebensowenig stehe aber fest, daß es an diesem Tage nicht zum Abschluß des Kaufes gekommen sei. Denn es sei möglich, daß die Klägerin und R. [REDACTED] den Beklagten mißverstanden hätten und deshalb beide übereinstimmend zu Unrecht vom Abschluß eines Kaufvertrages ausgegangen seien, ohne daß ihnen der Vorwurf bewußter Irreführung zu machen wäre. Der Kauf gelte jedoch deshalb als zustande gekommen, weil der Beklagte dem Schreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1962, das sich als Bestätigungsschreiben darstellte, nicht rechtzeitig widersprochen habe. Schon der Widerspruch in seinem Schreiben vom 5. Januar 1963 an den Makler R. [REDACTED] und erst recht sein der Klägerin unmittelbar am 14. Januar 1963 erklärter Widerspruch seien verspätet gewesen.

Der Beklagte sei, so führt das Berufungsgericht aus, entgegen seinen Darlegungen Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 HGB. Daß er das Sägewerk nur handwerksmäßig betrieben habe, sei nicht anzunehmen. Zumindest müsse er sich auf Grund seines Auftretens im Verkehr als Kaufmann behandeln lassen. Denn er habe bewußt aus Reklamegründen sich auf seinen Geschäftsbogen als Inhaber nicht nur eines Sägewerks,

sondern auch einer Dampfmaschine und einer Holzhandlung bezeichnet. Dabei sei ohne ausschlaggebende Bedeutung, ob die Klägerin die vom Beklagten benutzten Briefbögen schon damals gekannt habe.

Zur Verspätung des Widerspruchs legt das Berufungsgericht dar, der Beklagte habe nach seiner Darstellung, die er sich entgegenhalten lassen müsse, das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1962 mit Rechnung und den ihm von R. [REDACTED] übersandten Schlußschein spätestens am 31. Dezember 1962 in Händen gehabt. Er habe aus beiden Urkunden unmißverständlich ersehen, was die Klägerin und Rossmann als Ergebnis der Verhandlungen ansahen, und das von seinem jetzt vertretenen Standpunkt aus sofort als falsch erkannt. Ihm habe es daher als dringend geboten erscheinen müssen, sofort zu widersprechen. Daß er daran durch Krankheit gehindert worden sei, könne den Umständen nach nicht angenommen werden. Unter diesen Umständen sei der Widerspruch im Schreiben an R. [REDACTED] vom 5. Januar 1963 verspätet. Der Beklagte sei daher auf Grund seines Schweigens an den in dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1962 wiedergegebenen Vertrag gebunden.

II. Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1962 unverzüglich zu widersprechen. Aber selbst wenn anzunehmen wäre, daß ein solcher Widerspruch erforderlich gewesen sei, so hätte das Berufungsgericht ihn nicht als verspätet ansehen dürfen.

1. Die Revision macht geltend, nach Ansicht des Berufungsgerichts ergebe sich die Verpflichtung zum unverzüglichen Widerspruch aus dem zwischen Kaufleuten festgelegten Handelsbrauch. Es habe jedoch nicht ausreichend begründet, daß das Gewerbe des Beklagten, der sich nicht mit dem An- und Verkauf von Holz befaßt, sondern nur mit Lohnsägerei, nicht handwerksmäßig betrieben worden sei. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob sich in diesem Punkt Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts ergeben, daß der Beklagte ein Grundhandelsgeschäft betrieben habe. Ferner kommt es nicht darauf an, ob das Berufungsgericht den Beklagten allein deshalb, weil er die reklamehaften Briefbogen verwendet hat, im Verhältnis zur Klägerin und dem Makler R. [REDACTED] als Kaufmann behandeln durfte, ohne festzustellen, daß die Klägerin in dem maßgebenden Zeitpunkt hiervon Kenntnis hatte. Denn der Beklagte war schon aus anderen Gründen nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Bestätigungsschreiben der Klägerin unverzüglich zu widersprechen.

