

§§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht

Ebenroth / Boujong

5. Auflage 2024
ISBN 978-3-8006-6672-0
Vahlen

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.

selten darauf, der Antragende werde sich mit der verzögerten Annahmeerklärung zufrieden geben.⁷¹⁷ Die aus dieser Verkehrserwartung resultierende Rechtsunsicherheit haben die Empfänger einer verspäteten Annahmeerklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bzw. einen Handelsbrauch⁷¹⁸ – auch dann, wenn kein Fall des § 149 S. 1 BGB vorliegt – grundsätzlich durch eine ausdrückliche Antwort zu beseitigen.⁷¹⁹ Unterbleibt die Erklärung, dass die Annahme verspätet erfolgt sei und das neue Angebot abgelehnt werde, ist das Schweigen als Zustimmung zum Vertragsschluss anzusehen,⁷²⁰ es sei denn, dass es sich um ein eigenartiges und selten vorkommendes Geschäft handelt⁷²¹ oder – bei einem gewöhnlichen Geschäft – Umstände vorliegen, welche die Möglichkeit einer Änderung der sachlichen Entschließung nahelegen.⁷²² Liegt keine dieser Ausnahmen vor, sind die Parteien sich nämlich *in der Sache* über die Vertragsbedingungen einig.⁷²³ Daher können dieselben Ergebnisse auch damit begründet werden, dass es dem Antragenden als Rechtsmissbrauch verwehrt sei, sich auf den Ablauf der Annahmefrist und das Erlöschen seines Angebots (§ 146 Alt. 2 BGB) zu berufen.

(8) Schlussnote des Handelsmaklers. Der Handelsmakler hat gem. § 94 Abs. 1, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschluss eines Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlussnote zuzustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts enthält. Die Schlussnote hat in erster Linie die **Bedeutung eines Beweismittels** (→ § 94 Rn. 8 ff.). Als Privaturkunde erbringt sie – ohne Rücksicht auf die Überzeugung des Gerichts (§ 286 Abs. 2 ZPO) – vollen Beweis gem. § 416 ZPO (nur) dafür, dass der Handelsmakler das Geschäft zu den in seiner Schlussnote niedergelegten Bedingungen als geschlossen *ansieht*.⁷²⁴ Nicht von § 416 ZPO umfasst ist hingegen die Richtigkeit der Angaben, insbesondere ob das Geschäft zu diesen Bedingungen tatsächlich zustande gekommen ist; insoweit erbringt die Schlussnote keinen vollen Beweis,⁷²⁵ sondern ist Gegenstand der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO).⁷²⁶

Schlussnoten dienen jedoch nicht nur als Beweismittel (→ Rn. 221), sondern haben auch denselben Zweck wie kaufmännische Bestätigungsschreiben (→ Rn. 243), nämlich das Vereinbarte inhaltlich verbindlich festzulegen (→ § 94 Rn. 1). Daher kommt der Vertrag, wenn der Geschäftsabschluss – sei es durch unmittelbare Erklärungen der Parteien, sei es durch solche gegenüber dem Handelsmakler – in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat, dadurch zustande, dass die Parteien eine Schlussnote gleichen Inhalts widerspruchlos (zu Einzelheiten des Widerspruchs → § 94 Rn. 14 ff.) annehmen.⁷²⁷ Mit anderen Worten, das Schweigen der Parteien ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf einen Handelsbrauch in der Regel als **Genehmigung des Geschäfts** zu den in der Schlussnote niedergelegten Bedingungen anzusehen (→ § 94 Rn. 11 ff.).⁷²⁸

⁷¹⁷ BGH Ur t. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313.

⁷¹⁸ Abw. nur BGH Ur t. v. 1.7.1987 – IVa ZR 63/86, NJW-RR 1987, 1429; Sorgfalt eines ordentlichen Versicherungskaufmanns.

⁷¹⁹ RG Ur t. v. 7.10.1921 – II 560/20, RGZ 103, 11 (13); Heymann/Horn Rn. 43; s. auch BGH Ur t. v. 1.7.1987 – IVa ZR 63/86, NJW-RR 1987, 1429 für eine verspätete Kündigung eines Versicherungsvertrags.

⁷²⁰ BGH Ur t. v. 24.11.1959 – VIII ZR 133/58, BeckRS 1959, 31201448; Ur t. v. 7.10.1953 – VI ZR 20/53, BB 1953, 957 = BeckRS 1953, 31197649; Ur t. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313; RG Ur t. v. 3.2.1922 – VII 387/21, SeuffA 77 Nr. 112; BeckOGK/Beurskens Rn. 360; Canaris HandelsR § 23 Rn. 48; Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 22; Ebert JuS 1999, 754 (756 f.); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 103; Heymann/Horn Rn. 43; Kramer Jura 1984, 235 (248); Kuhn WM 1955, 958 (960); NK-HGB/Lehmann-Richter Rn. 22; Hopt/Leyens Rn. 36; MüKoHGB/Maultzsch Rn. 133, 168; Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB/Schinkels § 5 Rn. 47; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 362 Rn. 3; K. Schmidt HandelsR § 19 Rn. 29; RWHMW/Steimle/Dornieden Rn. 33. Zurückhaltender Schultz MDR 1995, 1187 (1189): Zustimmung sei nur anzunehmen, wenn die Einhaltung der Frist erkennbar nicht von entscheidender Bedeutung und die Verspätung nur geringfügig sei. AA Medicus/Petersen BGB AT Rn. 392; Petersen Jura 2003, 687 (688).

⁷²¹ RG Ur t. v. 1.4.1919 – VII 390/18, WarnR 1919 Nr. 131.

⁷²² BGH Ur t. v. 14.10.1955 – I ZR 210/53, BB 1955, 1068 = BeckRS 1955, 31392532; Ur t. v. 7.10.1953 – VI ZR 20/53, BB 1953, 957 = BeckRS 1953, 31197649; Ur t. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313; RG Ur t. v. 7.10.1921 – II 560/20, RGZ 103, 11 (13); Ur t. v. 12.4.1929 – VII 528/28, HRR 1929 Nr. 1559; Canaris HandelsR § 23 Rn. 48; Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 22; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 103; Kuhn WM 1955, 958 (959); Hopt/Leyens Rn. 36; RWHMW/Steimle/Dornieden Rn. 33. IERG auch Flume BGB AT II § 35 II 2 = 652 (Erweiterung von § 149 BGB); wohl auch K. Schmidt HandelsR § 19 Rn. 29.

⁷²³ BeckOGK/Beurskens Rn. 360.

⁷²⁴ BeckOGK/Beurskens Rn. 344; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 139.

⁷²⁵ BGH Ur t. v. 20.9.1955 – I ZR 139/54, NJW 1955, 1916 (1917); RG Ur t. v. 20.4.1917 – Rep. II 565/16, RGZ 90, 166 (168); wohl aA RG Ur t. v. 14.12.1928 – II 231/28, RGZ 123, 97 (99).

⁷²⁶ Statt vieler Musielak/Voit/M. Huber ZPO § 416 Rn. 4 mwN.

⁷²⁷ BGH Ur t. v. 20.9.1955 – I ZR 139/54, NJW 1955, 1916 (1917); RG Ur t. v. 14.12.1928 – II 231/28, RGZ 123, 97 (99); Ur t. v. 29.9.1922 – II 766/21, RGZ 105, 205 (206); OLG Hamburg Ur t. v. 13.8.1955 – I U 91/55, BB 1955, 847; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 139.

