

Verkündet

am 26. Mai 1959

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

der Firma F.W. T. [REDACTED], Kommanditgesellschaft in S. [REDACTED]-
O. [REDACTED] vertreten durch den persönlich haftenden Gesell-
schafter Kaufmann Karl F.W. T. [REDACTED] in S. [REDACTED]-O. [REDACTED],
H. [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die M. [REDACTED] Bank, eingetragene Genossenschaft mit beschränk-
ter Haftung in M. [REDACTED]/ [REDACTED], Neanderstraße 14, jetzt
Volksbank N. [REDACTED] eingetragene Genossenschaft mit beschränk-
ter Haftung, vertreten durch die Vorstandsmitglieder Karl-
Heinz Ni. [REDACTED] in K. [REDACTED]-S. [REDACTED], E. [REDACTED]straße [REDACTED] und Karl
D. [REDACTED] in M. [REDACTED], F. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Mai 1959 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger,
Dr. Messner und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 3. April 1958 wird auf Kosten der Klägerin
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Bank hatte bei dem wirtschaftlichen Zusammenbruch eines Kunden das Eigentum an einer größeren Menge Nutzeisen erlangt. Das Eisen lagerte zum Teil bei der Speditionsfirma C [REDACTED] in D [REDACTED], zum Teil bei der Speditionsfirma L [REDACTED] in D [REDACTED]. Über einen Verkauf des Eisens verhandelte die Beklagte im Jahre 1956 mit dem Kaufmann F [REDACTED] in W [REDACTED]. Dieser trat seinerseits mit der Klägerin in Verbindung. Nach einer Besichtigung des gelagerten Eisens schloß die Klägerin einen Kaufvertrag unter Vereinbarung eines Durchschnittskaufpreises von 230 DM je Tonne ab. Nach der Darstellung der Klägerin ist der Vertrag mit der Beklagten zustande gekommen und hat sich auf das gesamte besichtigte Eisen in einer geschätzten Menge von 120 bis 130 to, darunter auch 20 to Winkelleisen und 5 to Flacheisen, die bei der Firma L [REDACTED] lagerten, erstreckt. Die Beklagte behauptet dagegen, sie habe das Eisen für 230 DM je Tonne an F [REDACTED] verkauft, dabei seien aber das Winkelleisen und das Flacheisen ausdrücklich ausgenommen worden. F [REDACTED] habe das gekaufte Eisen dann an die Klägerin zum Preise von 240 DM je Tonne weiterverkauft. Die Klägerin übersandte der Beklagten am 1. Oktober 1956 einen Verrechnungsscheck über 20000 DM als "à Konto-Zahlung" und händigte F [REDACTED] gleichzeitig einen Scheck über 1200 DM für eine nach 120 to berechnete Provision von 10 DM je Tonne aus. Die Beklagte wies hierauf die Speditionsfirma am 9. Oktober 1956 an, näher bezeichnete Mengen Eisen an die Klägerin als Käuferin zu Händen einer Firma A [REDACTED], die von der Klägerin als Empfängerin bezeichnet worden war, auszuliefern. Durchschriften dieser Anweisungen übersandte sie der Klägerin.

- 3 -

Die an die Firma A [REDACTED] gelieferten Mengen beliefen sich auf 87,210 to. Sie enthielten nicht die erwähnten 20 to Winkeleisen und 5 to Flacheisen sowie weitere angeblich bei den Speditionsfirmen gelagerten Feinbleche und Moniereisen. Mit der Klage macht die Klägerin den Anspruch auf Lieferung dieses Materials geltend.

Das Landgericht hat der Klage entsprochen. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Klage auf Lieferung der Winkeleisen und Flacheisen und auf Indossierung der über dieses Nutzeisen ausgestellten Orderlagerscheine abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter, soweit er durch das Teilurteil abgewiesen worden ist. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht gelangt zu der Auffassung, die Klägerin sei zu der Beklagten in vertragliche Beziehungen getreten. Der Zeuge F [REDACTED] sei nicht Verkäufer - gemeint wohl gegenüber der Klägerin -, sondern Vermittler gewesen. Er habe für seine Vermittlung von der Klägerin eine Vergütung von 10 DM je Tonne erhalten, während der Gegenwert für das Eisen, also der eigentliche Kaufpreis, an die Beklagte gezahlt worden sei. Die Rücksicht auf steuerliche Gesichtspunkte, nämlich die Ersparung von Umsatzsteuer, die zu Lasten des F [REDACTED] angefallen wäre, wenn er selbst das Eisen verkauft und weiterverkauft hätte, sei möglicherweise der Beweggrund gewesen, das Vertragsverhältnis so zu gestalten, daß der



