

27

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 346 Ea

Die Grundsätze über die Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gelten auch dann, wenn ein Rechtsanwalt als Verwalter des Nachlasses eines Kaufmanns einem anderen Kaufmann gegenüber eine Absprache bestätigt, die er mit diesem zur Abwicklung eines von dem Erblasser geschlossenen Rechtsgeschäfts getroffen hat.

4. März

BGH, Urt. v. ~~9. Januar~~ 1976 - IV ZR 59/74 - OLG Celle
LG Stade

21

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 59/74

Verkündet am
4. März 1976
Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Uwe A. M [REDACTED] als Nachlaß-
verwalter des Kaufmanns Heinz W [REDACTED], H [REDACTED],
W [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED]-Massivbau, J. S [REDACTED] & Söhne,
vertreten durch den Kaufmann J. S [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1976 durch die Richter Professor Johannsen, Dr. Bukow, Dr. Buchholz, Knüfer und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 8. Februar 1974 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger macht als Nachlaßverwalter im Wege der Stufenklage angebliche Provisionsforderungen des Kaufmanns und Maklers Heinz W. aus H. - H. (Erblasser) geltend.

Der Erblasser und die Beklagte planten etwa seit 1968 die Durchführung von Großbauvorhaben im Raume von H. mit einer Vielzahl von Typenhäusern. Für seine Verkaufstätigkeit sollte der Erblasser 6 % Provision erhalten. Damals war die Möglichkeit, daß der Plan scheitern könnte und statt einer großen Anzahl von Häusern



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

im Rahmen von Großbauvorhaben nur Einzelbauten verkauft würden, weder bedacht noch erörtert worden. Die Großbauvorhaben wurden nicht verwirklicht, weil der Erblasser am 11. November 1969 verstarb.

In den Jahren 1969/1970 wurde die noch vom Erblasser vermittelte Errichtung einiger Block-Massiv-Häuser als Einzelbauvorhaben durchgeführt; nach der Behauptung des Klägers waren es insgesamt 20, nach der Behauptung der Beklagten lediglich 6 Einzelobjekte (u.a. das Bauvorhaben Dachner in Maschen).

Die Parteien streiten, ob und in welcher Höhe eine Provision für die vermittelten Einzelaufträge zu zahlen ist. Der Kläger hat behauptet, der Erblasser habe mit der Beklagten ausdrücklich vereinbart, daß er für die von ihm vermittelten Einzelvorhaben ebenso wie für die Aufträge im Rahmen von Großbauvorhaben 6 % der Bausumme als Provision erhalten sollte. Diese Provision sei in den Kaufpreis für die vermittelten Objekte mit einkalkuliert worden.

Die Beklagte bestreitet dieses und behauptet, sie habe einen entsprechenden Vorschlag des Erblassers zunächst schlechthin abgelehnt und sich erst auf dessen wiederholte Bitten einverstanden erklärt, ihm diese Provision zu zahlen, wenn die benachbarten Großbauvorhaben durchgeführt würden. Die Einzelvorhaben hätten keinen hinreichenden Gewinn für eine solche Provision abgeworfen.

Nach dem Tode des Erblassers bemühte sich der Zeuge Krause zunächst im Auftrage der Witwe und dann im Auftrage des Nachlaßverwalters um eine Abrechnung

der Provisionen für die Einzelvorhaben mit der Beklagten. Diese erteilte dem Zeugen K. unter dem 12. Januar 1970 eine Abrechnung für das Bauvorhaben D. in M., die eine Provision in Höhe von 6 % (3.613,40 DM) ergab, und zahlte dem Zeugen diesen Betrag aus. Im Juli 1971 kam es wegen der weiteren Provisionen zu einer Verhandlung zwischen dem Zeugen K. und dem bei der Beklagten für die Bauabrechnungen zuständigen Zeugen S.. Diese Unterredung bestätigte der Zeuge K. mit Schreiben vom 22. Juli 1971. Diesem Schreiben trat die Beklagte erst mit Schriftsatz ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 3. Dezember 1971 entgegen.