⁷²⁸ BGH Ur t. v. 13.4.1983 – VIII ZR 33/82, WM 1983, 684 = BeckRS 1983, 31076958; Ur t. v. 20.9.1955 – I ZR 139/54, NJW 1955, 1916 (1917); RG Ur t. v. 29.9.1922 – II 766/21, RGZ 105, 205 (206); Ur t. v. 20.4.1917 – Rep. II 565/16, RGZ 90, 166 (168); Ur t. v. 10.1.1905 – Rep. II 294/04, RGZ 59, 350; Ur t. v. 4.7.1904 – Rep. I

- 223 Die unwidersprochene Annahme einer Schlussnote hat lediglich ausnahmsweise keinen Vertragsschluss zur Folge, nämlich wenn die Schlussnote den Hinweis enthält, dass eine Partei die bisherigen Erklärungen noch nicht als endgültig und ausreichend ansieht, sondern sich Erklärungen durch eigene Bestätigung vorbehält (sog. **Vorbehaltsklausel**).⁷²⁹ In diesen Fällen wird Grundlage des Vertrags nicht selten eine Auftragsbestätigung (→ Rn. 279 f.) oder ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (→ Rn. 259 ff.) sein, die der andere Teil widerspruchlos entgegennimmt (→ Rn. 324 ff.).⁷³⁰
- 224 Will der Empfänger einer Schlussnote deren unter Umständen konstitutive Wirkung ausschließen, muss er grundsätzlich der anderen Partei gegenüber unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) widersprechen.⁷³¹ Ein **Widerspruch** gegenüber dem Handelsmakler genügt nur ausnahmsweise, wenn die andere Partei den Handelsmakler als ihren Beauftragten für die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat (zu Einzelheiten des Widerspruchs → § 94 Rn. 14 ff.).⁷³²
- 225 **(9) Schluss­scheine.** Schluss­scheine unterscheiden sich von Schlussnoten eines Handelsmaklers (→ Rn. 221 ff.) zwar dadurch, dass sie von einem anderen kaufmännischen Vermittler oder – wenn keine Vermittlung erfolgt ist – von den Parteien selbst ausgestellt werden. Sie dienen aber ebenso wie diese der schriftlichen Feststellung des Vertragsinhalts,⁷³³ haben also die Eigenschaft eines Beweismittels für das abgeschlossene Geschäft. Würden von einem Vermittler gleichlautende Schluss­scheine ausgestellt und von jeder Partei unterschrieben, gilt der Vertrag zu den aus den Schluss­scheinen ersichtlichen Bedingungen als geschlossen. Hat hingegen eine Partei den Schluss­schein ausgestellt und die andere diesen widerspruchlos hingenommen, wirkt dieses Schweigen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf einen Handelsbrauch – wie die widerspruchlose Entgegennahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens (→ Rn. 324 ff.) – als Genehmigung des Geschäfts zu den in dem Schluss­schein niedergelegten Bedingungen.⁷³⁴
- 226 **(10) Kommission. (a) Kommissionskopien.** Kommissionskopien (Kommissionsnoten, Orderkopien) sind einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben (→ Rn. 259 ff.) insoweit ähnlich, als sie sofort im Anschluss an den in der Regel mündlichen Abschluss eines (Ausführungs-)Geschäfts ausgestellt werden.⁷³⁵ Im Vordergrund steht jedoch ein anderer Zweck, nämlich die Schaffung eines Beweismittels über die Vornahme und den Inhalt des Ausführungsgeschäfts, das der Kommissionär im Rahmen seiner Rechenschaftspflicht (§ 384 Abs. 2 Hs. 2) zum Nachweis des Ausführungsgeschäfts dem Kommittenten vorlegen kann. Aufgrund der Tatsache, dass die Kommissionskopie primär für das Verhältnis des Kommissionärs zu dem Kommittenten und nicht für das Verhältnis zu dem Geschäftspartner bestimmt ist, muss der Geschäftspartner – im Gegensatz zu einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben – nicht damit rechnen, dass die Kommissionskopie in regelungsbedürftigen Nebenpunkten ergänzende Bedingungen für das Ausführungsgeschäft enthält. Vielmehr darf er regelmäßig davon ausgehen, dass der Inhalt der Kommissionskopie dem mündlich Vereinbarten entspricht,⁷³⁶ weshalb der Kommissionär sein Schweigen auf Abweichungen von dem mündlich Vereinbarten grundsätzlich nicht als Zustimmung zu einer Änderung des Ausführungsgeschäfts ansehen darf.⁷³⁷ Anderes gilt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bzw. einen Handelsbrauch ausnahmsweise, wenn zB das als „Auftragsnote“⁷³⁸ bezeichnete Dokument ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist.⁷³⁹ Diese rechtliche Einordnung liegt nahe, wenn das Dokument nicht bei Abschluss des Ausführungsgeschäfts, sondern erst später ausgestellt und übersandt wird.⁷⁴⁰

142/04, RGZ 58, 366 (367); Urt. v. 7.12.1908 – IV 119/08, JW 1909, 57; BeckOGK/Beurskens Rn. 344; Canaris HandelsR § 23 Rn. 48; Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 22; P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (240); Hopt AcP 183 (1983), 608 (616); NK-HGB/Lehmann-Richter Rn. 22; Hopt/Leyens Rn. 32; Oetker/Pamp Rn. 36; MüKoHGB/Ströbl § 94 Rn. 12.

⁷²⁹ BGH Urt. v. 20.9.1955 – I ZR 139/54, NJW 1955, 1916 (1917); RG Urt. v. 14.12.1928 – II 231/28, RGZ 123, 97 (99); BeckOGK/Beurskens Rn. 344; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 139. Gebräuchlich ist in der Praxis die Formulierung „Schluss­schein des ... folgt“.

⁷³⁰ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 139.

⁷³¹ RG Urt. v. 29.9.1922 – II 766/21, RGZ 105, 205 (206); BeckOGK/Beurskens Rn. 344; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 139.

⁷³² BGH Urt. v. 16.1.1967 – VIII ZR 276/64, WM 1967, 292 (293) = BeckRS 1967, 31178051; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 139.

⁷³³ RG Urt. v. 18.1.1898 – III 362/96, JW 1898, 162 f.

⁷³⁴ RG Urt. v. 5.6.1923 – II 923/22, JW 1924, 405; Urt. v. 18.1.1898 – III 362/96, JW 1898, 162 (163); BeckOGK/Beurskens Rn. 345; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 140; Kuhn WM 1955, 958 (960).

⁷³⁵ RG Urt. v. 1.7.1901 – VI 140/01, JW 1901, 621; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 138.

⁷³⁶ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 138.

⁷³⁷ RG Urt. v. 10.10.1897 – I 174/96, Bolze XXIII Nr. 349; Urt. v. 1.7.1901 – VI 140/01, JW 1901, 621; OLG Stuttgart Urt. v. 4.3.1909 – 2 U 675/08 u. Urt. v. 5.2.1909 – 1 U 847/08, Recht 1909 Nr. 1399; BeckOGK/Beurskens Rn. 368; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 138; Oetker/Pamp Rn. 36; aA OLG Königsberg Urt. v. 18.10.1932 – 2 U 123/32, Recht 1933 Nr. 163.

⁷³⁸ So zB KG Urt. v. 15.12.1925 – 6 U 8537/25, JW 1926, 1676.

⁷³⁹ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 138; wohl auch KG Urt. v. 15.12.1925 – 6 U 8537/25, JW 1926, 1676.

⁷⁴⁰ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 138.

