

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

13

HGB § 346 D; BGB § 166 Abs.1

- a) Die Grundsätze über die Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben gelten auch dann, wenn der Bestätigende nicht Kaufmann ist, aber ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und erwarten kann, daß der Empfänger ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfährt.
- b) Werden Vereinbarungen, die ein Vertreter getroffen hat, von dem Vertretenen bestätigt, so ist für die Frage, ob die bindende Wirkung eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens entfällt, weil wegen der Abweichung seines Inhalts von dem Verhandelten der Bestätigende mit einem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen kann, die Kenntnis des Vertreters dem Bestätigenden zuzurechnen.

BGH, Urt. v. 26. Juni 1963 - VIII ZR 61/62 - OLG München
LG München

Verkündet am 26. Juni 1963
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Maklerin Edith U [REDACTED] in [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Inhaber des Unternehmens Immobilien und Grundbesitz-
verwertung Georg H [REDACTED] in [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter
Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 14. Dezember 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Inhaberin eines Maklerbüros mit einer im Handelsregister eingetragenen Firma. Sie erhielt von den Eheleuten B. den Alleinauftrag, den Verkauf eines Grundstücks zu vermitteln. Hierfür hatten ihr die Eheleute B. eine Provision von 3 % des Kaufpreises und eine zusätzliche Sonderprovision von 10 000 DM zugesagt. Die Beklagte zog den Güterdirektor O. als Untermakler hinzu. Über diesen erfuhr der Kläger, der Grundstücksmakler ist, aber im Handelsregister nicht eingetragen ist, von den Verkaufsabsichten der Eheleute B. O. händigte dem Kläger einen Grundstücksplan aus und unterrichtete die Beklagte von seiner Unterredung mit dem Kläger. In der Folgezeit traten der Sohn des Klägers Konrad H. und der Bauingenieur M. in unmittelbare Verbindung zu den Eheleuten B.

Am 17. Juli 1959 fanden im Büro der Beklagten zwischen den Eheleuten B. und der Firma Ba. GmbH Verkaufsverhandlungen statt. Ob und wieweit diese Verhandlungen auf die Tätigkeit des Klägers und seines Sohnes zustande gekommen sind, ist zwischen den Parteien streitig. Der Sohn des Klägers und M., die von den Verhandlungen im Büro der Beklagten erfahren hatten, erschienen unaufgefordert ebenfalls dort. Der Sohn des Klägers stellte die Beklagte wegen der Provisionsforderung zur Rede. Darauf kam es zu einer erregten Auseinandersetzung, deren Inhalt streitig ist.

Noch am 17. Juli 1959 übersandte der Kläger der Beklagten ein Schreiben folgenden Inhalts:

"Ordnungshalber bestätige ich die mit meinem Sohn und Herrn Arch. M. am 17.7.59 getroffene Provisionsvereinbarung über das zum Verkauf stehende Grundstück... der Eheleute B. in ... an die Ba. G.m.b.H. ...



Das im gegenseitigen Einverständnis festgelegte Provisionsverhältnis - 3 % vom Verkäufer und 2 % vom Käufer = 5 % - wird mit Ihnen 50 : 50 % geteilt. Die von Ihnen von den Eheleuten B. zu- gesicherte Sonderprovision in Höhe von DM 10 000 wird lt. früherer telefonischer Vereinbarung mit meinem Sohn ebenfalls 50 : 50 % geteilt.

Außerdem möchte ich Sie vorsorglich darauf hinwei- sen, daß falls die Ba. G.m.b.H. das Gesamt- grundstück von ca. 160 000 qm in Teilabschnitten zu erwerben beabsichtigt, der dabei jeweils fällig werdende Provisionsbetrag (Käufer 2 % und Verkäu- fer 3 %) 50 : 50 % zwischen Ihnen und mir aufge- teilt wird."

Die Beklagte beantwortete dieses Schreiben nicht.

Am 15. September 1959 wurde zwischen den Eheleuten B. und der Firma Ba. GmbH ein notarieller als "Kaufvorvertrag" bezeichneter Vertrag abgeschlossen. Die Firma Ba. GmbH verpflichtete sich, 2 % des Kauf- preises als Provision an die Beklagte zu zahlen.

Mit der Klage verlangt der Kläger die Hälfte der Provisionen, die die Firma Ba. GmbH und die Ehe- leute B., diese einschließlich Sonderprovision, ge- zahlt haben. Im Berufungsrechtszuge hat er Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von insgesamt 37 500 DM nebst Zinsen begehrt.

