BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 380/04

Verkündet am:
10. Januar 2007
E r m e l ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Wiechers, die Richterinnen Hermanns und Dr. Milger sowie den Richter Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. November 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als dadurch auf die Berufung der Beklagten zu 1 unter Abänderung des Urteils der 8. Zivilkammer des Landgerichts Verden vom 5. November 2003 die Klage gegen die Beklagte zu 1 wegen 21.216,30 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. Januar 2002 abgewiesen worden ist.

In dem vorbezeichneten Umfang wird die Berufung der Beklagten zu 1 gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Verden vom 5. November 2003 zurückgewiesen.

Von den gerichtlichen Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz haben die Klägerin 62,5% und die Beklagte zu 1 37,5% zu tragen. Von den gerichtlichen Kosten der Revisionsinstanz haben die Klägerin 46% und die Beklagte zu 1 54% zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin haben die Beklagte zu 1 37,5% und die Klägerin selbst 62,5% zu tragen. Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 haben die Klägerin 25% und die Beklagte zu 1 selbst 75% zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die einen Landhandel betreibt, begehrt von den Beklagten die Bezahlung von Ware, die der Zeuge Ku. bei ihr im Namen der Firma K. , deren Inhaberin die Beklagte zu 1 ist, bestellt und abgeholt hat.

2 Der mehrfach unter anderem wegen Betruges vorbestrafte Zeuge Ku. schloss nach einer Haftentlassung mit dem Beklagten zu 2, dem Ehemann der Beklagten zu 1 und früheren Inhaber der Firma K. , am 15. April 1999 einen schriftlichen Vertrag. Darin heißt es:

> "Mit dieser Vereinbarung ermögliche ich [= Beklagter zu 2] Herrn D. Ku. , durch die Betreibung eines Transportgewerbes, mit den Schwerpunkten Baustoff- und Agrartransporte, eine Existenz aufzubauen, mit der Maßgabe, jeglichen Gewinn, bis auf den notwendigsten Eigenbedarf, den Eheleuten E. und I. K. [= Beklagte zu 2 und 1], zukommen zu lassen. Erst nach Abtragung der alten privaten Schuld … kann der Gewinn, einschließlich der erworbenen Betriebsmittel, freigegeben werden. Solange werden alle Einnahmen über ein von K. eingerichtetes Konto der Sparkasse G. fließen müssen. Den Eheleuten K. ist uneingeschränkte Einsicht in alle Geschäftsbewegungen zu gewähren, sowie letzte und wichtige Entscheidungen ihnen vorzubehalten. Die Summe der Verbindlichkeiten zwischen den Partnern liegt etwa bei 150.000,- DM. Nach Freigabe durch K. kann Ku. wieder über alles verfügen. Solange haben Dritte keinen Anspruch auf Begleichung ihrer Forderungen."

3 Zugleich unterzeichnete der Zeuge Ku. folgende mit "Abtretung" überschriebene Erklärung:

> "Ich, D. Ku. , bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich meine Kundenforderungen an die Eheleute I. und E. K. abtrete, bis zur Begleichung meiner Verbindlichkeiten ihnen gegenüber."

4 Am 23. September 2001 schloss der Zeuge Ku. mit der Beklagten zu 1 eine schriftliche Vereinbarung folgenden Inhalts:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

> "In Anlehnung an den Vertrag und die Abtretung vom 14.04.99 bestätige ich [= Zeuge Ku.] hiermit erneut, dass ich ab dem 15.08.01 meine Kundenforderungen im Namen der Fa. K. stellen werde. K. bekommt für die Bereitstellung der Güterverkehrsgenehmigungen und helfende geschäftsführende Tätigkeiten eine mntl. Summe von DM 2000,-. Die Einnahmen aus meiner Tätigkeit sollen auf ein von K. eingerichtetes Konto fließen und gemäß den Verträgen vom 15.04.99 verwendet werden. Forderungen irgendwelcher Art an K. sind ohne die ausdrückliche Zustimmung von I. K. wirkungslos. Die Kundenforderungen sollen mit befreiender Wirkung nur auf das von I. K. eingerichtete Konto fließen, das nur im Haben geführt werden kann. ... Für sämtliche straf- und zivilrechtliche Belange trägt D. Ku. die Verantwortung."

