

# §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht

Ebenroth / Boujong / Joost / Strohn

4. Auflage 2020  
ISBN 978-3-8006-5682-0  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

auf einen Antrag nach Treu und Glauben als Zustimmung anzusehen,<sup>630</sup> wenn der Inhalt des Antrags im Rahmen der Bedingungen liegt, die der Kontrahierungspflichtige akzeptieren muss.<sup>631</sup> Praktische Bedeutung hat der Kontrahierungszwang zur Annahme insbesondere im Verkehr mit Verbrauchern (§ 13 BGB). Für den Handelsverkehr ist lediglich **§ 20 Abs. 1 GWB** hervorzuheben,<sup>632</sup> wonach marktbeherrschende Unternehmen kleinen oder mittleren Unternehmen, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von ihnen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen, unter anderem den Vertragsschluss ohne sachlich gerechtfertigten Grund nicht verweigern dürfen.<sup>633</sup>

**(2) Kataloge, Prospekte, Preislisten.** Die Zusendung von Katalogen, Prospekten und Preislisten ist auch gegenüber Kaufleuten nicht als Vertragsangebot, sondern lediglich als Aufforderung anzusehen, ein Angebot abzugeben (*invitatio ad offerendum*).<sup>634</sup> Die auf ihrer Grundlage abgegebenen Bestellungen, sind nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) dahingehend auszulegen, dass der Besteller – sofern er nicht Abweichendes erklärt – die in ihnen enthaltenen üblichen Angaben zu der Beschaffenheit der Ware, deren Versand, den Preisen und den Zahlungsmodalitäten in sein Angebot übernimmt.<sup>635</sup> Für die Einbeziehung **Allgemeiner Geschäftsbedingungen** in den Vertrag ist zu unterscheiden: Im **kaufmännischen Verkehr** genügt das stillschweigende Einverständnis mit ihrer Geltung bereits dann, wenn der Kaufmann im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Möglichkeit hatte, in zumutbarer Weise Kenntnis von ihrem Inhalt zu nehmen (→ Rn. 43). Daher liegt die Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das Vertragsangebot insbesondere dann nahe, wenn der Katalog, der Prospekt oder die Preisliste nicht nur einen Hinweis auf die andernorts abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält, sondern die Bestimmungen in dem Katalog, dem Prospekt oder der Preisliste selbst abgedruckt sind.<sup>636</sup> Bei **Verbraucherverträgen** (§ 310 Abs. 3 BGB) genügt die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme nicht. Vielmehr muss der Verwender gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweisen. Hierfür genügt ein Hinweis in dem Katalog, dem Prospekt oder der Preisliste in der Regel nicht, da die Kunden in diesen Dokumenten lediglich Informationen über Waren und deren Preis, nicht aber über vom Gesetz abweichende Nebenbestimmungen (zB Erfüllungsort, Gerichtsstand) erwarten müssen.<sup>637</sup>

**(3) Laufende Geschäftsverbindung. (a) Abschluss eines neuen Geschäfts. Im Warenhandel** ist eine bestehende Geschäftsverbindung *alleine* nicht ausreichend, um das Stillschweigen des Empfängers auf ein Vertragsangebot als Zustimmung anzusehen.<sup>638</sup> Die gegenteilige Ansicht – sie liefere methodologisch auf eine entsprechende Anwendung von § 362 Abs. 1 S. 1 ggf. iVm § 362 Abs. 1 S. 2 hinaus – begegnet bereits deshalb Zweifeln, weil § 362 Abs. 1 S. 1 eine Ausnahmvorschrift ist, die nach hM keinen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, der verallgemeinert und auf den Warenverkehr ausgedehnt werden kann.<sup>639</sup> Jedenfalls steht einer Analogie die Entscheidung des historischen Gesetzgebers entgegen, die Vorschrift in Anbetracht der Tatsache, dass die Fähigkeit zu Dienstleistungen

<sup>630</sup> MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 131. Vgl. auch OGH-BrZ Urt. v. 13.10.1949 – I ZS 34/49, OGHZ 2, 352 (356) = NJW 1950, 24 zu § 16 AO Leder I/48 v. 7.5.1948. Ähnl. F. Bydlinski JZ 1980, 378 (379); Kramer JURA 1984, 235 (247): Es werde die Irrelevanz des Schweigens im Rechtsverkehr überwunden.

<sup>631</sup> Hopt AcP 183 (1983), 608 (616); MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 131; K. Schmidt HandelsR § 19 Rn. 28.

<sup>632</sup> Zu weiteren Einzelfällen s. MüKoHGB/K. Schmidt Vor § 343 Rn. 11 mwN.

<sup>633</sup> BGH Urt. v. 11.11.2008 – KZR 43/07, NVwZ-RR 2009, 596 Rn. 18; Immenga/Mestmäcker/Markert GWB § 20 Rn. 86; GK-HGB/B. Schmidt Vor § 343 Rn. 3; vgl. auch BGH Urt. v. 22.10.1996 – KZR 19/95, BGHZ 134, 1 (13) = NJW 1997, 574 – Stromeinspeisung II zu § 35 GWB iVm § 26 Abs. 2 GWB aF; BGH Urt. v. 12.5.1998 – KZR 23/96, NJW-RR 1999, 189 (190 f.) – Depotkosmetik zu § 26 Abs. 2 GWB aF.

<sup>634</sup> Schlegelberger/Hefermehl Rn. 142.

<sup>635</sup> Schlegelberger/Hefermehl Rn. 142; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 34. In diese Richtung wohl auch OLG Stuttgart Urt. v. 12.12.1914 – 3 U 750/14, Recht 1915 Nr. 1726, wonach die Angaben im Kostenvoranschlag die Grundlage des Geschäfts bilden.

<sup>636</sup> In diese Richtung OLG Rostock Urt. v. 11.3.1908 – 2 Fe 124/08, SeuffA 64 Nr. 184 (S. 390).

<sup>637</sup> Vgl. RG Urt. v. 1.7.1901 – VI 140/01, JW 1901, 621; OLG Rostock Urt. v. 11.3.1908 – 2 Fe 124/08, SeuffA 64 Nr. 184; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 142.

<sup>638</sup> OGH-BrZ Urt. v. 19.9.1949 – IIb ZS 55/49, NJW 1949, 943; Canaris Vertrauenshaftung 225; Flume AcP 161 (1961), 52 (67); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 101; Heymann/Horn Rn. 41; Oetker/Pamp Rn. 36; Schinkels in Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB § 5 Rn. 47; K. Schmidt HandelsR § 19 Rn. 30; Thamm/Detzer DB 1997, 213; wohl aA BGH Urt. v. 4.4.1951 – II ZR 52/50, BGHZ 1, 353 (355) = NJW 1951, 711; LG Mannheim Urt. v. 10.12.2004 – 23 O 89/04, VersR 2005, 1532 (1533) = BeckRS 2004, 16743; P. Hanau AcP 165 (1965), 220 (240). Allgemein, auch rechtsvergleichend dazu Müller-Graff, Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974, 122 ff.