Der Kläger hat u.a. beantragt, die Beklagte zu verurteilen, Auskunft darüber zu geben, welche Provisionsansprüche aus den sechs Einzelbauvorhaben dem Erblasser zustehen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und die Provisionszahlung für das Bauvorhaben D. damit erklärt, daß sie der Witwe des Erblassers, die in finanziellen Schwierigkeiten gewesen sei, habe helfen wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszuge hat der Kläger den Auskunftsanspruch auf alle 20 Einzelobjekte erstreckt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger die Berufungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil es sich außerstande gesehen hat, festzustellen, ob die Provisionsvereinbarung zwischen dem Erblasser und der Beklagten dahin gegangen sei, daß ersterer für die von ihm vermittelten Einzelvorhaben ebenso wie für Aufträge im Rahmen von Großbauvorhaben 6 % der Bausumme als Provision habe erhalten sollen, oder ob der Erblasser und die Beklagte übereingekommen seien, daß für die keinen hinreichenden Gewinn abwerfenden Einzelvorhaben nur dann eine Provision habe gezahlt werden sollen, wenn die benachbarten Großbauvorhaben zur Durchführung gekommen seien.

Das Berufungsgericht hat auch geprüft, ob eine ergänzende Vertragsauslegung zu einem Provisionsanspruch des Erblassers führen könnte. Es hat diese Frage verneint, weil es von der Behauptung der Beklagten ausgegangen ist. Danach sollten für die Einzelvorhaben eine Provision nur gezahlt werden, wenn es zur Durchführung der Großbauvorhaben kommen würde, weil sich nur dann eine Provision für die Einzelvorhaben habe erübrigen lassen.

Diese Erwägungen sind rechtsirrig.

I. Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend geprüft, ob auf das Schreiben des Zeugen K. an die Beklagte vom 22. Juli 1971 (Bl. 90 GA) die Grundsätze über die Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens anzuwenden sind. Zwar gelten diese Rechtssätze im allgemeinen nur im Verkehr zwischen Kaufleuten. Die Pflicht,

einem Schreiben, das den Inhalt vorausgegangener Vertragsverhandlungen bestätigt, zu widersprechen, kann jedoch für einen Kaufmann auch dann bestehen, wenn der Absender zwar nicht Kaufmann ist, aber ähnlich wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt oder vom Kaufmann angebahnte Geschäfte für diesen abwickelt. Das erstere hat der Bundesgerichtshof für den Fall entschieden, daß ein Makler, der nicht mit einer Firma im Handelsregister eingetragen war, einem Kaufmann den Inhalt vorangegangener Verhandlungen bestätigte (BGHZ 40, 42). Dasselbe muß gelten, wenn ein Rechtsanwalt als Verwalter des Nachlasses eines Kaufmanns die von diesem angebahnten Geschäfte abwickelt und im Zusammenhang damit dem Geschäftspartner des Erblassers, der Kaufmann ist, von ihm geführte Vertragsverhandlungen bestätigt. Er kann dann erwarten, daß ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird. Das gilt auch dann, wenn der Nachlassverwalter die Verhandlungen durch einen Vertreter führen läßt und dieser sie als solche bestätigt.

Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob durch das Schreiben des Zeugen K. vom 22. Juli 1971 für die Beklagte erkennbar eine vorangegangene Verhandlung bestätigt wurde, die dieser Zeuge mit dem Zeugen S., dem Vertreter der Beklagten, geführt hatte und nach der die Beklagte sich ausweislich des Inhalts dieses Schreibens verpflichtet oder anerkannt hatte, für die Tätigkeit des Erblassers bei der Vermittlung der Einzelaufträge die verlangte Provision zu zahlen. - Dafür, daß eine solche Absprache getroffen ist, spricht, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, die Tatsache, daß die Beklagte auf Drängen des Zeugen K. für das Objekt D. in M. gemäß ihrer Abrechnung vom

12. Januar 1970 in der Tat eine Provision in Höhe von 6 % gezahlt hat. - Wenn das Schreiben des Zeugen K [REDACTED] vom 22. Juli 1971 in dem vorgenannten Sinne auszulegen ist, dann wird zu prüfen sein, ob die Beklagte diesen Inhalt der bestätigten Abrede gegen sich gelten lassen muß, weil sie dem Schreiben nicht unverzüglich widersprochen hat. Sie kann sich nicht darauf berufen, daß der Absender des Schreibens selbst nicht Kaufmann ist.