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Vertrag nicht mit F., sondern mit der Beklagten abgeschlossen worden sei. Der Vertrag sei aber ernstlich gewollt gewesen, denn es ergebe sich nicht, daß der Klägerin gegenüber zum Ausdruck gebracht worden sei, es solle etwas anderes gelten, als in der Auslieferungsanzeige bestätigt worden sei. Danach habe die Beklagte diejenigen Posten an die Klägerin verkauft, welche in den Auslieferungsanweisungen im einzelnen bezeichnet seien. Weitere Posten habe die Beklagte jedoch nicht an die Klägerin verkauft. In den Verkauf seien insbesondere nicht die mit dem Klageantrag begehrten 20 to Winkeleisen und 5 to Flacheisen einbegriffen gewesen. Zwar möge F. bei den Kaufverhandlungen mit der Klägerin nicht klar zum Ausdruck gebracht haben, daß die genannten Posten von dem Verkauf ausgeschlossen seien. Aber die mündlichen Erklärungen des Zeugen F. brauche die Beklagte insoweit nicht gegen sich gelten zu lassen, als sie diese nicht genehmigt habe. F. sei Vermittler des Kaufes gewesen, er habe hierfür eine Provision von der Klägerin bezogen, aber er sei nicht als Bevollmächtigter der Beklagten anzusehen. Diese habe es nicht schlechthin geduldet, daß F., der selbständiger Kaufmann sei, in ihrem Namen aufgetreten sei und Geschäfte für sie abgeschlossen habe. Es seien keine Umstände ersichtlich, aus welchen die Klägerin verständigerweise hätte entnehmen können, daß F. ermächtigt gewesen sei, verbindliche Erklärungen für die Beklagte abzugeben. Durch die Entgegennahme der "à Konto-Zahlung" und die Übersendung der Auslieferungsanweisungen seien die Erklärungen des F. allenfalls insoweit gebilligt worden, als es sich um die in den Auslieferungsanweisungen bezeichneten Waren gehandelt habe.

2. Die Revision rügt in erster Linie, das Berufungs-
urteil sei nicht mit Gründen versehen, zum mindesten habe

das Berufungsgericht das Gebot des § 286 ZPO verletzt, den gesamten Prozeßstoff zu berücksichtigen; denn es fehle an jeder Würdigung der von der Klägerin vorgetragenen Umstände, die dafür sprächen, daß F. als bevollmächtigter Vertreter der Beklagten auch die bei der Speditionsfirma L. lagernden 20 to Winkeleisen und 5 to Flacheisen verkauft habe.

Der Vorwurf, das Berufungsurteil sei nicht mit Gründen versehen und leide daher an einem wesentlichen Mangel (§§ 551 Nr. 7, 539 ZPO), ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat zum Ausdruck gebracht, F. habe keine Vollmacht der Beklagten besessen, das streitige Eisen zu veräußern. Mit dieser Erwägung hat es die Klage abgewiesen. Die Entscheidung enthält also eine Begründung. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils nicht frei von Unklarheiten sind. Eine nur rechtlich unklare und deshalb ungenügende Begründung stellt aber noch keinen Verfahrensverstoß nach § 551 Nr. 7 ZPO dar (RGZ 156, 220, 227, 231).

Auch der auf Verletzung des § 286 ZPO gestützte Angriff der Revision gegen die Würdigung, die das Berufungsgericht dem Vorbringen der Klägerin zuteil werden läßt, kann nicht zum Ziel führen. Das Berufungsgericht nimmt an, daß ein Vertrag zwischen den Parteien zustandegekommen sei, sich aber nicht auf das Winkel- und Flacheisen erstreckt habe. Es gibt dabei allerdings nicht zu erkennen, in welcher Erklärung es ein Vertragsangebot und in welcher es die den Vertragsschluß bewirkende Annahme des Angebots erblickt. Die Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich indessen im Ergebnis nicht beanstanden. F. ist nach Ansicht des Berufungsgerichts "Vermittler" gewesen. Vermittelte er aber