<sup>639</sup> So RG Urt. v. 1.4.1919 – VII 390/18, WarnR 1919 Nr. 131; iErg auch Philipowski, Die Geschäftsverbindung, 1963, 93; aA LG Mannheim Urt. v. 10.12.2004 – 23 O 89/04, VersR 2005, 1532 (1533) = BeckRS 2004, 16743; Staub/Canaris § 362 Anh. Rn. 21; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 31.

unerschöpflich, der Warenbestand hingegen beschränkt ist,<sup>640</sup> auf die Besorgung von Geschäften für andere zu begrenzen.<sup>641</sup>

- 207** Um das Schweigen des Empfängers auf ein Vertragsangebot im Warenhandel als Zustimmung ansehen zu können, müssen zu der Geschäftsverbindung (→ Rn. 206) **weitere Umstände** hinzutreten, die es dem Antragsempfänger nach Treu und Glauben gebieten, umgehend zu widersprechen.<sup>642</sup> Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Antragsempfänger auf die ausdrückliche Frage, ob er einem bestimmten Angebot widerspreche, in seinem Schweigen verharret, obwohl der ihm unterbreitete Vorschlag im Rahmen einer normalen und sachgemäßen Abwicklung des Schuldverhältnisses bleibt.<sup>643</sup> Gleiches soll auch dann gelten, wenn der Antragende für den Erklärungsempfänger *erkennbar* ein *berechtigtes* Interesse an einer baldigen Antwort hat.<sup>644</sup> Dieses kann sich zB unter Geltung eines Rahmenvertrags aus einem Geschäftsverbindungsbrauch ergeben, wonach der einseitige Abruf von Vertragsleistungen üblich ist.<sup>645</sup> Die Auffassung des Schweigens als Zustimmung ist hingegen insbesondere dann ausgeschlossen, wenn der Antragende auf eine ausdrückliche Ablehnung oder Annahme seines Antrags bestanden hat<sup>646</sup> oder das Geschäft außergewöhnlich und besonders bedeutsam ist.<sup>647</sup> Letzteres liegt zB bei der Änderung eines langfristigen Vertrags nahe (zu Einzelheiten → Rn. 208 ff.).<sup>648</sup>
- 208 (b) Vertragsänderung. (aa) Allgemein.** Der Schriftverkehr der Parteien im Rahmen der Vertragsabwicklung enthält nicht selten einseitige Vermerke, deren Inhalt von dem Vereinbarten abweicht. So enthalten zB Rechnungen häufig Hinweise auf Zahlungsbedingungen oder andere Allgemeine Geschäftsbedingungen oder die Erklärung eines Eigentumsvorbehalts (→ Rn. 210). Derartige Erklärungen liegen – vorbehaltlich eines abweichenden Geschäftsverbindungsbrauchs (→ Rn. 28) – außerhalb des Rechnungszwecks,<sup>649</sup> namentlich der Berechnung und Einforderung der Vergütung (→ Rn. 229). Da der Empfänger diese in einer Rechnung nicht erwarten muss, hat er weder die inhaltliche Richtigkeit solcher Vermerke (zB die Saldenmitteilung in Bezug auf Warencontainer) zu prüfen noch Anlass dazu, Angaben zu widersprechen, die von dem Inhalt des zuvor geschlossenen und fortgeltenden Vertrags abweichen.<sup>650</sup> Folglich darf in seinem Schweigen **grundsätzlich keine Zustimmung** zu einer Vertragsänderung gesehen werden.<sup>651</sup> Der Bestand einer ggf. sogar langfristigen Geschäftsbeziehung *allein* ändert daran nichts.
- 209** Nur **ausnahmsweise** unter besonderen Umständen darf der Absender eines auf eine Vertragsänderung zielenden Schreibens (zB einer Rechnung mit entsprechenden Zusätzen, → Rn. 208) aus dem bloßen Stillschweigen des Empfängers nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bzw. einen Handelsbrauch auf dessen Zustimmung schließen. (1) Dies ist zB der Fall, wenn der Vermerk einen Antrag zu einer für den Rechnungsempfänger **rechtlich oder wirtschaftlich günstigen Vertragsänderung** (zB einen Preisnachlass, eine Stundung oder die nachträgliche Vereinbarung einer Beschaffenheit iSv § 434 Abs. 1 S. 1 BGB) enthält.<sup>652</sup> Bei Vertragsänderungen, die für den Rechnungs-

<sup>640</sup> In der Begründung zu § 303 Abs. 1 HGB-E I wird diese Tatsache allenfalls angedeutet, s. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1895 (Denkschrift des Reichsjustizamts zum Entwurf eines HGB), 1896, 185, abgedruckt in Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II/1, 1987, 185.

<sup>641</sup> *Medicus/Petersen* BGB AT Rn. 388.

<sup>642</sup> Vgl. ROHG Ur. v. 29.10.1870 – Rep. 37/70, ROHG 1, 76 (81).

<sup>643</sup> BGH Ur. v. 17.5.1962 – VII ZR 232/60, WM 1962, 1057 (1058) = BeckRS 1962, 31189913.

<sup>644</sup> BGH Ur. v. 4.4.1951 – II ZR 52/50, BGHZ 1, 353 (355 f.) = NJW 1951, 711; NK-HGB/*Lehmann-Richter* Rn. 23; aA *Canaris* Vertrauenshaftung 225; *Flume* AcP 161 (1961), 52 (67 f.).

<sup>645</sup> *Flume* Rechtsgeschäft § 35 II 4 = 658; *Flume* AcP 161 (1961), 52 (67); *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 101; *Hopt* AcP 183 (1983), 608 (616); *Heymann/Horn* Rn. 41; *Kramer* JURA 1984, 235 (248); *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 30; wohl auch *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 36.

<sup>646</sup> BGH Ur. v. 8.4.1957 – III ZR 251/55, NJW 1957, 1105.

<sup>647</sup> BGH Ur. v. 1.6.1994 – XII ZR 227/92, NJW-RR 1994, 1163 (1165); ähnl. RG Ur. v. 1.4.1919 – VII 390/18, WarnR 1919 Nr. 131 („eigenartiges und selten vorkommendes Geschäft“).

<sup>648</sup> *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 30.

<sup>649</sup> *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 138.

<sup>650</sup> BGH Ur. v. 5.2.1997 – VIII ZR 41/96, NJW 1997, 1578 (1579); RG Ur. v. 11.3.1932 – II 217/31, HansRGZ 1932, Abt. B, 355 (357); LG Karlsruhe Ur. v. 3.12.1929 – 1 HH 8/29, JW 1930, 2238 (2239); *Batareau* in *Pfeiffer* Handelsgeschäfte-HdB § 2 Rn. 15; *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 141; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 35; *NK-HGB/Lehmann-Richter* Rn. 23; *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 138; *Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Steimle/Dornieden* Rn. 32.

<sup>651</sup> BGH Ur. v. 29.6.1959 – II ZR 114/57, BB 1959, 826 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 1959, 1679); BGH Ur. v. 24.11.1959 – VIII ZR 133/58, BB 1960, 306 = BeckRS 1959, 31201448; RG Ur. v. 6.10.1931 – II 76/31, RGZ 133, 330 (338 f.); RG Ur. v. 8.3.1907 – VII 543/06, RGZ 65, 329 (331); RG Ur. v. 10.1.1905 – Rep. II 294/04, RGZ 59, 350 (351); RG Ur. v. 4.7.1902 – Rep. II 126/02, RGZ 52, 133 (135); RG Ur. v. 3.11.1915 – V 180/15, WarnR 1916 Nr. 10; LG Karlsruhe Ur. v. 3.12.1929 – 1 HH 8/29, JW 1930, 2238 (2239); *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 105, 141; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 35; *Heymann/Horn* Rn. 40; *Philipowski*, Die Geschäftsverbindung, 1963, 96; *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 138.

