

2088 027

Nachschlagewerk: ja zu B II 2 a, b
BGHZ: nein

BGB § 177 Abs. 2; HGB § 346 (Ea)

Abgrenzung zwischen einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben, durch das ein von einem vollmachtlosen Vertreter des Empfängers geschlossener Vertrag bestätigt wird, und einem Schreiben, mit dem der Empfänger zur Erklärung über die Genehmigung nach § 177 Abs. 2 BGB aufgefordert wird.

BGH, Urt. v. 28. Juni 1967 - VIII ZR 30/65 OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 30/65

URTEIL

Verkündet am

28. Juni 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Wirtschaftsprüfers Ferdinand K [REDACTED] in K [REDACTED],
F [REDACTED]-P [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Fritz B [REDACTED], Baustoffgroßhandlung und
Plattierungsgeschäft in K [REDACTED]-I [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],
Inhaber Kaufmann Fritz B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 26. November 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Baustoffgroßhandlung, hat für ein Bauvorhaben des Beklagten in K-K, R-straße Baumaterial geliefert. Zunächst hatte der Beklagte einem Bauunternehmer M die Bauausführung übertragen. Unstreitig war ursprünglich zwischen den Parteien vereinbart worden, daß M die Baustoffe bei der Klägerin abrufen sollte, daß die Rechnungen aber auf den Beklagten ausgestellt und von ihm bezahlt werden sollten. Seit Anfang 1960 wurde zwischen den Vertragsparteien eine andere Regelung getroffen. Die Klägerin stellte vereinbarungsgemäß die Rechnungen auf M aus, der sie auch bezahlte. Später wurde anstelle des M die Baufirma Theodor W beauftragt. Mit ihr schloß der Beklagte nach seiner Darstellung am 13. April 1961 einen Vertrag, wonach die Firma W einen Wohnblock zum Pauschalpreise von 1.095.000 DM herstellen sollte.



Nachdem die Forderung aus einer Rechnung der Klägerin vom 24. April 1961 fällig geworden war, sandte die Klägerin an den Beklagten am 26. Mai 1961 folgendes Schreiben:

"Betr.: Baustelle R[REDACTED]straße

Sehr geehrter Herr K[REDACTED]!

Absprachegemäß werden meine Lieferungen für Ihre Baustelle Ihnen selbst (nicht der Firma W[REDACTED]) in Rechnung gestellt und von Ihnen, wie mir Herr W[REDACTED] erklärte, innerhalb von vier Wochen bezahlt. Inzwischen ist meine Rechnung vom 24.4.1961 in Höhe von DM 7427,48 zur Zahlung fällig geworden und ich bitte Sie höflich, mir diesen Betrag umgehend zu überweisen.

Zu ihrer gefl. Kenntnisnahme füge ich als Anlage meine Lieferungs- und Zahlungsbedingungen bei. ..."

Der Beklagte beantwortete dieses Schreiben nicht. In der Folgezeit lieferte die Klägerin weiterhin Baustoffe an die Baustelle R[REDACTED]straße. Die Rechnungen über diese Lieferungen lauteten, und zwar nach Behauptung der Klägerin von Anfang an, auf den Namen des Beklagten. Sie wurden der Firma W[REDACTED] zugesandt, diese leitete sie aber an den Beklagten nicht weiter. Über einen Teil der Rechnungsbeträge gab die Firma W[REDACTED] der Klägerin Wechsel, die der Beklagte an eigene Order ausgestellt und die Firma W[REDACTED] angenommen hatte. Im einzelnen gestaltete sich die Rechnungserteilung wie folgt:

a) Es wurde geliefert und anschließend Rechnung erteilt am	
24. 4. 1961 über	7.427,48 DM
28. 4. 1961 über	2.779,62 DM
28. 4. 1961 über	<u>1.064,13 DM</u> = 11.271,40 DM
	=====

Über diesen Betrag wurde ein am 15. September 1961 ausgestellt, am 3. Oktober 1961 fälliger Wechsel gegeben.