Von dem bloßen Schweigen auf eine Kommissionskopie (→ Rn. 226) sind Fälle zu unterscheiden, 227
in denen das Dokument nicht nur die Unterschrift des Kommissionärs, sondern auch die **Unterschrift des Dritten** trägt. Erschöpft die Bedeutung der Unterschrift sich nicht in der Bestätigung des Empfangs der Kommissionskopie, sondern ist sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bzw. einen Handelsbrauch analog §§ 133, 157 BGB ggf. iVm § 346 (→ Rn. 154) dahin gehend auszulegen, dass der Unterzeichner mit dem Inhalt der Kommissionskopie einverstanden ist, wird der ggf. abweichende ursprüngliche Inhalt des Ausführungsgeschäfts dahin gehend abgeändert.⁷⁴¹

(b) Ausführungsanzeige. Die Ausführungsanzeige (§ 384 Abs. 2 Hs. 1) bildet die Grundlage für 228
die Entscheidung des Kommittenten, ob er das Ausführungsgeschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweist. Für den Fall, dass der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft oder den ihm für den Einkauf gesetzten Preis überschritten hat, muss der Kommittent seine Zurückweisung gem. § 386 Abs. 1 Hs. 1 unverzüglich erklären, sodass sein Schweigen gem. § 386 Abs. 1 Hs. 2 als Genehmigung der Abweichung von der Preisbestimmung gilt (→ § 386 Rn. 5 ff.). Auf Fälle, in denen der Kommissionär andere als die kommitierte Ware einkauft, findet § 386 Abs. 1 nach überwiegender Ansicht keine entsprechende Anwendung (→ § 386 Rn. 4). Insoweit gilt, dass der Kommissionär weder von seinem Auftrag noch von Weisungen eigenmächtig unter Hinweis auf seine Interessenwahrungspflicht (→ § 384 Rn. 10 ff.) abweichen darf, sondern ein dahin gehendes Anliegen in Erfüllung seiner Beratungspflicht dem Kommittenten vorzutragen hat (→ § 384 Rn. 21). Unterbleibt ein solcher Vortrag, muss der Kommittent nur mit sorgfältig gemäßen Ausführungsgeschäften rechnen, weshalb der Kommissionär das Schweigen des Kommittenten auf seine Anzeige, er habe nicht kommitierte Ware eingekauft, grundsätzlich nicht als Genehmigung des Ausführungsgeschäfts ansehen darf.⁷⁴² Anderes gilt nach Treu und Glauben nur ausnahmsweise, wenn zB der Kommittent selbst den lediglich mündlich erteilten Einkaufsauftrag als nicht eindeutig ansieht und daher mit Abweichungen von seinem wahren Willen rechnen muss.⁷⁴³

(11) Rechnung. Eine Rechnung (Faktura) ist weder ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben 229
(→ Rn. 259 ff.)⁷⁴⁴ noch hat sie dessen rechtliche Bedeutung.⁷⁴⁵ Letzteres zielt darauf, einen bereits zustande gekommenen – oder doch zumindest nach Ansicht des gutgläubigen Bestätigenden rechtswirksam geschlossenen – Vertrag vorwiegend zu Beweis Zwecken inhaltlich verbindlich festzulegen (→ Rn. 243) und lediglich in regelungsbedürftigen Nebenpunkten zu ergänzen (→ Rn. 270 ff.). Im Unterschied dazu dient eine Rechnung im Allgemeinen der Berechnung und Einforderung der Vergütung für eine Leistung, die aufgrund eines zuvor geschlossenen Vertrags erbracht wurde.⁷⁴⁶ Sie ist aufgrund ihrer Bedeutung für den Verzug des Schuldners nach § 286 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 BGB grundsätzlich nur eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Ausnahmsweise, insbesondere in Fällen, in denen das Berechnete von der vereinbarten Vergütung abweicht, kann die Rechnung als Antrag – sei es auf Abschluss eines neuen Vertrags, sei es auf Abschluss eines Änderungsvertrags – auszuliegen sein. Diesen Antrag kann der Empfänger zB dadurch annehmen, dass er die Rechnung mit seinem Firmenstempel versieht, unterzeichnet und die ausgewiesene Vergütung bezahlt.⁷⁴⁷ Unterbleibt eine solche stillschweigende Annahme durch aktives Verhalten, darf der Absender in dem bloßen Schweigen auf seine Rechnung **grundsätzlich keine Annahme** des Angebots sehen.⁷⁴⁸

Unter besonderen Umständen kann das Stillschweigen auf eine Rechnung nach Treu und Glauben 230
ausnahmsweise als Genehmigung anzusehen sein. Dies ist zB der Fall, wenn der Empfänger während einer laufenden Geschäftsbeziehung – diese allein genügt nicht⁷⁴⁹ – über einen längeren Zeitraum eine **Vielzahl von Rechnungen** widerspruchslos entgegengenommen und bezahlt hat.⁷⁵⁰ Durch dieses Verhalten entsteht ein Vertrauenstatbestand, aufgrund dessen der Absender jedenfalls nach dem Ablauf einer angemessenen Frist annehmen darf, der Empfänger werde die Rechnungsbeträge nicht mehr

⁷⁴¹ RG Urt. v. 5.5.1922 – III 388/21, WarnR 1922 Nr. 93; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 138.

⁷⁴² ROHG Urt. v. 29.10.1870 – Rep. 37/70, ROHGE 1, 76 (79) zu Art. 361 ff. ADHGB.

⁷⁴³ ROHG Urt. v. 29.10.1870 – Rep. 37/70, ROHGE 1, 76 (81 f.) zu Art. 361 ff. ADHGB.

⁷⁴⁴ RG Urt. v. 22.4.1904 – Rep. II 570/03, RGZ 57, 408 (411); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 141; Staub/Koller Rn. 69.

⁷⁴⁵ OLG Köln Urt. v. 15.5.1996 – 27 U 99/95, NJW-RR 1997, 182 (183); OLG Düsseldorf Urt. v. 23.6.1972 – 16 U 44/72, DB 1973, 1064; Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB/Baterau § 2 Rn. 15.

⁷⁴⁶ BGH Urt. v. 29.6.1959 – II ZR 114/57, BB 1959, 826 – insoweit nicht in NJW 1959, 1679; OLG Düsseldorf Urt. v. 23.6.1972 – 16 U 44/72, DB 1973, 1064; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 141.

⁷⁴⁷ So zB OLG Köln Urt. v. 15.5.1996 – 27 U 99/95, NJW-RR 1997, 182 (183 f.).

⁷⁴⁸ BGH Urt. v. 29.6.1959 – II ZR 114/57, BB 1959, 826 (827) – insoweit nicht in NJW 1959, 1679; OGH-BrZ Urt. v. 26.1.1950 – I ZS 101/49, OGHZ 3, 227 (237) = NJW 1950, 385; OLG Köln Urt. v. 15.5.1996 – 27 U 99/95, NJW-RR 1997, 182 (183); BeckOGK/Beurskens Rn. 365; v. Dücker BB 1996, 3 (7); Heymann/Horn Rn. 47; NK-HGB/Lehmann-Richter Rn. 23; Hopt/Leyens Rn. 35; MüKoHGB/Maultzsch Rn. 134; Oetker/Pamp Rn. 36; wohl aA P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (240); Kuhn WM 1955, 958 (959).

⁷⁴⁹ OGH-BrZ Urt. v. 26.1.1950 – I ZS 101/49, OGHZ 3, 227 (237) = NJW 1950, 385.