<sup>652</sup> *Batareau* in *Pfeiffer* Handelsgeschäfte-HdB § 2 Rn. 15; *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 141; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 35; *Heymann/Horn* Rn. 47. Vgl. RG Ur. v. 18.2.1919 – Rep. II 355/18, RGZ 95, 116 (120) zu § 459

empfänger ungünstig sind (zB die Verlagerung des Erfüllungsortes), ist größere Zurückhaltung geboten, da die Bereitschaft zur Annahme nur selten vorhanden sein wird.<sup>653</sup> Daher müssen besondere Umstände hinzutreten.<sup>654</sup> (2) Solche liegen zB vor, wenn die Rechnung oder das sonstige Schreiben zugleich mit einem von dem Adressaten verlangten **kaufmännischen Bestätigungsschreiben** übersandt wird.<sup>655</sup> In diesem Fall darf der Absender erwarten, dass der Empfänger nicht nur das kaufmännische Bestätigungsschreiben, sondern auch das andere Schreiben darauf prüft, ob der Inhalt mit dem geschlossenen Vertrag übereinstimmt, und Abweichungen, die er nicht anerkennen will, widerspricht.<sup>656</sup> (3) Gleiches gilt, wenn den Rechnungen in einer laufenden Geschäftsbeziehung *wiederholt* frühere Abreden (zB Allgemeine Geschäftsbedingungen), die nicht vereinbart worden sind, beigelegt werden.<sup>657</sup> (4) Schließlich ist das Schweigen auch dann als Zustimmung anzusehen, wenn der Inhalt des Änderungsangebots im Rahmen einer normalen und sachgemäßen Abwicklung des Geschäfts bleibt und der Empfänger auf die (Nach-)Frage des Antragsenden, ob er Widerspruch erhebe, in seinem Schweigen verharrt.<sup>658</sup>

**(bb) Sonderfall: Eigentumsvorbehalt.** Die kaufvertragliche Verpflichtung, das Eigentum an bestimmten Waren unbedingt zu übertragen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB ggf. iVm § 650 S. 1 BGB), hindert den Verkäufer nicht daran, nachträglich vor oder bei Übergabe der Waren – regelmäßig durch entsprechenden Vermerk in einem Lieferschein oder einer Rechnung – *vertragswidrig* zu erklären, dass er sich das Eigentum vorbehalte, also die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB nur aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) für den Fall der vollständigen Kaufpreiszahlung anbiete.<sup>659</sup> Diese Erklärung vermag zwar die nach dem Kauf- bzw. sog. Werklieferungsvertrag bestehende Verpflichtung zur unbedingten Übereignung weder aufzuheben noch abzuändern.<sup>660</sup> Sie kann aber den bedingungslosen Übergang des Eigentums verhindern.<sup>661</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass der Käufer den in der Rechnung bzw. in dem Lieferschein vermerkten Vorbehalt vor oder bei der Übergabe zur Kenntnis nimmt<sup>662</sup> oder das jeweilige Dokument, in dem der Vorbehalt deutlich – insoweit ist ein strenger Maßstab anzulegen<sup>663</sup> – vermerkt ist,<sup>664</sup> in seinen Verfügungs- bzw. Empfangsbereich gelangt.<sup>665</sup> Nimmt der Käufer das vertragswidrig bedingte Übereignungsangebot – in der Regel durch Entgegennahme der Waren – an, erlangt er zunächst nur bedingtes Eigentum an den Waren (sog. Vorbehaltseigentum).<sup>666</sup> Lehnt er es ab, kommt es überhaupt nicht zu einem Eigentumsübergang, weil es an einer Einigung iSv § 929 S. 1 BGB bzw. dem Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe fehlt.<sup>667</sup>

**(4) Abschlussreife Vorverhandlungen. (a) Vertragsschluss durch Schweigen.** Haben Kaufleute in Vorverhandlungen in den wesentlichen Punkten der Vertrags Einigkeit erzielt, ist aber trotz

Abs. 2 BGB aF Weitergehend Staub/*Canaris* HGB § 362 Anh. Rn. 3; KKRD/*W.-H. Roth* HGB § 362 Rn. 3; Schweigen auf lediglich vorteilhafte Vertragsangebote sei – in Anlehnung an den Rechtsgedanken von § 516 Abs. 2 S. 1, 2 BGB – im *gesamten* Handelsverkehr als Zustimmung anzusehen.

<sup>653</sup> BGH Ur. v. 24.9.1980 – VIII ZR 299/79, NJW 1981, 43 (44).

<sup>654</sup> BGH Ur. v. 29.6.1959 – II ZR 114/57, BB 1959, 826 f. (insoweit nicht abgedruckt in NJW 1959, 1679); RG Ur. v. 8.3.1907 – VII 543/06, RGZ 65, 329 (331); RG Ur. v. 4.7.1902 – Rep. II 126/02, RGZ 52, 133 (135); Heymann/*Horn* Rn. 47.

<sup>655</sup> Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 141; wohl auch Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 35.

<sup>656</sup> RG Ur. v. 22.4.1904 – Rep. II 570/03, RGZ 57, 408 (410, 411); wohl auch Heymann/*Horn* Rn. 47.

<sup>657</sup> OLG Köln Ur. v. 5.5.1996 – 27 U 99/95, NJW-RR 1997, 182 (183); Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 141; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 35; wohl auch Röhrich/*Graf v. Westphalen/Haas/Steinle/Dornieden* Rn. 32.

<sup>658</sup> BGH Ur. v. 17.5.1962 – VII ZR 232/60, BB 1962, 1056 = BeckRS 1962, 31189913; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 36.

<sup>659</sup> BGH Ur. v. 9.7.1975 – VIII ZR 89/74, BGHZ 64, 395 (397) = NJW 1975, 1699; BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218); OLG München Ur. v. 16.6.1931 – III 461/31, JW 1932, 1668.

<sup>660</sup> BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218); LG Karlsruhe Ur. v. 3.12.1929 – 1 HH 8/29, JW 1930, 2238 (2239); *Batereau* in Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB § 2 Rn. 16; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 141.

<sup>661</sup> BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218); OLG München Ur. v. 16.6.1931 – III 461/31, JW 1932, 1668; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 141; *Holzheim* JW 1930, 3493 (3494); Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 34; *H. Rühl* JW 1930, 3493; MüKoHGB/K. *Schmidt* Rn. 169; aA LG Karlsruhe Ur. v. 3.12.1929 – 1 HH 8/29, JW 1930, 2238 (2239).

<sup>662</sup> BGH Ur. v. 30.3.1988 – VIII ZR 340/86, BGHZ 104, 129 (137) = NJW 1988, 1774; BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218).

<sup>663</sup> BGH Ur. v. 9.7.1975 – VIII ZR 89/74, BGHZ 64, 395 (397) = NJW 1975, 1699.

<sup>664</sup> BGH Ur. v. 9.7.1975 – VIII ZR 89/74, BGHZ 64, 395 (397) = NJW 1975, 1699; OLG München Ur. v. 16.6.1931 – III 461/31, JW 1932, 1668; *Holzheim* JW 1930, 3493 (3494); *H. Rühl* JW 1930, 3493.

<sup>665</sup> BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218). Insoweit nicht wiederholt in BGH Ur. v. 30.3.1988 – VIII ZR 340/86, BGHZ 104, 129 (137) = NJW 1988, 1774. Restriktiver Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 141, der zusätzlich voraussetzt, dass der Käufer mit einem nachträglichen Eigentumsvorbehalt auf der Rechnung bzw. dem Lieferschein rechnen konnte.

<sup>666</sup> BGH Ur. v. 9.7.1975 – VIII ZR 89/74, BGHZ 64, 395 (397) = NJW 1975, 1699; BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218); RG Ur. v. 9.4.1929 – 14 U 3251/29, JW 1930, 1421; KG Ur. v. 9.4.1929 – 14 U 3251/29, JW 1929, 2164 f.

