

7

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 346 Ea; BGB § 145

Bei Regulierungsverhandlungen zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtversicherer des Schädigers gelten die Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht schon deshalb, weil der Geschädigte bei diesen Verhandlungen durch einen Anwalt vertreten ist.

BGH, Urt.v. 6. Mai 1975 - VI ZR 120/74 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 120/74

URTEIL

Verkündet am

6. Mai 1975

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Eckardt H [REDACTED],
[REDACTED] H [REDACTED], S [REDACTED]allee [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

die K [REDACTED] Versicherungs V.a.G.,
[REDACTED] Ha [REDACTED], H [REDACTED]weg [REDACTED],
vertreten durch den Vorstand Herrn K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, anstelle der Verkündung zugestellt am 3./4. Januar 1974, aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger, damals kaufmännischer Angestellter, hatte am 19. Januar 1971 einen Pkw BMW 2800 CS Coupé neu gekauft. Am 13. Februar 1971 wurde dieses Fahrzeug durch Verschulden eines Versicherungsnehmers des beklagten Haftpflichtversicherers erheblich beschädigt.

Der Kläger macht Ersatzansprüche gegenüber dem Beklagten geltend. Er bezifferte seinen Gesamtschaden zunächst auf DM 18.784,83. Aus diesem Anlaß fand am 2. März 1971 ein Ferngespräch zwischen dem Sachbearbeiter D. der Beklagten und dem späteren Prozeßbevoll-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

mächtigten des Klägers (künftig: Anwalt) statt. Mit Schreiben an die Beklagte vom 3. März 1971 bestätigte der Anwalt einen nach seiner Auffassung bei dem Gespräch zustande gekommenen Regulierungsabschluß.

Der Beklagte antwortete zunächst nicht - nach der Behauptung des Klägers auch nicht fernmündlich - und leistete auch keine Zahlung. Darauf machte im März 1971 der Kläger seinen nunmehr auf DM 19.671,03 erhöhten Anspruch gerichtlich geltend.

Im Laufe des Rechtsstreits hat der Beklagte auf die Klagforderung zwei Zahlungen geleistet, in deren Umfang die Klage für in der Hauptsache erledigt erklärt wurde. Im übrigen haben beide Vorinstanzen der Klage nur teilweise stattgegeben.

Die - zugelassene - Revision des Klägers erstrebt den vollen Erfolg der Klage.

Entscheidungsgründe

I

1. Der Kläger stützt seinen Zahlungsanspruch in erster Linie auf die Behauptung, der Sachbearbeiter D. der Beklagten habe bei dem Ferngespräch, das er am 2. März 1972 mit seinem, des Klägers, Anwalt geführt habe, die Forderung nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach anerkannt. Dem ist das Berufungsgericht nicht gefolgt.

Das Schreiben hatte folgenden Wortlaut:

"Der guten Ordnung halber bestätige ich den am 2.3.71 mit Ihrem sehr geehrten Herrn D. geschlossenen Vergleich vereinbarungsgemäß wie folgt:

Sie zahlen zur Abgeltung des Schadens meines Mandanten an seinem Pkw DM 18.784,83 zuzüglich 20/10 Gebühren nach BRAGO auf diesen Wert.

Damit sind alle Schäden meines Mandanten, auch Körperschäden oder Kleiderschäden aus diesem Unfall für meinen Mandanten abgegolten.

Mein Mandant ist verpflichtet, bei Zahlung der vorgenannten Summe - Kostenrechnung ist beigelegt - auf Verlangen auch vorher eine Abfindungs-erklärung zu unterzeichnen.

Damit sind alle Schadensersatzansprüche aus dem Unfall abgegolten. Der Beifahrer meines Mandanten, Herr will - wie er mir mitteilte - keine Ansprüche wegen Körperschadens geltend machen.

Geldempfangsvollmacht ist in Ihren Händen."

Bei dem Gespräch vom 2. März 1971 könnte der vom Kläger behauptete Vergleich nur zustandegekommen sein, wenn D. in Unterbrechung seines Telefongesprächs mit dem Anwalt die Zustimmung eines Vorgesetzten mit Vollmachten zur Anerkennung eines solchen Betrages eingeholt hätte. Denn D. besaß selbst, wie er dem Anwalt nicht verheimlichte, keine entsprechenden Befugnisse. Daß er eine derartige Zustimmung damals eingeholt hat, vermag das Berufungsgericht indessen trotz Vernehmung mehrerer Zeugen nicht festzustellen und hält deshalb einen direkten Vertragsschluß nicht für erwiesen. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen; auch die Revision hat hier nichts erinnert.