⁷⁵⁰ OLG Köln Urt. v. 15.5.1996 – 27 U 99/95, NJW-RR 1997, 182 (183); OLG Düsseldorf Urt. v. 23.6.1972 – 16 U 44/72, DB 1973, 1064; Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB/Baterau § 2 Rn. 15; v. Dücker BB 1996, 3 (7); Heymann/Horn Rn. 47.

rügen.⁷⁵¹ Dies gilt auch dann, wenn die Zahlungen nur unter dem Vorbehalt der Rechnungsprüfung geleistet wurden, da der Vorbehalt nur bedeutet, dass der Empfänger die Rechnungen innerhalb einer angemessenen Frist prüfen und ggf. reklamieren werde.⁷⁵²

- 231 (12) Rechnungsabschluss.** Die Übersendung eines Rechnungsabschlusses und einer Saldomittelung beinhalten in der Regel einen Antrag zum Abschluss eines Schuldanerkenntnisses. Da das Saldoanerkenntnis aufgrund der vorliegenden Abrechnung gem. § 782 Alt. 1 BGB abweichend von § 781 S. 1 BGB keiner Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB) bedarf, kann es grundsätzlich auch stillschweigend durch aktives Verhalten erklärt werden. Das bloße Schweigen des Empfängers gilt jedoch nicht ohne Weiteres als Zustimmung.⁷⁵³ Daher enthalten **Nr. 7 Abs. 2 S. 2 AGB-Banken** und **Nr. 7 Abs. 3 S. 2 AGB-Sparkassen** für Kontokorrentkonten⁷⁵⁴ eine wirksame⁷⁵⁵ Genehmigungsfiktion für den Fall, dass der Kunde seine Einwendungen nicht vor Ablauf von sechs Wochen nach dem Zugang des Rechnungsabschlusses in einer näher bestimmten Form erhebt, wobei zur Wahrung der Frist die rechtzeitige Absendung genügt.⁷⁵⁶
- 232 (13) Provisionsabrechnungen des Handelsvertreters.** Ein Handelsvertreter kann den Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs nach § 87c Abs. 2 als Grundlage für weitere Provisionsansprüche nicht mehr geltend machen, wenn er sich mit dem Unternehmer über die Abrechnung der Provisionen geeinigt hat.⁷⁵⁷ In der widerspruchslosen Entgegennahme von Provisionsabrechnungen, also der bloßen Untätigkeit des Handelsvertreters, kann grundsätzlich weder ein Einverständnis mit der Abrechnung noch ein Anerkenntnis des Inhalts gesehen werden, keine weiteren Ansprüche zu haben (§ 397 Abs. 2 BGB).⁷⁵⁸ Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Handelsvertreter die Abrechnungen über mehrere Jahre hinweg widerspruchslos hingenommen hat.⁷⁵⁹ Der gegenteiligen Annahme stehen zum Schutz der meist wirtschaftlich schwächeren Handelsvertreter § 87a Abs. 5 und § 87c Abs. 5 entgegen (→ § 87c Rn. 69). Daher bedarf es in der Regel einer eindeutigen Willenserklärung des Handelsvertreters.⁷⁶⁰ Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen hat der BGH nur in einem Einzelfall zugelassen, in dem der Handelsvertreter mit sehr hohen Umsätzen und Provisionseinnahmen Vollkaufmann war und laufend Provisionsabrechnungen sowie zusätzlich Durchschläge der Auftragsbestellungen und der Rechnungen erhalten hatte.⁷⁶¹
- 233 (14) Gefälschte Unterschrift auf einem Wechsel.** Wird die Unterschrift auf einem Wechsel gefälscht, haftet grundsätzlich nicht der Namensträger, sondern der Fälscher in entsprechender Anwendung von Art. 8 WG.⁷⁶² Der Namensträger kann seine wechselfähige Haftung jedoch dadurch begründen, dass er den zugrunde liegenden Begebungsvertrag nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigt.⁷⁶³ Hierfür muss der Namensträger erkennen oder zumindest damit rechnen, dass die Unterschrift

⁷⁵¹ OLG Düsseldorf Urt. v. 23.6.1972 – 16 U 44/72, DB 1973, 1064; Hopt/Leyens Rn. 35.

⁷⁵² OLG Düsseldorf Urt. v. 23.6.1972 – 16 U 44/72, DB 1973, 1064; Hopt/Leyens Rn. 35.

⁷⁵³ BGH Urt. v. 29.6.1973 – I ZR 120/72, WM 1973, 1014; v. Dückler BB 1996, 3 (7); Heymann/Horn Rn. 48; Hopt/Leyens Rn. 37; Oetker/Pamp Rn. 36.

⁷⁵⁴ Zum Saldoanerkenntnis bei kontokorrentähnlichen Rechtsverhältnissen s. MüKoBGB/Habersack BGB § 781 Rn. 15 mwN.

⁷⁵⁵ BGH Urt. v. 6.6.2000 – XI ZR 258/99, BGHZ 144, 349 (355) = NJW 2000, 2667 zu § 10 Nr. 5 AGBG; zuvor bereits BGH Urt. v. 13.12.1967 – Ib ZR 168/65, NJW 1968, 591 zu Nr. 15 S. 4 AGB-Banken aF.

⁷⁵⁶ Zu Einzelheiten s. Bunte/Zahrte/Bunte/Zahrte AGB-Banken Rn. 132 ff.; Bunte/Zahrte/Bunte/Zahrte AGB Sparkassen Rn. 31 ff.

⁷⁵⁷ BGH Urt. v. 29.11.1995 – VIII ZR 293/94, NJW 1996, 588; Urt. v. 23.10.1981 – I ZR 171/79, WM 1982, 152 (153) = BeckRS 1981, 30373535; Urt. v. 11.7.1980 – I ZR 192/78, NJW 1981, 457; Emde MDR 1996, 331.

⁷⁵⁸ BGH Urt. v. 29.11.1995 – VIII ZR 293/94, NJW 1996, 588; Urt. v. 23.10.1981 – I ZR 171/79, WM 1982, 152 (153) = BeckRS 1981, 30373535; BAG Urt. v. 23.3.1982 – 3 AZR 637/79, AP § 87c Nr. 18 unter II. 2. b; BAG Urt. v. 16.2.1973 – 3 AZR 286/72, AP § 87c Nr. 13 unter 3. b; Emde MDR 1996, 331 (332); Hopt/Hopt § 87c Rn. 4; Heymann/Horn Rn. 47; Staudinger/Singer, 2021, BGB Vor §§ 116 ff. Rn. 61; aA LG Mannheim Urt. v. 10.12.2004 – 23 O 89/04, VersR 2005, 1532 (1533) = BeckRS 2004, 16743.

⁷⁵⁹ BGH Urt. v. 29.11.1995 – VIII ZR 293/94, NJW 1996, 588; Urt. v. 23.10.1981 – I ZR 171/79, WM 1982, 152 (153) = BeckRS 1981, 30373535; Hopt/Hopt § 87c Rn. 4; Heymann/Horn Rn. 47; Staudinger/Singer, 2021, BGB Vor §§ 116 ff. Rn. 61.

⁷⁶⁰ BGH Urt. v. 29.11.1995 – VIII ZR 293/94, NJW 1996, 588; Urt. v. 23.10.1981 – I ZR 171/79, WM 1982, 152 (153) = BeckRS 1981, 30373535; Urt. v. 20.2.1964 – VII ZR 147/62, BeckRS 1964, 31190906 unter I. 3. b – insoweit nicht in BB 1964, 409.

⁷⁶¹ BGH Urt. v. 28.1.1965 – VII ZR 120/63, NJW 1965, 1136 f. Ls. 2. Diese Rspr. hat der BGH – entgegen Emde MDR 1996, 331 (332); Heymann/Horn Rn. 47 – in dem Urt. v. 29.11.1995 – VIII ZR 293/94, NJW 1996, 588 f. nicht aufgegeben.