Das Landgericht und das Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision begehrt die Beklag- te die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Beklagte dem Kläger, weil sie auf das Bestätigungsschreiben vom 17. Juli 1959 geschwiegen habe, nach dessen Inhalt verpflichtet sei. Es geht von dem in Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Grundsatz aus, daß im kaufmännischen Geschäftsverkehr der Empfänger eines sogenannten Bestätigungsschreibens dieses sofort prüfen und ihm widersprechen muß, sofern er den Inhalt nicht billigen will. Schweigen ist danach als Zustimmung zu werten, und zwar in der Regel auch, wenn das Bestätigungsschreiben Abweichungen von den mündlich getroffenen Abmachungen enthält. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte hätte, wenn sie das Schreiben vom 17. Juli 1959 nicht gelten lassen wollte, widersprechen müssen, weil sie Kauffrau nach § 2 HGB sei und der Kläger als Grundstücksmakler mit den Gebräuchen des Geschäftsverkehrs vertraut sei und einen Betrieb führe, der am Verkehrsleben teilnehme.

Diesen Ausgangspunkt greift die Revision ohne Erfolg an. Sie glaubt, die Pflicht auf ein Bestätigungsschreiben zu antworten, um den Folgen des Schweigens zu entgehen, bestehe nur im kaufmännischen Geschäftsverkehr, also unter Kaufleuten. Daher brauche ein Kaufmann, der von einem Nichtkaufmann ein Bestätigungsschreiben erhalten habe, nicht zu antworten. Die Revision erkennt indes, daß entscheidend ist, ob der Empfänger auf Grund der nach Treu und Glauben zu beurteilenden kaufmännischen Auffassung der Erklärung des Absenders, ein Vertrag mit bestimmten Inhalt sei zustande gekommen, entgeggetreten muß. Eine solche Verpflichtung zum Widerspruch kann für

einen Kaufmann nicht nur begründet sein, wenn er das Bestätigungsschreiben eines Kaufmanns erhält, sondern auch dann, wenn der Absender zwar nicht Kaufmann ist, aber ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und erwarten kann, daß ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird (Krause, Schweigen im Rechtsverkehr S.130; vgl. auch BGH Urt. v. 27. Juni 1955 - II ZR 62/54 - WM 1955,1285). Daß diese Voraussetzungen hier gegeben sind, hat das Berufungsgericht einwandfrei festgestellt.

II. Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Inhalt des Bestätigungsschreibens weiche nicht so wesentlich von dem in der Unterredung vom 17. Juli 1959 "Abgesprochenen" ab, daß der Kläger selbst als Bestätigender nicht mit einem Einverständnis der Beklagten rechnen konnte. Es stehe jedenfalls nicht fest, daß der Kläger bei Absendung des Bestätigungsschreibens eine Abweichung des Inhalts des Schreibens von dem Ergebnis der Unterredung der Beklagten mit seinem Sohn so klar erkannt habe, daß er selbst mit einem Einverständnis nicht rechnen konnte. Gegen diese Auffassung bestehen rechtliche Bedenken.

1. Nach übereinstimmender Ansicht von Rechtsprechung und Schrifttum treten, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, die regelmäßigen Folgen widerspruchslloser Hinnahme eines Bestätigungsschreibens nicht ein, wenn der Inhalt des Bestätigungsschreibens von dem Inhalt der Besprechungen so weit abweicht, daß der Absender vernünftigerweise nicht mit einem Einverständnis des Empfängers rechnen kann (BGHZ 7,189,190). Das Berufungsgericht stellt die Entscheidung, ob wegen einer Abweichung des Bestätigungsschreibens von dem Inhalt der Besprechung vom 17. Juli 1959 mit einem Einverständnis des Beklagten gerechnet werden konnte, allein auf die Person des

Klägers selbst ab. Der Kläger war aber nicht Partner der Besprechung. Er war bei der Besprechung nicht einmal zugegen und weiß von dem Inhalt der Besprechung aus eigener Kenntnis nichts. Er nimmt den Beklagten in Anspruch, weil sein Sohn als sein Vertreter mit Vertretungsmacht einen Vertrag über Teilung der Maklerprovisionen mit der Beklagten geschlossen habe. "Vertragsschließender" und Bestätigender fallen also auseinander. Bei einer solchen Gestaltung erhebt sich die Frage, ob die bindende Wirkung eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens auch dann entfällt, wenn der Bestätigende, hätte er von dem Verlauf der Verhandlungen das gewußt, was sein Vertreter weiß, nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen konnte, ob also dem Vertretenen insoweit die Kenntnis seines Vertreters zuzurechnen ist. Der Senat ist der Auffassung, daß sich der Vertretene die Kenntnis des Vertreters zurechnen lassen muß.