<sup>667</sup> BGH Ur. v. 9.7.1975 – VIII ZR 89/74, BGHZ 64, 395 (397) = NJW 1975, 1699; BGH Ur. v. 2.10.1952 – IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (218).

sog. Abschlussreife aus irgendwelchen Gründen von dem Vertragsschluss zunächst abgesehen worden, darf sich derjenige, der seinem Verhandlungspartner im Anschluss daran den Vertrag anträgt, *grundsätzlich* darauf verlassen, dass der Vertrag zustande kommt.<sup>668</sup> Daher ist der Antragsempfänger nach Treu und Glauben verpflichtet, den Antragenden nicht im Unklaren zu lassen und unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) eine (nach allem überraschende) Ablehnung zu erklären.<sup>669</sup> Reagiert er auf den Antrag nicht, ist in seinem Schweigen *in der Regel* eine stillschweigende Annahme zu sehen.<sup>670</sup> Lediglich ausnahmsweise erfordern Treu und Glauben keine unverzügliche Ablehnung des Antrags, nämlich dann, wenn (1) der Antrag Vertragsbedingungen enthält, über die bislang ganz oder teilweise keine Einigung erzielt worden ist,<sup>671</sup> (2) eine stillschweigende Annahme nach den Umständen des Einzelfalls ausgeschlossen sein sollte<sup>672</sup> oder (3) der Antragende mit einer zwischenzeitlichen Willensänderung des Empfängers rechnen musste.<sup>673</sup> Ein Handelsbrauch des Inhalts, dass Schweigen auf ein Angebot auch dann als Zustimmung gewertet wird, wenn das Angebot von den vorausgegangenen Verhandlungen abweichende oder zuvor abgelehnte Bedingungen enthält, vermochten die Gerichte – soweit ersichtlich – nicht festzustellen.<sup>674</sup>

- 212 (b) Schadensersatz wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen.** Wird die Ablehnung des Vertragsschlusses rechtzeitig erklärt (→ Rn. 211), kann dem Antragenden wegen des Abbruchs der Vertragsverhandlungen gem. § 280 Abs. 1 BGB iVm §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen. Dieser ist nicht auf Naturalrestitution im Sinne der Erfüllung des erstrebten Vertrags,<sup>675</sup> sondern auf den Ersatz des sog. **negativen Interesses** gerichtet, dh der Aufwendungen, die in dem begründeten Vertrauen auf den Abschluss und die Durchführung des Vertrags gemacht wurden.<sup>676</sup>
- 213** Im Grundsatz gewährleistet die Abschlussfreiheit jeder Partei – auch Kaufleuten – bis zu dem Vertragsschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag auch dann Abstand zu nehmen, wenn der andere Teil den Abschluss des Vertrags erwartet, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen.<sup>677</sup> Daher erfolgen Aufwendungen, die in der Erwartung des Vertragsschlusses getätigt werden, grundsätzlich auf eigene Gefahr.<sup>678</sup> Daher verletzt der Abbruch von Vertragsverhandlungen nur *ausnahmsweise* vorvertragliche Schutzpflichten (§§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB).<sup>679</sup> Dabei sind aufgrund divergierender Verschuldensvorwürfe **zwei Konstellationen** zu unterscheiden:
- 214** (1) Zum Schadensersatz ist derjenige verpflichtet, der *schuldhaft* – zB durch das Vorspiegeln einer in Wirklichkeit fehlenden Entschlossenheit zum Vertragsabschluss<sup>680</sup> – bei dem anderen Teil das Vertrauen auf das bevorstehende Zustandekommen eines später nicht abgeschlossenen Vertrags erweckt oder genährt hatte.<sup>681</sup> Allein die Tatsache, dass der Abbrechende weiß, dass der andere Teil in der Erwartung des Vertragsschlusses erhebliche Aufwendungen gemacht hat, genügt hierfür nicht.<sup>682</sup>

<sup>668</sup> BGH Ur t. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921).

<sup>669</sup> BGH Ur t. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921); Ebert JuS 1999, 754 (757); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 104.

<sup>670</sup> BGH Ur t. v. 4.4.1951 – II ZR 52/50, BGHZ 1, 353 (356) = NJW 1951, 711; BGH Ur t. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921); BGH Ur t. v. 14.2.1995 – XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281; BGH Ur t. v. 14.10.1955 – I ZR 210/53, BB 1955, 1068 = BeckRS 1955, 31392532; Ebert JuS 1999, 754 (757); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 104; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 36; Hopt AcP 183 (1983), 608 (616); Heymann/Horn Rn. 42; HK-HGB/Klappstein Rn. 61; Staub/Koller Rn. 72; Kramer JURA 1984, 235 (248); KKRD/W.-H. Roth Rn. 28, HGB § 362 Rn. 3; Schinkels in Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB § 5 Rn. 47; GK-HGB/B. Schmidt Vor § 343 Rn. 8; MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 137; K. Schmidt HandelsR § 19 Rn. 29; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Steinle/Dornieden Rn. 32; wohl auch KG Ur t. v. 2.2.2006 – 2 U 101/01, WM 2006, 1218 (1220) = BeckRS 2006, 9026. IErg auch MüKoHGB/K. Schmidt Rn. 132, der insoweit allerdings von Gewohnheitsrecht ausgeht.

<sup>671</sup> BGH Ur t. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921).

<sup>672</sup> Heymann/Horn Rn. 42.

<sup>673</sup> BGH Ur t. v. 14.2.1995 – XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281; BGH Ur t. v. 14.10.1955 – I ZR 210/53, BB 1955, 1068 = BeckRS 1955, 31392532; Ebert JuS 1999, 754 (757); Schlegelberger/Hefermehl Rn. 104.

<sup>674</sup> BGH Ur t. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921).

<sup>675</sup> GK-HGB/B. Schmidt Vor § 343 Rn. 2; vgl. auch BGH Ur t. v. 27.9.1968 – V ZR 53/65, WM 1968, 1402 (1403) = BeckRS 1968, 00183.

<sup>676</sup> BGH Ur t. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, NJW 2013, 928 (929 Rn. 7); GK-HGB/B. Schmidt Vor § 343 Rn. 2; vgl. auch Schlegelberger/Hefermehl Rn. 104.

<sup>677</sup> BGH Ur t. v. 22.2.1989 – VIII ZR 4/88, NJW-RR 1989, 627; BGH Ur t. v. 28.3.1977 – VIII ZR 242/75, WM 1977, 618 (620).

<sup>678</sup> BGH Ur t. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rn. 7; BGH Ur t. v. 29.3.1996 – V UR 332/94, NJW 1996, 1884 (1885); BGH Ur t. v. 22.2.1989 – VIII ZR 4/88, NJW-RR 1989, 627; BGH Ur t. v. 17.5.1962 – VII ZR 224/60, WM 1962, 936 = BeckRS 1962, 31189735; MüKoBGB/Emmerich BGB § 311 Rn. 174 mwN.

<sup>679</sup> BGH Ur t. v. 28.3.1977 – VIII ZR 242/75, WM 1977, 618 (620).

<sup>680</sup> Vgl. BGH Ur t. v. 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43.

<sup>681</sup> GK-HGB/B. Schmidt Vor § 343 Rn. 2; vgl. auch BGH Ur t. v. 10.1.1996 – VIII ZR 327/94, Dtz 1996, 113 (114); BGH Ur t. v. 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43; BGH Ur t. v. 14.7.1967 – V ZR 120/64, NJW 1967, 2199.

<sup>682</sup> Vgl. BGH Ur t. v. 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43 (44); BGH Ur t. v. 14.7.1967 – V ZR 120/64, NJW 1967, 2199.