⁷⁶² Baumbach/Hefermehl/Casper WG Art. 1 Rn. 22; Zöllner WertpapierR § 12 III 3 = 65.

⁷⁶³ BGH Urt. v. 2.5.1963 – II ZR 175/62, WM 1963, 637 = BeckRS 1963, 31180252; Urt. v. 21.3.1963 – II ZR 183/62, WM 1963, 636; Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148; Urt. v. 29.9.1951 – II ZR 62/51, JZ 1951, 783 Ls. 1 = BeckRS 1951, 31203961; RG Urt. v. 6.7.1934 – II 73/34, RGZ 145, 87 (92); OLG München Urt. v. 20.3.1959 – 6 U 2054/58, NJW 1959, 1085 (1086); Zöllner WertpapierR § 12 III 3 = 65; iErg auch Baumbach/Hefermehl/Casper WG Art. 7 Rn. 6; § 177 BGB analog; im Grundsätzlichen abw. Canaris JuS 1971, 441 (445); Canaris Vertrauenshaftung 243 f.

gefälscht worden ist.⁷⁶⁴ Die Genehmigung kann gem. § 182 Abs. 1 BGB sowohl dem einen als auch dem anderen Teil gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend durch aktives Verhalten erklärt werden.⁷⁶⁵ Im Rahmen der Diskontierung von Wechseln geben die Kreditinstitute den Akzeptanten durch die Übersendung einer sog. **Domizilnachricht** Gelegenheit, Einwendungen gegen ihre Haftung (zB die Fälschung ihrer Unterschrift) zu erheben.⁷⁶⁶ Da gefälschte Unterschriften in der Regel nicht genehmigt werden,⁷⁶⁷ darf das Kreditinstitut nicht mit einer Genehmigung rechnen,⁷⁶⁸ insbesondere das Schweigen des Namensträgers auf eine Domizilnachricht grundsätzlich nicht als Genehmigung auslegen.⁷⁶⁹ Anderes kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn besondere Umstände hinzutreten, aus denen im redlichen Handelsverkehr zu folgern ist, dass das Schweigen keine andere Deutung als die Genehmigung zulässt.⁷⁷⁰ Hieran sind unter Berücksichtigung der **Wertung des § 177 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB**, wonach Schweigen als Verweigerung der Genehmigung gilt (→ Rn. 195), hohe Anforderungen zu stellen. Allein die Tatsache, dass der Namensträger die Fälschung als solche und den Zweck der Domizilnachricht erkannt hat,⁷⁷¹ genügt hierfür ebenso wenig wie der Umstand, dass er mit dem Inhaber des Wechsels in einer ständigen Geschäftsverbindung steht.⁷⁷² Als ausreichend haben es das RG und ihm folgend der BGH angesehen, dass der Namensträger in der Kenntnis, es sei eine Vielzahl gefälschter Wechsel mit seiner Unterschrift im Umlauf, auf eine erste Domizilnachricht für einige Wechsel den Einwand der Fälschung erhebt, eine weitere Nachricht aber unbeantwortet lässt.⁷⁷³

(15) Lieferung unbestellter Waren. (a) Kaufvertrag. Durch die Lieferung unbestellter Waren 234 durch einen Unternehmer (§ 14 BGB) an einen Verbraucher (§ 13 BGB) wird ein Anspruch gegen den Verbraucher nicht begründet. Der Regelungsgehalt des **§ 241a Abs. 1 BGB** geht über diese Selbstverständlichkeit unter Geltung des Vertragsprinzips (§ 311 Abs. 1 BGB) hinaus, nämlich dahin, dass Handlungen, die unter Anwendung von § 151 S. 1 BGB als stillschweigende Zustimmung zu dem Abschluss eines Kaufvertrags angesehen werden könnten (zB das Auspacken und Benutzen der Ware), nicht als Annahme anzusehen sind.⁷⁷⁴ Für den **Handelsverkehr** existiert keine vergleichbare Bestimmung. Daher besteht insoweit die Möglichkeit, dass ein Kaufvertrag durch eine stillschweigende Annahmeerklärung oder sogar durch Schweigen des Empfängers zustande kommt. Dabei sind im Wesentlichen **zwei Unterlassungen** zu unterscheiden. Im Einzelnen:

(aa) Annahme der Waren. Sofern der Kaufpreis anhand der Umstände (zB einer beigelegten 235 Rechnung, → Rn. 229 f.) hinreichend bestimmbar ist,⁷⁷⁵ kann bereits die Übersendung der unbestellten Waren als Antrag zum Abschluss eines Kaufvertrags anzusehen sein.⁷⁷⁶ Über Annahme oder Ablehnung dieses Antrags kann der Empfänger frei entscheiden. Sofern der Absender – wie üblich – auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet (§ 151 S. 1 Alt. 2 BGB), genügt für eine stillschweigende Annahme jedes Verhalten, das zum Ausdruck bringt (§§ 133, 157 BGB), der Empfänger wolle die Waren behalten oder wirtschaftlich verwerten (zB Einstellen in das Warenlager, Verarbeitung, Weiterveräußerung).⁷⁷⁷ Allein die Tatsache, dass er die unbestellten Waren nicht ablehnt, sondern

⁷⁶⁴ BGH Urt. v. 2.5.1963 – II ZR 175/62, WM 1963, 637 = BeckRS 1963, 31180252; Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148.

⁷⁶⁵ Baumbach/Hefermehl/Casper WG Art. 7 Rn. 10.

⁷⁶⁶ Liesecke WM 1972, 1202 (1206).

⁷⁶⁷ BGH Urt. v. 2.5.1963 – II ZR 175/62, WM 1963, 637 = BeckRS 1963, 31180252; Urt. v. 21.3.1963 – II ZR 183/62, WM 1963, 636; Urt. v. 29.9.1951 – II ZR 62/51, JZ 1951, 783 = BeckRS 1951, 31203961.

⁷⁶⁸ BGH Urt. v. 10.4.1969 – II ZR 164/67, WM 1969, 788 = BeckRS 1969, 31169426; Urt. v. 21.3.1963 – II ZR 183/62, WM 1963, 636; Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148 (149).

⁷⁶⁹ BGH Urt. v. 23.2.1967 – II ZR 111/64, BGHZ 47, 110 (113) = NJW 1967, 1039; Urt. v. 10.4.1969 – II ZR 164/67, WM 1969, 788 = BeckRS 1969, 31169426; Urt. v. 2.5.1963 – II ZR 175/62, WM 1963, 637 = BeckRS 1963, 31180252; Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148 (149); Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148 (149); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 145; wohl auch Heymann/Horn Rn. 40; ebenso OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 19.2.1929 – 2 U 257/28, JW 1929, 1403 (1404), wonach aber das Unterlassen einer Warnung die Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB begründet.

⁷⁷⁰ BGH Urt. v. 23.2.1967 – II ZR 111/64, BGHZ 47, 110 (113) = NJW 1967, 1039; Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148 (149); Urt. v. 29.9.1951 – II ZR 62/51, JZ 1951, 783 = BeckRS 1951, 31203961. Nur methodologisch abw. Baumbach/Hefermehl/Casper WG Art. 7 Rn. 13; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 145; Dem Namensträger sei die Berufung auf den Fälschungseinwand nach § 242 BGB verwehrt.

⁷⁷¹ BGH Urt. v. 10.4.1969 – II ZR 164/67, WM 1969, 788 = BeckRS 1969, 31169426; Urt. v. 5.11.1962 – II ZR 161/61, NJW 1963, 148 (149); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 145.