2. Das Berufungsgericht folgt dem Kläger auch nicht in seiner Rechtsmeinung, der Beklagte müsse sich

nach den Grundsätzen über die Wirkung eines unwiderprochen gebliebenen kaufmännischen Bestätigungsschreibens an der in dem genannten Schreiben bestätigten Abmachung festhalten lassen.

Dazu erwägt es, daß zwar der beklagte Versicherungsverein Kaufmann gewesen sein "möge", daß aber jedenfalls der Kläger zu jenem Zeitpunkt weder Voll- noch Minderkaufmann war. Etwas anderes will es auch nicht aus dem Umstand entnehmen, daß für den Kläger bei den Verhandlungen ein Rechtsanwalt tätig geworden ist. Es hält zwar - im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts JW 1931, 522, 524 - für denkbar, daß ein Rechtsanwalt in eigener Sache nach Treu und Glauben nicht nur zum Widerspruch gegen ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gehalten sein könne, sondern auch als Absender eines solchen von einem Kaufmann ggf. Widerspruch erwarten dürfe. Indessen seien keine höchstrichterlichen Entscheidungen ersichtlich, wonach schon die Teilnahme eines Vertreters am kaufmännischen Geschäftsverkehr genüge, um entsprechende Wirkungen auszulösen. Deshalb habe der Beklagte nicht damit rechnen können, daß sein Schweigen als Zustimmung gelte, habe vielmehr das Schreiben ebenso behandeln dürfen, wie wenn es vom Kläger selbst abgesandt wäre.

Mag diese Begründung auch im einzelnen Bedenken unterliegen, so hält sie doch im Ergebnis dem Revisionsangriff stand.

a) Bedenken gegen die Anwendung der vom Kläger in Anspruch genommenen Grundsätze könnten sich schon

daraus ergeben, daß nicht nur dem Angestellten D. des Beklagten die entsprechende Vollmacht ermangelte - was an sich dem Wirksamwerden des Geschäfts durch ein unwidersprochenes Bestätigungsschreiben nicht entgegenstanden hätte (BGHZ 20, 149 und ständig; Erman/Hefermehl, BGB 5. Aufl. § 147 Rdz. 6 m.w.Nachw.) -, sondern daß sich aufgrund seiner eigenen Mitteilung auch der mit ihm verhandelnde Anwalt (anders als etwa in den vom BGH Urt.v. 15. Juni 1964 - II ZR 129/62 - NJW 1964, 1951; Urt. v. 28. Juni 1967 - VIII ZR 30/65 - LM HGB § 346 /Ea/ Nr. 11 entschiedenen Fällen) dessen bewußt war. Damit könnte es schon an der grundsätzlich vom Absender eines Bestätigungsschreibens zu beweisenden (BGH Urt.v. 20. März 1967 - VIII ZR 234/72 - LM HGB § 346 /Es/ Nr. 17; Soergel/Lange, BGB 10. Aufl. § 154 Rdz. 52; Kuchinke JZ 1965, 167, 175 f) allgemeinen Voraussetzung fehlen, daß das Schreiben auf eine ernstliche Vertragsverhandlung Bezugnimmt, welche wenigstens aus seiner Sicht zu einem gültigen Abschluß geführt hat. Denn daß D. zwischendrein eine Ermächtigung für seine Erklärungen eingeholt hat, hält das Berufungsgericht gerade nicht für erwiesen und stellt auch nicht fest, daß er dem Anwalt das vorgetäuscht habe.

b) Die Frage kann aber dahinstehen, weil das Berufungsgericht zurecht die Anwendbarkeit der Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben auf das Verhältnis der Parteien überhaupt verneint.

