Fälle zum Allgemeinen Teil des BGB

Lindacher / Hau

7., neu bearbeitete Auflage 2021
ISBN 978-3-406-76596-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Fall 10. Kündigung mit Hindernissen

Handeln im eigenen und im fremden Namen – Zugang durch Einlegen in den Briefkasten – Zugang bei Einschaltung von Mittelspersonen – Relevanz urlaubsbedingter Abwesenheit des Erklärungsempfängers – Zugang bei Einwurf- und Übergabeeinschreiben – Umdeutung verspäteter Kündigung

Sachverhalt

Studienrat *F* hat ein von seinen Eltern geerbtes Grundstück an *M* und deren Bruder *N* vermietet, die es gewerblich nutzen. Der Mietvertrag sieht Kündbarkeit zum Jahresende mit halbjähriger Kündigungsfrist vor. Da *M* im neu erschlossenen Gewerbegebiet ein Grundstück erwerben konnte, kündigte *N* mit Einverständnis der *M* das Mietverhältnis mit Schreiben vom 26. Juni zum Jahresende; er verwendete dabei den Briefkopf der *M* und unterzeichnete „i. A." mit seinem Namen.

Grundfall: *N* wirft das Schreiben am 30. Juni, einen Werktag, gegen 16 Uhr in den Briefkasten des *F*. Die Post wird am Wohnort des *F* üblicherweise im Laufe des Vormittags verteilt. *F* leert seinen Briefkasten am 1. Juli gegen 13 Uhr, als er – wie gewöhnlich um diese Uhrzeit – von der Schule nachhause kommt, und findet dabei das Schreiben des *N*. *F* erbittet ein Gutachten zum Bestand des Mietverhältnisses.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Variante 1: Der von *N* per Post versandte Brief wurde am 27. Juni vom Briefträger auf der Straße der in der Nachbarschaft wohnenden Schwiegertochter *S* des *F* ausgehändigt, die ihn versehentlich erst eine Woche später an *F* weiterleitete.

Variante 2: *N* kündigte per Einwurf-Einschreiben, das am 27. Juni in den Briefkasten des urlaubsabwesenden *F* eingelegt und von diesem erst nach Rückkehr eine Woche später vorgefunden wurde. Die Abwesenheit des *F* war *N* bekannt.

Variante 3: *N* kündigte per Übergabe-Einschreiben. Da der Zustellungsversuch am 27. Juni wegen Urlaubsabwesenheit des *F* scheiterte, hinterließ der Briefträger im Briefkasten nicht den eingeschriebenen Brief, sondern nur einen Benachrichtigungsschein. Mit fruchtlosem Ablauf der Wochenfrist zur Abholung bei der benannten Poststelle ging der Brief mit aufgestempeltem Datum des Zustellungsversuchs und dem Vermerk „Empfänger benachrichtigt, da nicht abgeholt nach Ablauf der Lagerfrist zurück" an *M*. Diese ließ die Sache wegen zwischenzeitlicher Unsicherheit einer termingerechten Fertigstellung ihres Neubaus zunächst auf sich bewenden, um sodann Ende September das Kündigungsschreiben nebst Kopie des Postvermerks dem *F* per Boten zuzustellen.

Lösung

A. Grundfall

I. Das Mietverhältnis endet zum Jahresende, wenn gegenüber *F* wirksam und fristgerecht gekündigt wurde. Es besteht – jedenfalls über das Jahresende hinaus – fort, wenn die Kündigung zu diesem Termin als verspätet zu erachten ist.

1. Zunächst müssten beide Mieter die Kündigung erklärt haben, damit sie wirksam ist. Das Kündigungsrecht kann von mehreren Mietern nämlich nur gemeinsam ausgeübt werden; aus § 425 ergibt sich nichts anderes, da dessen Absatz 2 nicht etwa die Beendigungskündigung, sondern nur die Fälligkeitskündigung (vgl. §§ 488 III, 608) meint.[1] Fraglich ist hier, ob die Kündigung nicht nur – wie es aus Briefkopf und dem Zusatz „i. A." deutlich wird – auf *M,* sondern auch auf *N* selbst zu beziehen ist. Daran könnte man Zweifel haben, da nach dem Gesamteindruck des Kündigungsschreibens *N* nur als Vertreter der *M* aufgetreten ist, ohne dass *N* die Kündigungserklärung ausdrücklich auch im eigenen Namen abgegeben hat. Jedoch ist ein Handeln zugleich im fremden und im eigenen Namen ohne Weiteres rechtlich möglich.[2] Da die Kündigung eine Willenserklärung und als solche ausgehend vom objektiven Empfängerhorizont auszulegen ist (§§ 133, 157), kommt es dabei aber nicht auf den Willen des *N* an. Erforderlich ist vielmehr, dass der Wille des *N,* auch im eigenen Namen zu handeln, in der Kündigung zum Ausdruck gekommen ist.[3] Das ist indes der Fall, weil erkennbar war, dass *N* die Kündigung als eigene hat mittragen wollen: Da *N* und *M* als Geschwisterpaar den Mietvertrag zu einem gemeinsamen unternehmerischen Zweck abgeschlossen haben, hätte *F* einen anderen als den gemeinsamen Kündigungswillen nur bei einer ausdrücklichen Klarstellung annehmen können.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

2. Maßgebliche Kündigungsfrist ist die vertraglich bestimmte Frist; die gesetzliche Kündigungsfrist nach § 580a I ist dispositiver Natur (arg.: Umkehrschluss zu § 573c IV). Eine wirksame Kündigung zum Jahresende liegt deshalb nur vor, wenn die Kündigung spätestens am 30. Juni erfolgt oder als erfolgt anzusehen ist.

3. Die schriftliche Kündigung wird als Willenserklärung unter Abwesenden gemäß § 130 I 1 erst mit ihrem Zugang wirksam. Nach h. M. geht die Willenserklärung zu, sobald sie dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dessen Möglichkeit zur Kenntnisnahme besteht und diese unter normalen Umständen auch erwartet werden kann.[4] Während der Briefkasten regelmäßig dem Machtbereich des Empfängers zuzurechnen ist und dieser grundsätzlich auch schon mit dem Einwurf eines Schriftstücks die Möglichkeit zur Kenntnisnahme erlangt, ist fraglich, wann mit Kenntnisnahme zu rechnen ist. Dies begreift die h. M. als eigenständige Voraussetzung des Zugangs; im Ergebnis nichts anderes gilt aber ausgehend von einer bisweilen vertretenen Ansicht, wonach der Umstand, dass Kenntnisnahme erwartet

---

1 Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Gehrlein* § 425 Rn. 2; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT Rn. 895; MüKoBGB/*Heinemeyer* § 425 Rn. 4; Staudinger/*Looschelders* § 425 Rn. 10 ff.

2 *BGH* NJW 2009, 3506; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/*Schäfer* § 164 Rn. 23.

3 Vgl. *Köhler* BGB AT § 11 Rn. 19. Ein Ausdruck im Schreiben selbst ist nicht zwingend erforderlich, da das Schriftformerfordernis des § 568 I nur für die Vermietung von Wohnraum gilt, arg. e contr. § 578. Anders im Fall des *BGH* NJW 2009, 3506, bei dem die Kündigung Wohnraum betraf.

4 *BGH* NJW 2019, 1151 (1152); *Neuner* BGB AT § 33 Rn. 9; *Brox/Walker* BGB AT § 7 Rn. 9; *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 46; *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 13.

werden kann, keine Voraussetzung des Zugangs, sondern nur für die Rechtzeitigkeit der Willenserklärung relevant sei.[5]

Kommt es – wie hier – nicht zeitnah nach Einwurf in den Briefkasten zur tatsächlichen Kenntnisnahme, muss für die Frage, wann mit dieser zu rechnen ist, auf die Verkehrsanschauung abgestellt werden: Ein Schreiben wird nur dann als bereits am Tag seines Einwurfs zugegangen erachtet, wenn nach den Gepflogenheiten des Verkehrs eine Entnahme aus dem Briefkasten noch an diesem Tag zu erwarten ist; erreicht die Willenserklärung den Briefkasten hingegen zu einer Tageszeit, zu der eine Entnahme nicht mehr erwartet werden kann, ist sie nicht mehr an diesem Tag, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen.[6] Bei einem Unternehmen darf man davon ausgehen, dass der Briefkasten nicht nur zum Zeitpunkt der üblichen Postzustellung (normalerweise vormittags), sondern bis zum Geschäftsschluss wiederholt kontrolliert wird.[7] Dies lässt sich freilich nicht auf Privathaushalte übertragen: Mit einer Leerung des Briefkastens ist unmittelbar nach den – örtlich unterschiedlichen – Postzustellzeiten zu rechnen,[8] nicht jedoch mit einer weiteren Kontrolle im Laufe des Tages. Der Vorschlag, im Interesse der Rechtssicherheit einen einheitlichen Zeitpunkt für die unterstellte Kontrolle von Briefkästen festzulegen, und zwar beispielsweise auf 17:00 Uhr (abstellend darauf, wann angeblich die meisten Bürger von ihrem Arbeitsplatz nachhause zurückkehren), wird der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht gerecht und findet keinen Anhalt im Gesetz.[9] Auch daraus, dass eine Frist gemäß § 188 I erst mit Ablauf des letzten Tages endigt, folgt nicht, dass eine Willenserklärung, die die Frist wahren soll, schon allein deshalb nicht verspätet sein kann, weil sie noch fristgerecht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist.[10]

Mithin ist davon auszugehen, dass das am 30. Juni erst am Nachmittag, also nach der ortsüblichen Postzustellung, in den Briefkasten des *F* eingeworfene Kündigungsschreiben nicht mehr am selben Tag, sondern erst am 1. Juli zugegangen und damit auch erst an diesem Tag wirksam geworden ist.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

4. *Zwischenergebnis:* Weil am 1. Juli die vertraglich vorgesehene halbjährige Kündigungsfrist nicht mehr zum Ende desselben Jahres gewahrt werden kann, besteht das Mietverhältnis über das Jahresende hinaus fort.

