

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Harald Kollrus, RA/FAStR

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben – eine kautelarjuristische Geheimwaffe im Rahmen des Vertragsmanagements? | 779

Dr. Harald Kollrus, RA/FAStR

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben – eine kautelarjuristische Geheimwaffe im Rahmen des Vertragsmanagements?

Die forensische Praxis macht deutlich, was für einen enormen Stellenwert die Beweisführung für Erfolg und Misserfolg in gerichtlichen Verfahren einnehmen kann. Für die Risikominimierung als Teil unternehmerischer Corporate Governance ist daher ein strategisch-vorausschauendes Vertragsmanagement unabdingbar. Als dafür geeignetes Gestaltungsinstrument gilt das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Umso erstaunlicher ist, wie wenig im Geschäftsverkehr davon Gebrauch gemacht wird. Lassen sich doch unter bestimmten Voraussetzungen mündliche Vereinbarungen einseitig zum eigenen Nutzen mit allen Vorteilen einer prozessualen Privaturkunde und materiell-rechtlich mit konstitutiver Vertragsbindungswirkung schriftlich fixieren. Der Beitrag erörtert die in Gerichtsverfahren häufig auftretenden Problematiken und gibt weiterführende Hinweise und Gestaltungsempfehlungen für die kautelarjuristische Praxis.

I. Einleitung

Der Erfahrungssatz, dass Rechtsstreitigkeiten „über den Sachverhalt gewonnen“ werden, entspringt leidvollen Erfahrungen der Darlegungs- und Beweisnot in Zivilprozessen.¹ Gerade mündliche Absprachen, noch dazu nur unter vier Augen zwischen den Parteien, sind anfällig für streitige Parteivorträge zu ihren Gesprächsinhalten. Nachdem die informatorische Parteienanhörung (§ 141 ZPO) nicht der Sachverhaltsaufklärung, sondern nur dem besseren Verständnis des Parteivortrags dient,² Parteivernehmungen entweder von der Zustim-

¹ Vgl. *Obernheim*, Erfolgreiche Taktik im Zivilprozess, 5. Aufl. 2011, Rn. 138, 157 f., 242; *Meyke*, NJW 2000, 2230; *Prechtel*, MDR 2010, 549, 550.

² Vgl. *Kluth/Böckmann*, MDR 2002, 616, 620; *Obernheim* (Fn. 1), Rn. 1346; a. A. *Meyke*, NJW 2000, 2234.

mung des Gegners abhängen (§ 447 ZPO) oder als subsidiäres Beweismittel im gerichtlichen Ermessen stehen (§ 448 ZPO),³ droht wegen des non liquet eine Entscheidung allein aufgrund der Beweislastverteilung.

II. Prozesstaktische Maßnahmen zur Verbesserung der Beweislage

Die beweislspflichtige Partei wird versuchen, ihren Verhandlungsführer bzw. -gehilfen als Zeugen zu präsentieren.⁴ Ist es die Partei selbst, wird man beispielsweise den Streitgegenständlichen Anspruch – wegen § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO noch vor Rechtshängigkeit (!) – an einen Dritten abtreten (§ 398 BGB).⁵ Der Zessionar wird zur aktivlegitimierten Partei, während der Zedent als Zeuge auftreten kann. Alternativ bietet sich eine gewillkürte Prozessstandschaft an, falls der Prozessstandschafter ein eigenes Interesse am Verfahrensausgang nachweisen kann. GmbH-Geschäftsführer werden noch während des anhängigen Rechtsstreits abberufen (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5, 47 Abs. 1 GmbHG). Sie stehen dann ab sofort wie andere Arbeitnehmer als Zeugen zur Verfügung. Auch wenn Prozessverhalten Grundlage der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) von Gerichten sein kann, macht die so geschaffene Zeugenstellung oft Sinn, weil Aussagen selbst dieser „parteiischen“ Zeugen rgm. objektiver und glaubhafter eingeschätzt werden, als das Ergebnis von Parteivernehmungen.⁶ Zur Abwehr werden (Gegen)Zeugen ausgeschaltet, indem sie mit Wider-, evtl. mit Drittwiderklage verklagt werden.⁷ Diese Beweiserstörung lässt sich (jedenfalls temporär) verhindern, solange es dem Beklagten nicht gelingt, seine Widerklage zuzustellen. Um dieser Gefahr vorzubeugen, wird man Zeugen nur über die Partei laden lassen, u. U. auch auf die Präklusionsgefahr des § 296 ZPO hin nicht schriftsätzlich, sondern erst im Termin oder vorerst mehr oder weniger irrtümlich nur mit einer falschen Zeugenanschrift benennen.⁸ Hilfsweise könnte man für die Wiederherstellung seiner Zeugenstellung versuchen, den Erlass eines Teilurteils (§ 302 ZPO) über die Widerklage mit Nachdruck anzuregen und so seinen Zeugen im Verfahren wieder präsentieren zu können.

III. Strategisch-vorausschauendes Vertragsmanagement

All diese prozessualen Möglichkeiten sind jedoch mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden. Will man es nicht soweit kommen lassen, sollten rechtzeitig Vorkehrungen für eine sichere Beweislage geschaffen werden. Bei schriftlichen Vereinbarungen wird oft in zähen Verhandlungen um jede einzelne Formulierung bis ins Detail gefeilscht. Letztlich muss man sich mit mehr oder weniger nachteiligen Kompromisslösungen zufrieden geben. Alternativen eröffnen die Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Mit einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben gibt einer der Vertragspartner einen Vorgang endgültig, verbindlich und mit der gebotenen Bestimmtheit wieder.⁹ Darin muss grundsätzlich das Ergebnis der Vertragsverhandlungen, gleich in welcher Form (schriftlich, per Telefax, Fernschreiben, E-Mail, ggf. im Attachment, arg. e § 126 Abs. 3 BGB),¹⁰ festgehalten werden.¹¹

Der Handelsbrauch, auf den die zwischenzeitlich gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze fußen, hat zur Bedingung, dass sich die Parteien in wenigstens teilweise (fern)mündlichen¹² Vertragsverhand-

lungen geeinigt haben.¹³ Die Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben lassen sich also nicht auf rein schriftlich, per E-Mail und/oder Telefax geführte Verhandlungen übertragen.¹⁴ Für diese Ausweitung des Anwendungsbereichs würde es am Bedürfnis fehlen, weil das Verhandlungsergebnis bereits schriftlich, wenn auch in einer sehr ungenauen und unübersichtlichen Form dokumentiert ist. Inhaltlich muss nach h. L.¹⁵ nicht notwendigerweise ein Vertragsschluss bestätigt werden. Auch nur die Fixierung z. B. des

3 Kluth/Böckmann, MDR 2002, 617, 619f., zur Ermessensreduzierung auf Null wegen des Gebotes der Waffengleichheit im Prozess (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG, 6 Abs. 1 EMRK); Mütter, MDR 1998, 1335 f.; Prechtel, MDR 2010, 549, 550.

4 BGH, 29.4.2003 – IX ZR 54/02, AnwBl. 2003, 657, DB 2003, 2596, MDR 2003, 928, NJW-RR 2003, 1212, WM 2003, 1628, Rn. 17 f., u. a. zur Zulässigkeit der Abberufung des GmbH-Geschäftsführers; BGH, 14.12.2000 – IX ZR 332/99, AnwBl. 2001, 439, MDR 2001, 505, NJW 2001, 826, 827, WM 2001, 736, Rn. 17, u. BGH, 26.10.1983 – IVa ZR 80/82, JR 1984, 192, JZ 1984, 197, MDR 1984, 295, NJW 1984, 721, WM 1984, 91, Rn. 24, der die Zession allein zur Erschleichung einer Zeugenstellung für zulässig hält; Kluth/Böckmann, MDR 2002, 616, 617, zu den einzelnen Strategien in der Beweisnot; Mütter, MDR 1998, 1335 f.; Prechtel, MDR 2010, 549, 550; Greger, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 373 Rn. 4; a. A. Damrau, in: MünchKommZPO, 4. Aufl. 2012, § 373 Rn. 9, 13, hält die rein aus Beweisgründen erfolgte Abberufung eines Geschäftsführers für sittenwidrig und nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB).