aa) Die strengen Folgen, welche die Rechtsprechung an das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungs-

schreiben knüpft, beruhen auf einem entsprechenden Handelsbrauch im redlichen Geschäftsverkehr unter Kaufleuten (BGHZ 40, 42, 46 und ständig; Diederichsen JuS 1966, 129, 130; Schlegelberger/Ratz, HGB 3. Aufl. Anm. 110 zu § 246), das heißt, soweit sowohl der Absender als auch der Empfänger Kaufmann ist. Darum kann ihre Anwendung grundsätzlich nicht über jenen Lebensbereich hinaus reichen, in dem dieser Handelsbrauch gilt. Er betrifft in erster Linie beiderseitige Handelsgeschäfte unter Kaufleuten. Deshalb kommt es nicht so sehr darauf an, ob die Verhandlungspartner oder die für sie handelnden Personen die kaufmännischen Bräuche kennen oder kennen müssen, wie dies vielfach bei Behörden (vgl. dazu BGH Urt.v. 19. Februar 1964 - Ib ZR 203/62 = LM HGB 346 Id Nr. 11) und auch bei Rechtsanwälten zutrifft. Entscheidend ist vielmehr, daß im konkreten Fall das Bewußtsein der Verbindlichkeit dieses Handelsbrauchs vorausgesetzt werden kann. Dies trifft auch bei Kaufleuten dann nicht zu, wenn sie in Verhandlungen mit außerhalb des kaufmännischen Verkehrs stehenden Privatteuten begriffen sind. Damit kann insoweit ein Kaufmann auch als Empfänger eines Bestätigungsschreibens nicht mit den sonst üblichen strengen Anforderungen belastet werden (ebenso Diederichsen aaO S. 138).

bb) Allerdings hat die Rechtsprechung seit langem in den Geltungsbereich des kaufmännischen Brauchs auch Personen einbezogen, welche, ohne selbst Kaufleute zu sein, wie solche am Geschäftsleben teilnehmen (BGHZ 40, 42 m.w.Nachw.; Urt. vom 27. Juni 1955 - II ZR 62/54 - BB 1963, 917; obiges Urt. v. 19. Februar 1964; Urt. v. 25. Mai 1970 - VIII ZR 253/68 - Warn, 1970, Nr. 136).

Dies leuchtet in besonderem Maße ein bei Personen, denen, wie etwa einem nicht ins Handelsregister eingetragenen Grundstücksmakler (BGHZ 40, 42) oder einem Gutsbesitzer (RG Gruch 71, 253), nur aus formalrechtlichen Gründen Kaufmannseigenschaft nicht zukommt. (Für die Frage der Gleichstellung von Nichtkaufleuten mit Kaufleuten in diesem Zusammenhang vgl. u.a. Diederichsen aaO S. 131, 138 und Schlegelberger/Ratz aaO Anm. 113, jeweils mit Nachweisen).

Für einen Rechtsanwalt als Empfänger eines Bestätigungsschreibens in eigener Sache hat das Reichsgericht JW 1931, 522, 524 die Gleichstellung mit einem Kaufmann erwogen. Zu dieser Entscheidung Stellung zu nehmen ist der Senat nicht genötigt. Sie besagt, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausführt, nichts darüber, ob eine Partei schon deshalb einem Kaufmann gleichgestellt werden kann, weil sie einem Kaufmann gegenüber in einer (wenn auch noch nicht gerichtshängigen) Rechtssache von einem Rechtsanwalt vertreten wird. Die Prüfung der letzteren Frage kann hier auf den Fall beschränkt werden, daß die beizulegende Rechtssache, aus der Sicht des Mandanten des Rechtsanwalts gesehen, kein kaufmännisches Handelsgeschäft betrifft, weil er, wie hier, selbst weder Kaufmann ist noch einem solchen nach den oben erwähnten Grundsätzen gleichgestellt werden müßte. In dieser Form ist die Frage in der Rechtsprechung soweit ersichtlich nie bejaht worden (ausdrücklich verneint zuletzt bei OLG Hamm NJW 1974, 462; daß sich dort die anwaltschaftlich vertretene Partei in der Rolle des Briefempfängers befand, kann nach dem eingangs Bemerkten nicht entscheidend ins Gewicht fallen).