Es ist zwar richtig, daß die Rechtsprechung in erster Linie eine Pflicht zum Widerspruch gegen ein Bestätigungsschreiben im Rechtssinne, das hier vorliegt, für Kaufleute angenommen hat. Im übrigen hängt es aber von der Gestaltung des Einzelfalles ab, ob dem Empfänger nach Treu und Glauben eine Erwiderung auf ein ihm zugegangenes Bestätigungsschreiben zuzumuten ist.

Das Berufungsgericht ist unter Bezugnahme auf Ausführungen des Landgerichts, denen es beitrifft, der Auffassung, der Beklagte hätte jedenfalls deshalb unverzüglich widersprechen müssen, weil er ständig am Geschäftsleben teilnahm und sich insbesondere in Anbetracht der vorhergehenden Kaufverhandlungen über die Bedeutung des

Bestätigungsschreibens und des Schlußscheins klar gewesen sei. In Anbetracht seiner früheren Verhandlungen mit der Klägerin und dem Makler habe er den bei jenen offenbar entstandenen Irrtum, er habe gekauft, sofort berichtigen müssen. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Denn wenn davon auszugehen ist, daß der Beklagte erkennen konnte, die Klägerin und R. [REDACTED] hätten nur irrtümlich den Abschluß eines Kaufvertrages angenommen, so war er verpflichtet, mindestens dem Bestätigungsschreiben der Klägerin unverzüglich entgegenzutreten. Dazu war er hier auch deshalb verpflichtet, weil er bereits durch die Einlagerung des Holzes und die übernommenen Aufträge zum Probecinschnitt auch zur Klägerin in Geschäftsbeziehungen getreten war. Diese konnte danach erwarten, daß der Beklagte, wenn er den ihm bestätigten Kauf nicht gelten lassen wollte, unverzüglich widersprach.

2. Im Gegensatz zum Landgericht hält das Berufungsgericht den schriftlichen Widerspruch des Beklagten vom 5. Januar 1963 nicht für rechtzeitig. Die Revision macht dazu geltend, das Berufungsgericht gehe zugunsten des Beklagten davon aus, daß er auch das Schreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1962 erst am 31. Dezember 1962 erhalten habe. Es hätte dann aber den an Rossmann gerichteten Widerspruch nicht als verspätet ansehen dürfen. Der Beklagte habe keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb geführt. Außerdem sei für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß er die erforderlichen Büroarbeiten selbst erledigte und weder eine Schreibkraft noch einen Buchhalter beschäftigte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sei auch nicht die Annahme gerechtfertigt, daß der Beklagte in größerem Umfange am Geschäftsverkehr teilgenommen habe.

Aus der Übersendung des Schlußscheines selbst kann die Klägerin keine Ansprüche gegen den Beklagten herleiten. Denn in den auf der Rückseite des verwendeten Formulars festgelegten allgemeinen Geschäftsbedingungen über das Verhältnis zwischen dem Makler und den Vertragsparteien heißt es, daß der Abschluß als verbindlich gelte, "wenn die von den Kontrahenten gegenzuzeichnenden Ausfertigungen des Schlußscheins beim Vermittler vorliegen". Der Beklagte brauchte deshalb dem Schlußschein nicht zu entnehmen, der Vertrag könnte schon dadurch zustande kommen, daß er seinen Widerspruch gegen den Schlußschein nicht sofort äußerte. Es kommt daher entscheidend darauf an, ob der dem Makler mit Schreiben des Beklagten vom 5. Januar 1963 erklärte Widerspruch gegen den behaupteten Vertragsschluß auch gegenüber dem Bestätigungsschreiben der Klägerin Wirkung hat. Das ist der Fall.

a) Das Landgericht hatte angenommen, daß der Widerspruch im Schreiben vom 5. Januar 1963 auch gegen das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 21. Dezember 1962 wirksam sei. Denn R. [REDACTED] sei in den ganzen Verhandlungen als "Verkäufermakler" aufgetreten und habe sich, wie seine Schreiben an die Klägerin vom 17. Oktober und 3. November 1962 auswiesen, ausschließlich in deren Interesse um den Verkauf dieser Schiffsladung bemüht; er habe auch lediglich von der Klägerin Provision (Courtage) verlangt. Unter den gegebenen Umständen müsse er als geeigneter Adressat eines Widerspruchs des Beklagten gegen eine Verkaufsbestätigung angesehen werden. Diese rechtliche Beurteilung des Sachverhalts enthält keinen Rechtsfehler. Der ihr zugrunde gelegte Sachverhalt wird auch durch den Sachvortrag der Parteien im zweiten Rechtszuge nicht in Frage gestellt, soweit es sich um die engen Beziehungen der Maklerfirma zu der Klägerin handelt. Im Berufungsverfahren wurden diese vielmehr noch durch weitere Umstände belegt. Denn dem vorgelegten Vertrag