5 Am 28. September 2001 sowie am 10. Oktober 2001 rief der Zeuge Ku. bei der Klägerin an und kaufte im Namen der Firma K. bei dem ersten Anruf 100 Tonnen Weizen und bei dem zweiten Anruf 50 Tonnen Triticale. Die Klägerin bestätigte der Firma K. die Kaufverträge mit Schreiben vom 28. September 2001 und 15. Oktober 2001. Das erste Schreiben, das an die Anschrift der Beklagten gerichtet ist, ging diesen zu. Das zweite Schreiben, das die Anschrift des Zeugen Ku. trägt, erreichte die Beklagten nicht. Nachdem der Zeuge die bestellte Ware bei der Klägerin abgeholt hatte, stellte diese der Firma K. den Weizen mit insgesamt 21.216,30 € und die Triticale mit insgesamt 7.069,27 € einschließlich Mehrwertsteuer in Rechnung.

6 In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die beiden Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von insgesamt 28.285,57 € nebst Prozesszinsen in Anspruch genommen. Weiter hat sie die Feststellung begehrt, dass ihr Anspruch aus §§ 823, 826 BGB in Verbindung mit § 263 StGB folge. Die Klägerin hat behauptet, die Beklagten hätten aufgrund der getroffenen Vereinbarungen davon gewusst, dass der Zeuge Ku. in ihrem Namen Waren kaufe. Sie hätten mit dem Zeugen betrügerisch zusammengearbeitet, um diesem die Tilgung seiner Schulden bei ihnen zu ermöglichen. Die Beklagten haben dies

bestritten und behauptet, der Beklagte zu 2 habe dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 28. September 2001 sofort telefonisch widersprochen.

7 Im Verlauf des Rechtsstreits ist der Zeuge Ku. unter anderem wegen Betrugs in 34 Fällen, darunter auch den hier in Rede stehenden Vorgängen, zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren gegen die beiden Beklagten ist mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt worden.

8 Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 antragsgemäß zur Zahlung verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat der Senat die Revision insoweit zugelassen, als durch das Berufungsurteil auf die Berufung der Beklagten zu 1 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen worden ist. Im Übrigen hat er die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

9 Das Berufungsgericht hat, soweit hier von Interesse, ausgeführt:

10 Die Klägerin habe keinen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB oder aus § 826 BGB gegen die Beklagten. Aus den Erklärungen der Beklagten in ihrer persönlichen Anhörung und den vorgelegten Urkunden ergebe sich zwar, dass die Beklagten von der kriminellen Vergangenheit des Zeugen Ku. gewusst und auch eine erneute Straffälligkeit für möglich gehalten hätten. Damit hätten sie aber noch nicht gebilligt, dass Ku. in oder unter ihrem Namen betrügerisch Getreide einkaufe. Nach ihrer Darstellung und der schriftlichen Vereinbarung vom 23. September 2001 habe Ku. nur seine Forderungen aus dem von ihm zu betreibenden Transportgewerbe im Namen der Firma K. stellen und die entsprechenden Einnahmen auf ein von den Beklagten eingerichtetes Konto fließen lassen sollen. Auf diese Weise habe Ku. seine Verbindlichkeiten gegenüber den Beklagten begleichen sollen. Weder die Urkunden noch die Äußerungen der Beklagten gäben aber her, dass Ku. auch im Namen der Beklagten Geschäfte außerhalb des Transportgewerbes habe tätigen und vor allem für sie Verbindlichkeiten habe eingehen dürfen. Es spreche nichts dafür, dass die Beklagten sehenden Auges in Kauf genommen hätten, auf diese Weise selbst von den geschädigten Vertragspartnern in Anspruch genommen zu werden. Der Beweis für die klägerische Behauptung, der Zeuge Ku. habe seine Betrügereien in Absprache mit den Beklagten verübt, sei mit dessen Aussage nicht geführt. Er habe vielmehr ausgesagt, er habe nicht ausdrücklich mit den Beklagten besprochen, dass er in ihrem Namen Verbindlichkeiten eingehen werde; er wisse auch nicht, ob das den Beklagten nicht klar gewesen sei. Als auf die Beklagten ausgestellte Rech-

nungen eingegangen seien, habe er sie vertröstet. Der Beklagte zu 2 habe sich bei ihm beschwert und gesagt, dies solle unterbleiben.