Auch der erkennende Senat ist nicht der Meinung, daß ein Nichtkaufmann nur deshalb in dem hier erörterten Zusammenhang seine Behandlung als Kaufmann beanspruchen kann, weil er bei Verhandlungen in einer Rechts-sache mit einem Kaufmann durch einen Rechtsanwalt vertreten ist. Das wäre nur denkbar, wenn sich inzwischen der unter Kaufleuten seit langem gefestigte Brauch, der den Rechtsprechungsgrundsätzen zur Wirkung eines un-widersprochenen Bestätigungsschreibens zugrunde liegt, auch auf diesen Bereich tatsächlich ausgedehnt hätte. Das Berufungsgericht vermag dies nicht festzustellen. Es verweist vielmehr auf die erwähnte Tatsache, daß auch in der Rechtsprechung die von der Revision ge-forderten Grundsätze bisher nie angewandt worden sind. Die Revision meint, eine Verkehrsübung müsse auch ent-stehen können, ohne daß bisher Rechtsprechung dazu er-gangen sei. Das trifft an sich zu, hindert aber nicht, daß die geringe Erörterung der Frage in der Recht-sprechung überhaupt und das gänzliche Fehlen von der Revision günstigen Entscheidung eher gegen die Ein-bürgerung eines solchen Brauchs spricht. Irgendwelche Umstände, die dafür sprechen könnten, zeigt auch die Revision nicht auf.

cc) Somit kann, schon weil die tatsächliche Er-streckung des kaufmännischen Brauchs auf den hier in Frage stehenden Bereich nicht feststellbar ist, der Revision nicht gefolgt werden. Nur ergänzend sei daher bemerkt, daß eine solche Übertragung kaufmännischer Bräuche auf mit einem Rechtsanwalt geführte Verhandlungen auch sachlich nicht sehr nahe liegt.

Die kaufmännische Übung, mündliche Absprachen schriftlich zu bestätigen und dem Schweigen auf das Bestätigungsschreiben besondere Wirkung beizumessen, wurzelt in der Eigenart des kaufmännischen Geschäftsverkehrs. Dieser erfordert es oft, wichtige Entscheidungen rasch und ohne formalen Aufwand zu treffen, wodurch dann das weitere Bedürfnis nach ebenso rascher und sicherer Bestätigung, ggf. auch Vervollständigung des Vereinbarten entsteht. Eine ähnliche Interessenlage entsteht in der Regel nicht schon dadurch, daß eine Partei einen Rechtsanwalt in die Verhandlungen einschaltet. Im Gegenteil: dessen Zuziehung weist regelmäßig darauf hin, daß es sich nicht um einen üblichen Vorgang des geschäftlichen Verkehrs, sondern um die Klärung eines aufgetretenen Rechtskonflikts handelt. Die verbreitete und auch in diesem Fall gepflogene Übung, daß der Rechtsanwalt dem Verhandlungsgegner gleichzeitig die Übernahme seiner Gebühren ansinnt, macht das besonders deutlich. Die Klärung eines solchen Konflikts folgt, auch soweit sie als Schadensregulierung für einen Haftpflichtversicherer ein kaufmännisches Routinegeschäft darstellen mag, meist anderen Übungen. Dazu gehört auch, daß endgültige Absprachen in mündlicher Form gegenüber rechtlich erschöpfenden und schriftlich fixierten Regelungen eher die Ausnahme bilden.

3. Indessen sind die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht der im Schreiben vom 3. März 1971 bestätigten Vereinbarung Rechtswirkung abspricht, derzeit nicht vollständig.

Auch außerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs kann nach der besonderen Lage der Umstände dem Schweigen eines Verhandlungspartners auf eine eindeutige Stellungnahme des anderen nach Treu und Glauben die Bedeutung einer Zustimmung zukommen. Darüber besteht im Ergebnis Einhelligkeit, wobei nur die hier nicht zu erörternde dogmatische Frage umstritten ist, inwieweit im Einzelfall dem Schweigen der Charakter einer Willenserklärung zukommt (statt vieler vgl. hierzu Soergel/Lange, BGB 10. Aufl. § 145 Rdz. 27 ff; Mezger Anm. zu BGH LM HGB § 346 D7 Nr. 9 = BGHZ 40, 42).

a) Voraussetzung ist allerdings in allen Fällen, daß anders als beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben (vgl. dazu RGZ 114, 282; BGH Urt. vom 11. Oktober 1961 - VIII ZR 109/60 - MDR 1962, 126) derjenige das Schweigen zu beweisen hat, der aus ihm Rechtswirkungen für sich herleiten will. Damit gälte es zunächst auszuschließen, daß der Beklagte wenigstens fernmündlich innerhalb angemessener Zeit widersprochen hat, eine Feststellung, die das Berufungsgericht bisher - aus seiner Sicht folgerichtig - nicht getroffen hat.

b) Im übrigen liegt es zwar nicht ferne, in dem Bestätigungsschreiben wenigstens hilfsweise die Aufforderung zur Einigung in dem am Vortage mit dem von dem Beklagten als Verhandlungspartner delegierten, allerdings vollmachtslosen D. im einzelnen abgesprochenen Sinne zu erblicken. Ob aber in einem Schweigen des Beklagten darauf ausnahmsweise eine Annahme erblickt werden darf, erfordert eine tatrichterliche Würdigung der Gesamtumstände, die vom Berufungsgericht nachzuholen ist.