- b) Über weitere Lieferungen wurden fünfzehn Rechnungen vom 15. 5. 1961 bis 31. 7. 1961 über insgesamt 32.596,63 DM erteilt. Für diese Forderung gab die Firma W [REDACTED] der Klägerin folgende Wechsel, die fällig waren zum:

30. 11. 1961	über	7.000,00 DM
14. 12. 1961	über	7.746,63 DM
20. 10. 1961	über	4.100,00 DM
27. 10. 1961	über	7.250,00 DM
2. 11. 1961	über	<u>6.500,00 DM</u>
		32.596,63 DM

Von den Wechseln wurde der Wechsel zum 30. 11. 1961 über 7.000 DM eingelöst. Der Wechsel zum 14. 12. 1961 über

7.746,63 DM
=====

ging zu Protest. Die Wechsel zum 20.10.1961, 27. 10. 1961 und 2. 11. 1961 über zusammen 17.850,00 DM
=====
wurden zurückgenommen.

- c) Sodann wurden Baustoffe am 15.8.1961 mit berechnet. Hierfür wurde ein Wechsel zum 31. Januar 1962 ausgestellt, der gleichfalls zu Protest gegangen ist.

1.596,11 DM
=====

- d) Ferner wurden über gelieferte Baustoffe fünfzehn Rechnungen vom 31. 8. 1961 bis 18. 12. 1961 über insgesamt ausgestellt.

17.754,54 DM
=====

- e) Schließlich wurden Baustoffe geliefert mit zwei Rechnungen vom 16. 1. 1962 und 23.1.1962 über insgesamt

2.187,69 DM.
=====

Zur Zahlung dieses Betrages ist der Beklagte rechtskräftig in der Sache 3 O 320/62 Landgericht Köln = 7 U 14/63 Oberlandesgericht Köln verurteilt worden.

Die Klägerin ist der Auffassung, daß ihr der Beklagte zur Bezahlung der Lieferungen, die an die Baustelle R- straße erfolgt sind, verpflichtet sei. Sie trägt vor, sie habe, als die Firma W- die Ausführung des Bauvorhabens übernommen habe, mit dem Bauingenieur W- als Vertreter des Beklagten vereinbart, es solle dieselbe Regelung gelten, wie sie bis Anfang 1960 mit dem Bauunternehmer M- bestanden habe, daß nämlich Rechnungen auf den Beklagten ausgestellt und von diesem bezahlt werden sollten. Diese Vereinbarung mit W- habe sie nach Fälligkeit der ersten Rechnung mit ihrem Schreiben vom 26. Mai 1961 dem Beklagten gegenüber bestätigt. Da der Beklagte dem Schreiben nicht widersprochen habe, habe sie angenommen, und auch annehmen dürfen, daß der Beklagte mit dieser Regelung einverstanden sei. In der Folgezeit habe sie im Vertrauen darauf, daß der Beklagte die Lieferungen bezahlen werde, weiter Baustoffe an die Baustelle R- straße geliefert. Das würde sie unterlassen haben, wenn der Beklagte dem Bestätigungsschreiben vom 26. Mai 1961 widersprochen hätte. Die Firma W- habe nämlich, was unstreitig ist, schlecht gestanden.

Den Kaufpreis für die Lieferungen, über die die Rechnungen vom 31. August 1961 bis 18. Dezember 1961 lauten (oben d), hat die Klägerin in der Sache 3 O 531/62 LG Köln = 7 U 80/63 OLG Köln geltend gemacht. Der Beklagte ist in beiden Rechtszügen zur Zahlung verurteilt worden. Der Rechtsstreit ist Gegenstand des Revisionsverfahrens VIII ZR 31/65 des erkennenden Senats.

Den zum 3. Oktober 1961 fälligen Wechsel über 11.271,40 DM (oben a), den zum 14. Dezember 1961 fälligen Wechsel über 7.746,63 DM (oben b) und den zum 31. Januar 1962 fälligen Wechsel über 1.596,11 DM (oben c) hat die Klägerin, nachdem die Wechsel zu Protest gegangen waren, in der Sache

3 O 342/62 LG Köln = 7 U 5/63 OLG Köln eingeklagt. Die Revision des Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Oberlandesgerichts ist Gegenstand des Verfahrens VIII ZR 222/65 des erkennenden Senats.