⁷⁷² BGH Urt. v. 10.4.1969 – II ZR 164/67, WM 1969, 788 = BeckRS 1969, 31169426; Urt. v. 2.5.1963 – II ZR 175/62, WM 1963, 637 f. = BeckRS 1963, 31180252; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 145; wohl aA BGH Urt. v. 29.9.1951 – II ZR 62/51, JZ 1951, 783 = BeckRS 1951, 31203961.

⁷⁷³ BGH Urt. v. 23.2.1967 – II ZR 111/64, BGHZ 47, 110 (113) = NJW 1967, 1039; Urt. v. 29.9.1951 – II ZR 62/51, JZ 1951, 783 = BeckRS 1951, 31203961; RG Urt. v. 6.7.1934 – II 73/34, RGZ 145, 87 (94); dem folgend Baumbach/Hefermehl/Casper WG Art. 7 Rn. 13; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 145; Heymann/Horn Rn. 40.

⁷⁷⁴ Statt vieler MüKoBGB/Finkenauer BGB § 241a Rn. 26.

⁷⁷⁵ Zu Einzelheiten MüKoBGB/H. P. Westermann BGB § 433 Rn. 29 mwN.

⁷⁷⁶ Heymann/Horn Rn. 45; IHK München BB 1950, 225.

⁷⁷⁷ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 144; Philipowski, Die Geschäftsverbindung, 1963, 31.

annimmt, ist **grundsätzlich keine Annahme**.⁷⁷⁸ Gleiches gilt für die Einlösung einer unbestellten Nachnahmesendung.⁷⁷⁹ Anders liegen die Dinge nur ausnahmsweise, wenn besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer der Absender aus dem Schweigen auf eine Zustimmung schließen darf. Dies ist zB anzunehmen, wenn der Absender und der Empfänger in einer Geschäftsverbindung stehen (→ Rn. 206 f.), in deren Rahmen der Empfänger bereits früher unbestellte Waren abgenommen hat.⁷⁸⁰ Das Stillschweigen zu den unbestellten Waren darf der Absender ausnahmsweise auch dann als Annahme seines Antrags zum Abschluss eines Kaufvertrags ansehen, wenn die Sendung sowohl bestellte als auch unbestellte Waren enthält und weitere Umstände hinzutreten, sei es zB die Verderblichkeit der Ware,⁷⁸¹ sei es, dass der Empfänger sich ausschließlich zu den bestellten Waren erklärt (zB durch die Anzeige eines Sachmangels), ohne sich eine gesonderte Erklärung zu der unbestellten Ware vorzubehalten.⁷⁸²

- 236 (bb) Stillschweigen auf eine Rechnung.** Ist in der Übersendung der unbestellten Waren kein Antrag zum Abschluss eines Kaufvertrags zu sehen (→ Rn. 235), kann dieser durch das Schweigen des Empfängers auf eine erst später übersandte Rechnung zustande kommen. Zwar wird eine Rechnung regelmäßig in der Annahme versandt, ein Kaufvertrag über die in der Rechnung aufgeführten Waren sei zu den angegebenen Preisen bereits geschlossen worden (→ Rn. 229 f.). Fehlt es aber ausnahmsweise noch an einem wirksamen Kaufvertrag, wird mit der Rechnung zugleich die Bereitschaft bekundet, einen Verkauf zu den ersichtlichen Bedingungen abzuschließen, sodass in der Rechnung der Antrag zum Abschluss eines Kaufvertrags über die bereits gelieferte Ware liegt.⁷⁸³ Die Tatsache, dass diese Praxis gem. Anh. Nr. 29 zu § 3 Abs. 3 UWG bzw. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG unzulässig ist,⁷⁸⁴ steht weder dieser Auslegung entgegen noch ist der Antrag gem. § 134 BGB nichtig.⁷⁸⁵ Will der Rechnungsempfänger dieses Angebot zum Kauf nicht annehmen, darf der Absender nach Treu und Glauben einen Widerspruch erwarten.⁷⁸⁶ Dieser Widerspruch muss zwar nicht unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB), aber in entsprechender Anwendung von § 147 Abs. 2 BGB innerhalb der Zeit erfolgen, in welcher der Rechnungsabsender mit diesem rechnen darf. Unterbleibt der Widerspruch, schweigt der Rechnungsempfänger also, muss er sich so behandeln lassen, als hätte er den Kaufvertrag zu den in der Rechnung niedergelegten Bedingungen geschlossen.⁷⁸⁷
- 237 (b) Verwahrung- und Besichtigungsvertrag.** Gelegentlich ist der Zusendung unbestellter Waren ein Begleitschreiben beigelegt, in dem der Absender den zeitnahen Besuch eines Vertreters ankündigt.⁷⁸⁸ Die mit der Ablieferung der Waren entstehende Vindikationslage – anderes gilt nur, wenn der Absender den Empfänger von der Rückgabe- und Aufbewahrungspflicht entbindet oder der Empfänger das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags annimmt (→ Rn. 235) – zwingt den Empfänger zu entscheiden, ob er die Waren zurücksendet oder den Besuch des Vertreters abwartet und sie diesem aushändigt. Da der Absender ihm – seine (Auswahl-)Entscheidung für letzteres Vorgehen antizipierend – die vorübergehende Aufbewahrung durch eine unzulässige Wettbewerbshandlung (Anh. Nr. 29 UWG zu § 3 Abs. 3 UWG bzw. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG)⁷⁸⁹ **gegen seinen Willen aufgezwungen** hat,⁷⁹⁰ darf er dieses nicht als Zustimmung zu dem Abschluss eines Verwahrungs- und oder Besichtigungsvertrags ansehen.⁷⁹¹
- 238** Die mit der Annahme unbestellter Waren entstehende Vindikationslage (→ Rn. 237) verpflichtet den kaufmännischen Empfänger – als Kehrseite derselben Medaille zu dem Herausgabeanspruch des

⁷⁷⁸ Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB/Baterau § 2 Rn. 1; BeckOGK/Beurskens Rn. 367; v. Dücker BB 1996, 3 (7); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 143; Heymann/Horn Rn. 45; NK-HGB/Lehmann-Richter Rn. 23; Hopt/Leyens Rn. 36; aA Canaris HandelsR § 23 Rn. 53: Entgegennahme sei stillschweigende Annahmeerklärung durch aktives Verhalten, wenn sie ohne Vorbehalt erfolge.

⁷⁷⁹ IHK München BB 1950, 225; v. Dücker BB 1996, 3 (7); Hopt/Leyens Rn. 36.

⁷⁸⁰ RG Ur. v. 11.5.1901 – Rep. I 144/01, R.G.Z. 48, 175 (178); BeckOGK/Beurskens Rn. 367; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 143; Hopt/Leyens Rn. 36; wohl auch Heymann/Horn Rn. 45; aA Philipowski, Die Geschäftsverbindung, 1963, 32, 94.

⁷⁸¹ RG Ur. v. 8.10.1918 – II 199/18, LZ 1919, 966.

⁷⁸² ROHG Ur. v. 15.2.1875 – Rep. 165/75, ROHGE 16, 40 (41 f.); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 143.

⁷⁸³ BGH Ur. v. 17.12.1957 – VIII ZR 304/56, BeckRS 1957, 31195257 – insoweit nicht in BB 1958, 133.

⁷⁸⁴ Zu Einzelheiten Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 7 Rn. 95 ff.; s. auch BGH Ur. v. 12.1.1960 – I ZR 52/59, GRUR 1960, 382 (383) – Verbandstoffe; Ur. v. 11.11.1958 – I ZR 179/57, GRUR 1959, 277 (280) – Künstlerpostkarten jeweils zu § 1 UWG aF.