den Kaufvertrag, so müßte er als Makler, möglicherweise als Handelsmakler im Sinne des § 93 HGB angesehen werden. Wird seine Stellung in dieser Weise eingeordnet, so ergibt sich folgende Rechtslage: Ein Makler hat grundsätzlich keine Abschlußvollmacht. Die Vermittlung allein bringt daher einen Vertrag nicht zustande. Der Abschluß des Vertrages bleibt vielmehr den Parteien vorbehalten, die er zusammenführt. Im vorliegenden Fall haben die Klägerin und die Beklagte unmittelbare Verhandlungen über einen Kaufabschluß miteinander unstreitig nicht geführt. Daraus allein ist allerdings noch nicht zu folgern, daß ein Vertrag nicht zustande gekommen sein könne. Denn zur Begründung eines Vertrages können auch Erklärungen führen, welche die Beteiligten gegenüber einem Makler abgeben. Es ist denkbar, daß ein Makler den Beteiligten die Vertragsbedingungen mitteilt und jeder der Beteiligten dem Makler seine Zustimmung erklärt. Dann kann, wenn nach Handelsbrauch ein Zugehen der Zustimmungserklärung bei den Vertragsgegnern nicht zu erwarten ist, nach § 151 BGB schon die dem Makler gegenüber abgegebene Erklärung zum Vertragschluß führen (RGZ 104, 366; HGB RGRK 2. Aufl. § 94 Anm. 1). Ein Vertrag kann auf diese Weise aber nur zustandekommen, wenn der Makler den Parteien die Vertragsbedingungen mit dem gleichen Inhalt mitgeteilt hat; denn nur dann haben die Parteien mit ihrer Zustimmung übereinstimmende Vertragserklärungen abgegeben. Hat der Makler dagegen den Parteien voneinander abweichende Vertragsbestimmungen mitgeteilt, so liegt ein versteckter Einigungsmangel vor. Jede Partei hat dann zwar das erklärt, was sie gewollt hat, die Parteien glauben auch, daß sie sich geeinigt hätten; in Wahrheit decken ihre Erklärungen sich aber objektiv nicht. So würde, wenn F. nur Vermittler gewesen wäre, sich die Lage nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen auch vorliegenden Fall darstellen. Die Beklagte hat nach der Annahme

des Berufungsgerichts das Winkel- und Flacheisen nicht verkaufen wollen und hat das dem F. gegenüber zum Ausdruck gebracht. Wenn sie sich, nachdem ihr F. die Klägerin als Käuferin genannt hatte, bereit erklärte, mit der Klägerin einen Kaufvertrag zu schließen, so sollten also nach ihrer Vorstellung Winkel- und Flacheisen vom Verkauf ausgeschlossen sein. Andererseits mag, wie das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin unterstellt, F. bei den Verhandlungen mit der Klägerin nicht klar zum Ausdruck gebracht haben, daß diese Posten von dem Verkauf ausgenommen seien, so daß die Klägerin möglicherweise mit der Erklärung auch das Winkel- und Flacheisen hat kaufen wollen. Das würde bedeuten, daß auf jeden Fall über die Lieferung des Winkel- und Flacheisens keine Einigung erzielt worden war. Ob der Vertrag hinsichtlich des übrigen Eisens, das die Klägerin erhalten hat, wirksam zustande gekommen ist, hinge nach § 155 BGB davon ab, ob die Parteien den Vertrag insoweit auch ohne eine wirksame Abrede über das Winkel- und Flacheisen geschlossen hätten (Schlegelberger HGB 3. Aufl. § 94 Nr. 1). Das bedarf aber keiner Entscheidung, da das Berufungsurteil sich nur mit dem Winkel- und Flacheisen befaßt. Von dem Standpunkt aus, daß F. lediglich als Vermittler aufgetreten ist, hat also das Berufungsgericht die Klage auf Lieferung dieses Eisens im Ergebnis mit Recht abgewiesen.

II. 1. Selbst wenn F. die Stellung eines Maklers gehabt hat, wäre indessen denkbar, daß er für die eine oder andere Partei oder für beide Parteien auch als Vertreter gehandelt hat. Wenn auch der Makler keine Abschlußvollmacht kraft Gesetzes hat, so kann ihm doch ausdrücklich oder stillschweigend Abschlußvollmacht übertragen werden (Schlegelberger HGB 3. Aufl. § 93 Nr. 10; HGB RGRK 2. Aufl. § 94 Anm1). Möglich wäre, daß F. als Vertreter der Klägerin mit der

Beklagten einen Kaufvertrag mündlich geschlossen oder wenigstens für die Klägerin gegenüber der Beklagten den Antrag auf Vertragsschluß erklärt hat, den die Beklagte, indem sie der Klägerin eine Abschrift der Auslieferungsanweisung übersandte, angenommen hätte. Bei den Verhandlungen mit der Klägerin wiederum könnte F. als Vertreter der Beklagten aufgetreten sein. Das Berufungsgericht stellt zwar fest, F. sei nicht als "Bevollmächtigter" der Beklagten anzusehen. Diese Ausführungen können aber nur dahin verstanden werden, daß F. nicht bevollmächtigter Vertreter der Beklagten gewesen ist, sollen aber ersichtlich nicht ausschließen, daß F. sich gegenüber der Klägerin als Vertreter der Beklagten ausgegeben haben mag.