Im vorliegenden Rechtsstreit beansprucht die Klägerin den sich aus der Rücknahme der Wechsel über 4.100 DM, 7.250 DM und 6.500 DM ergebenden Restbetrag von 17.850 DM aus den Lieferungen, über die die Rechnungen vom 15. Mai 1961 bis 31. Juli 1961 ausgestellt sind (oben b). Die Klägerin macht ferner Protestkosten in Höhe von 40,57 DM aus einem Wechsel über 5.000 DM geltend, dessen Aussteller der Beklagte ist. Insgesamt verlangt die Klägerin Zahlung von 17.890,57 DM. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht führt aus, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe der Bauunternehmer W [REDACTED] mit dem Inhaber der Klägerin die Vereinbarung getroffen, daß die Lieferungen an die Baustelle R [REDACTED] straße dem Beklagten in Rechnung gestellt und vom Beklagten bezahlt werden sollten. Mit ihrem Schreiben vom 26. Mai 1961 habe die Klägerin die mündliche Vereinbarung dem Beklagten gegenüber bestätigt. Es sei alsbald nach seiner Abfassung

an den Beklagten abgesandt worden und schon vor August 1961 in den Machtbereich des Beklagten gekommen. Seine Angestellte H[REDACTED] sei nämlich mit der Entgegennahme und Öffnung der an ihn gerichteten Post betraut gewesen. Sie habe die geöffnete Post jeweils in einer Mappe auf den Schreibtisch des Beklagten gelegt. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Angestellte H[REDACTED] gerade das Schreiben vom 26. Mai 1961 nicht dem Beklagten vorgelegt habe. Aus dem Schreiben habe der Beklagte ersehen können, die Klägerin gehe von der Annahme aus, daß sie mit W[REDACTED] als seinem, des Beklagten, Vertreter die Vereinbarung getroffen habe. Die im Schreiben erwähnte Absprache habe sich nur auf eine zwischen dem Inhaber der Klägerin und W[REDACTED] stattgefundene Unterredung beziehen können. Das sei auch im Schreiben mit den Worten: "Wie mir Herr W[REDACTED] erklärte" unmißverständlich und ausdrücklich hervorgehoben worden. Über all das habe beim Beklagten kein Zweifel bestehen können. Daß die Klägerin den Beklagten als ihren Schuldner angesehen habe, ergebe ihr ganzes Verhalten. Sie habe sämtliche Rechnungen auf ihn ausgestellt, auf seinen Namen von Anfang an ein Konto geführt und laufend im Büro des Beklagten bei der Angestellten H[REDACTED] die Bezahlung der Lieferungen angemahnt. Während die Klägerin für Lieferungen, die W[REDACTED] auf seinen Namen bestellt habe, Sicherheiten verlangt habe, habe sie für die Lieferungen an die Baustelle R[REDACTED]-straße keine Sicherheiten gefordert, obwohl unstreitig W[REDACTED] wirtschaftlich schlecht gestanden habe. Was W[REDACTED] und der Beklagte untereinander vereinbart hätten, sei der Klägerin nicht bekannt gewesen. Daß bei ihr auch ein Konto W[REDACTED] geführt worden sei, erkläre sich daraus, daß einmal W[REDACTED] Wechselschuldner der Klägerin war und zum anderen von der Klägerin auf seinen eigenen Namen Baustoffe für andere Baustellen bezogen habe. Daraus,