II. Dass die Kündigung zum Ende des laufenden Jahres verspätungsbedingt unwirksam ist, heißt freilich nicht notwendig, dass die Kündigung gänzlich wirkungslos bleibt. Es fragt sich, ob sie im Wege der Umdeutung (§ 140) als Kündigung zum nächstzulässigen Termin, d. h. zum folgenden Jahresende, aufrechtzuerhalten

---

5 Vgl. vor allem *Flume* BGB AT II § 14 (3b). Gegen diese Differenzierung etwa MüKoBGB/*Einsele* § 130 Rn. 16.

6 Deutlich etwa *BGH* NJW 2019, 1151 (1152).

7 So etwa *Wertenbruch* JuS 2020, 481 (485). Beachte auch *OLG Karlsruhe* BeckRS 2018, 9718: im Falle einer von morgens 6 Uhr bis nachts um 3 Uhr geöffneten Gaststätte könne noch von einer werktäglich abendlichen Leerung des Hausbriefkastens bis 18 Uhr ausgegangen werden.

8 *BAG* NJW 2019, 1490 = JuS 2020, 266 *(Boemke)* = JA 2020 *(Schwarze)* = JZ 2020, 47 m. Anm. *Foerste.*

9 Deutlich – gegen die These der Vorinstanz – *BAG* NJW 2019, 1490 = JuS 2020, 266 *(Boemke)* = JA 2020 *(Schwarze)* = JZ 2020, 47 m. Anm. *Foerste.* Ebenso wenig überzeugt der Vorschlag, einheitlich darauf abzustellen, ob der Einwurf vor 12 Uhr erfolgt; so aber *Bruns* NJW 2019, 3618.

10 Klarstellend wiederum *BAG* NJW 2019, 1490 = JuS 2020, 266 *(Boemke)* = JA 2020 *(Schwarze)* = JZ 2020, 47 m. Anm. *Foerste.* Anders aber etwa Staudinger/*Singer/Benedict* § 130 Rn. 76.

ist.[11] Die Umdeutung verlangt objektiv inhaltliche Kongruenz derart, dass das Ersatzgeschäft in seinen Wirkungen nicht weiter reicht als das nichtige.[12] Diese Voraussetzung ist erfüllt: Die Vertragsbeendigung zu einem späteren Zeitpunkt als vom Kündigenden intendiert stellt, von der Rechtsfolge her betrachtet, ein *minus* dar. Gerade deshalb dürfte auch dem subjektiven Erfordernis, dem des einschlägigen hypothetischen Parteiwillens,[13] Genüge getan sein: Der Kündigende, dem die Vertragsbeendigung zum an sich gewünschten Termin misslingt, ist typischerweise – und der Gegenseite erkennbar – an einer Beendigung zum nächstmöglichen Folgetermin interessiert.[14] Mithin besteht das Mietverhältnis zwar über das Jahresende hinaus fort, endigt indes mangels Hinweisen auf einen gegenteiligen Parteiwillen zum Ende des Folgejahres.

III. Von der ihm durch § 174 S. 1 eröffneten Möglichkeit, die Kündigung unverzüglich zurückzuweisen, weil *N* bei der Kündigung seine Vertretungsmacht nicht urkundlich belegt hat, hat *F* keinen Gebrauch gemacht.[15]

B. Variante 1

I. Ob es zu Abweichungen gegenüber dem Grundfall kommt, hängt von der Zugangsfrage und diese wiederum von der Rolle der *S* ab. Wird eine verkörperte Willenserklärung einem *Empfangsvertreter* gemäß § 164 III ausgehändigt, bewirkt die Aushändigung als solche, also die Erlangung der unmittelbaren Kenntnisnahmemöglichkeit durch den Vertreter, den Zugang i. S. von § 130.[16] Hingegen bringt das Aushändigen an einen bloßen *Empfangsboten*[17] die Erklärung zwar in den Bereich des Adressaten, doch ist zeitlich auf den Punkt abzustellen, zu dem die Weiterleitung unter normalen Umständen zu erwarten ist;[18] mithin trägt der Adressat zumindest das Risiko verspäteter Weiterleitung. Bedient sich umgekehrt der Erklärende eines Boten, geht das Verspätungsrisiko zu seinen Lasten: Die Erklärung geht erst mit der Weiterleitung an den Adressaten demselben zu.[19]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

1. Im Entscheidungsfall ist die Kündigung jedenfalls nicht schon mit der Aushändigung des Briefs an *S* zugegangen: Für eine Bevollmächtigung derselben durch *F* fehlt jeder Anhaltspunkt.

2. Auch für eine – ausdrückliche oder konkludente – Bestimmung der *S* zur Empfangsbotin gibt der Sachverhalt nichts her. In Betracht kommt allenfalls eine Empfangsbotenstellung kraft Verkehrsanschauung, die an das persönliche Näheverhältnis zum Adressaten anknüpft. Aber selbst wenn man eine Empfangsboteneignung kraft

---

[11] Einführend zur Umdeutung *Lieder/Berneith* JuS 2015, 1063; *Grobe/Schellenberg* Jura 2020, 799 (803 f.).

[12] Statt vieler: *Boemke/Ulrici* BGB AT § 14 Rn. 32; *Medicus/Petersen* BGB AT Rn. 519; *Musielak/Hau* GK BGB Rn. 303; Staudinger/*Roth* § 140 Rn. 22.

[13] Näher hierzu MüKoBGB/*Busche* § 140 Rn. 19 ff. m. w. N.

[14] Für Umdeutung als Regellösung z. B. *OLG Hamm* MDR 1994, 56; Staudinger/*Roth* § 140 Rn. 46.

[15] Beachte zu § 174 und zu dessen Zusammenspiel mit § 180 etwa *Bork* BGB AT Rn. 1530 f.; *Musielak/Hau* GK BGB Rn. 1176, 1214. Vgl. zudem etwa *Strobel* NJW 2020, 2433 (zur Zurückweisung bei Untervollmacht) sowie *Payrhuber* JuS 2018, 222 (zur Genehmigungsfähigkeit vollmachtlos erklärter Kündigungen).

[16] Klarstellend: *BGH* NJW-RR 1989, 758; NJW 2002, 1042; Jauernig/*Mansel* § 130 Rn. 8.

[17] Zur Abgrenzung vom Empfangsvertreter beachte *BGH* NJW 2002, 1041 f.; *Wertenbruch* JuS 2020, 481 (488).

[18] *BGH* NJW-RR 1989, 759; *Hübner* BGB AT Rn. 732; *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 16; *Leipold* BGB I § 12 Rn. 14 f.; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 9.

[19] *Brox/Walker* BGB AT § 7 Rn. 17; *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 15.

Verkehrsanschauung in Parallele zu § 178 ZPO grundsätzlich bejaht,[20] dürfte es zu weit gehen, nahe Angehörige, die außerhalb der Hausgemeinschaft leben, als Empfangsboten anzusehen.[21] Nach der Verkehrsanschauung begründet Verwandtschaft bzw. Schwägerschaft als solche – also ohne Haushaltszugehörigkeit – wohl keine Empfangsbotenstellung.[22]

3. Hatte *S* nach alledem nur den Status einer (Unter-)Erklärungsbotin des *N,* so ist die Kündigung erst mit Weiterleitung des Briefs an *F* und damit nach dem 30. Juni zugegangen. Die Kündigung zum Jahresende ist verspätet erfolgt. Ob sich der Briefträger als Erfüllungsgehilfe des von *N* beauftragten Beförderungsunternehmens pflichtwidrig verhalten hat, kann hier dahingestellt bleiben, da dies jedenfalls dem Adressaten *F* nicht zur Last zu fallen vermag.

II. Zu prüfen bleibt, was daraus folgt, dass *F* offenbar davon abgesehen hat, *M* bzw. *N* auf die diesen nicht erkennbare Verzögerung der Weitergabe durch *S* hinzuweisen: Man könnte erwägen, dass dieser Umstand die Berufung des *F* auf die Verspätung als mit Treu und Glauben (§ 242) unvereinbar erscheinen lässt. Richtigerweise ist dies indes zu verneinen. Namentlich aus § 149 lässt sich keineswegs der allgemeine Grundsatz entwickeln, dass Erklärungen, die im Falle regelmäßiger Beförderung rechtzeitig zugegangen wären, bei Unterlassen einer unverzüglichen Anzeige durch den Adressaten als nicht verspätet zu gelten hätten.[23] Aus dem Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis mag zwar eine entsprechende Hinweispflicht folgen, doch wäre deren Nichteinhaltung allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer haftungsauslösenden Pflichtverletzung relevant.

III. Im Ergebnis dauert das Mietverhältnis – wie in der Grundfallgestaltung – über das Jahresende hinaus fort, findet sein Ende freilich mit Ablauf des Folgejahres.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

C. Variante 2

I. Entscheidend ist wiederum die Zugangsfrage.

1. Die Kündigung seitens *M* und *N* ist mit dem Einwurf des Einschreibens[24] in den Briefkasten des *F* jedenfalls in dessen Machtbereich gelangt.

2. Zu prüfen bleibt, wie es sich auswirkt, dass *F* infolge seiner Urlaubsabwesenheit von der Erklärung zunächst keine Kenntnis nehmen konnte.

Eine verbreitete,[25] früher auch höchstrichterlich[26] vertretene Meinung bejaht Zugangsvollendung im Falle einer dem Kündigenden *bekannten* Urlaubsabwesenheit

---

[20] So *BAG* NJW 1993, 1094; *BGH* NJW 2002, 1566; Soergel/*Hefermehl* § 130 Rn. 9; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 9. Kritisch etwa *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 16: die Verkehrsanschauung könne das Vorliegen einer Empfangsermächtigung bestenfalls indizieren.

[21] Deutlich etwa *Wertenbruch* BGB AT § 8 Rn. 41. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Empfangsbotenstellung, wenn die Willenserklärung einem haushaltsangehörigen Verwandten außerhalb der Wohnung übergeben wird. Dies bejahend, allerdings bedenklich weitgehend, *BAG* NJW 2011, 2604 = JuS 2012, 68 *(Faust)* = JA 2012, 67 *(Schwarze).*

[22] Ebenso, also Familien- und Hauszugehörigkeit fordernd, z. B. Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 9; *Bork* BGB AT Rn. 1353 und *Kötz* VertragsR Rn. 96. Offenbar großzügiger in der Bejahung der Empfangsboteneignung bei Familienangehörigen aber etwa Soergel/*Hefermehl* § 130 Rn. 9.

[23] Manche sprechen § 149 bereits eine einleuchtende Ratio ab; vgl. etwa *Canaris* Vertrauenshaftung S. 326 ff.; *Häsemeyer* FS Jayme, 2004, 1444.

[24] Instruktiv zum Unterschied zwischen Einwurf- und Übergabe-Einschreiben etwa *Faust* BGB AT § 2 Rn. 40; *Wertenbruch* JuS 2020, 481 (485).

[25] Vgl. z. B. Soergel/*Hefermehl* § 130 Rn. 26.

[26] BAGE 34, 308 = NJW 1981, 1470.

erst mit Rückkehr des Adressaten. Entscheidend sei der Zeitpunkt, in dem aus Sicht des Erklärenden unter normalen Umständen mit Kenntnisnahme zu rechnen sei. Ein dem Erklärenden bekanntes Kenntnisnahmehindernis wirke gewissermaßen zugangsretardierend. Die h. M[27] spricht der Urlaubsabwesenheit umgekehrt jede Relevanz ab: Maßgebend sei nicht der individuelle Erwartungshorizont des Absenders, vielmehr sei die Formel von der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts, in dem unter „gewöhnlichen Verhältnissen" mit der Kenntnisnahme des Adressaten zu rechnen sei, zu „objektivieren" und die Urlaubsabwesenheit als ungewöhnlicher Umstand zu werten. Einzelne Autoren[28] schließlich folgen der h. M. zwar im Ansatz, argumentieren hingegen gerade umgekehrt: Da Urlaubsreisen heute nichts Ungewöhnliches seien,[29] gehe die Kündigung dem urlaubsbedingt Abwesenden auch und gerade bei einer von den Verhältnissen der konkreten Rechtsbeziehung abstrahierenden Betrachtung (unabhängig davon, ob der Kündigende um die Urlaubsabsenz weiß oder nicht) grundsätzlich erst mit Rückkehr zu.

Behält man im Blick, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für die Zugangstheorie (und gegen die Vernehmungstheorie) eine Entscheidung zugunsten einer Abgrenzung nach Risikosphären bedeutet,[30] spricht alles dafür, der h. M. zumindest im Ergebnis zu folgen: Kündigungsberechtigte Parteien eines Dauerschuldverhältnisses sind nicht nur in ihrem Vertrauen dahin schutzwürdig, dass die Rechtzeitigkeit der Kündigung nicht an ihnen unbekannten atypischen Hemmnissen scheitert. Sie haben auch ein legitimes Interesse, unbeschadet etwaigen Wissens um einen vorübergehenden Kenntnisnahmehinderungsgrund termingerecht kündigen zu können.[31] Da die urlaubsbedingte Abwesenheit als Folge der konkreten Planungsentscheidung des Adressaten allein dessen Sphäre zuzurechnen ist, heißt dies: Die in den Machtbereich des Adressaten gelangte Kündigungserklärung ist bereits in dem Zeitpunkt zugegangen, in dem im Falle unterstellter Anwesenheit mit Kenntnisnahme zu rechnen wäre.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. Für den Entscheidungsfall bedeutet dies, dass die Kündigung am Einwurftag (27. Juni) und damit unter Wahrung der halbjährigen Kündigungsfrist zum Jahresende zugegangen ist.

II. In Abweichung von Variante 1 ist das Mietverhältnis mithin schon zum Jahresende beendigt.

D. Variante 3

I. Auch hier gilt, dass Abweichungen gegenüber Variante 1 nur mit Blick auf die Zugangsfrage in Betracht kommen.

1. Zu erwägen ist zunächst, ob das Kündigungsschreiben mit Abholbarkeit bei der im Benachrichtigungsschein benannten Poststelle zugegangen ist bzw. als zugegangen gilt.

a) In der Literatur wird in der Tat vertreten, bei Hinterlassung eines Benachrichtigungszettels nach erfolglosem Versuch der Einschreibenszustellung gehe die Erklärung in dem Zeitpunkt zu, in dem das Schreiben vom Adressaten abgeholt werden

---

[27] *BAG* NZA 1988, 876 f.; NZA 2004, 1330 (1331); NZA 2018, 1157 (1158); *Brehm* BGB AT Rn. 166; *Wertenbruch* BGB AT § 8 Rn. 34; Erman/*Arnold* § 130 Rn. 11; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 5.

[28] *Popp* DB 1989, 1135; *Nippe* JuS 1991, 290 (zur arbeitsrechtlichen Kündigung, aber verallgemeinerungsfähig).

[29] Bezeichnend, wenngleich in anderem Zusammenhang: BGHZ 141, 153 (158).

[30] Statt aller *Hübner* BGB AT Rn. 731; *Medicus/Petersen* BGB AT Rn. 273.

[31] Zutreffend *v. Olshausen* JZ 1981, 633 f.

kann und dies unter der Annahme normaler Umstände auch zu erwarten ist.[32] Dagegen spricht indessen, dass die Erklärung sich auch zu diesem Zeitpunkt keineswegs im Machtbereich des Empfängers befindet:[33] Durch die Abholmöglichkeit wird der Empfänger lediglich in die Lage versetzt, das Schreiben in seinen Machtbereich zu bringen; bis zur Aushändigung an ihn (oder einen Beauftragten) verbleibt der Einschreibebrief im Machtbereich der Post.

b) Eine andere Frage ist, ob sich *F* nach Treu und Glauben (§ 242) so behandeln lassen muss, als wäre ihm die Kündigung mit Abholbarkeit bei der Poststelle zugegangen. Allerdings erscheint die These, das Nichtabholen einer Einschreibesendung sei im Rahmen einer bestehenden oder angebahnten rechtlichen Beziehung in aller Regel als Zugangsvereitelung durch Unterlassen zu erachten,[34] bereits bei einem der Abholung fähigen Adressaten bedenklich.[35] Auf keinen Fall aber geht es an, den Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ohne Weiteres auf den (beispielsweise urlaubsbedingt) ortsabwesenden Adressaten zu erstrecken. Wer ohne Bestellung einer Empfangsperson in den Urlaub fährt, obwohl abstrakt-generell mit der Möglichkeit rechtserheblicher Erklärungen in der Form von Einschreibesendungen zu rechnen war, setzt für derartige Erklärungen zwar ein ihm zuzurechnendes Empfangshindernis, er macht sich aber nicht ohne Weiteres einer arglistigen Zugangsvereitelung schuldig.[36] Schlichte Zugangshindernisse entbinden den Erklärenden, der das Ausbleiben des Zugangs bemerkt, anerkanntermaßen nicht von der Vornahme eines erneuten Zustellungsversuchs.[37]

c) Auf den Entscheidungsfall bezogen heißt dies: Der Erstzustellungsversuch für sich allein äußert keine Zugangswirkung.

2. Die Zustellung des Kündigungsschreibens per Boten (sei es durch Aushändigung, sei es durch Einlegen in den Hausbriefkasten) bewirkt zwar Zugang i. S. von § 130 I 1, ist indes, jedenfalls isoliert betrachtet, als Kündigung zum Jahresende verfristet.

3. Zu prüfen bleibt allerdings, ob dem Umstand, dass der Hinderungsgrund für den Zugang des Einschreibens der Sphäre des *F* zuzurechnen ist, im Zusammenspiel mit der Zustellung des Kündigungsschreibens durch den Boten Relevanz zukommt.

a) Erlangt der Erklärende Kenntnis vom Nichtzugang, so hat er sich nach Kräften darum zu bemühen, dass die Erklärung noch in den Machtbereich des Adressaten gelangt. Genügt er jedoch dieser Obliegenheit, so gilt es seine Position zu stärken: Hat er nach erkanntem Scheitern des ersten Zustellungsversuchs alles ihm Zumutbare und nach der Sachlage Erforderliche getan, kann sich der Adressat nach schließ-

---

[32] So, unter Berufung auf die angeblich vergleichbare Wertung des § 181 I 4 ZPO, *Neuner* BGB AT § 33 Rn. 12, 16; ferner *Pawlowski* BGB AT Rn. 374a; AK-BGB/*Hart* § 130 Rn. 4; *Behn* AcP 178 (1978), 505 ff.; *Singer* LM BGB § 130 Nr. 27.

[33] Ausdrücklich klarstellend etwa *BAG* NJW 1997, 147; *BGH* NJW 1998, 976 (977); *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 14; *Schwarz* NJW 1994, 892.

[34] So tendenziell BGHZ 67, 275; *Schwarz* NJW 1994, 892.

[35] Eindeutig gegen eine einschlägige Regelaussage auch *BGH* NJW 1998, 977; *BAG* BB 2003, 1178 (1181); ferner: *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 30; *Brehm* BGB AT Rn. 166; *Schack* BGB AT Rn. 188; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 18.

[36] Beachte zum Fall einer Zugangsvereitelung etwa das Beispiel bei *Wertenbruch* JuS 2020, 481 (488): ein Rohstoffhändler, der einem Kunden ein bis 12:00 Uhr bindendes Verkaufsangebot gemacht hat, erfährt an dem fraglichen Tag vormittags von einer erheblichen Preissteigerung am Rohstoffmarkt, schaltet daraufhin sofort sein Faxgerät ab, unterbricht die Stromzufuhr und geht bis 12:30 Uhr nicht ans Telefon.

[37] Allgemein, statt vieler: *BGH* NJW 1998, 977; *Heinrich* ZivilR Fall 2; *Hübner* BGB AT Rn. 740; *Köhler* BGB AT § 6 Rn. 30.

lich erfolgtem Zugang der Erklärung nicht auf die von ihm verursachte und zu verantwortende Verspätung berufen.[38]

b) Vorliegend hat *M* den Zugang noch bewirkt. Bedenken bestehen allerdings dahin, ob der – erfolgreiche – zweite Zustellungsversuch zeitgerecht erfolgte. Die h. M. versteht die Formel, der Erklärende müsse alles ihm Zumutbare und nach der Sachlage Erforderliche unternehmen, zu Recht auch zeitbezogen: Der Erklärende ist beim Scheitern des ersten Zustellungsversuchs zwar frei, es bei der Wirkungslosigkeit seiner Erklärung zu belassen, darf aber nicht zuwartend auf Kosten der Gegenseite spekulieren. Will er, dass seine Erklärung wirksam wird und die Gegenseite sich nicht auf den an sich verspäteten Zugang berufen darf, so muss er so schnell wie möglich handeln.[39] Vorliegend ist dem Erfordernis der Unverzüglichkeit eindeutig nicht Genüge getan, nachdem *M* mehrere Wochen mit der Zweitzustellung gewartet hat.

4. Es bleibt deshalb dabei: Der erste Kündigungsversuch ist am Zugangserfordernis gescheitert, die erfolgte Kündigung im zweiten Anlauf ist als Kündigung zum Jahresende verspätet.

II. *Ergebnis:* Das Mietverhältnis dauert über das Jahresende hinaus fort, findet sein Ende – wie in der Grundfallgestaltung und in Variante 1 – freilich mit Ablauf des Folgejahres.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[38] *BGH* NJW 1998, 976; *Hübner* BGB AT Rn. 740; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 18; Jauernig/*Mansel* § 130 Rn. 15.
[39] *BGH* NJW 1998, 976; *Brox/Walker* BGB AT § 7 Rn. 24; Palandt/*Ellenberger* § 130 Rn. 18.

Fall 11. Bürge unverbindlich

Angebot „freibleibend" und invitatio ad offerendum – Antrag mit Widerrufs- oder Rücktrittsvorbehalt – Widerruf des Widerrufs bei formbedürftigen Geschäften – Auflösung juristischer Personen

Sachverhalt

Kunde *K* will der in finanzielle Turbulenzen geratenen *A-GmbH (A)* einen wichtigen Auftrag nur dann erteilen, wenn der vermögende *B,* ein Freund des Alleingesellschafters der *A,* persönlich für die Erfüllung einsteht. Da *B* zwar *A* helfen, andererseits ihre Finanzlage noch eingehend prüfen möchte, übersendet er *K* am 1. Dezember ein Schreiben, in dem er „freibleibend" die Übernahme einer Erfüllungsbürgschaft bezüglich des fraglichen Geschäfts anbietet. Am 3. Dezember teilt *K* dem *B* mit, dass er nur deshalb, weil sich *B* zur Übernahme der Bürgschaft habe durchringen können, der *A* soeben den Auftrag erteilt habe. Erst am 4. Dezember kann *B* die Prüfung der Geschäftsbücher der *A* abschließen und gibt, erschrocken über die desolate Lage, sogleich ein Schreiben an *K* zur Post, worin er mitteilt, doch von der Übernahme einer Bürgschaft Abstand nehmen zu müssen. Aber noch am selben Abend fasst *B* neuen Mut, ruft den *K* an und erklärt, dieser solle sich um das ihn am nächsten Tag erreichende Schreiben nicht kümmern. Als *A* später wegen völliger Vermögenslosigkeit alle Geschäftstätigkeiten einstellt, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt und die Auflösung der *A* in das Handelsregister eingetragen wird, will *K* den *B* als Bürgen in Anspruch nehmen. Zu Recht?

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Lösung

Ein Vorgehen des *K* gegen *B* gemäß § 765 I setzt voraus, dass ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen (dazu I) und der Anspruch durchsetzbar ist (dazu II).

I. 1. Das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags hängt in erster Linie davon ab, wie es zu verstehen ist, dass *B* am 1. Dezember „freibleibend" die Übernahme einer Bürgschaft angeboten hat.

a) Es bieten sich verschiedene Deutungsmöglichkeiten des Angebots „freibleibend" (auch: „sine obligo" oder „unverbindlich") an.

(1) In Betracht kommt erstens die Meidung jeglicher Eigenbindung: Der Vorbehalt soll der Erklärung, der er beigefügt ist, bereits den Angebotscharakter nehmen; das „Angebot" wird dann nur als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots gedeutet, also als bloße *invitatio ad offerendum.*[1] Die Entscheidungsfreiheit über die Annahme eines sodann vom Adressaten ausgehenden Angebots bleibt beim freibleibend Offerierenden, wobei dieser freilich zu erkennen gibt, einem so veranlassten Angebot unverzüglich zu widersprechen, wenn er dieses *nicht* annehmen

[1] So etwa *Wertenbruch* BGB AT § 6 Rn. 25.

will.[2] Mit der Formulierung „freibleibend" wird also klargestellt, dass Schweigen auf das provozierte Angebot des Adressaten als Annahme gewertet werden dürfe. Für den vorliegenden Fall bedeutete diese Interpretation: Ein Angebot des *B* auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrages erfolgte mit dem Schreiben vom 1. Dezember noch nicht. Vielmehr wäre erst die Erklärung des *K* vom 3. Dezember als Angebot zu verstehen. Ob *B* diesem so rechtzeitig widersprochen hat, dass die Annahmefiktion nicht eingreift, kann freilich schon deshalb dahinstehen, weil das Schweigen des *B* als konkludente Annahme ohnehin nicht der Form des § 766 S. 1 genügen würde, also schon gemäß § 125 S. 1 unbeachtlich wäre.[3] Anders ließe sich nur entscheiden, wenn man darauf verweisen könnte, dass bereits die *invitatio ad offerendum* schriftlich verfasst war. Dies lässt sich jedoch kaum vertreten: Die Auslegung der freibleibend-Erklärung als bloße *invitatio* beruht gerade auf der Erwägung, dass dem Anbietenden der Rechtsbindungswille für ein vollgültiges Angebot fehlt. Folglich kann der mit dem Schriftformgebot einhergehende Übereilungsschutz auf dieser Ebene noch nicht erreicht werden, vielmehr erst greifen, wenn der verbindliche Entschluss gefasst werden soll.

(2) Zweitens kann man ein „freibleibendes" Angebot auch als vollwirksame Offerte auslegen, wobei sich der Anbietende indes vorbehält, seine Erklärung bis zur Annahme[4] oder spätestens unverzüglich nach deren Zugang zu widerrufen.[5] Diese Möglichkeit erkennt § 145 an, und zwar grundsätzlich auch über den Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung hinaus.[6] Dann hätte *B* am 1. Dezember seine Bürgschaftserklärung wirksam in der Form des § 766 S. 1 abgegeben und zugleich „erteilt".[7] Dieses Angebot des *B* hätte *K* sodann am 3. Dezember angenommen, und es bliebe zu klären, welche Wirkung zum einen dem Schreiben des *B* vom 4. Dezember und zum anderen dem Anruf vom selben Tag beizumessen ist.

(3) Drittens kann man ein „freibleibendes" Angebot als vollwirksames Angebot auslegen, allerdings gerichtet auf Abschluss eines Vertrags, der für die antragende Partei ein vertragliches Rücktrittsrecht i. S. von § 346 I Var. 1 begründet.[8] Folgt man dem, so kam wiederum mit der Antwort des *K* vom 3. Dezember jedenfalls zunächst ein (form-)wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

b) Mithin kommt es darauf an, ob und wie weit sich *B* mit seinem Schreiben vom 1. Dezember binden wollte. Die Frage nach der rechtlichen Bedeutung eines freibleibenden Angebotes ist ein Auslegungsproblem und als solches nach Maßgabe von §§ 133, 157 ausgehend vom objektiven Empfängerhorizont zu klären. Hätte *B* einen vertraglich vorgesehenen Rücktrittsvorbehalt gewollt, also ein unbefristetes einseitiges Lösungsrecht von der Bürgschaftsverpflichtung, so wäre damit der Wert der Bürgschaft letztlich aufgehoben, trotz der mit einigen Unwägbarkeiten verbundenen Möglichkeit, gemäß § 350 eine Frist für die Ausübung des Rücktritts zu setzen. Ein

---

[2] So als Auslegungsregel für Zweifelsfälle *v. Tuhr* BGB AT II/1 § 62 III; *Enneccerus/Nipperdey* BGB AT II § 161 III 1b; *Neuner* BGB AT § 37 Rn. 15; *Lindacher* DB 1992, 1813 f.; beachte aus der Rechtsprechung *BGH* NJW 1996, 919 f.

[3] Nichts deutet im Fall auf die Einschlägigkeit von § 350 HGB hin.

[4] So Planck/*Flad* § 145 Anm. 5.

[5] Vgl. MüKoBGB/*Busche* § 145 Rn. 8; *Flume* BGB AT II § 35 I 3c; Staudinger/*Bork* § 145 Rn. 31; *Bork* BGB AT Rn. 724; *Medicus/Petersen* BGB AT Rn. 366.

[6] Statt mancher: Soergel/*Wolf* § 145 Rn. 11; *Medicus/Petersen* BGB AT Rn. 366. Einschränkend aber etwa *Bork* BGB AT Rn. 725; Staudinger/*Bork* § 145 Rn. 27. Dezidiert anders Jauernig/*Mansel* § 145 Rn. 5; *Häsemeyer* FS Jayme, 2004, 1444. Zur Disponibilität des § 145 vgl. allgemein *BGH* NJW-RR 2004, 952; *Möslein* Jura 2020, 122 (129 ff.).

[7] Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal etwa *Emmerich* SchuldR BT § 14 Rn. 12; MüKoBGB/*Habersack* § 766 Rn. 25.

[8] Den Unterschied zum Widerrufsmodell betont etwa Soergel/*Wolf* § 145 Rn. 11 und 14.

derart starker Vorbehalt muss hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen;[9] mit ihm musste *K* bei dieser Formulierung nicht rechnen. Zu prüfen bleibt, ob *B* mit seinem Schreiben aus Sicht des *K* bereits den Geltungsgrund einer Bürgschaftsverpflichtung setzen oder sich selbst dies noch überlegen wollte: Nur im ersten Fall läge bereits ein wirksames Angebot, im zweiten hingegen eine *invitatio ad offerendum* vor. Da es für diese Auslegungsfrage auf den objektivierten Empfängerhorizont ankommt, kann zugunsten des Ersteren nicht ohne Weiteres sprechen, dass sich *K* auf die bereits erfolgte Übernahme einer Bürgschaft verlassen hat, indem er den Auftrag erteilt hat. Für eine *invitatio ad offerendum* streitet die richtigerweise h. M. hinsichtlich nicht formbedürftiger Austauschverträge,[10] für ein wirksames Angebot hingegen gerade im Hinblick auf den Abschluss formbedürftiger Geschäfte die allgemeine Auslegungsregel, dass Erklärungen im Zweifel dergestalt zu deuten sind, dass ihnen rechtliche Wirksamkeit statt formmangelbedingter Unwirksamkeit beigemessen werden kann.[11] Ein verständiger Adressat der schriftlichen Erklärung des *B* wird diese kaum so verstehen dürfen, dass zwar erst das Schweigen des *B* auf eine so provozierte Erklärung des Adressaten als Annahme zu werten sei, allerdings nur als eine formungültige, die gerade nicht in der Lage wäre, den beiderseits ins Auge gefassten Bürgschaftsvertrag zu perfektionieren. Vor allem aber kann dem ersichtlichen Anliegen des *B,* sich vor Abschluss der Buchprüfung noch nicht endgültig zu binden, auch auf andere Weise – eben mittels der Widerrufsvorbehalts-Konstruktion – Rechnung getragen werden. Ein zusätzliches, letztlich aber eher schwaches Indiz gegen die *invitatio*-Konstruktion mag man darin sehen, dass der fraglichen Erklärung ihrerseits eine *invitatio* vorausgegangen ist;[12] so verhält es sich hier, da zunächst *K* das Stellen einer Sicherheit durch *B* gefordert hatte.

2. Folgt man der hier vertretenen Ansicht und legt die Widerrufsvorbehalts-Konstruktion zugrunde, so kommt es für das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags darauf an, ob *B* seine Bürgschaftserklärung mit dem Schreiben vom 4. Dezember wirksam widerrufen hat. Der Widerruf, den sich *B* vorbehalten hatte, erfolgte zwar erst nach Zugang der Annahmeerklärung des *K* und damit erst nach Vertragsschluss, aber unverzüglich nach Abschluss der Buchprüfung, mithin noch rechtzeitig.

3. Allerdings hat *B* den schriftlichen Widerruf noch vor dessen Zugang bei *K* seinerseits durch den Anruf vom selben Tag widerrufen (§ 130 I 2). Im Grundsatz bestehen keine Bedenken gegen die Möglichkeit, eine schriftliche Willenserklärung (fern-) mündlich zu widerrufen; denn § 130 I 2 schreibt nicht vor, dass Widerruf und Erklärung in derselben Form erfolgen. Zu klären bleibt hier jedoch noch, ob ein Widerruf des Widerrufs durch *B* der Form des § 766 S. 1 zu unterstellen ist. Das wäre der Fall, wenn es sich um die (Neu-)Begründung der Bürgschaftsverbindlichkeit des *B* handelte.[13] So liegt es aber nicht: Die Bürgschaftsverpflichtung des *B* ist mit dem ursprünglichen Vertragsschluss entstanden und nicht wieder erloschen, der Widerruf des Widerrufs begründet keine (neue) Verbindlichkeit des *B.* Auch gebietet die Interessenlage keine entsprechende Anwendung des § 766. Im Ergebnis hat der Widerruf des Wider-

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

[9] Treffend Soergel/*Wolf* § 145 Rn. 14.

[10] Vgl. *BGH* NJW 1996, 919 f.; *Enneccerus/Nipperdey* BGB AT II § 152 III 1; *v. Tuhr* BGB AT II/1 § 62 III; *K. Schmidt* HandelsR § Rn. 29; Jauernig/*Mansel* § 145 Rn. 5; *Kramer* Jura 1984, 248; *Lindacher* DB 1992, 1813 f.

[11] Vgl. *Bork* BGB AT Rn. 556 m. w. N., zugleich aber auch zu Ausnahmen.

[12] So etwa Staudinger/*Bork* § 145 Rn. 31. Jedenfalls kann keine Rede davon sein, dass die Antwort auf eine *invitatio* nicht ihrerseits eine solche sein „kann"; näher *Lindacher* DB 1992, 1814, gegen *BGH* NJW 1984, 1885 f.

[13] Zu § 311b I argumentiert so *BGH* NJW-RR 2004, 952. Beachte auch das Parallelproblem des Widerrufs eines Widerrufstestaments (§ 2257).

rufs zwar das gleiche Gewicht wie die erstmals verpflichtende Bürgschaftserklärung, doch ist die psychologische Situation eine andere und damit die Schutzbedürftigkeit nicht in gleichem Maße gegeben: Im Fall des § 766 ist die Entscheidung über die Übernahme der Verpflichtung vor Abgabe der Bürgschaftserklärung noch nicht gefallen, hier dagegen schon und es steht nur der Rückzug aus der Verbindlichkeit in Frage. Demnach ist das Bedürfnis des Bürgen nach Schutz durch die Warnfunktion des Schriftformerfordernisses geringer, mithin eine Anwendung des § 766 nicht geboten.

II. Misst man der telefonischen Erklärung des *B* die Bedeutung bei, das (form-) wirksame Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags gesichert zu haben, so ist weiter zu fragen, wie es sich auf die Bürgenhaftung auswirkt, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde: Kam es zum Erlöschen der Rechtssubjektivität der GmbH, so ist womöglich auch die gegen sie gerichtete Hauptforderung des *K* und mit ihr die gemäß § 767 I akzessorisch ausgestaltete Bürgschaftsverpflichtung des *B* erloschen.

Weist das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 26 I InsO mangels die Verfahrenskosten deckender Masse ab, wird gemäß §§ 60 I Nr. 5, 65 I GmbHG die GmbH aufgelöst und die Auflösung in das Handelsregister eingetragen. Die GmbH geht allerdings nicht schon mit der Eintragung ihrer Auflösung als Rechtssubjekt unter: Juristische Personen bestehen auch nach Auflösung in ihrer Liquidationsform fort, solange sie Vermögen haben, das liquidiert und an die Gläubiger verteilt werden kann.[14] Da dies hier nicht der Fall, die *A-GmbH* vielmehr vollständig vermögenslos ist, mag man – jedenfalls ab Löschung (§ 394 FamFG)[15] – vom Erlöschen ihrer Rechtssubjektivität ausgehen.[16]

Davon zu trennen ist die Frage, ob der Untergang der GmbH zum Erlöschen der gegen sie gerichteten Forderung führt. Entfällt der Schuldner einer Forderung, so wird die Forderung zwar faktisch undurchsetzbar, doch daraus folgt keineswegs zwingend, dass die Forderung rechtlich inexistent wird. Vielmehr spricht gegen diese Annahme die Sicherungsfunktion der Bürgschaft: Gerade dann, wenn die Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners zum Fortfall seiner Existenz führt, wird die Sicherung relevant – und gerade für diesen Fall wird die Sicherheit auch vereinbart. Nähme die Vermögenslosigkeit des Schuldners dem Gläubiger mit der Durchsetzbarkeit der Forderung auch die Möglichkeit des Zugriffs auf den Bürgen, so wäre er gerade im Sicherungsfall schutzlos. Die einmal entstandene Forderung muss daher das Erlöschen des Schuldners überdauern, so dass auch die Bürgschaftsverpflichtung hier fortbesteht.[17]

III. Im Ergebnis kann *K* also *B* als Bürgen in Anspruch nehmen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

[14] Vgl. §§ 47 ff. BGB, §§ 145 ff. HGB, §§ 264 ff. AktG, §§ 66 ff. GmbHG, §§ 83 ff. GenG. Beachte *K. Schmidt* GesR § 11 V 6; MüKoInsO/*Haarmeyer/Schildt* § 26 Rn. 44 ff.; *LG Meiningen* ZIP 1999, 453 f.

[15] Darauf abstellend: MüKoZPO/*Lindacher/Hau* § 50 Rn. 14.

[16] Im Falle eines fortbestehenden Abwicklungsbedarfs wird hingegen diskutiert, ob eine teilrechtsfähige Nachgesellschaft erhalten bleibt; dafür *Lindacher* FS Henckel, 1995, 549 (553 ff.); vgl. auch *K. Schmidt* JuS 2009, 1055 (1056).

[17] BGHZ 153, 337 (339) = JuS 2003, 712, geht kompliziertere Wege, um dieses Ergebnis zu erreichen: Das Gericht lässt dahinstehen, ob die wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöschte Gesellschaft untergegangen ist, meint aber, dass in diesem Fall die gesicherte Hauptforderung untergegangen wäre. Dann aber solle sich die Bürgschaftsforderung aus ihrer Akzessorietät lösen und von der Hauptschuld verselbständigen, freilich nur im Bestand, nicht in Inhalt (Verjährung, § 768 I 1) und Umfang. Ebenso, insbesondere zur Verjährung: *OLG Saarbrücken* OLGR 2007, 533 (juris Rn. 17 ff.). A. A. *Klose* WM 2009, 300: Fiktion des Fortbestehens der weggefallenen Hauptschuld.

Fall 12. Insolvenz des Installateurs

Sittenwidrige Kreditsicherungsformen – konstitutive Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens – Zurechnung des Wissens eines Vertreters – Bestätigungsschreiben und Irrtumsanfechtung

Sachverhalt

L ist Inhaber eines Unternehmens, das Heizkessel herstellt. In seinem Namen verkaufte sein Handlungsbevollmächtigter *V* dem Fachhändler und Installateur *H* telefonisch einen Heizkessel für 4.000 €, Zahlungsziel drei Monate. Tags darauf bestätigte *L* schriftlich den Vertragsabschluss. Das Schreiben schließt mit dem Passus: „Sämtliche Lieferungen erfolgen unter Eigentumsvorbehalt. Der Käufer ist berechtigt, über die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr zu verfügen. Veräußert der Käufer Ware oder baut er sie ein, so tritt er hiermit schon jetzt die ihm aus der Veräußerung bzw. dem Einbau entstehenden Forderungen ab." Kurz vor Ablauf der Zahlungsfrist ist über das Vermögen des *H* das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Insolvenzverwalter lehnte auf Anfrage die Erfüllung des Vertrages ab. Gleichzeitig berief er sich vorsorglich auf Nichtgeltung des im Bestätigungsschreiben enthaltenen Eigentumsvorbehalts: *H* habe ihn aus Flüchtigkeit nicht gelesen und nur deshalb dem Bestätigungsschreiben nicht widersprochen. Der gelieferte Heizkessel wurde von *H* in das Haus des *A* eingebaut; die entsprechende Forderung über 5.000 € steht noch offen. *L* erbittet die Erstellung eines Rechtsgutachtens.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Variante: *V* und *H* hatten bei den Vertragsverhandlungen über die Frage der Kreditsicherung gesprochen: Ein Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises für den Heizkessel sowie die Vorausabtretung einer etwaigen Kundenforderung aus Weiterveräußerung bzw. Einbau der Vorbehaltsware wurde von *H* akzeptiert, ein sog. erweiterter Eigentumsvorbehalt (Sicherung aller Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung) hingegen abgelehnt. Trotzdem behauptete *V* gegenüber *L,* dass sich *H* auch mit einem erweiterten Eigentumsvorbehalt einverstanden erklärt habe. Daraufhin bestätigte *L* das Ergebnis der Vertragsverhandlungen in diesem Punkt wie folgt: „Eigentum bis zur Zahlung aller Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung vorbehalten. Für den Fall der Weiterveräußerung bzw. des Einbaus tritt der Käufer bereits jetzt die ihm aus der Veräußerung bzw. dem Einbau entstehenden Forderungen ab." Der Kaufpreis für den – nach wie vor in der Masse vorhandenen – Heizkessel wurde von *H* noch vor Insolvenzeröffnung gezahlt. Noch offen ist dagegen eine später, aber ebenfalls noch vor Insolvenzeröffnung entstandene Forderung des *L* gegen *H.* Ist *L* insolvenzfest gesichert?

Lösung

A. Grundfall

Nachdem der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Kaufvertrags abgelehnt hat (vgl. § 103 InsO), stellt sich aus Sicht des *L* die Frage, ob ihm kraft verlängerten Eigen-

tumsvorbehalts ein Absonderungsrecht i. S. von § 51 Nr. 1 InsO an der Forderung zusteht, die *H* gegen *A* begründet hat.

I. Gegen die Wirksamkeit eines verlängerten Eigentumsvorbehalts in der Form der Vorausabtretung der Forderungen aus Weiterveräußerung bzw. Einbau bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Das Institut mag rechtspolitisch zur Kritik herausfordern, hat sich jedoch zum anerkannten, dem Rechtsanwender vorgegebenen Rechtsinstitut entwickelt: Nach höchstrichterlich gebilligter und zu Gewohnheitsrecht verfestigter Praxis können auch künftige Forderungen abgetreten werden, sofern Forderung und Schuldner durch die Umschreibung des für die Forderungsentstehung maßgeblichen Lebenssachverhalts jedenfalls im Entstehungszeitpunkt bestimmbar sind.[1]

II. Eine Vorausabtretung wäre auch nicht etwa wegen Übersicherung nach § 138 I nichtig: Eine nominelle Übersicherung von 25 % ist bei gebotener wirtschaftlicher, das Risiko der Sicherheitsrealisierung berücksichtigender Betrachtungsweise noch keine Übersicherung. Die neuere Rechtsprechung akzeptiert in Orientierung an § 237 S. 1 abstrakt-generalisierend einen Zuschlag von bis zu 50 %.[2]

III. Stellt sich somit die Frage, ob hier überhaupt ein wirksamer verlängerter Eigentumsvorbehalt vorliegt, so gilt es zunächst zu beachten, dass ein solcher nach überwiegend vertretener, zutreffender Auffassung selbst im Falle seiner Branchenüblichkeit nicht etwa kraft Handelsbrauchs – und erst recht nicht ohne Weiteres – als stillschweigend vereinbart anzusehen ist.[3] Zu klären bleibt indes, ob die Vorausabtretungsklausel kraft des Bestätigungsschreibens Vertragsinhalt geworden und geblieben ist.

1. Nach allgemein anerkanntem, zu Gewohnheitsrecht verdichtetem Handelsbrauch besteht im kaufmännischen Verkehr unter bestimmten Voraussetzungen für den Empfänger eines „kaufmännischen Bestätigungsschreibens" die Obliegenheit, bei Divergenz von Vereinbartem und Inhalt des Bestätigungsschreibens diesem alsbald zu widersprechen; Schweigen gilt mithin als Zustimmung.[4] Allerdings kann das widerspruchslos hingenommene Bestätigungsschreiben nicht ohne Weiteres maßgeblich sein, wenn es nicht lediglich den Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrags feststellt, sondern den Vertragsinhalt – wie hier – konkretisieren und in Nebenpunkten ergänzen soll:[5] Dann ist neben einem typischerweise durch die Art des Vertragsschlusses begründeten besonderen Konkretisierungs- und Ergänzungsinteresse auch objektive Konsensfähigkeit der Ergänzungsregelung erforderlich.[6]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

[1] BGHZ 7, 365 (367); *Nörr/Scheyhing/Pöggeler* Sukzessionen § 9 VIII; MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 398 Rn. 78 ff.; *Rimmelspacher/Stürner* KreditsicherungsR § 7 Rn. 91 ff.; *Lüke* SachenR Rn. 587 ff. Anders noch *Schwerdtner* NJW 1974, 1788 f.