a) Der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Grundsatz, daß Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Zustimmung zu der bestätigten Vertragsfassung gilt, beruht auf der Übung des redlichen Geschäftsverkehrs. Dieser Grundsatz findet deshalb keine Anwendung, wenn der absendende Teil dadurch gegen Treu und Glauben verstößt, daß er dem Bestätigungsschreiben einen so unrichtigen Inhalt gibt, daß er mit einem Einverständnis des Gegners nicht rechnen kann (BGHZ 7,189,190; BGH Urt. v. 23. Juni 1955 - II ZR 248/54 - WM 1955,1284). Von einem redlichen Geschäftsgebaren kann aber auch dann nicht gesprochen werden, wenn ein mit der Führung der Verhandlungen beauftragter Vertreter dem Geschäftsherrn über den Ablauf der Verhandlungen eine in der genannten Weise unrichtige Darstellung gegeben hat, der Geschäfts-

horr diese Darstellung seinem Bestätigungsschreiben zugrundelegt und, nachdem der Empfänger des Schreibens geschwiegen hat, die Rechtswirkungen eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens für sich in Anspruch nehmen will, mag er selbst auch bei der Abfassung und Absendung des Bestätigungsschreibens gutgläubig gewesen sein. Die Unredlichkeit des Vertreters liegt im Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertragsgegner im Gefahrenbereich des Vertretenen. Im bürgerlichen Recht gilt der Grundsatz, daß, "wer sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient, und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile daraus in Kauf nehmen muß und sich nicht der eigenen sauberen Hände rühmen darf, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben" (Raiser JZ 1961, 26,27). Eine Stütze für diese Auffassung bildet die Vorschrift des § 166 Abs.1 BGB. Danach kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt worden, die Person des Vertreters in Betracht. Der Vertretene muß also das Rechtsgeschäft so hinnehmen, als habe er selbst die Kenntnis gehabt. Die Vorschrift bezieht sich unmittelbar zwar nur auf die Kenntnis des Vertreters bei Abgabe seiner Willenserklärung. Die Bestätigung ist dagegen eine Erklärung des Vertretenen und folgt der Willenserklärung des Vertreters nach. Das steht einer sinngemäßen Anwendung der Vorschrift des § 166 Abs.1 BGB auf Fälle der hier erörterten Art aber nicht entgegen. Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben läßt nicht etwa erst auf Grund einer mit dem Bestätigungsschreiben abgegebenen Erklärung des Vertretenen einen neuen Vertrag entstehen. Es wird vielmehr nur fingiert, daß die von dem Vertreter und dem Gegner ab-

gegebenen Willenserklärungen einen Vertrag des Inhalts begründet haben, wie er im Bestätigungsschreiben niedergelegt worden ist. Mit diesem Inhalt gilt ein Vertrag zwischen dem Vertreter und dem anderen Teil aber dann nicht als geschlossen, wenn die bestätigende Partei weiß, daß das Bestätigte von dem Verhandelten so abweicht, daß sie mit einer Billigung nicht rechnen kann. Das ist fraglos der Fall, wenn der Vertreter selbst mit Vollmacht des Vertretenen die von ihm angeblich geschlossene Vereinbarung bestätigt. Dann kommt es für die Frage, ob die widerspruchslose Entgegennahme den Vertragsgegner bindet, auf sein eigenes Wissen an (BGH Urt. v. 23. Juni 1955 - II ZR 248/54 - WM 1955, 1284). Aber auch für den Fall, daß der Vertreter zwar nicht selbst bestätigt, jedoch durch falsche Unterrichtung des Vertretenen bewirkt, daß der Vertretene einen Vertrag als geschlossen bestätigt, der tatsächlich nicht oder nicht mit diesem Inhalt vereinbart war, liegt eine Gestaltung vor, die dem in § 166 Abs.1 BGB geregelten Sachverhalt entspricht. Der "gute Glaube" des bestätigenden Vertragsteiles ist eine Voraussetzung dafür, daß der vom Vertreter angeblich geschlossene Vertrag als zustande gekommen gilt. Die rechtlichen Folgen der vom Vertreter abgegebenen Willenserklärung hängen also davon ab, ob der Gegner des Schweigenden gewisse Umstände kennt oder nicht kennt. Nach dem Grundgedanken des § 166 Abs.1 BGB ist es dabei gerechtfertigt, eine Kenntnis des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen.