daß seit Mitte September 1961 W [REDACTED] Wechsel gegeben habe, lasse sich nichts für eine nachträgliche Änderung der Abrede vom Mai 1961 entnehmen. Der Inhaber der Klägerin habe die wechselmäßige Mithaft des Beklagten erreichen wollen. Daß nicht der Beklagte, sondern W [REDACTED] Akzeptant der Wechsel war, habe W [REDACTED] dem Inhaber der Klägerin gegenüber damit erklärt, der Beklagte als Wirtschaftsprüfer dürfe keine Wechsel akzeptieren. Die Klägerin habe durch die Entgegennahme der Wechsel nicht auf die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung der Lieferungen verzichten wollen. Sie habe ersichtlich Wert darauf gelegt, eine wechselmäßige Verpflichtung des Beklagten zu erreichen, falls der finanzschwache W [REDACTED] die Wechsel nicht einlöse. Nach der Beweisaufnahme sei gerade durch die Ausstellung der Wechsel bei der Klägerin die Auffassung verstärkt worden, die Sache gehe in Ordnung, das heißt, der Beklagte habe gegen die Vereinbarung vom Mai 1961 nichts einzuwenden und werde die Lieferungen als Schuldner bezahlen. Die Klägerin habe auch nicht etwa von vornherein damit rechnen müssen, der Beklagte werde die Verhandlungen mit Wildermann nicht billigen. Bereits in früherer Zeit, als M [REDACTED] noch mit der Bauausführung beauftragt gewesen war, sei es vereinbarungsgemäß längere Zeit hindurch so gehandhabt worden, daß die Rechnungen auf den Namen des Beklagten ausgestellt, M [REDACTED] zur Prüfung zugeleitet und vom Beklagten bezahlt wurden. Die Klägerin habe deshalb davon ausgehen können, daß nunmehr eine entsprechende Regelung die Billigung des Beklagten finden werde, nachdem W [REDACTED], der unstreitig wirtschaftlich schwach stand, die Erstellung des Baues übernommen hatte.

Zwar sei der Beklagte nicht Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. Die Grundsätze über Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben fänden jedoch auch auf einen

Nichtkaufmann Anwendung, wenn im einzelnen Fall Treu und Glauben einen ausdrücklichen Widerspruch verlangten. So sei es hier. Der Beklagte habe sich sagen müssen, daß die Klägerin nur unter der im Schreiben vom 26. Mai 1961 wiedergegebenen Voraussetzung zur Lieferung von Baustoffen bereit sei und sein Schweigen dahin auslegen werde, sie könne ohne Gefahr liefern, weil er die Rechnungen bezahle. Der Beklagte habe das Schreiben auch dann noch unbeantwortet gelassen, als die Buchhalterin der Klägerin die Bezahlung der Rechnungen anmahnte. Von diesen Mahnungen habe der Beklagte nach der Überzeugung des Berufungsgerichts Kenntnis erhalten. Er habe die Klägerin, die darauf vertraute und darauf vertrauen durfte, W [REDACTED] werde ebenso wie früher M [REDACTED] die Rechnungen an den Beklagten weiterleiten, nicht darüber aufgeklärt, daß er von W [REDACTED] die Rechnungen nicht erhalten habe. Der Beklagte könne nicht geltend machen, daß er sich der rechtlichen Bedeutung seines Schweigens nicht bewußt gewesen sei. Als Wirtschaftsprüfer sei er mit den Gepflogenheiten des kaufmännischen Verkehrs vertraut. Bei dieser Sachlage hätte es an ihm gelegen, sich statt mit W [REDACTED] mit dem Inhaber der Klägerin selbst in Verbindung zu setzen.

Sich um seine Angelegenheiten zu kümmern, sei er trotz seiner Erkrankung jedenfalls im Juni und Anfang Juli 1961 in der Lage gewesen. Er habe an seinem Bett zwei Telefonanschlüsse gehabt.

B.

Die Revision des Beklagten kann keinen Erfolg haben.

I. Die Revision greift zunächst mit Verfahrensrügen die Feststellung des Berufungsgerichts an, W [REDACTED] habe mit dem Inhaber der Klägerin die Vereinbarung getroffen,