[2] BGHZ *(GS)* 137, 212 ff. = JuS 1999, 740; vgl. dazu *Rimmelspacher/Stürner* KreditsicherungsR § 10 Rn. 40 ff.; *Lüke* SachenR Rn. 600 ff.

[3] Beachte, jeweils zum einfachen Eigentumsvorbehalt, wie hier etwa Staudinger/*Beckmann* § 449 Rn. 17; *Vieweg/Werner* SachenR § 11 Rn. 7; *Leible/Sosnitza* JuS 2001, 246; großzügiger *Wellenhofer* SachenR § 14 Rn. 2. Zum konkludent vereinbarten Eigentumsvorbehalt bei Zurückhalt des KFZ-Briefs vgl. *BGH* NJW 2006, 3488 (3489) = JuS 2007, 286.

[4] Beachte zur Geltung der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens aus neuerer Zeit etwa *BGH* NJW 2007, 987 (988) = JuS 2007, 779; NJW 2011, 1965 (1966); *Leenen* BGB AT § 8 Rn. 204 f.

[5] Zur Eigenständigkeit des inhaltskonkretisierenden und -ergänzenden Bestätigungsschreibens gegenüber dem inhaltsfeststellenden Bestätigungsschreiben: *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 26 f.; *Lindacher* WM 1981, 702 (703).

[6] *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 93; *Lindacher* WM 1981, 702 (705 f).

a) Der Brief des *L* ist ein Bestätigungsschreiben i. e. S.:[7] Er ist seinem Erscheinungsbild nach auf verbindliche Festlegung des Inhalts eines geschlossenen Vertrags angelegt und schließt sich auch zeitlich unmittelbar an die Vertragsverhandlungen an.

b) Es kann offen bleiben, ob die Grundsätze über die Maßgeblichkeit des unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens bereits dann greifen, wenn lediglich der Empfänger Kaufmann ist bzw. ähnlich wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt,[8] oder ob die Zugehörigkeit beider Teile zu jenem Personenkreis erforderlich ist.[9] Sowohl *H* als auch *L* sind Kaufleute nach § 1 I, II HGB; Anhaltspunkte dahingehend, dass ausnahmsweise ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb nicht erforderlich ist, sind nicht ersichtlich.

c) Auch das Erfordernis des besonderen Konkretisierungs- und Ergänzungsbedürfnisses ist erfüllt: Der telefonische Vertragsschluss stellt eine Vertragsschlussmodalität dar, bei der typischerweise Anlass zur Vertragsinhaltsausfüllung und -auffüllung besteht.[10]

d) Schließlich kommt eine potentielle Billigung der Ergänzungsregelung durch den Adressaten in Betracht: Nicht nur der einfache, sondern auch der verlängerte Eigentumsvorbehalt dürfte angesichts seines evidenten Gerechtigkeitsgehalts als konsensfähig zu erachten sein.[11]

e) Mangels Widerspruchs muss deshalb *H* (und damit auch der Insolvenzverwalter) den Inhalt des Bestätigungsschreibens zunächst gegen sich gelten lassen.

2. Allerdings könnte die Maßgeblichkeit des Bestätigungsschreibens für den Vertragsinhalt dadurch beseitigt worden sein, dass der Insolvenzverwalter gegenüber *L* geltend macht, *H* habe den Eigentumsvorbehalt-Passus aus Flüchtigkeit nicht gelesen. In der betreffenden Äußerung ist eine vom Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Befugnis nach § 80 I InsO abgegebene Anfechtungserklärung i. S. von § 143 I zu sehen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

a) Eine Anfechtung ist im Fall eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht etwa bereits begrifflich ausgeschlossen. Qualifiziert man das Schweigen bzw. jedenfalls das bewusste Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Willenserklärung,[12] wäre nach allgemeinem Zivilrecht die Anfechtbarkeit in unmittelbarer Anwendung des § 119 I Var. 1 zu bejahen: Wer wegen flüchtigen Lesens über den Inhalt des Bestätigungsschreibens irrt, ist auch über den Inhalt seines beredten Schweigens, d. h. seiner Willenserklärung, im Irrtum. Aber auch wenn man dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben die Qualität einer Willenserklärung abspricht, da Schweigen keine Erklärung, sondern ein Nicht-Erklären sei,[13] ist damit nur die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung der §§ 119 ff. verneint. Jedenfalls bei bewusstem

---

[7] Näher zu den Begriffsmerkmalen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens etwa Erman/*Armbrüster* § 147 Rn. 5 ff.; *Lettl* JuS 2008, 849; *Musielak/Mayer* EK BGB Rn. 54 f. Zur Fallbearbeitung vgl. *Leenen* BGB AT § 8 Rn. 214 ff.

[8] So beachtlich: *Flume* BGB AT II § 36 (2); *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 45; *Weller/Prütting* HandelsR Rn. 873.

[9] So *BGH* NJW 1975, 1358; *OLG Koblenz* NJW-RR 2007, 813 (814); *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 80; Palandt/*Ellenberger* § 147 Rn. 10.

[10] *Lindacher* WM 1981, 702 (704 f.).

[11] Näher *Lindacher* WM 1981, 702 (705).

[12] Im ersten Sinne etwa *Kellmann* JuS 1971, 616, im zweiten Sinne etwa *Larenz,* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 33 IV, sowie *Canaris* Vertrauenshaftung S. 207 f.

[13] So insbes. *Flume* BGB AT II § 36 (5).

Schweigen stellt sich dann aber die Frage analoger Anwendung: Wer als Empfänger des Schreibens geschwiegen hat, weil er den Inhalt desselben gelten lassen wollte, darf nicht schlechter stehen als derjenige, der die Zustimmung ausdrücklich erklärt hat.[14]

b) Zu prüfen bleibt freilich, ob Sonderregeln des kaufmännischen Geschäftsverkehrs und/oder die Funktion des kaufmännischen Bestätigungsschreibens eine Einschränkung der nach allgemeinem Zivilrecht gegebenen Anfechtbarkeit für beide Fallgestaltungen (die ausdrückliche Zustimmung und das Schweigen) gebieten. Bisweilen will man dem Kaufmann die Berufung auf einen durch sorgfältiges Lesen vermeidbaren Irrtum ganz allgemein verwehren.[15] Andere lehnen zwar die Geltung eines Rechtssatzes dieses Inhalts als zu weitgehend ab, befürworten indes eine Beschränkung der Beachtlichkeit des Irrtums überall dort, wo vom Kaufmann eine unverzügliche Antwort verlangt wird. In diesem Bereich berechtige ein schuldhafter Irrtum weder bei einem ausdrücklichen „Ja" noch bei Schweigen zur Anfechtung.[16] Da der Widerspruch auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben unstreitig unverzüglich zu erfolgen hat,[17] wäre hiernach Anfechtung wegen eines durch flüchtiges Lesen des Bestätigungsschreibens bedingten Inhaltsirrtums gleichfalls ausgeschlossen.[18]

Ob dieser oder jener Ansicht in ihrer Allgemeinheit zu folgen ist, mag dahinstehen. Jedenfalls sollte unzweifelhaft sein, dass fehlende Sorgfalt bei der Lektüre von Bestätigungsschreiben dem Kaufmann die Berufung auf einen hierdurch verursachten Irrtum abschneidet: Weil der Widerspruch gegen ein Bestätigungsschreiben bei Inkongruenz von Vereinbartem und Bestätigtem faktisch Kenntnis vom Schreibensinhalt voraussetzt, geht die Obliegenheit zu unverzüglichem Widerspruch bei Kenntnis des Inhalts mit der Obliegenheit zu sorgfältiger Lektüre des Schreibens einher. Diesbezügliche Sorgfaltswidrigkeit kann bei wertender Betrachtung kaum leichter veranschlagt werden als fehlende Sorgfalt bezüglich des Widerspruchs: Vermag ein objektiv verspäteter Widerspruch zumindest dann die Maßgeblichkeit des Bestätigungsschreibens nicht mehr zu beseitigen, wenn den Adressaten ein „Verschulden gegen sich selbst" trifft, so muss es dem Empfänger des Schreibens auch verwehrt sein, die durch sein Schweigen eingetretene Rechtswirkung durch Anfechtung zu beseitigen, wenn und soweit er den Irrtum bei sorgfältigem Lesen vermieden hätte.[19]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

IV. Aus § 51 Nr. 1 InsO folgt, dass die – nach alledem wirksame – Vorausabtretung der Forderungen aus erlaubter Weiterveräußerung dem Vorbehaltsverkäufer (hier: *L*) im Insolvenzfall des Vorbehaltskäufers (hier: *H*) kein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsrecht begründet.[20]

---

[14] So zu Recht etwa *Neuner* BGB AT § 37 Rn. 56; *Heinrich* ZivilR Fall 2; *Grobe/Schellenberg* Jura 2020, 799 (808 f.).