(2) Die Ersatzpflicht trifft auch denjenigen, der die Vertragshandlungen später *ohne triftigen Grund* abbricht bzw. den Vertragsschluss ohne triftigen Grund ablehnt, nachdem er zuvor bei dem anderen Teil das aus dessen Sicht berechnete Vertrauen erweckt hatte, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen.<sup>683</sup> Diese Konstellation ist Fällen ähnlich, in denen ein Vertrag zunächst zustande kommt, der andere Teil seine Erklärung aber wegen eines Irrtums anfechtet.<sup>684</sup> Für den Anspruch auf Schadensersatz – gem. § 122 Abs. 1 BGB einerseits, gem. § 280 Abs. 1 BGB iVm §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB andererseits (→ Rn. 212) – kommt es hier wie da auf ein Verschulden des anderen Teils – konkret, ob der Vertragsschluss *schuldhaft* als sicher in Aussicht gestellt wurde – nicht an.<sup>685</sup> Für einen triftigen Grund, der die Pflichtverletzung ausschließen kann, bedarf es eines sachlichen Grundes (zB geänderte wirtschaftliche Verhältnisse, die die Absatzchancen entfallen lassen)<sup>686</sup> und keiner entgegenstehenden sachfremden Erwägung.<sup>687</sup> Bei einem formbedürftigen Vertrag sind zur Bewahrung des Zwecks der jeweiligen Formvorschrift (zB § 311b Abs. 1 S. 1 BGB) an die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten strengere Anforderungen zu stellen.<sup>688</sup> Daher tritt die Ersatzpflicht nicht schon dann ein, wenn es an einem triftigen Grund fehlt, sondern nur, wenn eine besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treupflichtverletzung (zB das Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Abschlussbereitschaft) vorliegt.<sup>689</sup>

(5) **Freiklausel im Antrag.** Mit der bis heute im Handelsverkehr verbreiteten Formulierung, ein Angebot sei „freibleibend“ oder „sine obligo“ (sog. Freiklausel), nutzt der Antragende die in § 145 BGB vorausgesetzte Möglichkeit, die Bindung an den Antrag auszuschließen.<sup>690</sup> Seine Erklärung ist daher – auch dann, wenn sie wie üblich als „Antrag“ oder „Angebot“ bezeichnet wird – eine an den Empfänger adressierte Aufforderung, er möge einen Antrag zu denselben Bedingungen abgeben (invitatio ad offerendum).<sup>691</sup> Trotz der damit einhergehenden Aussage, sich die Entscheidung über den Vertragsschluss bis zu dem Eingang eines Antrags vorzubehalten,<sup>692</sup> gibt der „freibleibend“ Anbietende damit zu erkennen, dass er unter gewissen Umständen einen Vertrag schließen wolle.<sup>693</sup> Daher habe der Empfänger, der einen annahmefähigen Antrag – dieser muss mit den Bedingungen des „freibleibenden“ Angebots nicht völlig deckungsgleich sein, es genügt die Übereinstimmung wesentlicher Bestandteile<sup>694</sup> – abgibt, das Recht zu erfahren, ob der „freibleibend“ Anbietende dieses annehme oder ablehne.<sup>695</sup> Die mit diesem Recht korrespondierende Antwortpflicht des „freibleibend“ Anbietenden erfordert zwar keine unverzügliche Äußerung,<sup>696</sup> in entsprechender Anwendung von § 147 Abs. 2

<sup>683</sup> BGH Urt. v. 8.6.1978 – III ZR 48/76, BGHZ 71, 386 (395) = NJW 1978, 1802; BGH Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rn. 7; Heymann/*Horn* Rn. 42; GK-HGB/B. *Schmidt* Vor § 343 Rn. 2; vgl. auch BGH Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 23/78, BGHZ 76, 343 (349) = NJW 1980, 1683; BGH Urt. v. 29.3.1996 – V UR 332/94, NJW 1996, 1884 (1885); BGH Urt. v. 10.1.1996 – VIII ZR 327/94, DtZ 1996, 113 (114); BGH Urt. v. 22.2.1989 – VIII ZR 4/88, NJW-RR 1989, 627; BGH Urt. v. 28.3.1977 – VIII ZR 242/75, WM 1977, 618 (620); BGH Urt. v. 12.6.1975 – X ZR 25/73, NJW 1975, 1774; BGH Urt. v. 26.3./2.4.1974 – VIII ZR 2/73, WM 1974, 508 (509); BGH Urt. v. 10.7.1970 – V ZR 159/67, NJW 1970, 1840 f.; BGH Urt. v. 6.2.1969 – II ZR 86/67, WM 1969, 595 (597) = BeckRS 1969, 31169133; BGH Urt. v. 19.4.1967 – VIII ZR 8/65, WM 1967, 798 (799); Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 104.

<sup>684</sup> BGH Urt. v. 6.2.1969 – II ZR 86/67, WM 1969, 595 (597) = BeckRS 1969, 31169133.

<sup>685</sup> GK-HGB/B. *Schmidt* Vor § 343 Rn. 2; vgl. auch BGH Urt. v. 10.1.1996 – VIII ZR 327/94, DtZ 1996, 113 (114).

<sup>686</sup> BGH Urt. v. 10.1.1996 – VIII ZR 327/94, DtZ 1996, 113 (114).

<sup>687</sup> Vgl. BGH Urt. v. 8.6.1978 – III ZR 48/76, BGHZ 71, 386 (395) = NJW 1978, 1802; BGH Urt. v. 10.1.1996 – VIII ZR 327/94, DtZ 1996, 113 (114).

<sup>688</sup> BGH Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rn. 8; vgl. auch BGH Urt. v. 18.10.1974 – V ZR 17/73, NJW 1975, 43 (44) zu § 313 BGB aF.

<sup>689</sup> BGH Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, NJW 2013, 928 Rn. 8; ähnl. GK-HGB/B. *Schmidt* Vor § 343 Rn. 2 („grob unredliches ... Verhalten“); vgl. auch BGH Urt. v. 29.3.1996 – V UR 332/94, NJW 1996, 1884 (1885).

<sup>690</sup> BGH Urt. v. 24.6.1958 – VIII ZR 52/57, NJW 1958, 1628 f.; RG Urt. v. 8.12.1920 – I 162/20, RGZ 101, 74 (75); RG Urt. v. 11.1.1924 – III 148/23, WarnR 1925 Nr. 14; RG Urt. v. 28.1.1921 – III 331/20, JW 1921, 393; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 102; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 40; Soergel/*M. Wolf* BGB § 145 Rn. 12.

<sup>691</sup> BGH Urt. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 f.; RG Urt. v. 16.5.1922 – II 631/21, RGZ 105, 8 (12); RG Urt. v. 3.6.1921 – III 481/20, RGZ 102, 227 (228); RG Urt. v. 1.2.1926 – IV 545/25, JW 1926, 2674; GK-HGB/*Achilles/B. Schmidt* Rn. 88; Palandt/*Ellenberger* BGB § 145 Rn. 4; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 74, 102; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 40; Heymann/*Horn* Rn. 44; MüKoHGB/*K. Schmidt* Rn. 86, 132; *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 29; Röhricht/*Graf v. Westphalen/Haas/Steimle/Dornieden* Rn. 32; ähnl. *Lindacher* DB 1992, 1813 (1914); qualifizierte invitatio ad offerendum.

<sup>692</sup> RG Urt. v. 3.6.1921 – III 481/20, RGZ 102, 227 (228); RG Urt. v. 11.1.1924 – III 148/23, WarnR 1925 Nr. 14.

<sup>693</sup> RG Urt. v. 20.12.1921 – II 323/21, RGZ 103, 312 (313); RG Urt. v. 28.1.1921 – III 331/20, JW 1921, 393.

<sup>694</sup> RG Urt. v. 28.1.1921 – III 331/20, JW 1921, 393; aA Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 102; Heymann/*Horn* Rn. 44. Für eine wesentliche Abweichung s. zB RG Urt. v. 11.1.1924 – III 148/23, WarnR 1925 Nr. 14.

<sup>695</sup> RG Urt. v. 20.12.1921 – II 323/21, RGZ 103, 312 (313); RG Urt. v. 3.6.1921 – III 481/20, RGZ 102, 227 (228 f.); RG Urt. v. 28.1.1921 – III 331/20, JW 1921, 393.

<sup>696</sup> So aber RG Urt. v. 18.3.1922 – I 183/21, JW 1923, 118 f.; RG Urt. v. 28.1.1921 – III 331/20, JW 1921, 393; GK-HGB/*Achilles/B. Schmidt* Rn. 88; wohl auch RG Urt. v. 11.1.1924 – III 148/23, WarnR 1925 Nr. 14 („ungesäumt“).

BGB aber eine Äußerung innerhalb der Zeit, in der der Antragende mit einer Ablehnung rechnen darf.<sup>697</sup> Bei der Bemessung dieser Frist ist zu beachten, dass Geschäfte im Handelsverkehr möglichst schnell abzuwickeln sind.<sup>698</sup> Bleibt innerhalb der im Einzelfall angemessenen Frist eine Antwort aus, muss der „freibleibend“ Anbietende sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als hätte er den Antrag angenommen.<sup>699</sup>

**217 (6) Modifizierende Auftragsbestätigung.** Geht einem Kaufmann im Anschluss an in der Regel (fern-)mündlich geführte Vertragsverhandlungen eine Bestellung zu, ist es im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit üblich, eine sog. Auftragsbestätigung zu versenden. Von einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben im Rechtssinne (zu Einzelheiten → Rn. 259 ff.), das einen bereits zustande gekommenen – oder doch zumindest nach Ansicht des gutgläubigen Bestätigenden rechtswirksam geschlossenen – Vertrag vorwiegend zu Beweis Zwecken inhaltlich verbindlich festlegen (→ Rn. 243) und lediglich in regelungsbedürftigen Nebenpunkten ergänzen soll (zu Einzelheiten → Rn. 270 ff.), unterscheidet sich eine Auftragsbestätigung durch das Wissen des Verfassers, dass ein Vertrag noch nicht zustande gekommen ist, seine Auftragsbestätigung also dem Vertragsschluss dienen soll. Mit anderen Worten: Die Auftragsbestätigung ist eine in die Form einer Bestätigung gekleidete **Annahme**, die – auch dann, wenn sie allenfalls unklare oder schwer erkennbare Abweichungen von dem Inhalt des Antrags<sup>700</sup> – den Vertrag perfektioniert (→ Rn. 279). Zu Einzelheiten der Abgrenzung → Rn. 279 f. Enthält eine Bestätigung in Form eines Telegramms oder Telefaxes den **Zusatz „Brief folgt“** bzw. „schriftliche Bestellung folgt“, wird in der Regel keine Annahme vorliegen.<sup>701</sup> Der Zusatz bringt nämlich im Zweifel zum Ausdruck, dass der Absender sich noch Änderungen vorbehält und daher lediglich eine briefliche Annahme ankündigt.<sup>702</sup>

**218** Die unterschiedlichen Zwecke, die mit einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben einerseits und einer Auftragsbestätigung andererseits verfolgt werden (→ Rn. 279), prägen die berechnete Erwartung des Absenders. Bei einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben kann er nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bzw. einen Handelsbrauch davon ausgehen, dass der bereits vertraglich gebundene, aber mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht einverständene Empfänger unverzüglich widersprechen wird.<sup>703</sup> Anderes gilt für den Verfasser einer *offensichtlich* (→ Rn. 217) modifizierenden Auftragsbestätigung. Bei dieser handelt es sich um eine Annahme unter Erweiterungen (zB einem verlängerten Eigentumsvorbehalt),<sup>704</sup> Einschränkungen oder sonstigen Änderungen – regelmäßig in Bezug auf wesentliche Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen –, die gem. **§ 150 Abs. 2 BGB** als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag gilt.<sup>705</sup> Ihr Absender weiß, dass der Empfänger vertraglich noch nicht gebunden ist und darf daher *nicht ohne Weiteres* damit rechnen, dass der nicht widersprechende Empfänger mit der Änderung

<sup>697</sup> BGH Urt. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921); RG Urt. v. 1.2.1926 – IV 545/25, JW 1926, 2674 (2675); Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 102.

<sup>698</sup> BGH Urt. v. 2.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919 (921).

<sup>699</sup> RG Urt. v. 20.12.1921 – II 323/21, RGZ 103, 312 (313); RG Urt. v. 7.10.1921 – II 560/20, RGZ 103, 11 (13); RG Urt. v. 18.3.1922 – I 183/21, JW 1923, 118 f.; RG Urt. v. 3.6.1921 – III 481/20, RGZ 102, 227 (229); RG Urt. v. 11.1.1924 – III 148/23, WarnR. 1925 Nr. 14; RG Urt. v. 28.1.1921 – III 331/20, JW 1921, 393; GK-HGB/*Achilles/B. Schmidt* Rn. 88; *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 48; Staub/*Canaris* § 362 Anh. Rn. 22; *Canaris* Vertrauenshaftung 223 („Annahmefiktion“); Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 102; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 36, 40; *Hopt* AcP 183 (1983), 608 (616); Heymann/*Horn* Rn. 44; *Kramer* JURA 1984, 235 (248); NK-HGB/*Lehmann-Richter* Rn. 22, 23; *Lindacher* DB 1992, 1813; RGRK-BGB/*Piper* BGB § 145 Rn. 14; KKRd/*W.-H. Roth* HGB § 362 Rn. 3; *Schinkels* in Pfeiffer Handels-Geschäfte-HdB § 5 Rn. 47; *Schultz* MDR 1995, 1187 (1188); Röhrich/*Graf* v. Westphalen/*Haas/Steinle/Dornieden* Rn. 32. IERG auch MüKoHGB/*K. Schmidt* Rn. 132, der insoweit allerdings von Gewohnheitsrecht ausgeht.

<sup>700</sup> BGH Urt. v. 18.11.1982 – VII ZR 223/80, WM 1983, 313 (314) = BeckRS 1982, 31075083; BGH Urt. v. 12.2.1952 – I ZR 98/51, NJW 1952, 499; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 34; Heymann/*Horn* Rn. 46. Ähnl. MüKoHGB/*K. Schmidt* Rn. 132: Abweichungen in Bezug auf „Kleinigkeiten“ seien unbeachtlich. IERG ähnl. OLG Jena Urt. v. 18.1.2006 – 2 U 547/05, OLG-NL 2006, 54 (55) = BeckRS 2006, 07327; *Ebert* JuS 1999, 754 (757): Beziehe sich die Abweichung nur auf Kleinigkeiten, komme durch das Schweigen des Antragenden auf die modifizierende Auftragsbestätigung ausnahmsweise der Vertrag zustande.

<sup>701</sup> RG Urt. v. 16.1.1891 – III 285/90, SeuffA 46 Nr. 177; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 16.

<sup>702</sup> RG Urt. v. 16.5.1922 – II 631/21, RGZ 105, 8 (13); OLG Hamm Urt. v. 11.7.1983 – 2 U 86/83, BB 1983, 1814 (1815) = BeckRS 1983, 31207931.

<sup>703</sup> BGH Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282 (285) = NJW 1973, 2106.

<sup>704</sup> BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672).

<sup>705</sup> BGH Urt. v. 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212 (215) = NJW 1955, 1794; BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672); BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 = BeckRS 1977, 31122458; BGH Urt. v. 10.6.1974 – VII ZR 51/73, WM 1974, 842 = BeckRS 1974, 31125236; BGH Urt. v. 14.3.1963 – VII ZR 257/61, NJW 1963, 1248; OLG Jena Urt. v. 18.1.2006 – 2 U 547/05, OLG-NL 2006, 54 = BeckRS 2006, 07327; OLG Düsseldorf Urt. v. 11.1.1994 – 22 U 59/94, NJW-RR 1996, 622 (623); OLG Hamm Urt. v. 11.7.1983 – 2 U 86/83, DB 1983, 2619 = BeckRS 1983, 31207931; GK-HGB/*Achilles/B. Schmidt* Rn. 155; MüKoBGB/*Busche* BGB § 147 Rn. 17; Baumbach/*Hopt/Hopt* Rn. 16; Heymann/*Horn* Rn. 46; *Lettl* JuS 2008, 849 (850); *Oetker/Pamp* Rn. 40; Röhrich/*Graf* v. Westphalen/*Haas/Steinle/Dornieden* Rn. 41; MüKoHGB/*K. Schmidt* Rn. 150.



einverstanden ist.<sup>706</sup> Folglich ist in dem bloßen Schweigen auf eine modifizierende Auftragsbestätigung **grundsätzlich** (zu den Ausnahmen → Rn. 219) **keine Annahmeerklärung** zu sehen.<sup>707</sup> Vielmehr bedarf es für den Vertragsschluss noch einer Annahme, die – unabhängig von dem Erfordernis des Zugangs (§ 151 S. 1 BGB, → Rn. 34) – grundsätzlich auch stillschweigend möglich ist.<sup>708</sup> Im Einzelfall kann daher zB auch die widerspruchslöse Annahme der Leistung genügen,<sup>709</sup> insbesondere dann, wenn sich die Änderungen auf Allgemeine Geschäftsbedingungen beschränken und der Leistende vorher deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er nur unter seinen Geschäftsbedingungen zur Leistung bereit ist.<sup>710</sup> Die Annahme kann gem. § 146 BGB iVm § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt erklärt werden, in welchem der Antragende den Eingang einer Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.<sup>711</sup> Welchen Zeitraum diese Annahmefrist umfasst, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>712</sup>

Von dem Grundsatz, dass Schweigen auf eine modifizierende Auftragsbestätigung keine Zustimmung zum Vertragsschluss ist (→ Rn. 218), können nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände **Ausnahmen** zugelassen werden.<sup>713</sup> Solche sieht der BGH insbesondere als gegeben an, wenn die Gegenseite *vorher deutlich* zum Ausdruck gebracht hat, dass sie nur unter ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen – diese stellen die Erweiterung im Rahmen der Annahme dar – zur Leistung bereit ist.<sup>714</sup> Besondere Umstände hat der BGH auch in dem Fall angenommen, dass zwei Gesellschaften (zB **Schwesterengesellschaften**) unter ähnlicher Bezeichnung in demselben Markt tätig waren und von demselben Geschäftsführer vertreten wurden. Da dieser Zustand bei gemeinsamen Geschäftspartnern leicht zu Unklarheit darüber führen kann, für welche Gesellschaft der Geschäftsführer auftritt, dürfen Geschäftspartner, die einer der Gesellschaften eine Auftragsbestätigung übersenden, eine Verwahrung der einen oder anderen Gesellschaft erwarten, wenn sie der falsche Adressat ist. Bleibt diese aus, ist das Schweigen nach Treu und Glauben – ohne Rückgriff auf die Rechtsfigur des kaufmännischen Bestätigungsschreibens (zu Einzelheiten → Rn. 243 ff.) – als Zustimmung zu werten.<sup>715</sup> Offen gelassen hat der BGH eine Ausnahme bislang für Konstellationen, in denen die Auftragsbestätigung nach Inhalt und Zweck dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben weitgehend entspricht, weil sie nicht nur der endgültigen Vertragsannahme dient, sondern der bestätigende Teil in ihr auch die Vertragsmodalitäten,

<sup>706</sup> BGH Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282 (285 f.) = NJW 1973, 2106; BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 137.

<sup>707</sup> BGH Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282 (285) = NJW 1973, 2106; BGH Urt. v. 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212 (216) = NJW 1955, 1794; BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672); BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458; BGH Urt. v. 10.6.1974 – VII ZR 51/73, WM 1974, 842 = BeckRS 1974, 31125236; BGH Urt. v. 14.3.1963 – VII ZR 257/61, NJW 1963, 1248; BGH Urt. v. 12.2.1952 – I ZR 98/51, NJW 1952, 499; OLG Jena Urt. v. 18.1.2006 – 2 U 547/05, OLG-NL 2006, 54 (55) = BeckRS 2006, 07327; GK-HGB/*Adhilles/B. Schmidt* Rn. 155; *Brox/Hensler* Rn. 298; MüKoBGB/*Busche* BGB § 147 Rn. 17; *Canaris* HandelsR § 23 Rn. 49; Staub/*Canaris* § 362 Anh. Rn. 23; *Fischinger* HandelsR Rn. 627; Palandt/*Ellenberger* BGB § 147 Rn. 12; *Hadding* JuS 1977, 314; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 103, 137; Baumbach/*Hopt* Rn. 16, 34; Heymann/*Horn* Rn. 46; *Jung* HandelsR Kap. 9 Rn. 19; Staub/*Koller* Rn. 70; *Kuhn* WM 1955, 958 (961); NK-HGB/*Lehmann-Richter* Rn. 23; *Leitl* HandelsR § 10 Rn. 47; *Oetker/Pamp* Rn. 36, 40; *Petersen* JURA 2003, 687 (691); KKRD/*W.-H. Roth* Rn. 28; MüKoHGB/*K. Schmidt* Rn. 132, 137, 150; *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 97; Röhrich/*Graf* v. Westphalen/*Haas/Steimle/Dornieden* Rn. 41; *Wolf/Neuner* BGB AT § 37 Rn. 50; aA KKRD/*W.-H. Roth* § 362 Rn. 3, wenn die Modifizierung nur Kleinigkeiten betrifft. *De lege ferenda* für die Angleichung der Rechtsfolgen des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben und eine Auftragsbestätigung *Haberborn* MDR 1968, 108 (110).

<sup>708</sup> Statt vieler MüKoBGB/*Busche* BGB § 147 Rn. 17.

<sup>709</sup> BGH Urt. v. 6.4.2000 – IX ZR 122/99, NJW-RR 2000, 1154 (1155); BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672); BGH Urt. v. 14.2.1995 – XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281 (1282); BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458; OLG Köln Urt. v. 19.3.1980 – 2 U 95/79, BB 1980, 1237 (1238) = BeckRS 1980, 31089896; *Batereau* in Pfeiffer Handelsgeschäfte-HdB § 2 Rn. 14; MüKoBGB/*Busche* BGB § 147 Rn. 17; HK-HGB/*Klappstein* Rn. 60; Staub/*Koller* Rn. 70; Röhrich/*Graf* v. Westphalen/*Haas/Steimle/Dornieden* Rn. 41.

<sup>710</sup> BGH Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282 (287 f.) = NJW 1973, 2106; BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672).

<sup>711</sup> BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458; OLG Köln Urt. v. 19.3.1980 – 2 U 95/79, BB 1980, 1237 (1239) = BeckRS 1980, 31089896.

<sup>712</sup> BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458.

<sup>713</sup> BGH Urt. v. 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212 (216) = NJW 1955, 1794; OLG Jena Urt. v. 18.1.2006 – 2 U 547/05, OLG-NL 2006, 54 (55) = BeckRS 2006, 07327; *K. Schmidt* HandelsR § 19 Rn. 98.

<sup>714</sup> BGH Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282 (287 f.) = NJW 1973, 2106; BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672); BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458; BGH Urt. v. 14.3.1963 – VII ZR 25/61, NJW 1963, 1248; BGH Urt. v. 17.9.1954 – I ZR 18/53, BB 1954, 882 = BeckRS 1954, 31373384. Zu weit gehend OLG Jena Urt. v. 18.1.2006 – 2 U 547/05, OLG-NL 2006, 54 (55) = BeckRS 2006, 07327: Das Schweigen auf eine modifizierende Auftragsbestätigung lasse den Vertrag ausnahmsweise zustande kommen, wenn der Absender damit gerechnet habe, dass der Geschäftsgegner auch unter den modifizierenden Bedingungen annehmen werde.

<sup>715</sup> BGH Urt. v. 15.1.1986 – VIII ZR 6/85, NJW-RR 1986, 456 (457); dem folgend MüKoHGB/*K. Schmidt* Rn. 138.

über die bereits für den Fall des Zustandekommens des Vertrags Einigkeit erzielt worden sein soll, im Einzelnen zu Beweis Zwecken niederlegt.<sup>716</sup>

- 220 (7) **Verspätete Annahme.** Eine Annahme, die nach dem Ablauf der Annahmefrist (§ 147 BGB) wirksam wird, also verspätet ist, gilt gem. § 150 Abs. 1 BGB *formal* als neuer Antrag. In Anbetracht der Tatsache, dass die Anbietenden es bei gewöhnlichen Geschäften des kaufmännischen Verkehrs<sup>717</sup> mit der Wahrung der Annahmefrist häufig nicht genau nehmen, verlassen sich die Geschäftspartner nicht selten darauf, der Antragende werde sich mit der verzögerten Annahmeerklärung zufrieden geben.<sup>718</sup> Die aus dieser Verkehrserwartung resultierende Rechtsunsicherheit haben die Empfänger einer verspäteten Annahmeerklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bzw. einen Handelsbrauch<sup>719</sup> – auch dann, wenn kein Fall des § 149 S. 1 BGB vorliegt – grundsätzlich durch eine ausdrückliche Antwort zu beseitigen.<sup>720</sup> Unterbleibt die Erklärung, dass die Annahme verspätet erfolgt sei und das neue Angebot abgelehnt werde, ist das Schweigen als Zustimmung zum Vertragsschluss anzusehen,<sup>721</sup> es sei denn, dass es sich um ein eigenartiges und selten vorkommendes Geschäft handelt<sup>722</sup> oder – bei einem gewöhnlichen Geschäft – Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Änderung der sachlichen Entschließung nahelegen.<sup>723</sup> Liegt keine der letztgenannten Ausnahmen vor, sind die Parteien sich nämlich *in der Sache* über die Vertragsbedingungen einig. 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.
- 221 (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** (zu Einzelheiten → § 94 Rn. 8 ff.). Als Privaturskunde 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*.<sup>724</sup> 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,<sup>725</sup> sondern ist Gegenstand der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO).<sup>726</sup>
- 222 Schlussnoten dienen jedoch nicht nur als Beweismittel (→ Rn. 221), sondern haben auch denselben Zweck wie kaufmännische Bestätigungsschreiben (zu Einzelheiten → Rn. 243), nämlich das Vereinbarte inhaltlich verbindlich festzulegen (→ § 94 Rn. 1). Daher kommt der Vertrag, wenn der Ge-

<sup>716</sup> BGH Urt. v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282 (286) = NJW 1973, 2106; BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671 (1672); BGH Urt. v. 9.2.1977 – VIII ZR 249/75, WM 1977, 451 (452) = BeckRS 1977, 31122458. Dafür *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 50; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 34; *Heymann/Horn* Rn. 46; *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 137.

<sup>717</sup> Zu dieser Einschränkung s. RG Urt. v. 1.4.1919 – VII 390/18, WarnR 1919 Nr. 131.

<sup>718</sup> BGH Urt. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313.

<sup>719</sup> Abw. nur BGH Urt. v. 1.7.1987 – IVa ZR 63/86, NJW-RR 1987, 1429: Sorgfalt eines ordentlichen Versicherungskaufmanns.

<sup>720</sup> RG Urt. v. 7.10.1921 – II 560/20, RGZ 103, 11 (13); *Heymann/Horn* Rn. 43; vgl. auch BGH Urt. v. 1.7.1987 – IVa ZR 63/86, NJW-RR 1987, 1429 für eine verspätete Kündigung eines Versicherungsvertrags.

<sup>721</sup> BGH Urt. v. 24.11.1959 – VIII ZR 133/58, BeckRS 1959, 31201448; BGH Urt. v. 7.10.1953 – VI ZR 20/53, BB 1953, 957 = BeckRS 1953, 31197649; BGH Urt. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313; RG Urt. v. 3.2.1922 – VII 387/21, SeuffA 77 Nr. 112; *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 48; *Staub/Canaris* § 362 Anh. Rn. 22; *Ebert JuS* 1999, 754 (756 f.); *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 103; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 36; *Heymann/Horn* Rn. 43; *Kramer JURA* 1984, 235 (248); *Kuhn WM* 1955, 958 (960); *NK-HGB/Lehmann-Richter* Rn. 22; *Schinkels* in *Pfeiffer Handels-Geschäfte-HdB* § 5 Rn. 47; *KKRD/W.-H. Roth HGB* § 362 Rn. 3; *K. Schmidt HandelsR* § 19 Rn. 29; *Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Steinle/Dornieden* Rn. 32. IERG auch *MüKoHGB/K. Schmidt* Rn. 132, der insoweit allerdings von Gewohnheitsrecht ausgeht. 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).

<sup>722</sup> RG Urt. v. 1.4.1919 – VII 390/18, WarnR 1919 Nr. 131.

<sup>723</sup> BGH Urt. v. 14.10.1955 – I ZR 210/53, BB 1955, 1068 = BeckRS 1955, 31392532; BGH Urt. v. 7.10.1953 – VI ZR 20/53, BB 1953, 957 = BeckRS 1953, 31197649; BGH Urt. v. 31.1.1951 – II ZR 46/50, NJW 1951, 313; RG Urt. v. 7.10.1921 – II 560/20, RGZ 103, 11 (13); RG Urt. v. 12.4.1929 – VII 528/28, HRR 1929 Nr. 1559; *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 48; *Staub/Canaris* § 362 Anh. Rn. 22; *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 103; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 36; *Kuhn WM* 1955, 958 (959); *Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas/Steinle/Dornieden* Rn. 32. IERG auch *Flume Rechtsgeschäft* § 35 II 2 = 652 (Erweiterung von § 149 BGB); wohl auch *K. Schmidt HandelsR* § 19 Rn. 29.

<sup>724</sup> *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 139.

<sup>725</sup> BGH Urt. v. 20.9.1955 – I ZR 139/54, NJW 1955, 1016 (1917); RG Urt. v. 20.4.1917 – Rep. II 565/16, RGZ 90, 166 (168); wohl aA RG Urt. v. 14.12.1928 – II 231/28, RGZ 123, 97 (99).

<sup>726</sup> Statt vieler *Musielak/Voit/M. Huber ZPO* § 416 Rn. 4 mwN.