daß die Lieferungen an die Baustelle R [REDACTED] straße dem Beklagten in Rechnung gestellt und von ihm bezahlt werden sollten. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Bohauptung des Beklagten nicht berücksichtigt, der Klägerin sei bekannt gewesen, daß der Beklagte W [REDACTED] die schlüsselfertige Erstellung der Bauten gegen eine Pauschalsumme übertragen und daß er W [REDACTED] aufgrund dieser Abrede bezahlt habe. Diese Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, was W [REDACTED] und der Beklagte untereinander vereinbart hätten, sei der Klägerin nicht bekannt gewesen. Daß W [REDACTED], wenn die Darstellung des Beklagten zutrifft, ein doppeltes Spiel getrieben hat, indem er sich von dem Beklagten den Werklohn auszahlen ließ, jedoch mit der Klägerin vereinbarte, der Beklagte solle das Baumaterial bezahlen, hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung ersichtlich nicht verkannt. So bezeichnet es die Angaben des W [REDACTED] als "Ausflucht", sieht sie also als Versuch an, Verfehlungen zu verdecken. Daher ist auch die Rüge nicht begründet, das Berufungsgericht habe bei seiner Feststellung die Behauptung des Beklagten unberücksichtigt gelassen, W [REDACTED] habe in seiner Buchführung für die streitigen Lieferungen sein Wareneingangsbuch belastet und die Klägerin erkannt, die Klägerin habe auch nach Abschluß der Lieferungen an W [REDACTED] einen Kontoauszug gesandt, in dem sie ihn mit den Lieferungen belastet habe. Darauf, ob W [REDACTED] sich im Verhältnis zum Beklagten als Schuldner der Klägerin gefühlt und dementsprechend buchmäßig vorgegangen ist, kann es dann nicht ankommen, wenn der Klägerin die Vereinbarungen zwischen W [REDACTED] und dem Beklagten unbekannt waren. Ebenso brauchte das Berufungsgericht für die Würdigung, ob die Klägerin und W [REDACTED] vereinbart hatten, der Beklagte solle die Lieferungen bezahlen, nicht darauf einzugehen, ob die Klägerin etwa nach Ende der Lieferungen, als der Beklagte

nicht zahlen wollte, auch von W [REDACTED] Zahlung gefordert hat. Das besagt für die vorausgegangenen Verhandlungen nichts, zumal W [REDACTED] die von dem Beklagten ausgestellten Wechsel akzeptiert hatte und daher mindestens wechslmäßig haftete. Die Revision will mit ihren Angriffen nur in unzulässiger Weise die von ihr gewünschte Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts setzen.

II. Die Revision meint sodann, der Beklagte sei durch die Vereinbarung zwischen der Klägerin und W [REDACTED] nicht verpflichtet worden.

1. Die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils lassen nicht deutlich erkennen, ob das Berufungsgericht annimmt, der Bauunternehmer W [REDACTED] habe mit der Klägerin vereinbart, der Beklagte solle fortan das Baumaterial kaufen, er, W [REDACTED], solle die einzelnen Lieferungen nur abrufen, oder ob es annimmt, W [REDACTED] habe zwar selber das Material kaufen, der Beklagte aber die jeweilige Schuld des W [REDACTED] (mit) übernehmen sollen. Was beabsichtigt war, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn eine Schuldübernahme hat vereinbart werden sollen, sind Bedenken gegen ihre Wirksamkeit nicht zu erheben, weil der Beklagte ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Lieferung des Baumaterials für seinen Bau hatte.

2. Da W [REDACTED] unstreitig vom Beklagten zu der getroffenen Vereinbarung nicht bevollmächtigt war, kommt es darauf an, ob der Beklagte sie genehmigt hat. Die Auffassung des Berufungsgerichts, das Erfordernis der Genehmigung sei durch das Schweigen des Beklagten auf das Bestätigungsschreiben vom 26. Mai 1961 erfüllt, hält den Angriffen der Revision stand.

a) Das Berufungsgericht sieht im Ergebnis die Verpflichtung zur Bezahlung des Baumaterials als durch das Schweigen des Beklagten zustandegekommen an. Dagegen sind vom materiellen Recht her keine Bedenken zu erheben. Der Bundesgerichtshof, insbesondere auch der erkennende Senat, hat wiederholt angenommen, ein Kaufmann, der ein Bestätigungsschreiben über vorausgegangene Vertragsverhandlungen widerspruchslos entgegennehme, bringe dadurch grundsätzlich seine Zustimmung zu dem Inhalt des Schreibens zum Ausdruck, so daß damit der Inhalt des Vertrages durch dieses Schreiben bestätigt werde. Ia es unerheblich sei, ob die vorausgegangene Verhandlung bereits zu einem festen Vertragsschluß geführt hatte, komme es nicht darauf an, ob der Verhandelnde Abschlußvollmacht gehabt habe. Nicht das vollmachtslose Handeln des Vertreters, sondern das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben bewirke das Zustandekommen des Vertrages (BGHZ 7, 187; Urteile vom 15. Juni 1964 - II ZR 129/62 - BGHWarn 1964 Nr. 200 = LM BGB § 130 Nr. 8 = WM 1964, 966 und vom 27. Januar 1965 - VIII ZR 11/63 - BGHWarn 1965 Nr. 25 = LM HGB § 346 [Ea] Nr. 8/9).