zwischen der Klägerin und der Firma Wilhelm R. KG. vom 24. November 1962 ist zu entnehmen, daß die Maklerfirma sich u.a. verpflichtet hatte, das auf dem Werksplatz des Beklagten lagernde Holz an diesen zu dem in dem Vertrag festgelegten Preise zu verkaufen und den Verkauf zustande zu bringen. Die Klägerin bediente sich hiernach bei den Verkaufsverhandlungen am 21. Dezember 1962 der Verkaufshilfe des Maklers R., nachdem dieser in besonderer Weise einseitig an die Verfolgung der Interessen der Klägerin gebunden war. Er sollte nach dem Vertrage auch in anderen Fällen Verkaufsverhandlungen für die Klägerin gemeinsam mit deren Geschäftsführer Drechsel führen.

Unter den hier vorliegenden Umständen kann sich die Klägerin nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, daß Rossmann es unterlassen habe, den Widerspruch des Beklagten sofort an sie weiterzugeben. Der Beklagte durfte vielmehr davon ausgehen, daß R. in dieser Sache als Beauftragter der Klägerin die Verkaufsverhandlungen am 21. Dezember 1962 geführt hatte und von ihr auch mit der weiteren Abwicklung der Sache beauftragt war, so daß hier ein Widerspruch an den Makler als Vertreter der Klägerin genüge. Sie kann daher nach Treu und Glauben keine Rechte daraus herleiten, daß der Beklagte den Widerspruch nicht unmittelbar an sie gerichtet hat.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war der Widerspruch vom 5. Januar 1963 nicht zu spät. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Beklagte das Bestätigungsschreiben der Klägerin spätestens am Montag, dem 31. Dezember 1962 erhalten habe. Wenn er dann noch 3 Werktage wartete, bis er am 5. Januar 1963 den Schlußschein mit Protest gegen den behaupteten Vertragsschluß an die

Maklerfirma zurücksandte, so ist nach den hier zu berücksichtigenden Verhältnissen und Umständen nicht festzustellen, daß er diesen Widerspruch schuldhaft verzögert habe. Die Klägerin hat keine Umstände dargelegt, aus denen der Beklagte hätte schließen müssen, daß hier ein sofortiger Widerspruch gegen das Bestätigungsschreiben geboten war.

Die Behauptung der Klägerin, daß ihm das Bestätigungsschreiben vom 21. Dezember 1962 bereits vor dem 31. Dezember 1962 zugegangen sei, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bewiesen. Insoweit bedarf der Sachverhalt keiner weiteren Aufklärung durch den Tatrichter, weil die Klägerin für ein früheres Zugehen des Bestätigungsschreibens keine weiteren Beweise angeboten hat, die noch zu erheben wären.

Muß somit die Klägerin den Widerspruch des Beklagten vom 5. Januar 1963 noch als rechtzeitigen Widerspruch auch gegen das Bestätigungsschreiben gegen sich gelten lassen, so ist die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises nicht gerechtfertigt.

III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch aus keinem anderen Grunde als richtig dar. Es bedarf daher keines Eingehens auf weitere Rügen, die die Revision gegen das Berufungsurteil erhoben hat.

Demnach war dem Revisionsantrage des Beklagten zu entsprechen und das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als die Sache nicht in der Hauptsache durch übereinstimmende Erklärungen der Prozeßparteien erledigt ist. Hinsichtlich des nicht erledigten Teiles der Klageforderung war die Berufung der Klägerin unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils zurückzuweisen. Die Kosten des Rechtsstreits fallen ihr in vollem Umfange zur Last (§§ 91, 92a ZPO).

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Dr. Weber

Braxmaier