⁷⁸⁵ Statt vieler MüKoBGB/Armbrüster BGB § 134 Rn. 93 mwN.

⁷⁸⁶ BGH Ur. v. 17.12.1957 – VIII ZR 304/56, BB 1958, 133 = BeckRS 1957, 31195257.

⁷⁸⁷ ROHG Ur. v. 29.4.1874 – Rep. 245/74, ROHGE 13, 340 (342); Ur. v. 15.9.1871 – Rep. 384/71, ROHGE 3, 112 (114) jeweils zu Art. 279 ADHGB.

⁷⁸⁸ So zB BGH Ur. v. 11.11.1958 – I ZR 179/57, GRUR 1959, 277 (280) – Künstlerpostkarten.

⁷⁸⁹ Zu Einzelheiten Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 7 Rn. 95 ff.; s. auch BGH Ur. v. 12.1.1960 – I ZR 52/59, GRUR 1960, 382 (383) – Verbandstoffe; Ur. v. 11.11.1958 – I ZR 179/57, GRUR 1959, 277 (280) – Künstlerpostkarten jeweils zu § 1 UWG aF.

⁷⁹⁰ BGH Ur. v. 11.11.1958 – I ZR 179/57, GRUR 1959, 277 (280) – Künstlerpostkarten.

⁷⁹¹ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 144.

Eigentümers (§ 985 BGB) – dazu, die Waren zurückzusenden⁷⁹² oder – obwohl kein Fall des § 362 Abs. 2 (→ § 362 Rn. 37 ff.) oder des § 379 Abs. 1 (→ § 379 Rn. 1 ff.) vorliegt – bis zu dem Besuch des Vertreters aufzubewahren.⁷⁹³ Entscheidet der Empfänger sich für die **temporäre Aufbewahrung der Waren**, kann er unter den Voraussetzungen des § 354 Abs. 1 Alt. 2 Lagergeld nach den ortsüblichen Sätzen fordern (→ § 354 Rn. 1 ff.). Verschlechtern die Waren sich während der Aufbewahrung oder können sie von dem Empfänger nicht herausgegeben werden, kann der Empfänger dem Eigentümer gem. § 989 BGB iVm § 990 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sein. In Anbetracht der Tatsache, dass der Absender sich mit der Rücknahme der Waren im Verzug befindet (§§ 293, 294, 269 Abs. 1, 271 Abs. 1 BGB), kommt diese Ersatzpflicht gem. **§ 300 Abs. 1 BGB** nur in Betracht, wenn dem Empfänger Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.⁷⁹⁴ Allerdings wird auch in diesen Fällen die Ersatzpflicht nicht selten gem. § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein, da der Absender an der Entstehung des Schadens aufgrund seines unlauteren Verhaltens (Anh. Nr. 29 UWG zu § 3 Abs. 3 UWG bzw. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG)⁷⁹⁵ schuldhaft mitgewirkt hat.

e) Irrtumsanfechtung. aa) Methodologische Grundlage. Kommt dem Schweigen im Rechts- bzw. Handelsverkehr ausnahmsweise – sei es als Fiktion einer Willenserklärung aufgrund einer besonderen Ausnahmevorschrift (→ Rn. 194 ff.), sei es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte oder einen Handelsbrauch (→ Rn. 200 ff.) – rechtliche Bedeutung zu, kann diese jedenfalls nicht durch eine unmittelbare Anwendung der §§ 119 ff. BGB beseitigt werden.⁷⁹⁶ Das Schweigen ist auch in diesen Fällen – anderes gilt für ein beredetes Schweigen aufgrund einer früheren Vereinbarung (→ Rn. 199) – keine Willenserklärung (→ Rn. 201), da die rechtliche Bedeutung kraft Gesetzes ohne Rücksicht darauf eintritt, ob sie im Zeitpunkt des Stillschweigens überhaupt gewollt ist.⁷⁹⁷ In Betracht kommt somit lediglich eine **entsprechende Anwendung der §§ 119 ff. BGB**.⁷⁹⁸ Die für diese Analogie notwendige Regelungslücke resultiert daraus, dass die gesetzlichen Bestimmungen (→ Rn. 194 ff.) und außerrechtlichen Wertungen (Verkehrssitte, Handelsbrauch), aus denen sich ergibt, dass dem Schweigen ausnahmsweise rechtliche Bedeutung zukommt, nur den Erklärungswert des Schweigens betreffen, nicht aber die sich anschließende Frage, ob die Wirkung endgültig oder vernichtbar ist.⁷⁹⁹ Die zusätzlich erforderliche Vergleichbarkeit ergibt sich daraus, dass die Rechtsfolge, die ein ausnahmsweise rechtlich beachtliches Schweigen erzeugt – in der Regel die Zustimmung zu einem Antrag –, sich qualitativ nicht von derjenigen unterscheidet, die eine stillschweigende Willenserklärung durch aktives Verhalten erzeugt.⁸⁰⁰ Die Grundsatzentscheidung für die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB sichert zwar die privatautonome Gestaltung in Selbstbestimmung,⁸⁰¹ steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Anfechtung im Einzelfall der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung – diese ist den Gründen für die rechtliche Bedeutung des Schweigens immanent – nicht widersprechen darf. Dieses Gebot ist insbesondere bei einem sog. Schlüssigkeitsirrtum (→ Rn. 240) und der sog. Tatsachenunkenntnis (→ Rn. 241) zu beachten.

bb) Irrtum über die Bedeutung des Schweigens (sog. Schlüssigkeitsirrtum). Ein Irrtum über die Bedeutung des Schweigens vermag die Anfechtung nicht zu begründen.⁸⁰² Insbesondere kommt eine Parallele zu der Anfechtung einer stillschweigenden Willenserklärung durch aktives Verhalten

⁷⁹² Verbraucher (§ 13 BGB) sind auch in den Fällen des § 241a Abs. 2 BGB zu der Rücksendung unbestellter Waren nicht verpflichtet, s. Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 7 Rn. 94.

⁷⁹³ BGH Urt. v. 11.11.1958 – I ZR 179/57, GRUR 1959, 277 (280) – Künstlerpostkarten.

⁷⁹⁴ IErg auch Schlegelberger/Hefermehl Rn. 144, der § 300 Abs. 1 BGB allerdings nur analog für anwendbar erachtet.

⁷⁹⁵ Zu Einzelheiten Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG § 7 Rn. 95 ff. S. auch BGH Urt. v. 12.1.1960 – I ZR 52/59, GRUR 1960, 382 (383) – Verbandstoffe; Urt. v. 11.11.1958 – I ZR 179/57, GRUR 1959, 277 (280) – Künstlerpostkarten jeweils zu § 1 UWG aF.

⁷⁹⁶ Wohl aA (direkte Anwendung der §§ 119–124 BGB) Kuhn WM 1955, 958 (962); Hopt/Leyens § 362 Rn. 6.

⁷⁹⁷ Schlegelberger/Hefermehl Rn. 99; Hopt AcP 183 (1983), 608 (613); aA Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 5: Regeln über das Erklärungsbewusstsein finden uneingeschränkt Anwendung; ähnlich Hopt/Leyens Rn. 33, der eine „echte“ Willenserklärung annimmt, wenn der Schweigende Zustimmung ausdrücken will.

⁷⁹⁸ P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (253); MüKoHGB/Maultzsch Rn. 140; s. auch Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 362 Rn. 11; aA (direkte Anwendung der §§ 119 ff. BGB) Heymann/Horn Rn. 37 auf Grundlage der Annahme, das Schweigen erzeuge (ausnahmsweise) eine Willenserklärung.