b) Die Revision wendet gegen diese Auffassung ein, das Schweigen des Vertretenen auf ein Schreiben des Vertragsgegners bedeute nach § 177 Abs. 2 BGB die Verweigerung der Genehmigung. Die Revision will mithin das Schreiben vom 26. Mai 1961 nicht als Bestätigungsschreiben, sondern als eine Aufforderung der Klägerin an den Beklagten zur Erklärung über die Genehmigung nach § 177 Abs. 2 BGB ansehen. Damit setzt sie sich in unzulässiger Weise mit der tatsächlichen Feststellung und Auslegung in Widerspruch. Das Berufungsgericht meint, auf die Vorschrift des § 177 Abs. 2 BGB könne sich der Beklagte nicht berufen, weil ihn die Klägerin nicht zur Genehmigung der mit Wildermann getroffenen Abrede aufgefordert habe. Diese Annahme trifft zu. Das

Berufungsgericht legt ohne Rechtsirrtum zugrunde, daß die Klägerin geglaubt hat, W[REDACTED] sei vertretungsberechtigt. Aus der Sicht der Klägerin bedurfte es also keiner Genehmigung. Die Auslegung, die Klägerin habe eine Aufforderung zur Genehmigung nicht erklären wollen, begegnet deshalb keinen Bedenken. Gibt, wie hier, der Vertragsgegner in einem Bestätigungsschreiben zu erkennen, daß er der Ansicht sei, nicht einen schwebend unwirksamen, sondern mit einem vertretungsberechtigten Vertreter einen voll wirksamen Vertrag geschlossen zu haben, so greifen bei einem Schweigen des Vertretenen die Grundsätze über den Vertrauensschutz zugunsten des Vertragsgegners Platz. Für eine Umdeutung des Bestätigungsschreibens in ein Aufforderungsschreiben ist kein Raum. Ob anderes gelten kann, wenn der Bestätigende weiß oder mit der Möglichkeit rechnet, daß der Vertreter keine Vertretungsmacht hat, bedarf hier keiner Entscheidung.

c) Auf eine Anscheinsvollmacht hat das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht abgestellt. Die Rügen der Revision gehen daher, soweit sie sich mit der Anscheinsvollmacht befassen, ins Leere.

d) Die Revision wendet weiter ein, der Beklagte sei nicht Kaufmann. Richtig ist, daß die Pflicht zum Widerspruch auf der Übung des redlichen Handelsverkehrs beruht. Das Berufungsgericht hat indessen ohne Rechtsirrtum angenommen, daß auch der Beklagte sich handelsmäßige Übung und Sitte entgegenhalten lassen muß, weil er gerade als Wirtschaftsprüfer mit den Gepflogenheiten des kaufmännischen Verkehrs vertraut ist. Es handelt sich zudem nicht etwa um den Bau eines Privathauses, sondern eines ganzen Häuserblocks, aus dem der Beklagte ersichtlich in kaufmännischer Weise gewerblichen Nutzen zu ziehen beabsichtigt. Daß die Grundsätze

über kaufmännische Bestätigungsschreiben unter Umständen auch auf einen Nichtkaufmann anzuwenden sind, wenn Treu und Glauben eine ausdrückliche Ablehnung der Bestätigung verlangen, entspricht ständiger Rechtsprechung (vgl. RG JW 1924, 522 bei einem Rechtsanwalt wegen seiner Kenntnis von der Bedeutung eines Bestätigungsschreibens; BGHZ 11, 1, 3 für einen Betrieb, der in größerem Umfang am Verkehrsleben teilnimmt, und BGH Urteil vom 19. Februar 1964 - I b ZR 203/62 [LM HGB § 346 - D Nr. 11 = BGHWarn 1964 Nr. 74⁷¹).

e) Im übrigen würde, selbst wenn das Schweigen des Beklagten auf das Schreiben vom 26. Mai 1961 nicht schon ohne Rücksicht auf die mangelnde Vollmacht des W [REDACTED] zum Vertragsschluß geführt hätte, mindestens das Schweigen des Beklagten und sein nachfolgendes Verhalten als stillschweigende Genehmigung der vollmachtslos abgegebenen Erklärung zu werten sein. Wie der erkennende Senat im Urteil vom 25. Juni 1957 (VIII ZR 241/56 - LM BGB § 177 Nr. 4) ausgeführt hat, kann im Schweigen unter besonderen Umständen des Falles eine Zustimmung erblickt werden, insbesondere wenn der andere Vertragsteil durch das Schweigen erkennbar zu Maßnahmen hinsichtlich des ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrages veranlaßt wird. Hier hat der Beklagte nicht nur auf das Bestätigungsschreiben geschwiegen, sondern hat bereits im September 1961 und später Wechsel zur Begleichung von Baustofflieferungen der Klägerin ausgestellt. Er hat ferner nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wiederholten Mahnungen der Klägerin nicht widersprochen. Aus alledem durfte die Klägerin entnehmen, der Beklagte sei bereit, für die Bezahlung der Baustoffe einzustehen. Daß die Klägerin aus dem gesamten Verhalten des Beklagten entnommen hat, er sei mit der von Wildermann getroffenen Vereinbarung einverstanden, und sie nur deshalb zu weiteren Lieferungen auf die Baustelle bereit gewesen ist, hat das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt.

f) Die Revision meint, W [REDACTED] habe mit der Abrede gegen das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) verstoßen. Daß die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorliegen, ist nicht ersichtlich. W [REDACTED] hat als Vertreter des Beklagten die Vereinbarung mit der Klägerin, aber nicht mit sich selbst oder mit sich als Vertreter der Klägerin geschlossen. Daß er möglicherweise Vertragspflichten, die ihm gegenüber dem Beklagten oblagen, verletzt, macht die Vereinbarung nicht unwirksam.

g) Die Revision greift weiter die Feststellung des Berufungsgerichts an, der Beklagte sei trotz Erkrankung in der Lage gewesen, von dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 26. Mai 1961 Kenntnis zu nehmen und es zu beantworten, weil er nach der Bekundung des behandelnden Arztes jedenfalls im Juni und Anfang Juli 1961 sich um geschäftliche Dinge kümmern konnte. Aus der Wendung des Berufungsurteils, das Schreiben der Klägerin vom 26. Mai 1961 sei schon vor August 1961 in den Machtbereich des Beklagten gekommen, will die Revision schließen, dieses Schreiben sei möglicherweise dem Beklagten erst Ende Juli 1961 zugegangen. Dann aber sei dem Beklagten wegen seiner Erkrankung eine Beantwortung nicht zuzumuten gewesen. An anderer Stelle hat indessen das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt, aus der Aussage der Zeugin S [REDACTED] ergebe sich, daß das Schreiben alsbald nach seiner Abfassung an den Beklagten abgesandt worden sei. Diese Feststellung trifft das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Erörterung, daß der Beklagte im Juni und Anfang Juli 1961 sich um geschäftliche Dinge habe kümmern können, daß die Angestellte H [REDACTED] ihm die Post ins Haus gebracht habe und der Beklagte seiner Angestellten entweder eine Antwort hätte diktieren oder die Klägerin mit Fernsprecher hätte anrufen können. Der Satz, das Schreiben vom 26. Mai 1961 sei schon vor August 1961 in

den Machtbereich des Beklagten gekommen, stellt daher nur eine mißverständliche Fassung dar und soll ersichtlich nur besagen, daß das Schreiben jedenfalls dem Beklagten zu einem Zeitpunkt zugegangen sei, zu dem er es hätte beantworten können.

h) Die Revision meint schließlich, es widerspreche Treu und Glauben, das Schweigen des Beklagten als Zustimmung zum Inhalt des Bestätigungsschreibens zu werten.