2. Das Berufungsgericht trifft im einzelnen zwar keine Feststellungen darüber, ob F. bei den Verhandlungen mit den Parteien zum Ausdruck gebracht hat, daß er seine Erklärungen im Namen jeweils der anderen Partei abgebe. Es kommt aber zu dem Ergebnis, F. habe keine Vertretungsmacht für die Beklagte besessen, einen Kaufvertrag auch über das Winkel- und Flacheisen zu schließen. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Unterstellt, F. hätte gegenüber der Beklagten erklärt, daß er für die Klägerin das ihm von der Beklagten an die Hand gegebene Eisen kaufe, so hätte sich nach der Auffassung des Berufungsgerichts diese Kaufvertragserklärung nicht auf das Winkel- und Flacheisen erstreckt. Das Berufungsgericht, das der Aussage des Zeugen F. folgt, nimmt erkennbar an, daß die Beklagte diese Posten Eisen nicht habe verkaufen wollen und daß F. gegenüber der Beklagten auch nicht etwa erklärt hat, er wolle sie für die Klägerin erwerben. Etwas derartiges hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Ihr Vortrag läuft vielmehr darauf hinaus, F. habe im Rahmen der mit ihr geführten Vertragsverhandlungen

als Vertreter der Beklagten und mit Vertretungsmacht für die Beklagte gehandelt und habe dabei ihr, der Klägerin, das Eisen einschließlich Winkel- und Flacheisen zum Kauf angeboten. Dementsprechend bekämpft die Revision auch nur die Auffassung des Berufungsgerichts, F. [REDACTED] sei nicht "Bevollmächtigter" der Beklagten gewesen.

Die Rügen der Revision zu diesem Punkt können aber keinen Erfolg haben. Der vom Berufungsgericht verwertete Umstand, daß F. [REDACTED] selbständiger Kaufmann war und eine vermittelnde Tätigkeit ausgeübt hat, schließt allerdings, wie die Revision mit Recht hervorhebt, nicht die Möglichkeit aus, er könne als Vertreter der Beklagten gehandelt haben. Auch dem Makler kann, wie oben erwähnt, Abschlußvollmacht eingeräumt werden. Auf dieser Erwägung des Berufungsgerichts beruht aber die Entscheidung nicht. Das Berufungsgericht legt vielmehr entscheidend Wert darauf, daß F. [REDACTED] von der Klägerin Provision erhalten habe. Wenn es diesen Umstand als Beweisanzeichen dafür wertet, daß F. [REDACTED] nicht von der Beklagten bevollmächtigt gewesen sei, so enthält das keinen Rechtsirrtum. Die Revision macht mit der Verfahrensrüge aus § 286 ZPO allerdings geltend, das Berufungsgericht habe sich nicht mit den auf dem Vorbringen der Klägerin beruhenden Ausführungen des Landgerichts befaßt, daß F. [REDACTED] für die Beklagte den Kaufvertrag abgeschlossen habe, und sei den Behauptungen der Klägerin im Schriftsatz vom 9. Januar 1958, mit dem sie auf die Berufungsbegründung erwidert hat (nicht, wie die Revision irrtümlich sagt, in der Berufungsbegründungsschrift) nicht nachgegangen. Der Revision ist zuzugeben, daß die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts in dieser Hinsicht sehr knapp sind. Immerhin lassen sie nicht erkennen, daß das Berufungsgericht wesentliches Vorbringen der Klägerin übersehen hat. Soweit das Landgericht dazu Stellung nimmt, ob Vertrags-