[15] So z. B. *Flume* BGB AT II § 21 (9c); MüKoBGB/*Armbrüster* § 119 Rn. 66 ff.

[16] So z. B. *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 58.

[17] Kontrovers ist lediglich, ob der Empfänger den Inhalt des Bestätigungsschreibens im Verzögerungsfall generell oder nur bezüglich bestimmter Fallgruppen sogar verschuldensunabhängig gegen sich gelten lassen muss.

[18] Konsequent: *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 65.

[19] Im Ergebnis h. M., statt vieler: *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 136; *Weller/Prütting* HandelsR Rn. 871. Anders freilich explizit *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 38; *Diederichsen* JuS 1966, 136 f. Vermittelnd Erman/*Armbrüster* § 147 Rn. 14: Anfechtung nur bei bewusstem Schweigen, sonst keine Kausalität zwischen Irrtum und Erklärung.

[20] Näher zu dieser Unterscheidung etwa *Foerste* InsR Rn. 85 ff., 344 ff.; *Reischl* InsR Rn. 281 ff.

V. Sollte sich die Sicherheit aus dem Weiterveräußerungsgeschäft als nicht realisierbar erweisen, so wäre *L* aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages ein Schaden erwachsen, den er gemäß § 103 II 1 InsO nur als Insolvenzgläubiger i. S. von § 38 InsO ersetzt verlangen könnte (nicht Masse-, sondern nur Insolvenzforderung).[21]

B. Variante

Als insolvenzfeste Sicherung der offenen Kaufpreisforderung aus späterer Lieferung kommt nur ein erweiterter Eigentumsvorbehalt an dem noch in der Masse befindlichen Kessel in Betracht, der gegebenenfalls ein Absonderungsrecht (§ 50 InsO) an demselben begründen würde: Der erweiterte Eigentumsvorbehalt steht in funktioneller Verwandtschaft zum Sicherungseigentum, das gemäß § 51 Nr. 1 InsO gleichfalls kein Aussonderungs-, sondern lediglich ein Absonderungsrecht gewährt.[22] Das ohne Widerspruch gebliebene Bestätigungsschreiben statuiert in der Tat einen solchen Vorbehalt. Bedenken ergeben sich insoweit freilich in zweifacher Hinsicht:

I. Zweifelhaft mag bereits erscheinen, ob ein erweiterter Eigentumsvorbehalt der *in casu* verwandten Art (Sicherung aller Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung, d. h. nicht nur bereits bestehender, sondern auch erst noch entstehender Forderungen) nicht schon generell unzulässig ist. Zwar billigen Rechtsprechung[23] und herrschende Lehre[24] auch diese Form des Eigentumsvorbehalts. Andererseits wird der umfassende „Kontokorrentvorbehalt" in der Literatur bekämpft,[25] wobei insbesondere der mangelnde innere Zusammenhang zwischen Sicherungsmittel und zu sichernder Forderung sowie das übermäßige zeitliche Hinausschieben des Eigentumsübergangs gerügt werden. Man konnte deshalb entgegen verschiedentlich verlautbarter Ansicht[26] kaum von einer Verfestigung der Praxis zu Gewohnheitsrecht sprechen, wird freilich andererseits schwerlich umhin kommen, aus der Einfügung des § 455 II a. F. (nunmehr: § 449 III) durch Art. 33 Nr. 17 EGInsO auf eine legislatorische Billigung der h. M. zu schließen:[27] Die Beschränkung des Nichtigkeitsverdikts auf die Erweiterungsform des Konzernvorbehalts kann wohl nur dahin verstanden werden, dass der Gesetzgeber die Bedenken gegen die Zulässigkeit des Kontokorrentvorbehalts nicht teilt.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

II. Selbst bei Bejahung der Zulässigkeit eines umfassenden Kontokorrentvorbehalts bleibt zu prüfen, ob der Vertrag zwischen *L* und *H* überhaupt nach Maßgabe des Inhalts des Bestätigungsschreibens gilt oder ob es mit dem zuvor mündlich Vereinbarten sein Bewenden hat.

1. Das Bestätigungsschreiben des *L* war nach dessen Intention ein lediglich inhaltsfeststellendes Bestätigungsschreiben, sollte also nur das – vermeintlich – Vereinbarte fixieren und wiedergeben. Auch insoweit gilt, dass Schweigen des Adressaten unter bestimmten Voraussetzungen ein Verschweigen bedeutet und der Vertrag nach Maßgabe des Bestätigungsschreibens wirkt.[28]

---

[21] Näher zu dieser Unterscheidung wiederum *Foerste* InsR Rn. 57 ff.; *Reischl* InsR Rn. 364 ff.
[22] Vgl. *BGH* NJW 2008, 1803 (1805); Staudinger/*Beckmann* § 449 Rn. 112 f.; *Wellenhofer* SachenR § 14 Rn. 69.
[23] BGHZ 94, 105 (112); *BGH* NJW 1994, 1154 f.
[24] Vgl. z. B. *Wieling* SachenR § 17 V 2; *Müller/Gruber* SachenR Rn. 1547; *Prütting* SachenR Rn. 408; *Bülow* KreditsicherungsR Rn. 1501.
[25] S. vor allem *Larenz* SchuldR BT I § 43 II 4; ferner: *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 1344 ff.
[26] S. etwa *Serick* EV V § 56 III.
[27] So auch Jauernig/*Berger* § 929 Rn. 31.
[28] Ganz h. M., statt vieler: *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 87 ff.; *Köhler* BGB AT § 8 Rn. 30 ff.; MüKoBGB/*Busche* § 147 Rn. 11; *Lindacher* WM 1981, 702 ff. A. A. – die mate-

a) Wie in der Grundfallgestaltung erfüllt das Schreiben den Tatbestand eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens im technischen Sinn. Zudem bestand, da der Vertragsschluss mündlich erfolgte, grundsätzlich ein Bestätigungsgrund.

b) Selbst dann, wenn nach der Art des Vertragsschlusses die Möglichkeit verständlicher subjektiver Ungewissheit grundsätzlich anzuerkennen ist, kann es freilich deshalb am erforderlichen Bestätigungsgrund fehlen, weil nach dem konkreten Verhandlungsgeschehen vernünftige Zweifel eines sorgfältigen Bestätigenden über die Regelung bzw. Nichtregelung eines bestimmten Punktes ausscheiden. Dies wiederum ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Regelung „bestätigt" wird, die vom Adressaten der anderen Seite gegenüber explizit abgelehnt wurde.[29]

Hätte *L* selbst die Verhandlungen geführt und damit in Kenntnis der Abweichung etwas anderes „bestätigt" als abgesprochen war, so wäre deshalb die Verbindlichkeit des erweiterten Eigentumsvorbehalts zu verneinen. Vorliegend war indes *L* selbst gutgläubig. Die eigene Redlichkeit nutzt ihm freilich nichts, weil er sich analog § 166 I das Wissen seines Vertreters *V* zurechnen lassen muss:[30] Es kann keinen Unterschied machen, ob der bösgläubige Vertreter in Vollmacht des Geschäftsherrn die angebliche Vereinbarung „bestätigt" (dann unmittelbare Anwendung des § 166 I) oder ob er seinen arglosen Geschäftsherrn durch eine unrichtige Mitteilung zur Bestätigung veranlasst. Hier wie dort muss grundsätzlich gelten: Wer sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr fremder Hilfe bedient und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, hat auch die Nachteile daraus in Kauf zu nehmen und darf sich nicht sauberer Hände rühmen, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben.

2. Aber auch bei Umdeutung des vertragsinhaltsfeststellenden in ein vertragsinhaltsergänzendes Bestätigungsschreiben wird der erweiterte Eigentumsvorbehalt im vorliegenden Fall nicht zum Vertragsinhalt: War der konkrete Regelungspunkt, wenn auch mit dem negativen Ergebnis der Nichtakzeptanz, bereits Gegenstand der vorgängigen Vertragsverhandlungen, so mangelt es bereits am erforderlichen Ergänzungsgrund; und im Übrigen erweist sich ein Kontokorrentvorbehalt angesichts seiner zumindest rechtspolitischen Fragwürdigkeit wohl kaum als objektiv konsensfähig.[31]

III. *L* ist daher hinsichtlich seiner Kaufpreisforderung aus der Zweitlieferung nicht insolvenzfest gesichert.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

rielle Bindungswirkung leugnend und dem unwidersprochenen inhaltsfeststellenden Bestätigungsschreiben nur eine Beweisfunktion zusprechend – vor allem *F. Bydlinski* FS Flume I, 1978, 335 ff.

[29] Näher *Lindacher* WM 1981, 702 (704). Zumindest im Ergebnis übereinstimmend (vorrangig freilich auf den – im Bereich des vertragsinhaltsfeststellenden Bestätigungsschreibens indes wohl deplatzierten – Topos der fehlenden Genehmigungsfähigkeit abstellend): *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 111; *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 25.

[30] Vgl. BGHZ 40, 42 (45 ff.); BGHZ 93, 338 (343); *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 40; Heymann/*Horn* HGB § 346 Rn. 60.

[31] Näher *Lindacher* WM 1981, 702 (704 f).