11 Entgegen der Ansicht des Landgerichts bestehe kein vertraglicher Anspruch gegen die Beklagte zu 1. Ein solcher Anspruch setze voraus, dass sich die Beklagte zu 1 das Handeln des Zeugen Ku. unter oder in ihrem Namen zurechnen lassen müsse. Daran fehle es.

12 Eine ausdrückliche Vollmacht habe nicht bestanden. Der Senat sei nicht davon überzeugt, dass die Beklagten sich in den Gesprächen mit dem Zeugen Ku. damit einverstanden erklärt hätten, dass dieser den Namen der Firma K. nicht nur als Auftragnehmer von Fuhrgeschäften, also als Rechnungsgläubiger, habe benutzen dürfen, sondern auch für Geschäfte, in denen er seinerseits Geldverbindlichkeiten eingehe. Dagegen spreche außer der objektiven Interessenlage der Beklagten bereits die schriftliche Vereinbarung vom 23. September 2001. Außerdem habe der Zeuge Ku. selbst bekundet, es sei nicht ausdrücklich darüber gesprochen worden, dass er im Namen der Firma K. Verbindlichkeiten eingehen werde.

13 Dagegen, dass das Landgericht eine Duldungsvollmacht angenommen habe, wende sich die Beklagte zu 1 mit Recht. Dass sie von den Getreidekäufen des Zeugen Ku. bei der Klägerin gewusst habe, sei nicht festzustellen. Allein daraus, dass ihr die kriminelle Vergangenheit des Zeugen bekannt gewesen sei, lasse sich ihr nicht vorwerfen, sie habe wissen müssen, dass dieser im Namen der Firma K. auch Geldverbindlichkeiten eingehen werde. Dass der Beklagten zu 1 bereits vor dem ersten mit der Klägerin am 28. September 2001 abgeschlossenen Vertrag bekannt geworden sei, dass Ku. andere Geldforderungen gegen die Firma K. begründet gehabt habe, stehe nicht fest. Soweit der Zeuge Ku. bekundet habe, er habe mit den Beklagten generell

darüber gesprochen, dass er auch auf dem Geschäftsfeld An- und Verkauf von Getreide tätig werden und dafür den Namen der Firma K. benutzen wolle, habe dies den Senat nicht davon überzeugt, dass die Beklagten zumindest allgemein darüber informiert gewesen seien, dass Ku. in ihrem Namen Getreide kaufen werde. Auch hier sprächen gegen eine solche Annahme die Interessenlage der Beklagten und ihr späteres vom Zeugen geschildertes Verhalten. Nach der Aussage des Zeugen sei es auch ohne weiteres vorstellbar, dass diese Information über Ankaufgeschäfte unter ihrem Namen, wenn sie denn überhaupt erfolgt sei, bei den Beklagten nicht richtig angekommen sei. Der Zeuge habe jedenfalls auch ausgesagt, ausdrücklich habe er nicht darüber gesprochen, dass er unter dem Namen der Beklagten Verbindlichkeiten begründen werde; ob die Beklagten das verstanden hätten, könne er nicht sagen.

14 Unstreitig sei allerdings, dass die Beklagten vor Abschluss des am 10. Oktober 2001 abgeschlossenen Vertrages von dem ersten Vertrag Kenntnis erlangt hätten. Ob sich daraus für den zweiten Vertrag ein Vertrauenstatbestand für eine Anscheinsvollmacht herleiten lasse, sei zweifelhaft, könne aber letztlich dahinstehen. Für eine Duldungs- und Anscheinsvollmacht sei weiter notwendig, dass der Geschäftspartner, hier die Klägerin, schutzwürdig sei. Das setze voraus, dass die Klägerin die Umstände gekannt habe, aus denen sich ein Rechtsschein herleite und dass diese Kenntnis und das darauf gegründete Vertrauen in eine Vollmacht für den Geschäftsabschluss ursächlich geworden sei. An beidem fehle es hier. Die Klägerin behaupte nicht, dass ihr bekannt gewesen sei, dass Ku. bereits in anderen Fällen Geldverbindlichkeiten begründende Verträge für die Firma K. abgeschlossen habe. Sie trage auch nicht vor, dass sie irgendwelche Kenntnisse von den zwischen Ku. und den Beklagten getroffenen Absprachen oder von der Stellung Ku. `s in der Firma K. gehabt habe. Es sei deshalb auch nicht ersichtlich, dass sie das erste Geschäft gerade im Vertrauen auf einen durch derartige Kenntnisse be-