gegner der Beklagten etwa der Zeuge F. gewesen sei, brauchte das Berufungsgericht nicht mehr als geschehen auf die Behauptungen der Klägerin einzugehen, da es in Übereinstimmung mit dem Landgericht zugrundelegt, daß Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien zustande gekommen sind. Es kam deshalb nicht darauf an, daß die Beklagte den auf sie ausgestellten Verrechnungsscheck über 20000 DM angenommen und die Anweisung erteilt hat, Eisen an die Klägerin auszuliefern. Ebensovienig brauchte das Berufungsgericht sich in diesem Zusammenhang mit der Behauptung zu befassen, F. habe erklärt, der Scheck werde auf die Beklagte ausgestellt, da diese das Material verkauft habe. Alle diese Ausführungen betreffen nur die Tatsache der Begründung vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien, lassen aber keinen Schluß darauf zu, daß F., sei es auch nur durch schlüssige Handlung, von der Beklagten zum Verkauf des Winkel- und Flascheisens bevollmächtigt worden sei. Was die Frage angeht, welche Stellung F. bei dem Zustandekommen des Vertrages eingenommen habe, so stützt sich die Klägerin im wesentlichen darauf, daß F. in einer Erklärung vom 1. Dezember 1956, die ihm von der Klägerin abgefordert worden ist, bescheinigt hat, er habe im Auftrage der Beklagten das Eisen an die Klägerin verkauft. Diese Erklärung hat das Berufungsgericht aber nicht übersehen. Es führt aus, die Klägerin verweise auf diese Erklärung zu Unrecht. Die Erklärung habe in Anbetracht der abweichenden späteren Aussage des Zeugen F. keinen genügenden Beweiswert. Wenn die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die gegenteilige Wertung des Landgerichts durch eine bloße These ersetzt, so bewegt sie sich auf dem ihr verschlossenen Gebiet der tatsächlichen Würdigung.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe F. zum Abschluß eines Kaufvertrages nicht bevollmächtigt, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III. 1. Wird aber davon ausgegangen, daß F. gegen-
über der Klägerin als Vertreter der Beklagten aufgetreten
ist, tatsächlich aber keine Vollmacht zum Abschluß eines Ver-
trages gehabt hat, so würde die Beklagte durch seine Erklä-
rungen nur insoweit verpflichtet sein, als sie sie genehmigt
hat. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Beklagte
habe nicht schlechthin geduldet, daß F., der selbständiger
Kaufmann gewesen sei, in ihrem Namen aufgetreten sei und
Geschäfte für sie abgeschlossen habe. Es seien keine Umstände
ersichtlich, aus welchen die Klägerin verständigerweise habe
entnehmen können, daß F. ermächtigt gewesen sei, verbind-
liche Erklärungen für die Beklagte abzugeben. Durch die
Entgegennahme der à Konto-Zahlung und die Übersendung der
Auslieferungsanweisungen seien die Erklärungen des F. allen-
falls insoweit gebilligt worden, als es sich um die in den
Auslieferungsanweisungen bezeichneten Waren gehandelt habe.
Aus der Nichterwähnung der weiteren Mengen sei namentlich
mit Rücksicht darauf, daß eine Teillieferung nicht vereinbart
gewesen sei, zu folgern, daß die Beklagte diese weiteren
Mengen nicht verkauft habe. Dem habe die Klägerin nicht
unverzüglich widersprochen. Aus dem Schweigen der Klägerin
und aus der weiteren Tatsache, daß sie, nachdem ihr Verlangen
nach weiteren Lieferungen von der Beklagten abgelehnt worden
sei, sich mit Schreiben vom 29. Oktober 1956 an den Zeugen
F. gewandt und diesem Schadensersatzansprüche angedroht
habe, sei zu ersehen, daß die Klägerin selbst der Auffassung
gewesen sei, ein fester Kaufvertrag bezüglich der in den
Auslieferungsanweisungen nicht erwähnten Mengen sei mit der
Beklagten nicht zustande gekommen. Die Tatsache, daß die
Beklagte den Scheck über 20000 DM als à Konto-Zahlung ent-
gegengenommen habe, möge einen Anhalt dafür geben, daß die
Beklagte mit der Klägerin einen Kaufvertrag abgeschlossen
habe. Sie beweise aber nicht, daß sie mehr als die in den

27.

Auslieferungsanweisungen bezeichneten Mengen an die Klägerin verkauft habe.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts unterscheiden zwar, wie die Revision mit Recht hervorhebt, nicht scharf zwischen einer Genehmigung durch schlüssige Handlung und einer sogenannten Anscheinsvollmacht. Im ersten Fall genehmigt der Vertretene durch sein Verhalten das ihm - wenn auch möglicherweise nicht in allen Einzelheiten - bekannte Handeln des Vertreters. Von Anscheinsvollmacht wird dagegen gesprochen, wenn der Vertretene das Verhalten des Vertreters zwar nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können und wenn der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin auffassen durfte, daß es dem Vertretenen bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und daß dieser es also dulde. In diesem Fall kann der Vertretene sich auf den Mangel der Vollmacht seines angeblichen Vertreters nicht berufen (BGH Urteil vom 10. März 1953 - I ZR 76/52 - MDR 1953, 345; Urteil vom 12. Juli 1957 - VIII ZR 249/56 - LM BGB § 167 Nr. 8). Der unstreitige Sachverhalt und die Feststellung des Berufungsgerichts rechtfertigen indessen im Ergebnis seine Auffassung, daß eine wirksame Genehmigung nicht erfolgt ist. Die Genehmigung eines durch F. abgeschlossen Kaufvertrages würde nämlich begrifflich voraussetzen, daß der gesetzliche Vertreter der Beklagten sich der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages bewußt gewesen ist oder jedenfalls mit einer solchen Möglichkeit gerechnet hat (BGH Urteil vom 12. Juli 1957 aaO). Soll eine Genehmigung durch die Entgegennahme der à Konto-Zahlung und die Übersendung der Abschriften der Auslieferungsanweisungen am 9. Oktober 1956 erfolgt sein, so müßte der Zeuge K. also in diesem Zeitpunkt gewußt oder damit gerechnet haben, daß F. im Namen der