5 Vgl. BGH, 29.4.2003 – IX ZR 54/02 (Fn. 4), Rn. 18.

6 Kluth/Böckmann, MDR 2002, 616, 617; Oberheim (Fn. 1), Rn. 575 f.; vgl. BGH, 14.12.2000 – IX ZR 332/99 (Fn. 4), Rn. 17; a. A. Damrau, in: MünchKommZPO (Fn. 4), spricht sich gegen eine Zeugenvernehmung, hilfsweise gegen eine Verwertung der Zeugenaussage aus.

7 Breucker, Anwaltsstrategien im Zivilprozess, 2006, Rn. 26; Mütter, MDR 1998, 1335 f.; Oberheim (Fn. 1), Rn. 575; Prechtel, MDR 2010, 549, 550; Greger, in: Zöller (Fn. 4).

8 Oberheim (Fn. 1), Rn. 580.

9 BGH, 21.9.2005 – III ZB 18/05, NJW 2005, 3499, WM 2005, 2201, Rn. 14; BGH, 8.2.2001 – III ZR 268/00, DStR 2001, 1129, NJW-RR 2001, 680 Ls, Rn. 10 f., 19; OLG Karlsruhe, 7.10.2010 – 4 U 29/09, BB 2011, 770, Ls u. Rn. 44, 50, 52, 55, verdeutlicht z. B. durch die Begriffe „Bestätigung“ oder „Auftragsbestätigung“; OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06, BauR 2007, 1742, OLG Oldenburg 2007, 889, Ls 2 u. Rn. 26 f.; OLG Sachsen-Anhalt, 30.12.2010 – 10 U 16/10, IHR 2011, 192, Rn. 81; OLG Hamm, 22.3.1994 – 7 U 133/93, BB 1994, 1107, DB 1994, 1081, MDR 1994, 1081, NJW 1994, 3172, Rn. 4 f., lässt die Wiedergabe der Konditionen genügen; Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 346 Rn. 21; Joost, in: Ebenroth u. a., HGB, 2. Aufl. 2009, § 346 Rn. 67; Mathys, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, 1997, S. 3; Meyer, Wirtschaftsprivatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 72; Busche, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 147 Rn. 14, grds. in der Sprache, in der mündlich verhandelt wurde; Schmidt, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2009, § 346 Rn. 149, 151; Obwald, Der sogenannte Vertragsschluss durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, 1972, S. 7, 36 f., 84 u. 354 f.; Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. 2011, § 346 Rn. 27; Streckel, in: Annett-Micus u. a., Wirtschaftsprivatrecht, 4. Aufl. 2010, S. 889.

10 BGH, 27.9.1989 – VIII ZR 245/88, BB 1989, 2219 Ls, DB 1989, 2598, MDR 1990, 430, NJW 1990, 386, Rn. 49, u. BGH, 12.2.1968 – VIII ZR 84/66, MDR 1968, 491, WM 1968, 400, Rn. 39 f., 43, zu Fernschreiben; OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08, BauR 2009, 1484, IHR 2009, 721, Rn. 25, u. OLG Hamm, 22.3.1994 – 7 U 133/93 (Fn. 9), Ls u. Rn. 4, und Joost, in: Ebenroth u. a. (Fn. 9), Rn. 69, zu Telefax; OLG Koblenz, 12.5.2010 – 2 U 1247/09, MDR 2010, 1476, Ls 2 u. Rn. 12, zu E-Mail u. E-Mail mit PDF-Datei als Attachment; OLG Köln, 24.5.2004 – 3 U 161/04, NW 2004, 247, Rn. 23; Eckert, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Stand: 1.5.2013, § 146 Rn. 14; Kupraschwili, Schweigen beim Vertragsabschluss, 2006, S. 165; Liwinska, MDR 2000, 500, 502, zu Telefax; Mathys (Fn. 9), S. 4; Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 14. Aufl. 2010, Rn. 6.3.1.2; Busche, in: MünchKommBGB (Fn. 9), Rn. 14; Schmidt, in: MünchKommHGB (Fn. 9), Rn. 151; Oetker, HGB, 2. Aufl. 2011, § 346 Rn. 38; Schmittmann, NJW 1994, 3149.

11 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09, BGHZ 188, 128, MDR 2011, 417, NJW 2011, 1965, ZIP 2011, 1060, Rn. 23, m. Anm. v. Hayn-Habermann, NJW-Spez. 2011, 300; BGH, 21.9.2005 – III ZB 18/05 (Fn. 9), Rn. 14; OLG Karlsruhe, 7.10.2010 – 4 U 29/09 (Fn. 9), Rn. 50, 52, 55; OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06 (Fn. 9), Ls 2 u. Rn. 26 f.; Kupraschwili (Fn. 10), S. 166; Mathys (Fn. 9), S. 4; Busche, in: MünchKommBGB (Fn. 9), Rn. 14; Obwald (Fn. 9), S. 65.

12 Oder telegraphisch.

13 BGH, 8.2.2001 – III ZR 268/00 (Fn. 9), Ls, Rn. 11; BGH, 27.9.1989 – VIII ZR 245/88 (Fn. 10), Rn. 48, 70, wonach Vertragsverhandlungen nach Zeit, Gelegenheit und Art und Weise darzulegen sind; OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/05, ZMR 2007, 37, Ls 1, Rn. 20 f.; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05, NJW-RR 2007, 813, 814, Ls u. Rn. 15, 17; Backmann, jurisPK-BGB, 6. Aufl. 10/2012, § 146 Rn. 45; Eckert, in: Bamberger/Roth (Fn. 10), § 146 Rn. 14; Baumbach/Hopt (Fn. 9), Rn. 20; Joost, in: Ebenroth u. a. (Fn. 9), Rn. 68; Kupraschwili (Fn. 10), S. 165 f.; Mathys (Fn. 9), S. 13; Busche, in: MünchKommBGB (Fn. 9), Rn. 14; Oetker (Fn. 10), Rn. 41, 60; Streckel, in: Annett-Micus u. a. (Fn. 9), S. 888; Führich, Wirtschaftsprivatrecht, 10. Aufl. 2010, S. 75; Wagner, in: Röhrich/v. Westphalen, HGB, 3. Aufl. 2008, § 346 Rn. 35, zur Bedingung Unsicherheitsmoment; zu weitgehend wohl Backmann, jurisPK-BGB (Fn. 13), Rn. 46, der auch Fax, SMS oder E-Mail als taugliche Kommunikationsmittel hält.

14 OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/05 (Fn. 13), Ls 1, Rn. 21; Baumbach/Hopt (Fn. 9), Rn. 20; Joost, in: Ebenroth u. a. (Fn. 9), Rn. 63; Oetker (Fn. 10), Rn. 41; a. A. Armbrüster, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 147 Rn. 8; Busche, in: MünchKommBGB (Fn. 9), Rn. 14; Roth, in: Koller/Roth/Morck (Fn. 9), Rn. 26.

15 Backmann, jurisPK-BGB (Fn. 13), Rn. 41, vgl. aber Rn. 51, wonach die essentialia negotii genannt sein müssen; Kupraschwili (Fn. 10), S. 166; Mathys (Fn. 9), S. 4.

Verhandlungsverlaufs nimmt an der Bindungswirkung teil. Unklarheiten gehen zu Lasten des insofern beweislaspflichtigen Ausstellers (arg. e § 305c Abs. 2 BGB).¹⁶

Gestaltungsempfehlung: Das Bestätigungsschreiben sollte (insbesondere im Hinblick auf die eigenen Ansprüche und Rechte) möglichst eindeutig und bestimmt gefasst werden. Dies erhöht die streitvermeidende Wirkung.¹⁷ Das Prozessrisiko als Folge einer nicht vorhersehbaren richterlichen Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) wird minimiert.¹⁸

Widerspricht der andere Vertragspartner diesem kaufmännischen Bestätigungsschreiben nicht unverzüglich (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB), d.h. max. binnen drei Tagen, formlos,¹⁹ ausdrücklich oder konkludent (vgl. § 138 Abs. 3 ZPO), wird der Vertragsschluss mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens manifestiert.²⁰ Das Bestreiten allein mit Nichtwissen wäre nach § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig.²¹ Voraussetzung ist allerdings, dass zwischen den Parteien von vornherein nicht schon Uneinigkeit über den Vertragsinhalt besteht, wie es etwa beim offenen Einigungsmangel (offener Dissens, § 154 BGB) oder bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben unterschiedlichen Inhalts der Fall wäre.²² Somit kann im Widerspruchsschreiben kein gegenläufiges Bestätigungsschreiben gesehen werden.²³ Auch bereits widersprochenen Allgemeine Geschäftsbedingungen lassen sich nicht mehr einbeziehen.²⁴ Der Ersteller des Bestätigungsschreibens kann sich dabei auf die konstitutive Gestaltungswirkung derartiger Bestätigungsschreiben stützen (lit. a) und sich die Vorteile zunutze machen, die ihm der Grundsatz von der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde bietet (lit. b). Bei geschickter Formulierung des Bestätigungsschreibens lassen sich damit Vertragsansprüche in einem Urkundenprozess schneller durchsetzen (lit. c).