gründeten Rechtsschein abgeschlossen habe. Für den zweiten Vertrag ließe sich ein kausales Vertrauen der Klägerin allenfalls daraus herleiten, dass sie am 28. September 2001 die Auftragsbestätigung für den ersten Vertrag an die Firma K. versandt und – wie sie behaupte – bis zum 10. Oktober keine Reaktion erhalten habe. Das sei indessen unzureichend. Denn es kämen vielfältige Gründe dafür in Betracht, dass sich die Firma K. nach so wenigen Tagen noch nicht gemeldet gehabt habe. Unabhängig davon sei auch für eine Kausalität eines – unterstellten – Vertrauenstatbestandes für den Vertragsabschluss nicht ausreichend vorgetragen.

II.

15 Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur zum Teil stand.

16 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings die von der Klägerin im Hinblick auf § 850f Abs. 2 ZPO in erster Linie geltend gemachten Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB und aus § 826 BGB verneint.

17 Für ein betrügerisches Zusammenwirken der beiden Beklagten mit dem Zeugen Ku. zum Nachteil der Klägerin hat das Berufungsgericht weder der Vereinbarung der Beklagten zu 1 mit dem Zeugen vom 23. September 2001 noch der Aussage des Zeugen etwas zu entnehmen vermocht. Diese tatrichterliche Beweiswürdigung, die nach § 559 Abs. 2 ZPO revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar ist (BGH, Urteil vom 14. Januar 1993 – IX ZR 238/91, WM 1993, 902 unter B II 3 a; Urteil vom 9. Juli 1999 – V ZR 12/98, WM 1999, 1889 unter II 2, st. Rspr), ist nicht zu beanstanden. Die Einwendungen der Revision

sind nicht berechtigt. So trifft es bereits nicht zu, dass die Beklagten die vorgenannte Vereinbarung "entgegen § 138 Abs. 1 ZPO verschwiegen" hätten. Die Beklagten hatten nach der Klageschrift nur keine Veranlassung, von sich aus darauf einzugehen. Unerfindlich ist, woraus die Revision herleitet, die Beklagten hätten sich "nicht für Geschäfte interessiert, die unter der eigenen Firma getätigt" wurden. Daher musste das Berufungsgericht dies auch nicht in seine Würdigung einbeziehen. Dass die Beklagten von der Tätigkeit des Zeugen durch den Abbau von dessen Schulden profitieren wollten und dass der Zeuge nach der Haftentlassung zahlungsunfähig war, hat das Berufungsgericht entgegen der Darstellung der Revision im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 23. September 2001 gewürdigt. Die Beurteilung des Berufungsgerichts wird letztlich auch dadurch bestätigt, dass die Staatsanwaltschaft die Ermittlungsverfahren gegen beide Beklagten mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt hat.

18 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dagegen den von der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Kaufpreisanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB in der unstreitigen Höhe von 21.216,30 € für den Weizen verneint, den der Zeuge Ku. am 28. September 2001 im Namen der Firma K. von der Klägerin gekauft hat.

19 a) Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht keine rechtsgeschäftliche ("ausdrückliche") Vollmacht (§ 166 Abs. 2 BGB) der Beklagten zu 1 als Inhaberin der Firma K. für den Zeugen Ku. angenommen hat, im Namen der Firma K. Kaufverträge über Getreide abzuschließen. Auch die Revision erhebt insoweit keine erheblichen Einwendungen. Sie beanstandet lediglich, dass sich das Berufungsgericht nicht davon hat überzeugen können, dass die Beklagten aufgrund der Gespräche und Vereinbarungen mit dem Zeugen Ku. von dessen Getreidekäufen im

Namen der Firma K. Kenntnis hatten. Darauf kommt es indessen für die Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht, die nach § 167 Abs. 1 BGB eine entsprechende Erklärung des Vollmachtgebers voraussetzt, nicht an. Die streitige Kenntnis der Beklagten zu 1 hat allenfalls Bedeutung für eine Duldungsvollmacht, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vorliegt, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftsgegner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist (BGHZ 5, 111, 116; BGH, Urteil vom 21. Juni 2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520 unter II 2 b bb (1) m. weit. Nachw.).

20 b) Die zwischen den Parteien streitige und vom Berufungsgericht verneinte Frage, ob eine Duldungsvollmacht der Beklagten zu 1 gegeben ist, bedarf jedoch im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision mit Recht beanstandet, verkannt, dass jedenfalls durch das Schweigen der Beklagten zu 1 auf das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 28. September 2001 ein entsprechender Kaufvertrag zwischen ihnen zustande gekommen ist.

21 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt ein Vertrag durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben auch dann zustande, wenn für den Empfänger des Schreibens bei den Vertragsverhandlungen ein vollmachtloser Vertreter – wie hier der Zeuge Ku. für die Beklagte zu 1 – aufgetreten ist (BGHZ 7, 187, 189; Urteil vom 15. Juni 1964 – II ZR 129/62, WM 1964, 1951 unter II; Senatsurteil vom 28. Juni 1967 – VIII ZR 30/65, WM 1967, 898 unter B II 2 a; Senatsurteil vom 27. September 1989 – VIII ZR 245/88, WM 1990, 68 unter II 2 f). Mit dem Schreiben vom 28. September 2001, das den Beklagten nach dem unstreitigen Sachverhalt noch vor dem 10. Oktober 2001 zugegangen ist, hat die Klägerin der Firma K.

den Abschluss eines Kaufvertrages vom gleichen Tag über 100 Tonnen Weizen bestätigt. Die Beklagte zu 1 ist ebenso wie die Klägerin Kaufmann im Sinne des § 1 HGB, da sie ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Auskunft aus dem Gewerberegister "Erdbau und Transporte sowie Baustoffhandel" betreibt. Die Beklagte zu 1 hat dem Bestätigungsschreiben der Klägerin nicht widersprochen. Die Beklagten haben zwar behauptet, der Beklagte zu 2 habe dies sofort nach Zugang des Schreibens telefonisch getan; sie haben dafür jedoch nicht den der Beklagten zu 1 obliegenden (vgl. Senatsurteil vom 11. Oktober 1961 – VIII ZR 109/60, WM 1962, 46 unter II A 5; BGHZ 70, 232, 234) Beweis angetreten. Soweit die Beklagten in zweiter Instanz die eidliche Vernehmung des Beklagten zu 2 beantragt haben, musste das Berufungsgericht dem nicht nachkommen, da die Voraussetzungen der §§ 447, 448 ZPO nicht erfüllt sind. Weder hat sich die Klägerin einverstanden erklärt, noch besteht bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung der Beklagten (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 15. April 1997 – IX ZR 112/96, WM 1997, 1045 unter I 3 b; Urteil vom 9. Dezember 1997 – VI ZR 386/96, NJW 1998, 814 unter II 1 a, jew. m. weit. Nachw.). Aus dem Umstand, dass das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 15. Oktober 2001, anders als das vom 28. September 2001, an die Anschrift des Zeugen Ku. gerichtet ist, ergibt sich insoweit nichts. Dies kann, was sogar näher liegt, auf Veranlassung des Zeugen geschehen sein, der gemäß der Behauptung der Beklagten nach Zugang des Schreibens vom 28. September 2001 von dem Beklagten zu 2 aufgefordert worden ist, im Namen der Firma K. keine Kaufverträge über Getreide abzuschließen.

22 3. Zu Recht verneint hat das Berufungsgericht wiederum den von der Klägerin geltend gemachten Kaufpreisanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB in Höhe von 7.069,27 € für die Triticale, die der Zeuge Ku. am 10. Oktober 2001 im Namen der Firma K. von der Klägerin gekauft hat.

23 a) Insoweit ist ein Kaufvertrag nicht durch Schweigen der Beklagten zu 1 auf das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 15. Oktober 2001 zustande gekommen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Schreiben noch in ausreichendem zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen am 10. Oktober 2001 steht, da es erst fünf Tage später und zudem nach Auslieferung der Ware, die bereits am 13. Oktober 2001 erfolgt ist, abgefasst worden ist. Jedenfalls ist das Schreiben, anders als das Bestätigungsschreiben vom 28. September 2001, den Beklagten nicht zugegangen, da es an die Anschrift des Zeugen Ku. gerichtet war.

24 b) Der Zeuge Ku. hat die Beklagte zu 1 bei Abschluss des Kaufvertrages vom 10. Oktober 2001 nicht wirksam vertreten. Er war auch insoweit nicht rechtsgeschäftlich bevollmächtigt (vgl. oben unter II 2 a). Eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht der Beklagten zu 1 liegt ebenfalls nicht vor.

25 Die Anscheinsvollmacht unterscheidet sich von der Duldungsvollmacht (zu deren Voraussetzungen siehe ebenfalls oben unter II 2 a) dadurch, dass bei ihr der Vertretene das Handeln des in seinem Namen Auftretenden zwar nicht kennt und duldet, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 1998 – III ZR 183/96, WM 1998, 819 unter II 2 a m.w.Nachw.). Wie die Duldungsvollmacht erfordert jedoch auch die Anscheinsvollmacht, dass der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben annehmen darf, der als Vertreter Handelnde sei bevollmächtigt (BGH, aaO). Das setzt in der Regel voraus, dass der Geschäftsgegner die Tatsachen kennt, aus denen sich der Rechtsschein der Bevollmächtigung ergibt (BGH, Urteil vom 15. Dezember 1955 – II ZR 181/54, WM 1956, 154 unter II 2; vgl. auch Senatsurteil vom 26. Februar 1962 – VIII ZR 187/60, WM 1962, 531 unter II 2). An dieser Voraussetzung sowohl der Duldungs- als auch der Anscheinsvollmacht fehlt es hier auf Seiten der Klägerin, so dass offen bleiben kann, ob

die Beklagte zu 1 entgegen der Annahme des Berufungsgerichts aufgrund der Gespräche und der Vereinbarungen mit dem Zeugen Ku. sowie dessen anschließenden Verhaltens gewusst und geduldet hat oder zumindest hätte wissen müssen und verhindern können, dass der Zeuge Kaufverträge über Getreide im Namen der Firma K. abschließt. Wie das Berufungsgericht unangegriffen festgestellt hat, hat die Klägerin nicht behauptet, ihr seien die Absprachen und Vereinbarungen zwischen den Beklagten und dem Zeugen Ku. oder anderweitige Kaufverträge über Getreide im Namen der Firma K. bekannt gewesen. Danach bleibt als etwaige Rechtsscheinsgrundlage nur der Umstand, dass die Beklagte zu 1 dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 28. September 2001 nicht widersprochen hat. Insoweit hat das Berufungsgericht angenommen, die Klägerin habe das Ausbleiben eines Widerspruchs der Beklagten zu 1 nicht so verstehen dürfen, dass der Zeuge Ku. zum Abschluss des Kaufvertrages vom 10. Oktober 2001 bevollmächtigt sei, weil dafür vielfältige Gründe in Betracht kämen. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Klägerin konnte insbesondere schon nicht sicher sein, dass das Bestätigungsschreiben der Beklagten zu 1 zugegangen war. Darüber hinaus war dieser einzelne Vorgang auch deswegen nicht geeignet, den Rechtsschein einer Bevollmächtigung zu erzeugen, weil dafür ein Verhalten von gewisser Häufigkeit und Dauer erforderlich ist (BGH, Urteil vom 5. März 1998, aaO, m.w.Nachw.).

III.

26 Nach alledem kann das Berufungsurteil gemäß den Ausführungen unter II 2 keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht auf die Berufung der Beklagten zu 1 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage gegen die Beklagte zu 1 wegen 21.216,30 € nebst Prozesszinsen abgewiesen hat. Da es hierzu weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf, ist der Rechtsstreit

auch insoweit zur Endentscheidung reif. In dem bezeichneten Umfang sind daher das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Beklagten zu 1 gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Revision der Klägerin nach den obigen Ausführungen unter II 1 und 3 zurückzuweisen.

Ball Wiechers Hermanns

Dr. Milger Dr. Koch

Vorinstanzen:
LG Verden, Entscheidung vom 05.11.2003 - 8 O 81/02 -
OLG Celle, Entscheidung vom 11.11.2004 - 13 U 199/03 -