Beklagten einen Kaufvertrag über das gesamte bei der Firma L [REDACTED] lagernde Eisen, also einschließlich des Winkel- und Flacheisens, geschlossen habe. Die Klägerin hat zwar behauptet, K [REDACTED] habe aus ihrem der Beklagten übersandten Bestätigungsschreiben vom 1. Oktober 1956 entnehmen müssen, daß F [REDACTED] auch das Winkel- und Flacheisen verkauft habe. Das Berufungsgericht legt indessen zugrunde, daß die Beklagte dieses Schreiben nicht erhalten habe. Die Klägerin hatte in ihrem Schriftsatz vom 13. Mai 1957 nämlich auf die Behauptung der Beklagten, sie habe ein Bestätigungsschreiben nicht erhalten, erklärt, wie sich jetzt herausstelle, sei das Bestätigungsschreiben an die Beklagte vom 1. Oktober 1956 versehentlich nicht herausgegangen, obwohl es bereits geschrieben und unterschrieben worden sei. Der unterschriebene Durchschlag liege noch in dem Schnellhefter der Klägerin. Das Berufungsgericht führt hierzu an, die Klägerin habe im ersten Rechtszug selbst eingeräumt, daß sie ihr Bestätigungsschreiben nicht an die Beklagte abgesandt habe. Sie habe nicht den Nachweis zu erbringen vermocht, daß dieses Geständnis nicht der Wahrheit entspreche. Aus den Bekundungen der hierzu vernommenen Zeugen sei nicht sicher zu entnehmen, daß das Schreiben an die Beklagte abgeschickt worden sei. Wenn die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussage der Zeugin HÜ [REDACTED] übergangen, so geht dieser Angriff fehl. Die Zeugin hat bekundet, wenn in dem Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin ausgeführt sei, das Bestätigungsschreiben sei versehentlich nicht herausgegangen, so müsse es sich wohl um einen Informationsirrtum handeln. Die von ihr, der Zeugin, handschriftlich abgezeichnete Kopie des Schreibens befinde sich bei den Akten der Klägerin, und sie müsse annehmen, daß das Schreiben auch herausgegangen sei. Wenn überhaupt, so sei das Schreiben zur Post gelangt, jedenfalls nicht dem Zeugen F [REDACTED] für die Bank mitgegeben

worden. Mit dieser Aussage hat das Berufungsgericht sich ersichtlich befaßt, wenn es davon spricht, eine Absendung des Schreibens sei aus den Bekundungen der Zeugen nicht sicher zu entnehmen.

Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Klägerin übergangen, sie, die Klägerin habe, als sie die Durchschriften der Auslieferungsanzeigen erhalten habe, gegenüber dem Zeugen F. beanstandet, daß in ihnen das Winkel- und Flacheisen nicht erwähnt sei. F. habe erklärt, es handele sich um eine Sammelbezeichnung, unter den in den Orderlagerscheinen genannten Mengen seien auch das Winkel- und Flacheisen zu verstehen. Die Revision meint, die Beklagte müsse sich die gegenüber F. erfolgte Bemängelung zurechnen lassen. Da die Beklagte geschwiegen habe, sei es so anzusehen, als habe sie den Verkauf des Winkel- und Flacheisens genehmigt. Dem Gedankengang der Revision kann nicht gefolgt werden. Wie zu entscheiden wäre, wenn die Beklagte auf eine ihr selbst gegenüber abgegebene Beanstandung geschwiegen hätte, kann dahingestellt bleiben. War F. nicht bevollmächtigt, das Winkel- und Flacheisen zu veräußern, und war er auch nicht berechtigt, die Beklagte über den ihm erteilten Einzelauftrag hinaus zu vertreten, so fehlte ihm auch die Vollmacht, für die Beklagte eine Erklärung der Klägerin entgegenzunehmen, mit der sie geltend machte, daß ihr das bezeichnete Eisen nicht ausgeliefert werde. Die Beanstandung der Klägerin kann also nicht als der Beklagten zugegangen gelten. Das Schweigen der Beklagten ist daher auch nicht als Genehmigung anzusehen. Das Berufungsgericht war somit nicht genötigt, der Behauptung der Klägerin nachzugehen, sie habe gegenüber F. das Fehlen des Winkel- und Flacheisens gerügt. Daß die Beklagte etwa aus sonstigem Anlaß darüber unterrichtet worden sei, daß F. dieses Eisen verkauft habe,

hat die Klägerin nicht schlüssig behauptet. Sie trägt im Schriftsatz vom 9. Januar 1958 lediglich vor, sie habe am 24. Oktober 1956 die Beklagte aufgefordert, die restlichen Posten des Nutzeisens zu liefern, und habe somit dem Inhalt der Auslieferungsanzeigen widersprochen. Danach hat, wenn von dem erwähnten Bestätigungsschreiben vom 1. Oktober 1956 abgesehen wird, die Beklagte frühestens am 24. Oktober 1956 davon erfahren, daß die Klägerin der Auffassung war, sie habe auch das Winkel- und Flacheisen gekauft. Der Aufforderung der Klägerin vom 24. Oktober 1956, die restlichen Posten des Nutzeisens zu liefern, ist die Beklagte aber unstreitig nicht nachgekommen. Die Klägerin hat ihr im Gegenteil mit Schreiben vom 20. November 1956 eine Frist zur Erfüllung gesetzt. Im übrigen rügt die Revision nur, das Berufungsgericht habe bei seiner Auslegung unter Verletzung der Vorschrift des § 133 BGB das Gesamtverhalten des Zeugen K. als des gesetzlichen Vertreters der Beklagten nicht gewürdigt und habe den Grundsatz von Treu und Glauben unbeachtet gelassen. Als Umstände, die für eine Genehmigung sprechen sollen, will die Revision allgemein berücksichtigt wissen, daß K. das Begleitschreiben der Klägerin zur Übersendung des Schecks vom 1. Oktober 1956 widerspruchslos angenommen und am 9. Oktober 1956 auf ein Ferngespräch mit der Klägerin die Abschriften der Auslieferungsanweisungen und die Lagerscheine übersandt habe. Unter diesen Umständen, meint die Revision, hätte die Klägerin das Verhalten des K. nicht dahin auffassen können, daß er die Erklärungen des F. nur begrenzt genehmige, sie hätte vielmehr annehmen dürfen, daß weitere Anweisungen und Lagerscheine folgten. Diese allgemeinen Erwägungen berühren aber nicht die allein maßgebende Frage, ob K. den hier zu unterstellenden Vertragsschluß gekannt hat. Danach hat die Beklagte sich mit einem Verträge, wie ihn die Klägerin mit F. abgeschlossen haben will, nach der eigenen Darstellung der Klägerin nicht einverstanden erklärt.

2. Die Revision meint allerdings, ein Vertrag des Inhalts, wie ihn das Berufungsgericht als geschlossen ansehe, weiche von dem Vertrage, wie ihn die Klägerin habe schließen wollen, völlig ab. Das Winkel- und Flacheisen habe den wertvollsten Posten der besichtigten Ware gebildet. Nur wenn dieses streitige Eisen in den Kaufvertrag einbezogen werde, entspreche der ausgehandelte Durchschnittspreis dem Wert des Kaufgegenstandes, andernfalls entstehe ein krasses Mißverhältnis. Damit wendet sich die Revision gegen die anscheinend vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, daß die Beklagte die Genehmigung des von F. ohne Vollmacht geschlossenen Vertrages insoweit hätte verweigern können, als er sich auf das Winkel- und Flacheisen bezog, ihn dagegen wegen des restlichen Eisens hätte genehmigen können. Die Revision will offenbar sagen, wenn die Beklagte den für sie günstigen Teil des Vertrages gelten lassen wolle, so liege darin notwendig die Genehmigung des ganzen Vertrages. Der Revision ist zuzugeben, daß gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe einen von F. abgeschlossenen Kaufvertrag unter Ausschluß des Winkel- und Flacheisens genehmigen können, rechtliche Bedenken bestehen. Das Reichsgericht hat die Auffassung vertreten, es sei unzulässig, einen durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen einheitlichen Vertrag für einzelne Teile der getroffenen Vereinbarungen zu genehmigen und insoweit Rechte daraus herzuliten, für andere dagegen nicht zu genehmigen. Vielmehr könne eine Erklärung entweder nur in vollem Umfange genehmigt oder in vollem Umfange abgelehnt werden (WarnRspr 1916 Nr. 218; SeuffArch 88, Nr. 153). Coing (in Staudinger BGB 11. Aufl. § 177, 178 Nr. 40) nimmt dagegen an, bei nur teilweiser Genehmigung sei die Frage, ob der ganze Vertrag für und gegen den Vertretenen unwirksam sei, nach § 139 BGB zu entscheiden. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Rechtsfrage nicht befaßt. Einer abschließenden

Entscheidung bedarf es hier indessen nicht, da nach der einen wie der anderen Auffassung dem angefochtenen Urteil im Ergebnis beizutreten ist. Allerdings kann in der teilweisen Erfüllung eines von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Kaufvertrages und in dem Verlangen auf Bezahlung der Teillieferung unter Umständen die Genehmigung des ganzen Geschäfts enthalten sein (KG LZ 1919, 545; Soergel BGB 8. Aufl. § 177 Anm. 3). Im vorliegenden Fall hat aber, wie vorstehend ausgeführt worden ist, nach dem für die Revisionsinstanz bindend festgestellten Sachverhalt die Beklagte mit der Anweisung zur Auslieferung des Eisens und der Empfangnahme des Verrechnungsschecks eine Genehmigung gerade nicht aussprechen können, da ihr damals der Inhalt des Vertrages nicht bekannt gewesen ist. Auch im übrigen liegt nach den obigen Ausführungen in dem Verhalten der Beklagten keine Genehmigung des von F. geschlossenem Vertrages. Entweder entbehrt also mangels Genehmigung der ganze Vertrag der Wirksamkeit, so daß schon aus diesem Grunde der Klageanspruch unbegründet ist; oder aber es ist entsprechend dem von Coing (aaO) entwickelten Gedankengang darauf abzustellen, ob die Parteien den von der Beklagten genehmigten Verkauf des Eisens unter Ausschluß des Winkel- und Flacheisens vorgenommen hätten. Das aber wäre nach der eigenen Darstellung der Klägerin gerade nicht der Fall gewesen. Der Umstand, daß ohne Lieferung des wertvollen Eisens die Durchführung des Vertrages zum vereinbarten Preis angeblich seinen wirtschaftlichen Sinn verloren hat, kann also nicht dazu führen, daß der ganze Vertrag auch in dem von der Beklagten nicht genehmigten Teil wirksam wird, sondern nur dazu, daß im Verhältnis zur Beklagten der Vertrag in vollem Umfange hinfällig ist. Allenfalls könnte die Auslegung auch dahin gehen, daß die Klägerin die Herabsetzung des Kaufpreises für das übrige Eisen auf eine bei Herausnahme des Winkel- und Flacheisens alsdann angemessene Höhe verlangen könnte.