1. Konstitutive Gestaltungswirkung kaufmännischer Bestätigungsschreiben

De lege lata gilt die „bestätigte“ Vereinbarung grundsätzlich mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens als zustande gekommen. Auf die Kenntnis, einen entsprechenden Willen oder evtl. Willensmängel i.S.v. § 119 Abs. 1 BGB des Empfängers und von dessen Vertreter (§ 166 Abs. 1 BGB) kommt es nicht an.²⁵ D.h. der Vertrag wird ggf. abgeändert oder (z.B. durch Einbeziehung vorher nicht vereinbarter Allgemeiner Geschäftsbedingungen) ergänzt.²⁶

Auf inhaltliche Abweichungen von den geführten Verhandlungen muss nicht hingewiesen werden. Bei einem vermeintlichen oder unwirksamen mündlichen Vertragsabschluss kommt dem unwidersprochenen Bestätigungsschreiben insofern die konstitutive Wirkung eines wirksamen Vertragsschlusses zu.²⁷ Diese vermeintlichen mündlichen Abreden sind Individualvereinbarungen. Sofern sie schriftliche Verträge ändern, unterliegen ihre schriftlichen Bestätigungen nicht der AGB-Kontrolle i.S.v. §§ 305c Abs. 1, 307ff. BGB und sie setzen sich nach § 305b BGB über formularmäßig vereinbarte Schriftform- und Schriftformvorsorgeklauseln hinweg.²⁸ Nur individuell vereinbarte qualifizierte, sog. „doppelte“ Schriftformklauseln bedürfen für ihre Abbedingung ihrerseits der Schriftform, weil sie den ersichtlichen Zweck haben, die Aushöhlung des Schriftformerfordernisses zu vermeiden.²⁹ Auch das Fehlen der Vertretungsbefugnis des vollmachtlosen Verhandlungsführers (falsus procurator) wird geheilt (arg. e §§ 75h, 91a HGB), falls der Absender entsprechend den Grundsätzen für die Anscheinsvollmacht damit rechnen durfte, dass für den Emp-

fänger das vollmachtlose Verhandeln erkennbar war.³⁰ Denn nicht das vollmachtlose Handeln, sondern das Schweigen des Empfängers führt i. d. R. zum Vertragsschluss.

Die Grenze dieser Vertragsgestaltung liegt in der bewusst falschen Erklärung oder bei Erklärungen, die so weit vom wirklichen Verhandlungsergebnis entfernt sind, dass der Absender nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) vernünftigerweise nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann.³¹ So, wenn der Absen-

16 BGH, 8.2.2001 – III ZR 268/00 (Fn. 9), Rn. 11, 14; BGH, 27.9.1989 – VIII ZR 245/88 (Fn. 10), Rn. 48; *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 20; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 67; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 64; *Wagner* (Fn. 13), Rn. 37.

17 *Heussen*, in: *Heussen*, Handbuch Vertragsverhandlungen und Vertragsmanagement, 3. Aufl. 2007, Teil 2, Rn. 288, 290; *Langenfeld*, Grundlagen der Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2010, § 4 Rn. 6.

18 Vgl. KG, 12.5.2010 – 24 U 43/09, WM 2010, 1890, Rn. 34; OLG Frankfurt, 22.12.2011 – 10 U 78/06, juris, Rn. 28; OLG Karlsruhe, 15.1.2009 – 4 U 72/07, OLG 2009, 485, Rn. 34; OLG Stuttgart, 31.7.2012 – 5 U 148/11, BeckRS 2012, 18552, Rn. 50 ff.

19 *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 25; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 72; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 13; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 47 ff.; vgl. OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 38.

20 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Rn. 21, 23; OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 25; OLG Düsseldorf, 15.11.1990 – 10 U 68/90, juris, Ls 3, Rn. 39; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 9, hält einen Zeitraum von drei Wochen und mehr auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auf jeden Fall für zu lang; OLG Frankfurt, 22.12.2011 – 10 U 78/06 (Fn. 18), Rn. 26, sieht den Widerspruch nach einem Monat ohne rechtfertigende Verzögerungsgründe für verspätet an; OLG Koblenz, 12.5.2010 – 2 U 1247/09 (Fn. 10), Rn. 13, wonach binnen zwei Stunden noch nicht mit einem Widerspruch gerechnet werden muss; OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/05 (Fn. 13), Ls 1, Rn. 20; OLG Köln, 24.5.2004 – 3 U 161/04 (Fn. 10), Rn. 25; OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06 (Fn. 9), Ls 2 u. Rn. 27; *Backmann*, jurisPK-BGB (Fn. 13), Rn. 41, 56 f., 59; *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 14; *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 25; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 74, 79, u.U. bis zu fünf Tagen; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 13; *Führich* (Fn. 13), S. 75; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 165, 169, i. d. R. ein bis zwei, max. fünf bis sieben Tage; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9, 23; *Schmidt*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 9), Rn. 141, 147; *Meyer* (Fn. 9), S. 72; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 47 ff., 54, 56, ein bis zwei Tage bei einfachen Geschäften, bei Prüfungsaufwand drei Tage; *Obwald* (Fn. 9), S. 358, drei Tage; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 31, 33; *Streckel*, in: *Annett-Micus u.a.* (Fn. 9), S. 892, 893; *Thamm*, DB 1997, 213, hält einen Widerspruch binnen sieben Tagen im Einzelfall ausnahmsweise noch für rechtzeitig; *Wagner* (Fn. 13), Rn. 40; krit. *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 10, 12.

21 OLG Hamm, 22.3.1994 – 7 U 133/93 (Fn. 9), Rn. 7; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 30.

22 *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 75, 90; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 20; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 50; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 27, 30.

23 A. A. *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 25; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 72.

24 *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 90; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 62; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 30, 33.

25 *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 72, 79, 83, 85; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 5, 11; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 165, 170 f.; *Mathys* (Fn. 9), S. 39; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9, 12; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 54; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 33.

26 BGH, 12.2.1968 – VIII ZR 84/66 (Fn. 10), Rn. 39; OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/06 (Fn. 13), Rn. 20; BGH, 12.2.1968 – VIII ZR 84/66 (Fn. 10), Rn. 39; OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/05, ZMR 2007, 37, Ls 1, Rn. 20; *Backmann*, jurisPK-BGB (Fn. 13), Rn. 41; *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 14; *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 17, 27; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 82, 86, 89; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 5, 11 f.; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 168; *Mathys* (Fn. 9), S. 14; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9; *Schmidt*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 9), Rn. 147; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 60, 62; *Obwald* (Fn. 9), S. 328 f.; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 30, 33; *Thamm* (Fn. 20).

27 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Rn. 25, zum Vertragsabschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB); OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/06 (Fn. 13), Rn. 20; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05 (Fn. 13), Rn. 15, 17; OLG Hamm, 22.3.1994 – 7 U 133/93 (Fn. 9), Rn. 4; OLG Karlsruhe, 7.10.2010 – 4 U 29/09 (Fn. 9), Rn. 49; OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/06 (Fn. 13), Ls 1, Rn. 20; *Wendland*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 105 Rn. 13, zur Nichtigkeit gem. § 105 BGB; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 79 f., 82, 85; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9, 12, 14; *Schmidt*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 9), Rn. 147, 149; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 54; *Thamm* (Fn. 20); vgl. *Obwald* (Fn. 9), S. 34 ff., 83 ff. zur konstitutiven Wirkung.

28 BGH, 21.9.2005 – XII ZR 312/02, BeckRS 2005, 13511, Anm. 2. a); KG, 21.6.2005 – 5 U 15/05, BeckRS 2005, 07766, Anm. B. IV. 3. d); OLG Schleswig-Holstein, 21.12.2011 – 9 U 16/05, IBR 2012, 568 u. 573, Rn. 34; OLG Stuttgart, 31.7.2012 – 5 U 148/11 (Fn. 18), Rn. 18, 57; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 14; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 62; *Thamm* (Fn. 20).

29 BGH, 21.9.2005 – XII ZR 312/02 (Fn. 28).

30 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Ls 1, Rn. 21, 24; OLG Braunschweig, 20.12.2012 – 8 U 7/12, BauR 2013, 824, Rn. 48 f.; OLG Düsseldorf, 15.11.1990 – 10 U 68/90 (Fn. 20), Ls 3, Rn. 39; OLG Köln, 23.9.1982 – 1 U 14/82, ZIP 1982, 1424, Ls 1; OLG München, 7.6.2013 – 34 SchH 9/12, juris, Rn. 70; OLG Schleswig-Holstein, 21.12.2011 – 9 U 16/05 (Fn. 28), Rn. 33, 36; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 81; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 56; noch weitergehend: *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 33.

31 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Rn. 23; BGH, 8.2.2001 – III ZR 268/00 (Fn. 9), Ls, Rn. 14; OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 31; OLG Düsseldorf, 15.11.1990 – 10 U 68/90 (Fn. 20), Ls 2, Rn. 39; OLG Koblenz, 13.7.2006 – 5 U 1847/06 (Fn. 13), Rn. 20; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05 (Fn. 13), Ls u. Rn. 18; OLG Köln, 24.5.2004 – 3 U 161/04, NW 2004, 247, Rn. 26; OLG Zweibrücken, 22.12.2011 – 4 U 7/11,

der die Abwehrklausel z.B. in Einkaufsbedingungen gekannt hat³² oder unzumutbare oder branchenunübliche Bedingungen aufgenommen wurden.³³ Nach den allgemeinen Beweislastregeln obliegt dem Empfänger des Schreibens die Beweislast für rechtshindernde Tatsachen, also der Arglist, der wesentlichen Abweichung vom Verhandlungsergebnis,³⁴ dem Zugang seiner Widerspruchserklärung (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB).³⁵

2. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben als Privaturkunde gem. § 416 ZPO

Unter den Voraussetzungen des §§ 416, 371a ZPO hat sich der Ersteller des Bestätigungsschreibens durch einseitige Erklärung eine sogar für den Urkundenprozess taugliche Privaturkunde erstellt.³⁶ Unter Privaturkunde i.S.v. § 416 ZPO versteht man jede durch Niederschrift verkörperte Gedankenerklärung, gleich welchen Inhalts.³⁷ Teilweise wird mit der ratio des § 416 ZPO argumentiert, es müsse sich nur die Person des Ausstellers ermitteln lassen.³⁸ Daher sei weder eine handschriftliche Unterzeichnung noch eine Namensunterschrift erforderlich. Telefaxe, beglaubigte Fotokopien und Durch- bzw. Abschriften könnten demnach die Beweiskraft von Privaturkunden erlangen.³⁹ Privaturkunden sind aber im Gegensatz zu öffentlichen Urkunden (§ 435 ZPO) im Original vorzulegen (§ 420 ZPO).⁴⁰ Ihre Echtheit (§§ 439f. ZPO) und Fehlerfreiheit (§ 419 ZPO) lassen sich nur am Original hinreichend sicher feststellen.⁴¹ Deshalb und im Hinblick auf den hohen Stellenwert der Urkunde als sicheres Beweismittel ist mit der h.M. an einer, wenn auch nur faksimilierten Unterschrift unterhalb der Erklärung festzuhalten.⁴² Nur wenn Echtheit, Fehlerfrei-

heit und Besitz der Originalurkunde unstreitig bleiben oder bewiesen werden, kann sich eine Partei auch unter Vorlage nur einer Abschrift dieser Urkunde auf die formelle Beweiskraft des § 416 ZPO berufen.⁴³

a) Beweiskraft kaufmännischer Bestätigungsschreiben als Privaturkunde

Als unterzeichnete oder notarielle Privaturkunde erstreckt sich die formelle Beweiskraft des § 416 ZPO für das Bestätigungsschreiben darauf, dass die darin enthaltene Erklärung abgegeben wurde⁴⁴ und die Erklärung mit Willen des Ausstellers in den Verkehr gebracht wurde.⁴⁵ Insoweit ist kein Gegenbeweis zulässig (arg. e §§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2 ZPO).⁴⁶

Im Übrigen, insbesondere für den wohl entscheidenden Punkt, den Inhalt des Schreibens, gilt für unterschriebene Privaturkunden der beweisrechtliche Grundsatz der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde mit der Wirkung einer Beweislastumkehr.⁴⁷ Ihre klaren bestimmten Inhalte werden als vollständig und richtig vermutet.⁴⁸ Für diese Bestätigungsschreiben wird also, wenn ihnen nicht rechtzeitig widersprochen wurde, der Beweis prima facie (Anscheinsbeweis) eröffnet, die darin enthaltenen Angaben als richtig und abschließend zu unterstellen (arg. e § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO).⁴⁹ Nach zutreffender Auffassung der h.M. bleibt der Gegenbeweis offen. An diesen Gegenbeweis werden aber erhöhte Anforderungen gestellt im Sinne eines vollen Beweises des Gegenteils (§ 292 ZPO); die bloße Erschütterung der gesetzlichen Vermutung genügt nicht.⁵⁰

BeckRS 2011, 18624, Anm. II. 1. a); LG Wiesbaden, 8.3.2006 – 11 O 83/04, BeckRS 2011, 04798; *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 26f.; *Bergwitz*, BB 2001, 2316, 2319; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 85; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 12; *Führich* (Fn. 13), S. 75; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 168; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9, 18, 21; *Schmidt*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 9), Rn. 141, 162; *Meyer* (Fn. 9), S. 72; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 60f.; *Oßwald* (Fn. 9), S. 355f.; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 27; v. *Westphalen*, in: *Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, Stand: 32. Erg. 2012, Teil „Vertragsrecht“ Rn. 55.

32 BGH, 5.5.1982 – VIII ZR 162/81, DB 1982, 2029, MDR 1982, 1011, NJW 1982, 1751, WM 1982, 763, Rn. 9.

33 *Backmann*, jurisPK-BGB (Fn. 13), Rn. 52.

34 BGH, 8.2.2001 – III ZR 268/00 (Fn. 9) Ls, Rn. 14; OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 31; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05 (Fn. 13), Rn. 18; OLG Köln, 24.5.2004 – 3 U 161/04, NW 2004, 247, Rn. 26; LG Wiesbaden, 8.3.2006 – 11 O 83/04 (Fn. 31); *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 27; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 65.

35 OLG Köln, 24.5.2004 – 3 U 161/04, NW 2004, 247, Rn. 24; LG Wiesbaden, 8.3.2006 – 11 O 83/04 (Fn. 31); *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 74, 91; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 12, 23, 25; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 65.

36 OLG Frankfurt, 31.8.1995 – 16 U 111/94, WM 1995, 2079, Ls 1, Rn. 26; OLG Köln, 7.1.1993 – 18 U 117/92, VersR 1993, 901, Rn. 5; *Bergwitz* (Fn. 31); *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 39.

37 *Saenger*, in: *Hk-ZPO*, 5. Aufl. 2013, Vor § 415 Rn. 1, § 416 Rn. 2; *Schreiber*, in: *MünchKommZPO* (Fn. 4), § 416 Rn. 8.

38 OLG Düsseldorf, 21.12.2006 – 2 U 41/03, BeckRS 2008, 05808; *Schreiber*, in: *MünchKommZPO* (Fn. 4), § 416 Rn. 5f., mit Hinweis auf die ratio des § 416 ZPO; *Fritzsche-Brandt*, DS 2008, 87, 88; *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 2.

39 Vgl. OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 25; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl. 2010, § 119 Rn. 1, 3; *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 2.

40 BGH, 11.7.2007 – IV ZR 112/05, BeckRS 2007, 13479, Rn. 9; BGH, 8.3.2006 – IV ZR 145/05, JZ 2007, 256, MDR 2006, 1181, NJW-RR 2006, 847, WM 2006, 1170, Rn. 22; BGH, 16.11.1979 – V ZR 93/77, DB 1980, 971, JR 1980, 243, MDR 1980, 299, NJW 1980, 1047, 1048, Ls, Rn. 41; KG, 17.2.2009 – 19 WF 6/09, FamRZ 2009, 1781, Ls 2, Rn. 2; OLG Brandenburg, 7.5.2003 – 3 U 192/02, NJOZ 2004, 565, 570, Ls 3, Rn. 41; OLG Frankfurt, 2.4.2003 – 1 U 22/02, BeckRS 2003, 07080, Rn. 17; OLG München, 8.5.2009 – 25 U 4318/08, BeckRS 2009, 12018, aber Freibeweisverfahren; FG München, 19.5.2010 – 3 K 1180/08, DStRE 2011, 1030, Ls 1, Rn. 33; LG Saarbrücken, 5.12.2012 – 5 T 574/12, RVG-report 2013, 56, Ls 2, Rn. 16; *Saenger*, in: *Hk-ZPO* (Fn. 37), Vor § 415 Rn. 2; *Zimmermann*, *ZPO*, 9. Aufl. 2011, § 416 Rn. 1; *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), Vor § 415 Rn. 2, § 416 Rn. 1, 14.

41 BGH, 8.3.2006 – IV ZR 145/05 (Fn. 40), Rn. 22; BGH, 16.11.1979 – V ZR 93/77 (Fn. 40); KG, 16.11.2005 – 11 W 2/04, BeckRS 2006, 02261; LG Saarbrücken, 5.12.2012 – 5 T 574/12 (Fn. 40).

42 BGH, 21.1.1992 – XI ZR 71/91, DB 1992, 1473, JR 1992, 508, MDR 1992, 806, NJW 1992, 829, Ls 1, Rn. 10f.; OLG Düsseldorf, 21.12.2006 – 2 U 41/03 (Fn. 38), Rn. 31; *Saenger*, in:

Hk-ZPO (Fn. 37), § 416 Rn. 2f., u. *Zimmermann* (Fn. 40), Rn. 1, 8, Paraphe genügt nicht *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 1ff.

43 BGH, 21.1.1992 – XI ZR 71/91 (Fn. 42), Ls 2, Rn. 12f.; KG, 12.5.2010 – 24 U 43/09 (Fn. 18), Rn. 36; OLG Brandenburg, 7.5.2003 – 3 U 192/02 (Fn. 40); *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 39), § 119 Rn. 14; *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 1, 14, § 440 Rn. 1, 3.

44 BGH, 8.3.2006 – IV ZR 145/05 (Fn. 40), Rn. 13; BGH, 18.12.2002 – IV ZR 39/02, MDR 2003, 406, NJW-RR 2003, 384, Rn. 8; OLG Frankfurt, 2.4.2003 – 1 U 22/02 (Fn. 40); OLG Koblenz, 12.4.2010 – 12 U 502/09, juris, Rn. 16; *Breucker* (Fn. 7), Rn. 28; *Saenger*, in: *Hk-ZPO* (Fn. 37), § 416 Rn. 4f.; *Schreiber*, in: *MünchKommZPO* (Fn. 4), § 416 Rn. 9; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 39), § 119 Rn. 25; *Zimmermann* (Fn. 40), Rn. 5; *Greger*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 9.

45 OLG Koblenz, 12.4.2010 – 12 U 502/09 (Fn. 44); *Greger*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 9.

46 *Schreiber*, in: *MünchKommZPO* (Fn. 4), § 416 Rn. 11; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 39), § 119 Rn. 25; vgl. BGH, 8.3.2006 – IV ZR 145/05 (Fn. 40), Rn. 16ff., spricht sich für die Führung des Gegenbeweises durch den Aussteller aus, dass ihm die Urkunde abhanden gekommen ist.

47 *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 14; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 5; *Saenger*, in: *Hk-ZPO* (Fn. 37), § 416 Rn. 6; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9, 25; *Schreiber*, in: *MünchKommZPO* (Fn. 4), § 416 Rn. 9, nur soweit unterschrieben wurde; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 39), § 119 Rn. 29; *Zimmermann* (Fn. 40), Rn. 8; *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), Vor § 415 Rn. 6, 10, § 416 Rn. 2; a. A. *Bögers*, Beck'sche Online-Form. BauR, Stand: 1.2.2013, Kap. 2.1.1.5, Anm. 3, *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 79, 84, u. *Oetker* (Fn. 10), Rn. 54, halten einen Gegenbeweis für gänzlich ausgeschlossen; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 32 jedenfalls für den Vertragsschluss als solchen.

48 BGH, 5.7.2002 – V ZR 143/01, DB 2002, 2646, MDR 2002, 1361, 1362, NJW 2002, 3164f., Ls u. Rn. 7, zu den Anforderungen an den Inhalt der Urkunde; OLG Hamm, 10.2.2009 – 10 W 121/08, BeckRS 2009, 12024, Ls 2 u. Rn. 46; FG München, 9.12.2008 – 12 K 4221/05, BeckRS 2008, 26030193, Rn. 50; LG Köln, 20.11.2013 – 7 O 101/13, BeckRS 2013, 20737, u. *Arnold*, in: *Erman* (Fn. 14), § 125 Rn. 29, § 133 Rn. 39, stellen an den Gegenbeweis erhöhte Anforderungen; *Musielak*, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 286 Rn. 51.

49 BGH, 20.7.2006 – I ZR 9/05, MDR 2007, 414, NJW-RR 2007, 28, Ls 1, Rn. 18f., zu Liefererschein (Übernahmequittung) eines Frachtführers in Verbindung mit der Rechnung; *Bergwitz* (Fn. 31); *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 171; *Mathys* (Fn. 9), S. 13, 22; *Reichold*, jurisPK-BGB (Fn. 13), § 133 Rn. 32; *Thamm* (Fn. 20); *Geimer*, in: *Zöller* (Fn. 4), § 416 Rn. 10; a. A. *Bögers* (Fn. 47); *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 79, 84, u. *Oetker* (Fn. 10), Rn. 54, halten einen Gegenbeweis für gänzlich ausgeschlossen; für *Oßwald* (Fn. 9), S. 7, 355f., ist nur der Grundsatz der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde anwendbar; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 32 jedenfalls für den Vertragsschluss als solchen.

50 BGH, 5.7.2002 – V ZR 143/01 (Fn. 48), Rn. 46; OLG Düsseldorf, 10.3.1998 – 21 U 96/97, OLG Düsseldorf 1998, 194, Rn. 11; OLG Hamm, 10.2.2009 – 10 W 121/08, BeckRS 2009, 12024, Ls 2, Rn. 46; FG München, 9.12.2008 – 12 K 4221/05 (Fn. 48); LG Köln, 20.11.2013 – 7 O 101/13 (Fn. 48); *Arnold*, in: *Erman* (Fn. 14), § 125 Rn. 29, § 133 Rn. 39; a. A. *Wendtland*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 125 Rn. 18, sieht darin eine reine Beweislastregelung; *Bögers* (Fn. 47), *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 79, 84, u. *Oetker* (Fn. 10), Rn. 54, halten einen Gegenbeweis für gänzlich ausgeschlossen; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 32 jedenfalls für den Vertragsschluss als solchen.

Erfüllt das Bestätigungsschreiben nicht die Anforderungen des § 416 ZPO, verbleibt es beim Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO).⁵¹ Die Verfasser der Schreiben sind gleichwohl grundsätzlich an ihre Erklärungen gebunden.⁵²

Gestaltungsempfehlung: Will man sich die volle Beweiskraft des Bestätigungsschreibens als Privaturkunde sichern, aber nicht Gefahr laufen, dass ein Gericht die h.M. vertritt und für Privaturkunden an einer Unterschrift festhält, wird man den sichersten Weg wählen⁵³ und nach Möglichkeit eine unterschriebene Urkunde erstellen.

b) Der Urkundenprozess mit kaufmännischen Bestätigungsschreiben als Beweismittel

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben kann als Beweisgrundlage für einen Urkundenprozess dienen.⁵⁴ Es sollte daher inhaltlich so gestaltet sein, dass sich damit alle notwendigen Tatsachen für den erstrebten Anspruch (auf Zahlung oder Leistung vertretbarer Sachen, § 592 ZPO) beweisen lassen.⁵⁵ Fehlen dem Beklagten taugliche Beweise für eine Klageabwehr, bleibt ihm oft nur die Möglichkeit, die Echtheit des Schreibens in Frage zu stellen. Lässt sich dieser Punkt nicht ausräumen, muss der Kläger zur Wahrung seiner Interessen nach § 596 ZPO vom Urkundenprozess absteigen und den Anspruch im ordentlichen Verfahren weiter verfolgen.⁵⁶

Ein Urkundenprozess kann sich wegen einer Vollstreckbarkeit des Vorbehaltsurteils (§ 599 Abs. 3 ZPO) ohne Sicherheitsleistung (§§ 708 Nr. 4, 711 ZPO) empfehlen, gerade dann, wenn es um den rechtzeitigen Zugriff einen Monat vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§ 88 InsO) geht. Weitere Vorteile bietet das Verfahren wegen der eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten und dem Ausschluss der Widerklage (§ 595 ZPO).⁵⁷ Ggf. lässt sich allein schon die von einem solchen Urteil ausgehende Schockwirkung für eine endgültige Verfahrenserledigung nutzen.⁵⁸

Für die Wahl des Verfahrens ist andererseits ins Kalkül zu ziehen, dass die endgültige Klärung des Rechtsstreits regelmäßig erst im Nachverfahren erfolgen wird. Hebt das Gericht das Vorbehaltsurteil im ordentlichen Verfahren wieder auf, drohen dem Kläger Schadensersatzpflichten (§§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 S. 3, 4 ZPO) und die Auferlegung der Verfahrenskosten für alle Verfahren.⁵⁹ Der Kläger läuft außerdem stets Gefahr, dass die vorgelegten Beweisurkunden nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend sind, er von einem Urkundenprozess absteigen muss (§ 596 ZPO) und das Verfahren sich dadurch verlängert.⁶⁰

c) Inhaltliche Gestaltungsempfehlungen zur Erhöhung der Erfolgchancen vor Gericht

Im Rahmen des Zulässigen wird der Verfasser eines Bestätigungsschreibens für sich die Gestaltungswirkung und die Vollständigkeit und Richtigkeit des Bestätigungsschreibens in Anspruch nehmen. Er wird die Vereinbarung in seinem (redlich verstandenen) Sinne zu seinen Gunsten formulieren und durch Nebenregelungen wie AGB's ergänzen. Mit präambelartigen Vertragsfeststellungen lassen sich die Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 BGB) hervorheben und, jedenfalls nach h.L., Verlauf, Zeit, Ort und Teilnehmer einer Verhandlung, ggf. auch der Sachverhalt für die präventive Abwehr von Einwendungen und Einreden urkundlich fixieren.⁶¹

Gleichzeitig sollte man seine Vertragsposition nicht durch unbedachte Erklärungen von (Teil-)Schuldanerkenntnissen oder einer verfrühten

unbedingten Aufrechnung unnötig verschlechtern.⁶² Der Widerspruch erstreckt sich nämlich je nach Ausgestaltung nur auf die konkret widersprochenen Teile. Schuldversprechen (§ 780 BGB) bzw. Schuldanerkenntnisse (§ 781 BGB) können bestehen bleiben, sofern sie ohne aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) erklärt wurden.

IV. Das Problem mit der Vorlage der Originalurkunde

Das Original des Bestätigungsschreibens befindet sich regelmäßig beim Vertragspartner und jetzigen Beklagten. Einer Klage können nach § 131 Abs. 1 ZPO, selbst im Urkundenprozess (§ 593 Abs. 2 ZPO),⁶³ Abschriften des Bestätigungsschreibens für eine sog. Urkunden-Information beigelegt werden. Bei Aufforderung (§ 134 Abs. 1 ZPO), insbes. wenn der Gegner die Echtheit der Urkunde bestreitet (vgl. § 138 Abs. 3 ZPO), sind im Verhandlungstermin nach §§ 595 Abs. 3, 420 ZPO grundsätzlich Originalurkunden vorzulegen.

1. Antrag auf Herausgabe der Originalurkunde

In einem ordentlichen Verfahren kann eine Partei die Vorlegung des Bestätigungsschreibens zum einen nach §§ 142, 423 ZPO verlangen, sofern der Gegner auf die Urkunde selbst Bezug genommen hat. Zum anderen steht ihr das Vorlagerecht aus § 422 ZPO i.V.m. materiellrechtlichen Ansprüchen z.B. aus §§ 259 Abs. 1, 675, 666, 713, 952 BGB zu.⁶⁴ Ansonsten bleibt der beweisbelasteten Partei nur, eine im richterlichen Ermessen stehende Anordnung der Urkundenvorlegung nach § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO anzuregen.⁶⁵ Für eine eigenständige Herausgabeklage wird ihm regelmäßig das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlen.⁶⁶ Im Urkundenprozess bleibt dieser Antrag auf Vorlegung einer Urkunde durch den Gegner verwehrt (vgl. § 595 Abs. 3 ZPO). Ein in Beweisnot geratener Kläger kann daher nur vom Urkundenprozess nach § 596 ZPO absteigen, ein Beklagter ein Vorbehaltsurteil über sich ergehen lassen und den Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren, dann mit den oben beschriebenen Ansprüchen aufgreifen.

51 OLG Brandenburg, 7.5.2003 – 3 U 192/02 (Fn. 40); OLG München, 8.5.2009 – 25 U 4318/08 (Fn. 40); OLG Saarbrücken, 9.2.2010 – 4 U 388/09, juris, Rn. 30; Saenger, in: Hk-ZPO (Fn. 37), Vor § 415 Rn. 3, § 416 Rn. 7; Schreiber, in: MünchKommZPO (Fn. 4), § 416 Rn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 39), § 119 Rn. 29; Zimmermann (Fn. 40), Rn. 5; Geimer, in: Zöllner (Fn. 4), Vor § 415 Rn. 2, § 416 Rn. 13; vgl. KG, 12.5.2010 – 24 U 43/09 (Fn. 18), Rn. 36.

52 Kupraschwili (Fn. 10), S. 170.

53 Vgl. Obernheim (Fn. 1), Rn. 60 ff.; Vill, in: Zugehör u.a., Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl. 2011, Rn. 636, zum Gebot des sichersten Wegs als anwaltliche Pflicht lt. §§ 43 S. 1 BRAO, 1 Abs. 3 BORA.

54 Greger, in: Zöllner (Fn. 4), § 592 Rn. 15; vgl. Both NJW 2007, 156, 159; Busche, in: Münch-KommBGB (Fn. 9), Rn. 9.

55 Vgl. Zimmermann (Fn. 40), § 595 Rn. 6; Greger, in: Zöllner (Fn. 4), § 592 Rn. 13, 15, § 597 Rn. 5.

56 Eichele, in: Hk-ZPO (Fn. 37), § 596 Rn. 1.

57 Both (Fn. 54), 159 f.; Eichele, in: Hk-ZPO (Fn. 37), Vorbem. zu §§ 592–605, Rn. 1 f., § 596 Rn. 5; Fritzsche-Brandt (Fn. 38); Greger, in: Zöllner (Fn. 4), Vorbem. § 592 Rn. 1 f.

58 Pesch, NZA 2002, 957, 960.

59 Both (Fn. 54), 160; Zimmermann (Fn. 40), § 592, Rn. 1, mit Hinweis auf die geringe praktische Bedeutung wegen des Risikos, Schadensersatz leisten zu müssen; Greger, in: Zöllner (Fn. 4), Vorbem. § 592 Rn. 1.

60 Both (Fn. 54), 160.

61 Vgl. OLG Schleswig, 10.10.2006 – 3 U 132/05, MDR 2007, 292, Ls u. Rn. 28.

62 Vgl. Breucker (Fn. 7), Rn. 30.

63 Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 39), § 119 Rn. 14.

64 Eichele, in: Hk-ZPO (Fn. 37), § 594 Rn. 6; Saenger, in: Hk-ZPO (Fn. 37), Vor § 415 Rn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 39), § 119 Rn. 43 f.; Geimer, in: Zöllner (Fn. 4), Vor § 415 Rn. 13, § 421 Rn. 3 f., § 286 Rn. 15b, bei materiell-rechtl. Anspruch i.V.m. § 422 ZPO.

65 Zekoll, NJW 2002, 3129.

66 Geimer, in: Zöllner (Fn. 4), § 421 Rn. 3.

2. Verlust des Originals

Für den Aussteller dieses Bestätigungsschreibens, der sich im gerichtlichen Verfahren auf dessen Inhalt stützen möchte, besteht deshalb die große Gefahr, dass sein Schreiben vom beklagten Empfänger vernichtet oder nicht mehr auffindbar ist und daher dem Gericht nicht mehr vorgelegt werden kann. Bleibt die Frage zu klären, welche Möglichkeiten sich dem Aussteller bieten. Dem Empfänger wäre der Grund zuzurechnen, weshalb dem Aussteller der Beweis der Echtheit seiner Unterschrift (vgl. §§ 439 f. ZPO) und der Mangelfreiheit (vgl. § 419 ZPO) erschwert ist. Selbst wenn die Grundsätze der Beweisverteilung (§§ 427, 444 ZPO) nicht eingreifen, so wäre es ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten (§ 242 BGB), wenn sich der Empfänger einerseits die durch die Vernichtung entstandene Unmöglichkeit des Echtheitsbeweises zunutze machen könnte, andererseits den Echtheitsbeweis vereitelt. Dies rechtfertigt die prozessuale Folge, dass der Absender so zu stellen ist, als sei ihm der Beweis gelungen, während der Empfänger beweispflichtig bleibt.⁶⁷ Wird ein entscheidungserhebliches Bestätigungsschreiben im Nachhinein wieder aufgefunden, eröffnet § 580 Nr. 7b ZPO den Weg für eine Restitutionsklage.

V. Zu den weiteren Streitpunkten in der forensischen Praxis

1. Nachweis des rechtzeitigen Zugangs eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Das Bestätigungsschreiben muss dem Empfänger zeitlich unmittelbar im Anschluss an die Vertragsverhandlungen, d.h. max. binnen einer Woche⁶⁸ zugegangen sein (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB).⁶⁹ Der Empfänger soll noch auf dessen Eintreffen vorbereitet sein.⁷⁰ Solange der Zugang der Bestätigung nicht gem. § 138 Abs. 3 ZPO ausdrücklich bestritten wird, ist er unstreitig erfolgt.⁷¹ Um hierauf nicht hoffen zu müssen, sollte der beweispflichtige⁷² Absender den Zugang seines Bestätigungsschreibens nachweislich sicherstellen.

2. Privatpersonen keine tauglichen Beteiligten eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Absender, aber auch Empfänger können alle Personen sein, die selbständig und in mehr oder weniger größerem Umfang wie ein Kaufmann (§ 1 HGB) am Geschäftsleben teilnehmen,⁷³ und sei es nur als Scheinkaufmann (§ 5 HGB).⁷⁴ Darüber ist man sich in Rechtsprechung und Literatur weitgehend einig.⁷⁵ Es muss nur zu vermuten sein, dass der Personenkreis mit den Sitten und Bräuchen des kaufmännischen Verkehrs vertraut ist.⁷⁶

Legt man den Schwerpunkt für die Ratio der Grundsätze für das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben auf weitgehendste Rechtsklarheit, wären selbst Privatpersonen taugliche Absender kaufmännischer Bestätigungsschreiben. Wer derartige Schreiben verfasst, so der Anschein, kenne die kaufmännische Übung.⁷⁷ Stellt man hingegen mit der h.M.⁷⁸ verstärkt auf die historisch anerkannten Bedingungen ab, wird auch heute noch ein privater Absender eines Bestätigungsschreibens nicht darauf vertrauen dürfen, dass ihm gegenüber nach diesen Grundsätzen verfahren wird. Wer sich auf die Grundsätze des Schweigens auf kaufmännische Bestätigungsschreiben berufen möchte, vor allem Empfänger dieser Schreiben, müssen daher Kleingewerbetreibende (vgl. § 2 HGB),⁷⁹ im Geschäftsleben integrierte Landwirte,⁸⁰ Freiberufler und sonstige Selbständige sein. Rechtsanwälte,⁸¹ Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Unternehmensbe-

rat, Architekten⁸² und Bauingenieure,⁸³ Makler (§ 93 Abs. 3 HGB), Handelsvertreter (§ 84 Abs. 4 HGB), Kommissionäre (§ 383 Abs. 2 HGB), Frachtführer (§ 407 Abs. 3 S. 2 HGB), Spediteure (§ 453 Abs. 3 S. 2 HGB) und Lagerhalter (§ 467 Abs. 3 S. 2 HGB),⁸⁴ aber auch eine Grundstücks-GbR bei größerem Bauvorhaben,⁸⁵ kommunale Regiebetriebe⁸⁶ und GmbH-Geschäftsführer für ihre persönliche Bürgschaft⁸⁷ zählen zu diesem Personenkreis. Bestätigungsschreiben von Privatpersonen kommt hingegen nur die Funktion von Beweisanzuzeigen zu.⁸⁸ Diese Schreiben muss aber ein Kaufmann kraft seiner besonderen Sorgfaltspflicht (§ 347 Abs. 1 HGB) gleichwohl prüfen und ihnen ggf. widersprechen.⁸⁹

3. Aufforderung zur Bestätigung des Inhalts von Bestätigungsschreiben durch den Empfänger

Fordert der Verfasser den Empfänger seiner Erklärung zur Bestätigung eines mündlich geschlossenen Vertrags auf, hängt dessen Bedeutung von der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) im Einzelfall ab. Die Auf-

- 67 BGH, 30.1.2008 – IV ZR 9/06, NJW-RR 2008, 696, VersR 2008, 659, Rn. 4; BGH, 21.6.2000 – IV ZR 157/99, NJW-RR 2000, 1471, NZV 2001, 33, VersR 2000, 1133, MDR 2000, 1247, ZIP 2000, 2329, Ls u. Rn. 6.
- 68 OLG Brandenburg, 5.6.2007 – 6 U 118/06, BeckRS 2008, 03515, Rn. 44; vgl. OLG Düsseldorf, 3.8.1999 – 4 U 148/98, NVersZ 2000, 466, Rn. 35, hält drei Wochen jedenfalls für zu lang; OLG Frankfurt, 12.11.2010 – 10 U 74/10, BauR 2011, 186, *Backmann* (Fn. 13) Rn. 48, und *Thamm* (Fn. 20), sprechen sich für maximal fünf Tage aus, wenn davon nur zwei Tage Werktag sind; OLG Schleswig-Holstein, 21.12.2011 – 9 U 16/05 (Fn. 28), Rn. 33, hält zweieinhalb Wochen nach Umständen des Einzelfalls für angemessen; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 71, hält fünf Tage für unbedenklich.
- 69 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Rn. 23; OLG Brandenburg, 5.6.2007 – 6 U 118/06 (Fn. 68); OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06, BauR 2007, 1742, Ls 2 u. Rn. 27; OLG Zweibrücken, 22.12.2011 – 4 U 7/11 (Fn. 31), Anm. II. 1. a); *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 21; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 167; *Meyer* (Fn. 9), S. 72; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 44; *Oßwald* (Fn. 9), S. 66 f.; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 29.
- 70 *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 14.
- 71 OLG Hamm, 22.3.1994 – 7 U 133/93 (Fn. 9), Rn. 7; *Schmittmann* (Fn. 10); v. *Westphalen* (Fn. 31).
- 72 *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 67, 74, 91; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 45; *Schmittmann* (Fn. 10).
- 73 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Rn. 23, zu Gemeinden und Behörden im fiskalischen Tätigkeitsbereich; OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 28, 30; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05 (Fn. 13), Ls u. Rn. 16; OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06, BauR 2007, 1742, Ls 2 u. Rn. 26; *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 15; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 76; *Führich* (Fn. 13), S. 75; *Meyer* (Fn. 9), S. 72; *Schmidt*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 154, 156, zur BvS; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 51; *Streckel*, in: *Annert-Micus u.a.* (Fn. 9), S. 891; *Wagner* (Fn. 13), Rn. 32.
- 74 *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 77; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 52.
- 75 BGH, 27.1.2011 – VII ZR 186/09 (Fn. 11), Rn. 22; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05 (Fn. 13), Ls u. Rn. 16; OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06, BauR 2007, 1742, Ls 1 u. Rn. 26; *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 15; *Wendtland*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 133 Rn. 11; *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 19; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 6 f.; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 9; vgl. *Oßwald* (Fn. 9), S. 362.
- 76 OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 30; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 171 f.; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 16; *Mathys* (Fn. 9), S. 20 f.
- 77 *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 18; *Kupraschwili* (Fn. 10), S. 171 f., der als Absender rein private Personen reichen lässt, arg. e §§ 362, 75h, 91a HGB.
- 78 OLG Hamm, 15.1.1992 – 26 U 65/91, MDR 1993, 227, Rn. 36 f.; AG Bremen, 12.1.2012 – 9 C 274/11, juris, Rn. 12; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 7; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 53.
- 79 *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 77; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 16; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 52; vgl. BGH, 19.2.1964 – Ib ZR 203/62, NJW 1964, 1223, Rn. 45, zum Minderkaufmann, § 4 HGB a.F.
- 80 *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 24.
- 81 Rechtsanwältin, soweit sie im eigenen Namen oder für einen in den Anwendungsbereich der Grundsätze kaufmännischer Bestätigungsschreiben fallenden Dritten handelt.
- 82 Für mündlich geschlossene und nur schriftlich bestätigte Honorarvereinbarungen ist § 7 Abs. 1, 6 HOAI zu berücksichtigen.
- 83 OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Rn. 30; OLG Koblenz, 26.6.2006 – 12 U 685/05 (Fn. 13), Rn. 1, 16; *Joost*, in: *Ebenroth u.a.* (Fn. 9), Rn. 76; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 52.
- 84 *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 24; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 52.
- 85 OLG Brandenburg, 24.6.2009 – 4 U 137/08 (Fn. 10), Ls 1 u. Rn. 40; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 16.
- 86 *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 18; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 16.
- 87 *Baumbach/Hopt* (Fn. 9), Rn. 18.
- 88 *Oßwald* (Fn. 9), S. 362.
- 89 *Schmidt*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 156.

forderung zur Bestätigung als Empfangsbestätigung⁹⁰ oder für außerhalb des Bestätigungsschreibens liegende Sachverhalte⁹¹ sind unschädlich. Gibt der Absender hingegen zu erkennen, dass es für die Wirksamkeit seiner schriftlichen Erklärung einer Gegenbestätigung bedarf (arg. e § 154 Abs. 2 BGB),⁹² handelt es sich je nach Fallgestaltung nur um ein Angebot (§ 145 BGB), um den Hinweis auf bestimmte Abwicklungsmodalitäten oder einer Auftragsbestätigung i. e. S. (acknowledgement of order), d. h. einer Vertragsannahme (§ 146 BGB).⁹³ Dem Schweigen wird jedenfalls keine konstitutive Wirkung beikommen.⁹⁴ Zweifel am Charakter des Schreibens gehen zu Lasten ihres Absenders.⁹⁵

Praxistipp: Zur Vermeidung dieser Auslegungszweifel sollte die Bestätigung der mündlichen Vereinbarung nicht mit der Aufforderung verbunden werden, den Inhalt des Schreibens schriftlich zu bestätigen.⁹⁶

Wird aber die geforderte Bestätigung erklärt, unterstreicht dies den Charakter des Bestätigungsschreibens.⁹⁷ Werden dagegen nur einzelne Konditionen bestätigt, handelt es sich bei der Annahmeerklärung um die Ablehnung des ursprünglichen Angebots, verbunden mit einem neuen Angebot (§ 150 Abs. 2 BGB).⁹⁸

VI. Fazit

Mit kaufmännischen Bestätigungsschreiben lässt sich die Beweislage im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten und kaufmannsähnliche Personen, bis zu einem gewissen Grad aber auch für Privatpersonen einseitig erheblich verbessern, soweit ihnen nicht unverzüglich widersprochen wurde. Als Privaturkunden nehmen sie an der Beweiskraft i. S. v. § 416 ZPO teil und unterliegen im Übrigen der freien Beweiswürdigung. Bei geschickter inhaltlicher Ausgestaltung lassen sich mit ihnen vollstreckbare Titel im Urkundenprozess erwirken. Falls in gerichtlichen Verfahren für die Beweisführung das Original des Schreibens vorzulegen ist, gewährt das Prozessrecht der beweisbelasteten Partei Möglichkeiten, wie ihrer Beweisnot beizukommen ist. Materiellrechtlich können diese Schreiben konstitutive Wirkung haben, sofern

sie keine bewusst falschen Erklärung oder bei Erklärungen enthalten, die so weit vom wirklichen Verhandlungsergebnis entfernt sind, dass der Absender nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vernünftigerweise nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann. Ihr Inhalt wird für die Vertragsparteien also u. U. selbst dann bindend, wenn er von den tatsächlichen mündlichen Vereinbarungen abweicht. Prozessual kann sich selbst ihr Aussteller auf den Grundsatz der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde mit der Wirkung einer Beweislastumkehr berufen, an deren Gegenbeweis erhöhte Anforderungen zu stellen sind.

Dr. Harald Kollrus, Dipl.-Bankbetriebsw., ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht mit Rechtsanwaltskanzlei in Dießen am Ammersee. Er berät nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des Wirtschafts- und Vertragsrechts. Zu den Schwerpunkten seiner Tätigkeiten gehören die Gründung und Sanierung deutscher Kreditinstitute. Er ist daneben Geschäftsführender Direktor des Instituts für Recht, Steuern und Betrieb GmbH, München, Interim-Manager und Unternehmensberater mit Fokussierung auf Unternehmensfinanzierung. Zuvor war er Marktfolgevorstand einer Handelsbank.



- 90 BGH, 24.10.2006 – X ZR 124/03, NJW-RR 2007, 325, 327, WM 2007, 303, Ls 1 u. Rn. 27; OLG Oldenburg, 18.7.2006 – 12 U 18/06, BauR 2007, 1742, Ls 2 u. Rn. 27; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 50; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 27.
- 91 OLG Düsseldorf, 15.11.1990 – 10 U 68/90 (Fn. 20), Ls 5, Rn. 39.
- 92 BGH, 17.9.2009 – IX ZB 81/09, IPRspr 2009, Nr. 310, 797, Rn. 5; BGH, 24.10.2006 – X ZR 124/03 (Fn. 90); *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 14; *Mathys* (Fn. 9), S. 11 f.; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 14, 20; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 27.
- 93 OLG Frankfurt, 22.12.2011 – 10 U 78/06 (Fn. 18), Rn. 28; *Armbrüster*, in: *Erman* (Fn. 14), Rn. 15; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 15; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 40; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (Fn. 9), Rn. 27.
- 94 *Eckert*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 10), § 146 Rn. 14.
- 95 OLG Karlsruhe, 7.10.2010 – 4 U 29/09 (Fn. 9), Rn. 50, 55; *Niebling*, MDR 2011, 1399; *Eichele*, in: *Hk-ZPO*, ZPO (Fn. 37), § 592 Rn. 5.
- 96 *Bögers* (Fn. 47).
- 97 OLG Hamm, 22.3.1994 – 7 U 133/93 (Fn. 9), Rn. 6.
- 98 OLG Brandenburg, 5.6.2007 – 6 U 118/06 (Fn. 68), Ls u. Rn. 39; *Busche*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 9), Rn. 15; *Schmidt*, in: *MünchKommHGB* (Fn. 9), Rn. 150; *Oetker* (Fn. 10), Rn. 40.

BGH: Zur Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen bei einem konkludent geschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrag

BGH, Urteil vom 15.1.2014 – VIII ZR 111/13

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2014-385-1](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Auch Allgemeine Geschäftsbedingungen von Fernwärmeunternehmen werden nur aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehungsvereinbarung Inhalt eines Vertrages über die Versorgung mit Fernwärme.

2. § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV ist auf Verträge über die Versorgung mit Fernwärme, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen sind, nicht anwendbar.

AVBFernwärmeV § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2, 3, § 32 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem Fernwärmelieferungsvertrag. Die Beklagte ist Eigentümerin eines Grundstücks in C. Die Mieterin dieses Grundstücks kündigte den zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Vertrag über die Lieferung von Fernwärme im Hinblick auf die Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.7.2008. In der Zeit danach – vor dem 15.9.2008 – entnahm die Beklagte Fernwärme für ihr Grundstück.

Mit einem als „Vertragsbestätigung“ bezeichneten Schreiben vom 15.9.2008 begrüßte die Klägerin die Beklagte als ihre neue Kundin, mit der ein Vertrag nach § 2 der AVBFernwärmeV zustande gekommen sei; gleichzeitig verlangte sie Abschlagszahlungen. Mit weiterem Schreiben vom 19.9.2008 übersandte die Klägerin der Beklagten den Entwurf eines