⁷⁹⁹ MüKoBGB/Armbrüster BGB § 119 Rn. 76; P. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, 80.

⁸⁰⁰ MüKoBGB/Armbrüster BGB § 119 Rn. 68; ähnlich BGH Beschl. v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (71) = NJW 2002, 3629.

⁸⁰¹ BGH Beschl. v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (72) = NJW 2002, 3629 für Wohnungseigentümer.

⁸⁰² BeckOGK/Beurskens Rn. 369; Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 26; Canaris Vertrauenshaftung 222; P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (250); Heymann/Horn Rn. 37; Kuhn WM 1955, 958 (962); Hopt/Leyens Rn. 33; Staudinger/Singer, 2021, BGB Vor §§ 116 ff. Rn. 67; Wacke JA 1982, 184 (185); s. auch Kramer Jura 1984, 235 (249 f.); Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 362 Rn. 11 jeweils zu § 362 Abs. 1; aA MüKoHGB/Maultzsch Rn. 136.

wegen fehlenden Erklärungsbewusstseins von vornherein nicht in Betracht.⁸⁰³ Im Unterschied zu einer Willenserklärung, die in **entsprechender Anwendung von § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB** anfechtbar ist, wenn der Erklärende nicht erkannt hat, dass sein aktives Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden konnte und der Empfänger es tatsächlich auch so verstanden hat,⁸⁰⁴ ist das Schweigen auf ein Vertragsangebot auch dann als Zustimmung auszulegen, wenn diese Rechtsfolge im Zeitpunkt des Stillschweigens überhaupt nicht gewollt war (→ Rn. 239). Es genügt, dass das Schweigen zurechenbar ist, dh der Schweigende davon ausgehen musste, dass der Antragende es als Zustimmung verstehen durfte und dies auch getan hat.⁸⁰⁵ Hat der Schweigende sich über diese Bedeutung seines Schweigens geirrt, liegt hierin ein **Rechtsfolgenirrtum**.⁸⁰⁶ Dieser ist jedoch **unbeachtlich**. Die rechtliche Bedeutung, die das Schweigen mit dem Ablauf der jeweiligen Erklärungsfrist – sei es die Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB (→ Rn. 216, → Rn. 218, → Rn. 236), sei es unverzüglich (→ Rn. 196, → Rn. 211, → Rn. 228) – hat, soll einen Zustand zumindest vorübergehender Ungewissheit vermeiden, also – im Einklang mit dem allgemeinen Zweck von Handelsbräuchen (→ Rn. 1) – klare und endgültige Verhältnisse schaffen, die nicht nachträglich wieder umgestoßen werden können. Diesem Zweck widerspräche die Möglichkeit, die rechtliche Bedeutung des Schweigens wegen eines darauf bezogenen Irrtums zu beseitigen.⁸⁰⁷

- 241 cc) Irrtum über Tatsachen (sog. Tatsachenunkenntnis).** In den Fällen, in denen Schweigen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte oder einen Handelsbrauch ausnahmsweise die Bedeutung einer Zustimmung zum Vertragsschluss hat (→ Rn. 200 ff.), kann dieser Erklärungswert nicht in entsprechender Anwendung von § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB mit der Begründung angefochten bzw. beseitigt werden, der Schweigende habe den Inhalt zB einer ihm übersandten Rechnung (zB einen angebotenen Preisnachlass, → Rn. 209) oder eines Lieferzeichens missverstanden⁸⁰⁸ oder das Dokument nicht rechtzeitig zu Gesicht bekommen (sog. Tatsachenunkenntnis).⁸⁰⁹ Dieses Ergebnis ergibt sich nicht allein daraus, dass die Umstände dem Organisationsbereich des Schweigenden entstammen und eine Verletzung der kaufmännischen Sorgfalt (§ 347) zumindest nahelegen.⁸¹⁰ Denn der Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht besagt für sich genommen nichts darüber, ob der Kaufmann auf Erfüllung oder infolge einer Anfechtung nur in entsprechender Anwendung von § 121 Abs. 1 S. 1 BGB auf das negative Interesse haftet. Entscheidend ist vielmehr, dass die Anfechtung bzw. Beseitigung der rechtlichen Bedeutung des Schweigens – wie bei einem Irrtum über die rechtliche Bedeutung des Schweigens (→ Rn. 240) – dem Ziel widerspräche, klare und endgültige Verhältnisse zu schaffen, die nicht nachträglich wieder umgestoßen werden können.⁸¹¹
- 242 dd) Täuschung und Drohung.** Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass derjenige, der durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung von einer Erklärung – in der Regel einem Widerspruch – abgehalten wurde, die aufgrund seines Schweigens eingetretene rechtliche Bindung in entsprechender Anwendung der §§ 123, 124 BGB beseitigen kann.⁸¹²

IV. Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

- 243 1. Überblick. a) Zweck und dogmatische Grundlage.** Das allgemeine Interesse des Handelsverkehrs an einer reibungslosen und raschen Abwicklung von Handelsgeschäften (→ Rn. 1) äußert sich

⁸⁰³ Heymann/Horn Rn. 37; Hopt/Leyens Rn. 33; aA BGH Beschl. v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 (70 f.) = NJW 2002, 3629 für die Abstimmung auf einer Wohnungseigentümersammlung; Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 5, 6; Kramer Jura 1984, 235 (249).

⁸⁰⁴ Statt vieler BGH Urt. v. 7.6.1984 – IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324 (329 f.) = NJW 1984, 2279; MüKoBGB/Armbrüster BGB § 119 Rn. 99 ff. mwN.

⁸⁰⁵ Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 362 Rn. 3; wohl ähnlich Hopt/Leyens Rn. 33.

⁸⁰⁶ Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 386 Rn. 2 zu § 386 Abs. 1 Hs. 2.

⁸⁰⁷ Ähnlich Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber Vor §§ 343–372 Rn. 6; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 362 Rn. 11; Verkehrsschutz habe Vorrang.

⁸⁰⁸ Offengelassen für das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben von BGH Urt. v. 7.10.1971 – VII ZR 177/69, NJW 1972, 45; Urt. v. 7.7.1969 – VII ZR 104/67, NJW 1969, 1711. Dafür, die Anfechtung ohne zusätzliche Voraussetzungen zuzulassen, Kuhn WM 1955, 958 (962). Dafür, die Anfechtung nur unter zusätzlichen Voraussetzungen (unverschuldeter Irrtum) zuzulassen, Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 58; Zunft NJW 1959, 276.

⁸⁰⁹ MüKoBGB/Armbrüster BGB § 119 Rn. 78; aA P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (251 f.); Staudinger/Singer, 2021, BGB Vor §§ 116 ff. Rn. 68 ff., 71.

⁸¹⁰ So aber Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 26; Canaris FS Wilburg, 1975, 77 (91 f.); Canaris Vertrauenshaftung 228 ff.; Kramer Jura 1984, 235 (249); s. auch Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber § 362 Rn. 11 zu § 362 Abs. 1 S. 1 Hs. 2.

⁸¹¹ IERG auch MüKoBGB/Armbrüster BGB § 119 Rn. 78.

⁸¹² MüKoBGB/Armbrüster BGB § 119 Rn. 76; Flume BGB AT II § 10, 2 = 119; P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (249 f.); Heymann/Horn Rn. 37; Koller/Kindler/Drüen/Roth/Huber Vor §§ 343–372 Rn. 8; Staudinger/Singer, 2021, BGB Vor §§ 116 ff. Rn. 66.