Dabei mag einerseits Beachtung finden, ob der "bestätigende" Verhandlungspartner erkennbar die dargestellte vertragliche Gestaltung zur Grundlage weiterer Maßnahmen machen wollte (BGH Urt. vom 25. Juni 1957 - VIII ZR 241/56 - BB 1957, 726 = WM 1957, 1030). Dies wird bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs, die es auch im Interesse des Schädigers baldmöglichst zu beheben gilt, regelmäßig der Fall sein. Andererseits kann außerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs Schweigen allgemein nur mit großer Zurückhaltung als Zustimmung gewertet werden. Im besonderen kann ins Gewicht fallen, daß nach der Darstellung des Beklagten Regulierungsvereinbarungen der hier zur Diskussion stehenden Größenordnung von Versicherern - allerdings nicht gerade vom Beklagten - in so flüchtiger Form nicht getroffen zu werden pflegen, was durchaus gegen eine Umdeutung des Schweigens nach den Grundsätzen von Treu und Glauben sprechen kann.

II

Soweit es demnach doch wieder auf die Prüfung des unmittelbar auf § 823 BGB gestützten Anspruchs ankommen kann, sind die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts zwar dem Angriff der Revision nicht entzogen. Die Meinung des Beklagten, das Berufungsgericht habe die Zulassung der Revision auf die Frage beschränkt, ob ein Vergleich zustandegekommen ist, findet im angefochtenen Urteil keine Stütze, so daß dahinstehen mag, ob eine so gestaltete Beschränkung rechtlich möglich wäre. Da indessen die vorstehend zu I 3) dem Berufungsgericht aufgebene zusätzliche

Prüfung vorgreiflich ist, sieht der Senat davon ab, auf die Ausführungen zur Schadenshöhe im einzelnen einzugehen. Indessen sei für die gegebenenfalls auch hier erforderliche Neuprüfung durch das Berufungsgericht jetzt schon bemerkt:

1. Bei dem Reparaturaufwand für das Fahrzeug geht das Berufungsgericht zwar zutreffend davon aus, daß nach § 249 S. 2 BGB nicht die entstandenen, sondern die erforderlichen Kosten zu ersetzen sind. Es wird jedoch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu berücksichtigen haben, nach der zu ersetzen ist, was in der besonderen Lage des Geschädigten erforderlich erschien. Deshalb sind unter Umständen auch die Kosten unwirtschaftlicher oder unsachgemäßer Maßnahmen zu erstatten, soweit sie die Werkstatt ohne Verschulden des Geschädigten verursacht hat (zuletzt Senatsurteil BGHZ 63, 182). Das bedeutet allerdings nicht notwendig, daß der Beklagte dem Kläger auch insoweit die Mittel für etwa ungerechtfertigte Mehrforderungen der Reparaturfirma zur Verfügung stellen müßte, als der Kläger diese noch nicht befriedigt hat. Doch hat der Kläger insoweit, als ihn kein Verschulden trifft, einen jetzt schon fälligen Anspruch auf Freistellung von solchen Forderungen.

2. Was die Schmerzensgeldforderung betrifft, so wird sich das Berufungsgericht, auch wenn der Kläger keinen Arzt aufgesucht hat, nicht über den Beweisantritt mit Zeugen für Schmerzáußerungen und eine mehrtägige Arbeitspause des Klägers hinwegsetzen dürfen. Ob die Aussage dieser medizinisch nicht sachkundigen

Zeugen auch nicht von einer verhältnismäßig geringfügigen körperlichen Beeinträchtigung des Klägers zu überzeugen vermag, kann nur ihre Vernehmung ergeben.

3. Die weiteren Verfahrensrügen der Revision zur Schadenshöhe mag der Kläger in der erneuten Verhandlung vor dem Tatrichter geltend machen.

Dr. Weber

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann