

# Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 5: Viertes Buch. Handelsgeschäfte

Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften. Zweiter Abschnitt: Handelskauf. Dritter Abschnitt: Kommissionsgeschäft §§ 343-406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG

Bearbeitet von

Bandredakteurin: Prof. Dr. Barbara Grunewald, Die Bearbeiter des fünften Bandes: Prof. Dr. Christoph Benicke, Franco Ferrari, LL.M., Prof. Dr. Franz Häuser, Prof. Dr. Katja Langenbucher, Prof. Dr. Peter Mankowski, Cornelia Meinertz-Bäuerlein, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Dr. Martina Schulz, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Reinhard Welter, und Prof. Dr. Johannes Wertenbruch

4. Auflage 2018. Buch. LII, 1550 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 67705 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

haltlich der bei → Rn. 161 ff. dargestellten Ausnahmen wird deshalb im Prozess kein Beweis über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Bestätigungsschreibens erhoben.

**2. Der Tatbestand des kaufmännischen Bestätigungsschreibens.** Der Tatbestand **146** des kaufmännischen Bestätigungsschreibens muss auf den bei → Rn. 143 formulierten Normzweck hin zugeschnitten und demgemäß abgegrenzt werden.<sup>576</sup> Die auf dem Schreiben verwendete Bezeichnung gibt nicht den Ausschlag, denn insbesondere die Worte „Auftragsbestätigung“ und „Bestätigungsschreiben“ werden auch im kaufmännischen Verkehr oft ungenau verwendet.<sup>577</sup> Es kommt auf die Merkmale an, die das Vertrauen des Absenders auf stillschweigende Zustimmung des Empfängers rechtfertigen.

**a) Begriff des Bestätigungsschreibens.** Nach hM setzt der Begriff des kaufmännischen **147** Bestätigungsschreibens voraus, dass Vertragsverhandlungen stattgefunden haben und dass der Inhalt des nach Auffassung des Absenders geschlossenen Vertrages durch das Schreiben festgehalten werden soll.<sup>578</sup> Dass der Vertrag objektiv so oder anders oder überhaupt noch nicht zustandegekommen ist, ist dagegen nicht entscheidend. Ausreichend, aber auch erforderlich, ist vielmehr, dass der Absender dartut und ggf. beweist, dass dem Schreiben jedenfalls ein Vertragsgespräch vorausgegangen ist.<sup>579</sup> Bloße Vorgespräche, die das Vertrauen auf einen verbindlichen Abschluss nicht rechtfertigen, reichen allerdings nicht aus (→ Rn. 163). Das Schreiben hält den Vertragsinhalt oder bestimmte Vereinbarungen fest. Unschädlich ist es, wenn das Bestätigungsschreiben mehr als die bloße Bestätigung eines schon geschlossenen Vertrages enthält.<sup>580</sup> Auch muss das Schreiben nicht als Bestätigungsschreiben, kann vielmehr zB auch als „Auftragsbestätigung“ bezeichnet sein (→ Rn. 146).<sup>581</sup> Die Gerichtspraxis wendet aber die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben ohnedies weitgehend auch auf Auftragsbestätigungen an (→ Rn. 150), weshalb die strenge Eingrenzung des Tatbestands im Ergebnis theoretisch anmutet.<sup>582</sup> Ausschlaggebend kann nur die Frage sein, welche Art Schreiben das Vertrauen des Absenders rechtfertigt, der Empfänger billige den darin dokumentierten Vertragsinhalt als gemeinsamen Willen, wenn er keine Einwendungen erhebe.

**b) Abgrenzung im Einzelnen.** Hier wird im Anschluss an eigene Vorarbeiten folgende **148** Unterscheidung gemacht:<sup>583</sup>

**aa) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben im weiteren Sinne.** Als solches wird hier jede für den Vertragsinhalt maßgebliche Bestätigung vorausgegangener Vertragsverhandlungen bezeichnet.<sup>584</sup> Die Vertragsverhandlungen können mündlich, fernmündlich oder telekommunikativ sein,<sup>585</sup> richtigerweise auch schriftlich,<sup>586</sup> wenn die schriftlichen

<sup>576</sup> Übereinstimmend *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 16.

<sup>577</sup> Vgl. BGHZ 112, 204 (211) = NJW 1991, 36 (38); BGH NJW-RR 2001, 680 (681); OLG Koblenz BeckRS 2007, 03474; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16, 21.

<sup>578</sup> BGHZ 18, 212 (215) = NJW 1955, 1794; BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021; NJW 1990, 386; OLG Hamm CR 1992, 268; Oetker HandelsR § 7 Rn. 37; Weller/Pritting HandelsR Rn. 858; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 17; EBJS/Joost Rn. 66; GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 126; Heymann/Horn Rn. 50.

<sup>579</sup> BGH NJW 1974, 991 (992); 1990, 386; NJW-RR 2001, 680; OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, 813 (814); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 20; Heymann/Horn Rn. 50; die hM verlangt in irreführender Formulierung „Vertragsverhandlungen“; vgl. MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 14; KKRM/Roth Rn. 26; dazu berichtend *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 19.

<sup>580</sup> BGH LM Nr. 12 (Ea) = BB 1968, 398.

<sup>581</sup> BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021; BGHZ 112, 204 (211) = NJW 1991, 36 (38); OLG Köln CR 1991, 541; KG KG-Report 1997, 169; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16, 21; EBJS/Joost Rn. 69; Heymann/Horn Rn. 51; Oetker/Pamp Rn. 40; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 113; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 15.

<sup>582</sup> Vgl. demgegenüber jedoch *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 49; Lettl JuS 2008, 849, 850.

<sup>583</sup> Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 84 ff.; Terminologiekritik bei EBJS/Joost Rn. 66; Terminologie des Verf. tritt an die Stelle der unzweckmäßigen Unterscheidung in „deklaratorisch“ und „konstitutiv“.

<sup>584</sup> Vgl. BGH NJW 1974, 991 (992); 1990, 386.

<sup>585</sup> BGH NJW 1965, 965; 1990, 386; Oetker/Pamp Rn. 41.

<sup>586</sup> Vgl. KKRM/Roth Rn. 26; anders hM; vgl. Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 20.

Dokumente noch Klärungsbedarf erkennen lassen. Das Schreiben braucht die Vertragsverhandlungen nicht ausdrücklich zu erwähnen.<sup>587</sup> Es braucht auch nicht ausdrücklich als Bestätigungsschreiben bezeichnet zu sein (→ Rn. 151).<sup>588</sup> Selbst die Bezeichnung als „Auftragsbestätigung“ schadet nicht (→ Rn. 146, 147). ZB ist eine „Auftragsbestätigung“, die einen telefonisch erteilten Auftrag festhält, Bestätigungsschreiben.<sup>589</sup> Ein unterzeichnetes Verhandlungsprotokoll wurde, obwohl kein Bestätigungsschreiben im engeren Sinne, im Ergebnis gleichfalls wie ein solches behandelt.<sup>590</sup>

**149 bb) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben im engeren Sinne.** Als solches wird hier ein Schreiben bezeichnet, das den Inhalt eines schon geschlossenen Vertrages verbindlich fixieren soll.<sup>591</sup> Darauf, ob der Vertrag wirklich schon geschlossen ist, kommt es nicht an.<sup>592</sup> Ebenso wenig muss der bestätigte Vertrag bereits wirksam sein.<sup>593</sup> Kein rechtsrelevanter Unterschied besteht auch zwischen dem Fall, dass der Vertrag als schon wirksam bestätigt wird (sog. deklaratorisches Bestätigungsschreiben) und dem Fall, dass der Vertrag nach der Vorstellung der Parteien durch diese schriftliche Festlegung des verbindlich Vereinbarten Geltung erlangen soll (sog. konstitutives Bestätigungsschreiben).<sup>594</sup> Der vermeintliche (angebliche) Vertragsschluss genügt. Das Schreiben muss den wesentlichen Vertragsinhalt wiedergeben.<sup>595</sup> Gibt es nur einzelne Punkte wieder, ohne den Vertrag insgesamt zu fixieren, so kann es immer noch Bestätigungsschreiben iW.S. sein (→ Rn. 148).<sup>596</sup> Auch die Übersendung einer schriftlich getroffenen Vereinbarung bzw. eines Verhandlungsprotokolls mit erkennbaren Zusätzen über (angeblich) mündlich getroffene Abreden kann ein Bestätigungsschreiben sein.<sup>597</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass für den Empfänger erkennbar das Schweigen auf das Schreiben Rechtsfolgen haben kann (vgl. insbesondere über Fälle der Aufforderung zur Gegenbestätigung → Rn. 151).

**150 cc) Auftragsbestätigung.** Diese ist die Annahme eines Angebots.<sup>598</sup> Weicht sie vom Inhalt des Angebots ab, so gilt dies nach der allgemeinen Regel des § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag.<sup>599</sup> Grundsätzlich genügt das Schweigen auf diesen Antrag nicht, um den so modifizierten Vertrag zustandezubringen (→ Rn. 130). Inhalt und Zweck einer Auftragsbestätigung können aber weitgehend einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben entsprechen, wenn durch Vorverhandlungen oder Geschäftsverbindung eine entsprechende **Vertrauenslage** begründet worden ist. Dann kann das Schweigen auf eine Auftragsbestätigung dieselben Rechtsfolgen haben wie das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben.<sup>600</sup> So kann es sich insbesondere verhalten, wenn ein mündlich verhandeltes Angebot vereinbarungsgemäß schriftlich angenommen werden sollte<sup>601</sup> oder

<sup>587</sup> Vgl. BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021.

<sup>588</sup> BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021 (2022); BGH NJW 1987, 1940 (1941); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16, 21; Heymann/Horn Rn. 51; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 113.

<sup>589</sup> OLG Köln CR 1991, 541.

<sup>590</sup> BGH NJW 2011, 1965 (1966).

<sup>591</sup> BGHZ 61, 282 (285) = NJW 1973, 2106; BGH NJW 1965, 965; 1982, 1751.

<sup>592</sup> BGH NJW 1974, 991 (992); WM 1970, 1314 (1315); OLG Koblenz BeckRS 2007, 03474; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 17; EBS/Joost Rn. 66; Oetker/Pamp Rn. 42; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 109.

<sup>593</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 987 = JuS 2007, 779 (Karsten Schmidt).

<sup>594</sup> Vgl. zu diesen Fallgruppen Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 84 ff.; KKRM/Roth Rn. 27.

<sup>595</sup> Canaris HandelsR § 23 Rn. 17; Heymann/Horn Rn. 52; KKRM/Roth Rn. 27.

<sup>596</sup> So wohl jetzt auch Canaris HandelsR § 23 Rn. 17.

<sup>597</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 211.

<sup>598</sup> BGHZ 18, 212 (215) = NJW 1955, 1794 (1795); BGHZ 61, 282 (285) = NJW 1973, 2106; OLG Naumburg BeckRS 2011, 17000; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 15.

<sup>599</sup> BGHZ 18, 212 (215) = NJW 1955, 1794 (1795); OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 622; OLG Jena OLG-NL 2006, 64; OLG Brandenburg v. 6.11.2006 – O 151/05; OLG Naumburg BeckRS 2011, 17000; Canaris HandelsR § 23 Rn. 49; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16; Oetker/Pamp Rn. 40; Staub/Koller Rn. 70; Lettl JuS 2008, 849, 850.

<sup>600</sup> Vgl. BGH DB 1977, 1311 (1312) = JZ 1977, 602 (603).

<sup>601</sup> BGHZ 54, 236 (240) = NJW 1970, 2021; Canaris HandelsR § 23 Rn. 20; Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 97 f.; abl. MüKoBGB/Kramer, 5. Aufl. 2006, BGB § 151 Rn. 28; Lieb JZ 1971, 135 ff.

wenn die Auftragsbestätigung auch vorbesprochene Vertragsmodalitäten bestätigt.<sup>602</sup> Das- selbe kann gelten, wenn der Empfänger das modifizierte Angebot von dessen Absender in Verhandlungen erbeten hatte. Bestand nach den Vorstellungen der Parteien kein Anlass mehr zu weiteren (Vor-)Verhandlungen, so kann die Auftragsbestätigung die Wirkungen eines Bestätigungsschreibens haben.<sup>603</sup>

**c) Form der Mitteilung.** Die lange Zeit hM verlangte eine verkörperte Mitteilung. Die gesetzliche Schriftform iSv § 126 BGB wurde allerdings nicht vorausgesetzt. Insbesondere genügte bereits in der Vergangenheit eine Telefax-Mitteilung.<sup>604</sup> Heute sollte, auch im Hinblick auf § 126 Abs. 3 BGB nF **Lesbarkeit** genügen.<sup>605</sup> Damit ist vor allem eine elektro- nische Übermittlung (E-mail) ausreichend.<sup>606</sup> Auch gegen eine Schriftformklausel in Allge- meinen Geschäftsbedingungen kann sich die Wirkung des Schweigens auf ein Bestätigungs- schreiben durchsetzen.<sup>607</sup> In allen diesen Fällen muss aber, da es auf das Vertrauen des Absenders ankommt, auf den Geschäftsverbindungsbrauch (→ Vor § 343 Rn. 18 ff.) unter den Beteiligten abgestellt werden. Auf die richtige oder falsche Bezeichnung des Schreibens, insbesondere auf die Verwendung des Wortes „Bestätigungsschreiben“, kommt es auch hier nicht an (→ Rn. 146, 147).<sup>608</sup> Im Hinblick auf die gravierenden Folgen des Schweigens muss das Schreiben aber erkennen lassen, dass in ihm ein Abschluss verbindlich festgehalten sein soll.<sup>609</sup> Dazu muss der Inhalt des (angeblichen) Vertrags oder der besonders dokumen- tierten Vertragsabrede im Wesentlichen vollständig wiedergegeben sein.<sup>610</sup> Vor allem muss der **Wille erkennbar sein, den Vertrag in diesem Schreiben endgültig und verbind- lich zu dokumentieren**.<sup>611</sup> Um ein Bestätigungsschreiben kann es sich nur handeln, wenn das Schreiben dem Empfänger objektiv Anlass zur Prüfung des angeblichen Vertragsinhalts gibt. Daran fehlt es, wenn sich bereits aus anderen Schriftstücken ein verbindlicher Vertrags- inhalt ergibt.<sup>612</sup> Ebenso aber auch, wenn das Schreiben seinerseits nicht als endgültig verbindlich zu verstehen ist (→ Rn. 89 zur Gegenbestätigungsklausel). Hinsichtlich der Bestimmtheit muss das Bestätigungsschreiben den für das bestätigte Rechtsgeschäft gelten- den Grundsätzen genügen.<sup>613</sup> Nicht erforderlich ist eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Vorverhandlungen.<sup>614</sup> Wer um Gegenbestätigung bittet, verfasst grundsätzlich kein Bestätigungsschreiben, das bei Schweigen des Empfängers verbindlich ist.<sup>615</sup> Es kann sich allerdings nach Lage des Einzelfalls anders verhalten, wenn nämlich die Gegenbestätigung nur die Dokumentation erleichtern soll.<sup>616</sup> Der Vorschlag einer Zusatzabrede ist ein modifi- ziertes Angebot und kein Bestätigungsschreiben.<sup>617</sup> Hat ein Leasinggeber dem Lieferanten die Vertragsverhandlungen mit dem Leasingnehmer überlassen, sich selbst jedoch den Ver- tragschluss vorbehalten, so stellt ein von ihm verfasstes „Bestätigungsschreiben“ kein kauf- männisches Bestätigungsschreiben, sondern eine Verkaufsofferte dar.<sup>618</sup>

<sup>602</sup> Näher Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 98.

<sup>603</sup> KG-Report 1997, 169.

<sup>604</sup> OLG Hamm BB 1994, 1081; s. auch EBJS/Joost Rn. 69.

<sup>605</sup> Vgl. bereits vor der Änderung des § 126 BGB Staub/Koller Rn. 66.

<sup>606</sup> Heymann/Horn Rn. 53; KKR/M/Roth Rn. 22; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 14; Staub/Koller Rn. 66.

<sup>607</sup> BGH NJW-RR 1995, 179.

<sup>608</sup> BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021 (2022); BGHZ 112, 204 (211) = NJW 1991, 36 (38); BGH NJW 1987, 1940 (1941); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 16, 21; GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 129; Heymann/Horn Rn. 51.

<sup>609</sup> BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021 (2022).

<sup>610</sup> BGH LM § 346 (Ea) Nr. 8/9; OLG Köln CR 1991, 541; OLG Hamm CR 1992, 268 (270); GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 130; Heymann/Horn Rn. 52; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 113.

<sup>611</sup> Heymann/Horn Rn. 51; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 112.

<sup>612</sup> OLG Hamburg OLG-Report 2004, 66.

<sup>613</sup> OLG Bamberg OLG-Report 2003, 246 (Bürgschaft und Schuldbetritt).

<sup>614</sup> BGHZ 54, 236 (239) = NJW 1970, 2021.

<sup>615</sup> BGH NJW 1964, 1269 (1270); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 21.

<sup>616</sup> BGH NJW-RR 2007, 325 (327).

<sup>617</sup> BGH NJW 1972, 820; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 21; Heymann/Horn Rn. 51.

<sup>618</sup> OLG Köln VersR 1996, 718.

152 **d) Zugang des Schreibens.** Zugang des Schreibens ist erforderlich.<sup>619</sup> Den Beweis des Zugangs – auch durch ersten Anschein – hat der Absender zu erbringen.<sup>620</sup> Absendung allein begründet diesen Beweis noch nicht (wohl aber: Einschreiben mit Rückschein).<sup>621</sup> Diese hM wird allerdings zT als unpraktisch kritisiert, weil sie dem Bestreiten des Zugangs Tür und Tor öffnet.<sup>622</sup> Umstritten ist, ob ein Telefax-Sendebericht für den Beweis des Zugangs genügt.<sup>623</sup> Die Praxis ist dazu übergegangen, dem Telefax ein Originalschreiben per Post nachzusenden. Das muss genügen (auch ohne Einschreiben). Zugang an einen empfangsberechtigten Vertreter genügt.<sup>624</sup> Nicht erforderlich ist Kenntniserlangung seitens des Empfängers.<sup>625</sup> Auch ein Schreiben, das einem Vertreter ohne Vertretungsmacht zugegangen ist, kann, wenn es in den Unternehmensbereich gelangt ist, dem Empfänger zugegangen sein.<sup>626</sup> Selbst wenn das Bestätigungsschreiben genau jenem Angestellten zugeleitet wird, der mit dem Absender kontrahiert hat, ist dem Empfänger der Einwand fehlender Vertretungsmacht abgeschnitten.<sup>627</sup> Allerdings muss die Kenntniserlangung der Empfängerseite zuzurechnen sein.<sup>628</sup> Deshalb gilt anderes, wenn ein Vertreter, der nicht Angestellter des Empfängers, sondern zB Handelsmakler ist, mit dem Absender ohne Vertretungsmacht kontrahiert hat und das Bestätigungsschreiben entgegennimmt.<sup>629</sup>

153 **e) Naher zeitlicher und sachlicher Zusammenhang.** Ein naher zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen den Vertragsverhandlungen und dem Zugang ist erforderlich.<sup>630</sup> Wie lang der zeitliche Abstand sein kann, richtet sich danach, ob nach Lage des Einzelfalls der Absender noch damit rechnen darf, dass der Empfänger, sofern er nicht widerspricht, das Schreiben als richtig akzeptiert. Ein Abstand von drei Wochen ist, sofern nicht zwischendurch die Verhandlungen aufgegriffen wurden oder das Bestätigungsschreiben angekündigt wurde, idR zu lang.<sup>631</sup> Sind die Parteien bereits im Streit über den Inhalt der Vereinbarung, so ist es für ein Bestätigungsschreiben in jedem Fall zu spät.<sup>632</sup>

154 **3. Der „kaufmännische“ Empfänger. a) Unternehmensträger als Empfänger.** Der **Normadressat** muss Träger eines Unternehmens sein (zum Sonderfall der BvS [früher Treuhandanstalt] → Rn. 156).<sup>633</sup> Nach tradierter Auffassung muss er grundsätzlich **Kauf-**

<sup>619</sup> BGHZ 70, 232 = NJW 1978, 886; BGH NJW 1965, 965 (966); OLG Hamm 1994, 1081; Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 100; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 23; EBJS/Joost Rn. 70; Heymann/Horn Rn. 53; Oetker/Pamp Rn. 45; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Wagner Rn. 38 f.; Staub/Koller Rn. 74.

<sup>620</sup> BGHZ 70, 232 (233) = NJW 1978, 886; BGH LM § 346 (I) Nr. 8 = BB 1961, 1344 (1345); Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 100; Heymann/Horn Rn. 53; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 25; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 117.

<sup>621</sup> Heymann/Horn Rn. 53; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 118; Brause NJW 1989, 2520 f.

<sup>622</sup> Brause NJW 1989, 2521.

<sup>623</sup> Überblick bei Schmittmann MDR 1994, 1082.

<sup>624</sup> BGHZ 20, 149 (152) = NJW 1956, 869; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 23; EBJS/Joost Rn. 70; Heymann/Horn Rn. 53.

<sup>625</sup> BGHZ 20, 149 (152) = NJW 1956, 869; BGH NJW 1965, 965 (966); RGZ 103, 401 (405); GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 132; Brause NJW 1989, 2521; differenzierend Canaris HandelsR § 23 Rn. 35; Staub/Koller Rn. 74b.

<sup>626</sup> BGH NJW 1964, 1951; 1990, 386; NJW 1990, 386; NJW 2007, 987 (988); JuS 2007, 779 (780) (Karsten Schmidt); NJW 2011, 1965 (1966); Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 100; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 24; EBJS/Joost Rn. 70 (vgl. aber Rn. 81); GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 132.

<sup>627</sup> AM Canaris HandelsR § 23 Rn. 30 ff.; vgl. insoweit auch EBJS/Joost Rn. 81.

<sup>628</sup> Insoweit ähnlich Canaris HandelsR § 23 Rn. 30; EBJS/Joost Rn. 81; Heidel/Schall/Klappstein Rn. 56.  
<sup>629</sup> Der Unterschied beruht darauf, dass die Verschuldens- und Wissenszurechnung im Unternehmensrecht unterschiedlich funktioniert, je nachdem, ob „im Unternehmen“ oder durch Dritte gehandelt wird; eingehend Karsten Schmidt HandelsR § 16 Rn. 2; in diesem Kommentar übernommen von Krebs → Vor § 48 Rn. 29.

<sup>630</sup> BGH WM 1967, 958 (960); OLG Köln CR 1991, 541; OLG München BB 1995, 172; OLG Brandenburg NJ 1997, 559; Canaris HandelsR § 23 Rn. 18; EBJS/Joost Rn. 71; GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 131; KKR/M/Roth Rn. 29; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 116; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 17; Deckert JuS 1998, 123.

<sup>631</sup> OLG München BB 1995, 172.

<sup>632</sup> Schlegelberger/Hefermehl Rn. 117.

<sup>633</sup> Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 73 ff.



**mann** sein,<sup>634</sup> jedoch soll es genügen, wenn er eine kaufmannsähnliche Person ist.<sup>635</sup> Es soll also ausreichen, wenn der Empfänger gleich einem Kaufmann am Rechtsverkehr teilnimmt,<sup>636</sup> auch zB als Freiberufler.<sup>637</sup> Deshalb kam es im Fall des früheren Sollkaufmanns nach § 2 HGB aF nicht darauf an, ob der zur Eintragung verpflichtete Empfänger im Handelsregister eingetragen war.<sup>638</sup> Nach hM fällt auch ein bloßer Scheinkaufmann unter die Regeln über kaufmännische Bestätigungsschreiben.<sup>639</sup> Doch ist das Ganze ein Scheinproblem: Der Gewohnheitsrechtssatz über das „kaufmännische“ Bestätigungsschreiben sucht sich seinen Normadressatenkreis selbst und ist nicht an die §§ 1 ff. gebunden (→ § 1 Rn. 88). Die umstrittene Frage, ob die Regeln auf nicht eingetragene **Kleinunternehmen** anwendbar sind, die nach Art oder Umfang kaufmännischer Einrichtungen nicht bedürfen,<sup>640</sup> ist deshalb gleichfalls nicht durch Anwendung der §§ 1 ff. zu beantworten. Bedenkt man, dass der Zurechnungsgedanke im Verbot des widersprüchlichen Verhaltens besteht (→ Rn. 143), so wird man die Anwendung auf solche Unternehmen beschränken müssen, von denen ein kaufmännischen Gepflogenheiten entsprechender Umgang mit kaufmännischen Bestätigungsschreiben erwartet werden kann.<sup>641</sup> Das wird man typischerweise bei den unter § 84 Abs. 4, § 93 Abs. 3, § 383 Abs. 2, § 407 Abs. 3 S. 2, § 453 Abs. 3 S. 2, § 467 Abs. 3 S. 2 fallenden Dienstleistern (Handelsvertretern, Handelsmaklern, Kommissionären, Logistikunternehmen) bejahen können.<sup>642</sup> Wo mit solchem kaufmännischen Verhalten nicht zu rechnen ist, ist auch ein Unternehmer von den Regeln über das Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben ausgenommen.<sup>643</sup> Unter gleichen Voraussetzungen wird man auch künstlerische, wissenschaftliche und freiberufliche Unternehmer von der Anwendung der Grundsätze auszunehmen haben. Das Schweigen zB eines beauftragten Kunstmalers oder eines als Kunstsachverständiger nebenberuflich tätigen Kunsthistorikers auf ein Bestätigungsschreiben kann Beweiswert haben (→ Rn. 145), nicht dagegen die bei → Rn. 141, 165 ff. dargestellten materiellrechtlichen Wirkungen. Eine **Anwendung auf Gesellschafter und Geschäftsführer**<sup>644</sup> ist **abzulehnen**<sup>645</sup> und nicht mit dem Argument ihrer Geschäftskundigkeit (→ § 343 Rn. 19; → § 350 Rn. 9) zu rechtfertigen, denn der Gewohnheitsrechtssatz über das Bestätigungsschreiben (→ Rn. 145) gilt im Rechtsverkehr unter Unternehmen (→ Rn. 144). Es versteht sich, dass diesen das Handeln und Unterlassen ihrer Vertreter zugerechnet wird. Aber die Vertreter selbst sind nicht Normadressaten. Das Problem ist ein anderes als zB bei §§ 349, 350 (→ § 349 Rn. 5, → § 350 Rn. 10).

**b) Handelsgesellschaften.** Handelsgesellschaften sind stets an die Grundsätze über 155 kaufmännische Bestätigungsschreiben gebunden, gleich, ob sie kraft Gewerbebetriebs oder kraft Rechtsform (§§ 3 AktG, 13 Abs. 3 GmbHG, 17 Abs. 2 GenG) Kaufleute sind. Eine gemeinnützige GmbH kann sich zB nicht darauf berufen, ihre Teilnahme am Rechtsverkehr

<sup>634</sup> BGHZ 40, 42 (44) = NJW 1963, 1922 (1923); Staub/Koller Rn. 64; s. auch BGH NJW 2007, 987 (988) = JuS 2007, 779 (781) (Karsten Schmidt).

<sup>635</sup> BGHZ 11, 1 (3) = NJW 1954, 105; stRspr.; RG Gruch 71, 253 (255); *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 46; *Schäch*, Die kaufmannsähnlichen Personen als Ergänzung zum normierten Kaufmannsbegriff, 1989, 328 ff.; *Heymann/Horn* Rn. 63.

<sup>636</sup> So (überflüssigerweise im Fall der Konkursverwaltung) BGH NJW 1987, 1940 = ZIP 1987, 584; BGHZ 11, 1 (3) = NJW 1954, 105; BGHZ 40, 42 (44) = NJW 1963, 1922 (1923); stRspr.; OLG Oldenburg BeckRS 2008, 02339; *Canaris HandelsR* § 23 Rn. 46; *Oetker HandelsR* § 7 Rn. 34 f.; *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 18; *EBJS/Joost* Rn. 76; *Oetker/Pamp* Rn. 51; *Röhrich/v. Westphalen/Haas/Wagner* Rn. 32 f.; *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 136; Staub/Koller Rn. 25, 25 a; *Staudinger/Bork* (2015) BGB § 146 Rn. 6.

<sup>637</sup> BGH NJW 1987, 1940 (1941) (Rechtsanwalt als Konkursverwalter); OLG Köln CR 1991, 541 (Rechtsanwalt); OLG Düsseldorf ZMR 2005, 943 (Rechtsanwälte); OLG Koblenz NJW-RR 2007, 813 (814) (Architekt); im Ergebnis auch *Baumbach/Hopt/Hopt* Rn. 18; *EBJS/Joost* Rn. 76; *GK-HGB/Achilles/Schmidt* Rn. 124.

<sup>638</sup> BGH DB 1967, 1362.

<sup>639</sup> *EBJS/Joost* Rn. 77; *KKR/M/Roth* Rn. 24; *Oetker/Pamp* Rn. 52.

<sup>640</sup> *Schlegelberger/Hefermehl* Rn. 136; bejahend *KKR/M/Roth* Rn. 24; *Lettl* JuS 2008, 849 (850).

<sup>641</sup> Ähnlich wie hier jetzt *EBJS/Joost* Rn. 77; *Oetker/Pamp* Rn. 52.

<sup>642</sup> In dieser Richtung wohl auch *KKR/M/Roth* Rn. 24 (jedoch generalisierend); Staub/Koller Rn. 26.

<sup>643</sup> *Zust. Oetker/Pamp* Rn. 52.

<sup>644</sup> Dafür OLG Düsseldorf EWiR 2004, 707 (*Pfeiffer*) = (LS) ZIP 2004, 1211.

<sup>645</sup> HM; vgl. hier *EBJS/Joost* Rn. 76; *Pfeiffer* EWiR 2004, 707 (708).

sei nicht unternehmerischer Natur. Kaufmann kraft Rechtsform ist nach der hier vertretenen Auffassung auch die im Handelsregister eingetragene oHG oder KG (→ § 6 Rn. 4, 17, → § 105 Rn. 9, 11). Auch eine Handelsgesellschaft in Liquidation oder im Insolvenzverfahren ist erfasst.<sup>646</sup> Der Absender eines Bestätigungsschreibens darf sich auch hier grundsätzlich darauf verlassen, dass der Inhalt des Schreibens geprüft und eine etwaige Unrichtigkeit gerügt wird. Es beruht auf der schwerlich überzeugenden Amtstheorie (→ § 1 Rn. 62 f.), dass der BGH die Anwendung auf die von einem Rechtsanwalt als Insolvenzverwalter verwaltete GmbH im Konkurs für problematisch gehalten und mit dem kaufmännischen Auftreten des Verwalters begründet hat.<sup>647</sup> Richtigerweise ist die Anwendung auf die Eigenschaft der Schuldner-GmbH als Unternehmen (Kaufmann) zu stützen.<sup>648</sup> Zweifelhaft ist die Anwendung der Grundsätze auf die nach § 105 Abs. 2 eingetragenen vermögensverwaltenden Gesellschaften. Sie sind einerseits Kaufleute kraft Eintragung (→ § 6 Rn. 4, 17), während auf der anderen Seite von ihnen die Einhaltung kaufmännischer Gepflogenheiten nicht unbedingt erwartet wird. Aus Gründen der Rechtsklarheit wird man aber auch diese Gesellschaften daran festhalten müssen, dass sie sich dem Handelsrecht unterstellt haben, soweit nicht im Einzelfall das Vertrauen des Absenders ungerechtfertigt ist.

- 156 4. Der „kaufmännische“ Absender.** Das kaufmännische Bestätigungsschreiben muss von einem Unternehmen ausgehen.<sup>649</sup> Regelmäßig wird es sich um einen Kaufmann iS der §§ 1–6 handeln.<sup>650</sup> Aber hierauf kommt es nicht unbedingt an.<sup>651</sup> Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS; früher „Treuhandaanstalt“) war tauglicher Absender (und Empfänger) eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens.<sup>652</sup> Das von einer Privatperson ausgehende Bestätigungsschreiben genügt nicht.<sup>653</sup> Nur im Unternehmensverkehr („b2b“) besteht nämlich die Übung, auf der der Gewohnheitsrechtsatz beruht.<sup>654</sup> Kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist auch das berufsbezogene Schreiben eines Arbeitnehmers oder leitenden Angestellten, das dieser im eigenen Namen an das eigene Arbeitgeberunternehmen sendet.<sup>655</sup> Das beruht nicht darauf, dass diese Personen nicht am kaufmännischen Verkehr teilnehmen, sondern darauf, dass es sich um Innenbeziehungen handelt, die nicht den Regeln des „Außenprivatrechts der Unternehmen“ (→ Vor § 1 Rn. 6) unterliegen (→ Rn. 157). Zwar wird die Auffassung vertreten, der kaufmännische Adressat müsse ohne Rücksicht auf die Person des Absenders schlechthin jedes „Bestätigungsschreiben“ prüfen und ggf. widersprechen.<sup>656</sup> Richtig ist auch, dass unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens an einen Kaufmann im Umgang mit schriftlichen Mitteilungen besonders strenge Anforderungen zu stellen sind, auch wenn es sich nicht um kaufmännische Bestätigungsschreiben handelt. Aber der strenge Gewohnheitsrechtsatz, nach dem das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im Handelsverkehr Konstitutivwirkung haben kann, gilt in seiner Schärfe nicht schlechthin für jedes bei einem Unternehmen eingehende Schreiben, sondern er gilt im Rahmen beiderseitiger Handelsgeschäfte (dies freilich ohne Beschränkung auf den gesetzlichen Kaufmannsbegriff): Es genügt, wenn der Absender ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und erwarten kann, dass ihm gegenüber nach kaufmännischen Gepflogenheiten verfahren wird.<sup>657</sup>

<sup>646</sup> Karsten Schmidt NJW 1987, 1909.

<sup>647</sup> BGH NJW 1987, 1940 = ZIP 1987, 584; dazu krit. Karsten Schmidt NJW 1987, 1905 ff.

<sup>648</sup> So jetzt auch Windel in Jaeger (Henckel/Gerhardt), InsO, § 80 Rn. 69 mwN.

<sup>649</sup> Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 80 ff.

<sup>650</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 987 (988) = JuS 2007, 779 (781) (Karsten Schmidt); EBJS/Joost Rn. 76.

<sup>651</sup> Vgl. statt vieler Oetker HandelsR § 7 Rn. 35.

<sup>652</sup> OLG Brandenburg NJ 1997, 559.

<sup>653</sup> AM Canaris HandelsR § 23 Rn. 45; Weller/Prütting HandelsR Rn. 872; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 19; v. Dürker BB 1996, 3 (7); Lettl JuS 2008, 849 (851); differenzierend Heymann/Horn Rn. 64; Streitstand bei Deckert JuS 1998, 122.

<sup>654</sup> Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 80; Oetker/Pamp Rn. 53.

<sup>655</sup> In dieser Richtung aber BGH BB 1962, 314; s. auch BGH WM 1955, 1285 (ehemaliger Handelsvertreter); wie hier OLG Hamm MDR 1993, 227.

<sup>656</sup> Canaris HandelsR § 23 Rn. 45; Flume Rechtsgeschäft § 36/2; s. auch Heymann/Horn Rn. 64.

<sup>657</sup> BGHZ 40, 42 (43 f.) = NJW 1963, 1922 f.; BGH BB 1976, 664; OLG Düsseldorf OLG-Report 2004, 112 (113); OLG Koblenz NJW-RR 2007, 813 (814) (Architekt); Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 81 ff.

**5. Bezug auf ein Handelsgeschäft. a) Außengeschäft.** Auf ein Handelsgeschäft muss sich das kaufmännische Bestätigungsschreiben beziehen, dh. auf ein unternehmerisches Außengeschäft, idR ein Umsatzgeschäft. Wegen des Begriffs der Handelsgeschäfte → § 343 Rn. 3 ff. Gesetzliche Schuldverhältnisse sind nicht Gegenstand eines Bestätigungsschreibens, wohl aber zB ein Vergleichsvertrag über gesetzliche Verbindlichkeiten (→ § 343 Rn. 4). Es muss sich nicht um ein Einzelgeschäft, kann sich vielmehr auch um einen Rahmen- oder Sukzessivlieferungsvertrag handeln. Arbeits- und Dienstverträge mit Mitarbeitern und Geschäftsleitern fallen nicht unter die Grundsätze über kaufmännische Bestätigungsschreiben.<sup>658</sup> Ein leitender Angestellter kann nicht durch „Bestätigung“ angeblicher dienstvertraglicher Vereinbarungen die Handelsgesellschaft binden, bei der er selbst tätig ist.<sup>659</sup> Ebensovienig gelten diese Grundsätze für Gesellschaftsverträge (vgl. zu diesen auch → § 343 Rn. 7). Von Fall zu Fall kann auch bei Arbeits- oder Gesellschaftsverträgen das Schweigen auf dokumentierte Vertragsinhaltsbestimmungen Vertrauensschutz begründen.<sup>660</sup> Aber die typisierte Verkehrserwartung, auf der die Grundsätze über kaufmännische Bestätigungsschreiben basieren, besteht nur im Rahmen von unternehmerischen Außengeschäften.

**b) Unternehmensbezug.** Das Geschäft muss **zum Handelsgewerbe oder zum sonstigen Unternehmen des Empfängers und des Absenders** gehören (vgl. sinngemäß → § 343 Rn. 13 ff.). Für Privatgeschäfte eines Kaufmanns gelten die Grundsätze über kaufmännische Bestätigungsschreiben nicht.<sup>661</sup> Die Vermutung des § 344 Abs. 1 ist auf diese Abgrenzung anwendbar.<sup>662</sup> Außergewöhnliche Geschäfte können ausreichen.<sup>663</sup> Es genügen also auch branchenfremde Handelsgeschäfte (dazu noch ausdrücklich § 343 Abs. 2 aF) wie zB Veräußerungs- oder Leasinggeschäfte über Betriebsmittel.

**6. Das Schweigen des Empfängers. a) Wirkungen.** Das **Schweigen des Empfängers** hat die bei → Rn. 165 ff. angegebenen Wirkungen. Unverzüglicher Widerspruch hindert den Eintritt der Wirkungen eines Bestätigungsschreibens.<sup>664</sup> Dabei genügt, wenn der Empfänger eine dem Schreiben entsprechende Einigung unmißverständlich leugnet.<sup>665</sup> Der Widerspruch ist **formfrei**,<sup>666</sup> jedoch empfiehlt sich eine Fixierung durch Brief, Fax oder E-mail. Der Empfänger muss darlegen und im Streitfall beweisen, dass er rechtzeitig widersprochen hat.<sup>667</sup> Hat er nur **teilweise** widersprochen, so kann es im Übrigen bei den Wirkungen seines Schweigens bleiben; der Teil-Widerspruch wirkt dann zugleich als Teil-Bestätigung.<sup>668</sup>

**b) Frist für den Widerspruch.** Die Frist für den Widerspruch hängt von der individuellen Vertrauenssituation ab. Für komplizierte langfristige Verträge gilt anderes als für schnell abzuwickelnde Austauschgeschäfte. Nach hM muss der Widerspruch unverzüglich iSv § 121 Abs. 1 S. 1 BGB, also ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen.<sup>669</sup> Das darin enthaltene, wenngleich objektivierte, Verschuldenselement ist indes wenig passend.<sup>670</sup> Es kommt nicht auf

<sup>658</sup> AM BGH WM 1955, 1285; s. auch BGH BB 1962, 314 (ehemaliger Vorstand).

<sup>659</sup> OLG Hamm MDR 1993, 227.

<sup>660</sup> Vgl. insoweit BGH BB 1962, 314.

<sup>661</sup> Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 18.

<sup>662</sup> Zust. EBS/Joost Rn. 78; aM Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 18; Heymann/Horn Rn. 63.

<sup>663</sup> Vgl. Heymann/Horn Rn. 63 mwN.

<sup>664</sup> BGHZ 11, 1 (3) = NJW 1954, 105; BGHZ 18, 212 (216) = NJW 1955, 1794; BGH NJW 1962, 104 (246); Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 101; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 25; EBS/Joost Rn. 74; Heymann/Horn Rn. 54; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 23; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Wagner Rn. 40; Staub/Koller Rn. 85 ff.

<sup>665</sup> OLG Düsseldorf MDR 1985, 940.

<sup>666</sup> Staub/Koller Rn. 85; allgM.

<sup>667</sup> BGH NJW 1962, 104; LM (D) Nr. 8 (Ea) Nr. 17; RGZ 114, 282 (283); Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 25; Heymann/Horn Rn. 57; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 133.

<sup>668</sup> BGH WM 1984, 639 (641); Staub/Koller Rn. 86.

<sup>669</sup> Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, 133; Diederichsen JuS 1966, 131; Haberkorn MDR 1968, 109; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 25; EBS/Joost Rn. 74; GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 140; Heymann/Horn Rn. 54; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 130; Staub/Koller Rn. 87; MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 23.

<sup>670</sup> Näher Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 101.



Verschulden, sondern auf die Verkehrserwartung aus der Sicht des Absenders sowie auf die betriebliche Zurechnung im Lager des Empfängers an.<sup>671</sup> Die Rechtsprechung geht in einfachen Fällen von einer kurzen Frist von ein bis zwei Tagen aus.<sup>672</sup> Unter Umständen, zB bei besonderem Prüfungsaufwand, hat sie auch eine Rüge binnen drei Tagen als ausreichend angesehen,<sup>673</sup> evtl. auch binnen fünf Tagen.<sup>674</sup> Wer erst nach mehr als einer Woche widerspricht, hat idR zu spät widersprochen.<sup>675</sup> Das gilt vor allem, wenn es für beide Seiten auf eine schnelle Vertragsabwicklung ankommt, zB bei einem kurzfristigen Fixgeschäft.<sup>676</sup> Längere, dem Absender nicht bekannte Unerreichbarkeit entlastet den kaufmännischen Empfänger idR nicht.<sup>677</sup> Ein Absender, der sich selbst für das Bestätigungsschreiben Zeit gelassen hat, darf auf der anderen Seite nicht mit sofortiger Antwort rechnen.<sup>678</sup> Den rechtzeitigen Zugang des Widerspruchs muss der Empfänger darlegen und beweisen.<sup>679</sup>

**161 7. Einschränkungen des Absenderschutzes.** Den positiven Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtssatzes stehen negative gegenüber. Es gibt Fallgruppen, bei denen trotz Vorliegens der bei → Rn. 146 ff. dargestellten Merkmale ein Vertrauen des Absenders auf die stillschweigende Billigung des Schreibens nicht gerechtfertigt ist. Nur dieses Vertrauen rechtfertigt die Anwendung der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben (→ Rn. 143, 145). Und nur die Zulässigkeit eines die Bindung an das Bestätigungsschreiben beseitigenden Gegenbeweises macht die Gewohnheitsrechtsregel für den Handelsverkehr tragbar.

**162 a) Unredlichkeit des Absenders.** Unredlichkeit des Absenders beseitigt den Vertrauensschutz.<sup>680</sup> Unredlichkeit bedeutet hier Bewusstsein der Unrichtigkeit.<sup>681</sup> Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.<sup>682</sup> Kenntnis liegt vor, wenn der Absender weiß, dass der Inhalt des Schreibens weder dem ausdrücklichen Inhalt des Vorbesprochenen noch sonst dem – auch konkludenten – Konsens der Parteien entspricht.<sup>683</sup> Gibt der Absender eines Bestätigungsschreibens diesem bewusst einen unrichtigen Inhalt, so gilt das Schweigen des Empfängers nicht als Zustimmung.<sup>684</sup> Dasselbe gilt, wenn er zwar nicht Verfasser des Bestätigungsschreibens ist, aber von einem ohne sein Wissen verfassten Schreiben in Kenntnis seiner Unrichtigkeit Gebrauch macht.<sup>685</sup> Hat nicht der Absender selbst, sondern dessen Vertreter das Schreiben verfasst oder in Kenntnis seiner Unrichtigkeit abgesandt, so ist dies dem Absender nach § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen.<sup>686</sup> Auch wenn der Vertretene selbst das Schreiben versendet, kann ihm die Bösgläubigkeit seines Vertreters zur Last fallen.<sup>687</sup> Das gilt aber nur, wenn das Vertreterverhalten in dem vom Absender beherrschbaren betrieblichen

<sup>671</sup> Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 101; zust. Deckert JuS 1998, 123.

<sup>672</sup> Vgl. RGZ 105, 389 (390); BGH NJW 1962, 246 (247).

<sup>673</sup> BGH NJW 1962, 246 (247); BB 1967, 186 (drei Werktagen); OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 24178; s. auch KKRm/Roth Rn. 31; großzügiger wohl Röhrich/v. Westphalen/Haas/Wagner Rn. 41.

<sup>674</sup> EBJS/Joost Rn. 74 mit Hinweis auf BGH BB 1967, 186 (drei Werktagen).

<sup>675</sup> BGH BB 1969, 933; s. auch MüKoBGB/Busche § 147 Rn. 23 mwN.

<sup>676</sup> OLG Köln CR 1996, 216.

<sup>677</sup> Vgl. RGZ 105, 389.

<sup>678</sup> OLG Köln OLG-Report 2002, 362 (11 Tage); zust. Oetker/Pamp Rn. 48.

<sup>679</sup> BGH LM § 346 (D) Nr. 8 = BB 1961, 1344 (1345); NJW 1962, 104.

<sup>680</sup> BGHZ 11, 1 (4) = NJW 1954, 105; BGHZ 40, 42 (45); BGHZ 101, 357 (365) = NJW 1988, 55 (57); BGH WM 1955, 1284; RGZ 95, 48 (51); Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 104 ff.; Baumbach/Hopt/Hopt Rn. 26; GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 137; KKRm/Roth Rn. 30; Oetker/Pamp Rn. 61; Schlegelberger/Hefermehl Rn. 125 f.; Staub/Koller Rn. 80; Walchshöfer BB 1975, 720 f.; krit. („rein objektiv“) EBJS/Joost Rn. 86.

<sup>681</sup> MüKoBGB/Busche BGB § 147 Rn. 21 mwN.

<sup>682</sup> Wie hier KKRm/Roth Rn. 30; aM Canaris HandelsR § 23 Rn. 40; Heidel/Schall/Klappstein Rn. 53; Petersen Jura 2003, 687 (691).

<sup>683</sup> Zur Ergänzung verkehrsüblicher Klauseln vgl. Karsten Schmidt § 19 Rn. 104; zust. GK-HGB/Achilles/Schmidt Rn. 137.

<sup>684</sup> BGH WM 1955, 1284.

<sup>685</sup> BGH WM 1955, 1284.

<sup>686</sup> BGHZ 40, 42 = NJW 1963, 1922; Canaris HandelsR § 23 Rn. 40; Oetker HandelsR § 7 Rn. 40; einschränkend Karsten Schmidt HandelsR § 19 Rn. 107; nur referierend EBJS/Joost Rn. 85.

<sup>687</sup> Wie hier jetzt Oetker/Pamp Rn. 61; nur referierend (selbst ablehnend) EBJS/Joost Rn. 85.