II. Sollte sich der geltend gemachte Anspruch nicht aus dem Schweigen der Beklagten auf das Schreiben des Zeugen K [REDACTED] vom 22. Juli 1971 herleiten lassen, dann enthält nach den bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen der vom Erblasser mit der Beklagten geschlossene Vertrag eine Lücke. Da sie nicht durch eine nachträgliche Vereinbarung der Beteiligten geschlossen worden ist, muß geprüft werden, ob dies durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschehen kann. Das hat das Berufungsgericht auch getan. Jedoch hat es auch insoweit den Sachverhalt nicht vollständig beachtet.

Nach dem unstreitigen Parteivortrag planten der Erblasser und die Beklagte ursprünglich ein Großbauvorhaben durch Errichtung von Typenhäusern im Raume von H [REDACTED]. Die in diesem Zusammenhang errichteten Typenhäuser sollte der Erblasser verkaufen und dafür eine Provision in Höhe von 6 % des Kaufpreises von der Beklagten erhalten.

Entgegen dieser Planung wurden verschiedene Block-Massiv-Häuser als Einzelbauvorhaben errichtet. Mindestens sechs dieser Häuser sind durch Vermittlung des

Erblassers verkauft worden. Die Parteien behaupten, der Erblasser habe mit der Beklagten eine Absprache über die hierfür zu entrichtende Provision getroffen. Streitig ist der Inhalt dieser Abrede. Nach der Behauptung des Klägers ging sie dahin, daß dem Erblasser auch für die von ihm vermittelten Einzelvorhaben ebenso wie für die Aufträge im Rahmen der Großbauvorhaben 6 % der Bausumme als Provision gezahlt werden sollte. Nach der Behauptung der Beklagten dagegen sollte diese Abrede nur für den Fall gelten, daß auch die Großbauvorhaben durchgeführt würden.

Wesentlich ist, daß diese Abrede bereits zu Lebzeiten des Erblassers getroffen wurde. Nach dem bisherigen Verhandlungsergebnis muß angenommen werden, daß die Beteiligten damals davon ausgingen, daß das Großbauvorhaben verwirklicht würde, daß also der Erblasser aller Voraussicht nach eine Provision auch für die von ihm vermittelten Einzelvorhaben erhalten würde. Die Großbauvorhaben wurden aber unstreitig nicht durchgeführt, weil der Erblasser verstarb. Diese Entwicklung war von den Beteiligten nicht bedacht worden. Die Vereinbarung über die Zahlung der Provision für die Einzelvorhaben enthielt daher, auch wenn die Behauptung der Beklagten zugrunde gelegt wird, wie es das Berufungsgericht getan hat, eine Lücke. Diese muß durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden. Das Berufungsgericht muß feststellen, wie die Beteiligten die Provisionspflicht für die Vermittlung der Einzelaufträge für den Fall geregelt hätten, daß es infolge des Todes des Erblassers nicht dazu kommen würde, die Großbauvorhaben durchzuführen. Dafür kann es möglicherweise darauf ankommen, wie es überhaupt dazu kam, daß Einzelaufträge übernommen wurden, welches Interesse die Beklagte an der

Abwicklung dieser Aufträge hatte, und insbesondere, ob diese für sie auch dann nicht ohne Wert waren, wenn das Großbauvorhaben später in der geplanten Weise wegen des Todes des Erblassers nicht durchgeführt werden konnte.

Johannsen

Dr. Bukow

Dr. Buchholz ist
beurlaubt und da-
durch verhindert
zu unterschreiben

Johannsen

Knüfer

Dehner