Der Grundsatz, daß Schweigen als Zustimmung anzusehen ist, beruht allerdings darauf, daß das Schweigen des Empfängers bei dem Bestätigenden das Vertrauen erweckt, der Inhalt des Bestätigungsschreibens finde Zustimmung. Darauf kann der Bestätigende aber nur vertrauen, wenn der Inhalt von dem Verhandelten nicht so weit abweicht, daß er ein Einverständnis nicht erwarten kann; andernfalls entfällt der Vertrauensschutz. Der Auffassung der Revision, eine solche Abweichung liege hier vor, kann nicht gefolgt werden. Die Revision setzt sich mit der ausdrücklichen Würdigung des Berufungsgerichts in Widerspruch, die Klägerin habe davon ausgehen können, daß die mit Wildermann vereinbarte Regelung die Billigung des Beklagten finden werde. Das Berufungsgericht hat das in unangreifbarer Weise damit begründet, bereits in früherer Zeit, als M. noch mit der Bauausführung beauftragt gewesen sei, sei es zwischen den Parteien längere Zeit vereinbarungsgemäß so gehandhabt worden, daß die Rechnungen auf den Beklagten ausgestellt, Miebach zur Prüfung zugeleitet und vom Beklagten bezahlt wurden. Wenn das Berufungsgericht meint, an seiner Auffassung ändere der Umstand nichts, daß zuletzt die Lieferungen dem Bauunternehmer M. in Rechnung gestellt worden seien, so läßt das einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Wilder-

mann war unstreitig wirtschaftlich schwach gestellt. Der Beklagte konnte deshalb, wie das Berufungsgericht zutreffend erwägt, nicht damit rechnen, die Klägerin werde die Baustoffe weiterhin ohne zusätzliche Sicherungen liefern. Erfolglos beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang auch darauf, den ersten Satz des Bestätigungsschreibens habe der Beklagte dahin verstehen müssen, er selbst solle die Vereinbarung getroffen haben. Da das offensichtlich nicht der Fall gewesen sei, habe es einer Antwort nicht bedurft. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht das Schreiben anders ausgelegt, nämlich dahin, Gesprächspartner sei W [REDACTED] gewesen, dieser habe als Vertreter des Beklagten gehandelt.

Vergeblich macht die Revision unter Berufung auf Treu und Glauben auch geltend, die Klägerin habe gewußt, daß W [REDACTED] zum Abschluß der getroffenen Vereinbarung keine Vollmacht gehabt habe. Für die Rechtsfolgen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben kann es allerdings darauf ankommen, ob der Bestätigende von vornherein nicht damit rechnen konnte, daß der Empfänger des Bestätigungsschreibens die Verhandlungen des Vertreters billigen werde (BGH Urteil vom 15. Juni 1964 - II ZR 129/62 - LM BGB § 130 Nr. 8 = BGHWarn 1964 Nr. 200). Davon kann, wie schon erwähnt, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier aber keine Rede sein.

i) Entgegen der Auffassung der Revision enthält es auch keinen Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, die Klägerin habe sich bei dem Beklagten nicht zu erkundigen brauchen, ob die Firma W [REDACTED] mit ihm einen Pauschalvertrag geschlossen habe. Auch die Vereinbarung eines Pauschalpreises mit dem Bauunternehmer schloß bei der wirtschaftlich schlechten Lage des W [REDACTED] nicht aus, daß der Beklagte sich verpflichtete, die Baustoffe

dem Baustofflieferanten zu bezahlen. Die von ihm bezahlten Beträge konnte der Beklagte - jedenfalls wäre eine solche Vorstellung der Klägerin nicht abwegig gewesen - vom Pauschalpreis vor der vollständigen Bezahlung des Gesamtbetrages abziehen.

III. Die Revision des Beklagten war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Artl Dr. Mezger Mormann Braxmaier