IV. Die Klägerin hat schließlich geltend gemacht, die Beklagte sei unter dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht an den von F. geschlossenem Vertrag gebunden. Hierzu hat das Berufungsgericht nicht ausdrücklich Stellung genommen. Seine oben wiedergegebenen Ausführungen, mit denen es die Frage der stillschweigenden Genehmigung behandelt, berühren aber, wie schon erwähnt, auch die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht. Entgegen der Ansicht der Revision halten sie auch, soweit sie inhaltlich die Anscheinsvollmacht betreffen, der rechtlichen Nachprüfung stand. Abzustellen ist bei der Prüfung, ob sich der Vertragsgegner des Vertretenen auf den Rechtsschein berufen kann, auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages. Denn der durch einen Vertreter abgeschlossene Vertrag kann den Vertretenen unter diesem Gesichtspunkt nur binden, wenn der Rechtsschein einer Vollmacht des in Wahrheit vollmachtlosen Vertreters bei dem Vertragsabschluß vorgelegen hat, und es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob etwa später ein solcher Rechtsschein entstanden ist. Ein derartiger später entstandener Rechtsschein würde nämlich nicht für diesen, sondern nur für weitere nach Entstehung des Rechtsscheins abgeschlossene Verträge Bedeutung haben (BGH Urteil vom 12. Juli 1957 - VIII ZR 249/56 - III BGB § 167 Nr. 8). Im vorliegenden Fall ist der Vertrag aber unstreitig vor dem 1. Oktober 1956 abgeschlossen worden. Nur dieser Zeitpunkt ist also erheblich. Auf ein späteres Verhalten der Zeugen Foltz und Kunze kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, die Klägerin habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keinen Anlaß zu der Annahme gehabt, F. sei von der Beklagten bevollmächtigt gewesen, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht setzen nämlich im allgemeinen voraus, daß dasjenige Verhalten des einen Teiles, aus dem der

Vertragsgegner auf die Bevollmächtigung eines Dritten schließen zu können glaubt, von einer gewissen Dauer ist und sich nicht nur in wenigen Teilhandlungen erschöpft. Denn nur bei einer solchen Sachlage wird gesagt werden können, der Vertragsgegner habe daraus, daß der andere das Auftreten des Dritten als Stellvertreter geduldet habe, entnehmen dürfen, daß das Handeln dem Vertretenen nicht verborgen geblieben sein könne und daß er, da er es geduldet habe, mit der Vertretung einverstanden gewesen sei (BGH Urteil vom 10. März 1953 - I ZR 76/52 - MDR 1953. 345). Schon diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht gegeben. Danach lag bis zum 1. Oktober 1956 nicht mehr vor, als daß die Beklagte den F. beauftragt hatte, den Verkauf des Eisens zu vermitteln. Da der Makler grundsätzlich keine Abschlußvollmacht hat, besteht kein Grund zu der Annahme, daß die Beklagte sich deswegen allein so behandeln lassen müsse, als habe sie Abschlußvollmacht erteilt. Die Klägerin hat nichts dafür angeführt, daß F. etwa abgesehen von diesem Geschäft schon früher für die Beklagte den Abschluß von Verträgen vermittelt und sich dabei unter Duldung der Beklagten als ihr Vertreter aufgeführt hätte. Der Vortrag der Klägerin läßt daher jede schlüssige Behauptung vermissen, daß sie bei Abschluß des Vertrages mit F. aus dem Verhalten der Beklagten habe entnehmen dürfen, F. sei von der Beklagten zum Abschluß eines Kaufvertrages ermächtigt.

5

V. Die Revision war danach zurückzuweisen. Der Klägerin waren nach § 97 ZPO die Kosten der Revision aufzuerlegen.

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Vogt