Daß diese Auffassung ein praktisches Bedürfnis befriedigt und zu einem sinnvollen Ergebnis führt, zeigt gerade der hier zu beurteilende Fall. Nach der Bokundung des Zeugen M., die das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang als zutreffend zugrundelegt, hat

der Sohn des Klägers in Gegenwart seines Vaters das Bestätigungsschreiben vom 17. Juli 1959 verfaßt. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein bösgläubiger Vertreter selbst in Vollmacht des eigentlichen Geschäftsherrn die angeblichen Vereinbarungen bestätigt oder ob er auf Grund unrichtiger Mitteilung den gutgläubigen Geschäftsherrn zur Bestätigung eines nicht zustande gekommenen Vertrages veranlaßt. Die Meinung, es komme auch bei Kenntnis des Vertreters, daß ein Vertrag nicht so geschlossen ist, wie er dem Vertretenen dargestellt wird, allein auf die Kenntnis des Bestätigenden an, müßte zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß der Gegner an vom Vertreter erteilte Aufträge gebunden wäre, wenn nur der gutgläubige Vertretene sie bestätigt und der Empfänger des Bestätigungsschreibens daraufhin schweigt. Das Reichsgericht hat zwar im Urteil RGZ 129,347,349 beiläufig ausgesprochen, wenn der Bestätigende das Bestätigungsschreiben in gutem Glauben, daß es den Inhalt der von seinem Reisenden getroffenen Abrede richtig wiedergebe, abgesandt habe, so nehme der Umstand, daß ihm von dem Reisenden eine unter arglistiger Täuschung zustande gekommene Bestellung übermittelt worden sei, der widerspruchslosen Hinnahme des Bestätigungsschreibens nicht die rechtserzeugende Wirkung. Der von dem Reichsgericht behandelte Fall hatte aber einen anderen Sachverhalt als der vorliegende zum Gegenstand. Dort entsprach das Bestätigungsschreiben tatsächlich dem Wortlaut der getroffenen Abrede. Die Abrede selbst war nach Behauptung des dortigen Beklagten allerdings durch arglistige Täuschung zustande gekommen. Wegen der äußerlichen Übereinstimmung des Bestätigungsschreibens mit der Bestellung hatte der Beklagte dem Bestätigungsschreiben nicht widersprochen. Sein Schweigen war der

Ausdruck des Einverständnisses, während im vorliegenden Fall die Beklagte nicht widersprochen haben will, weil der Inhalt des Bestätigungsschreibens in dem Gespräch von 17. Juli 1959 überhaupt keine Grundlage gehabt habe.

Die Auffassung, es komme allein auf das Wissen des Bestätigenden selbst an, läßt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben begründe für den Bestätigenden einen besonderen Vertrauenstatbestand. Die Rechtswirkungen, die durch das Schweigen ausgelöst werden, beruhen allerdings darauf, daß der Empfänger des Bestätigungsschreibens nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs für verpflichtet gehalten wird, dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zu widersprechen, wenn es nicht als genehmigt angesehen werden soll (BGHZ 20,149,153f). Darauf, daß der Empfänger, wenn er den Inhalt nicht gelten lassen will, widerspricht, kann der Bestätigende aber nur vertrauen, wenn der Inhalt von dem Verhandelten nicht so weit abweicht, daß er ein Einverständnis nicht erwarten kann; andernfalls entfällt der Vertrauensschutz. Hat der Vertreter eine so weitgehende Abweichung des Inhalts des Bestätigungsschreibens herbeigeführt, so kann ein Vertrauensschutz für den Bestätigenden ebenfalls nicht eingreifen. Der Grundsatz, daß der Bestätigende auf ein Einverständnis des Empfängers vertrauen darf, muß hinter dem Grundsatz zurücktreten, daß der Vertretene sich das Wissen und Handeln seines bevollmächtigten Vertreters entgegenhalten lassen muß. Das würde in ganz besonderem Maße im vorliegenden Fall gelten, wenn es sich, wie es den Anschein hat, bei der Teilung der Maklergebühren wirtschaftlich um ein Geschäft des Sohnes des Klägers handelte und der Kläger nur nach außen als der Berechtigte hervortreten sollte. Nach der Bekundung des Zeugen O., deren Richtigkeit der Kläger im Schriftsatz vom 14. März

1960 nicht bestritten hat, hat der Kläger selbst erklärt, daß er sich mit dem Maklergeschäft für die Eheleute Bender nicht befassen wolle. Das solle sein Sohn erledigen. Er möchte gern, daß sein Sohn auch ein Geschäft mache.

Für die Annahme, daß in Fällen der erörterten Art die Kenntnis des Vertretenen dem Bestätigenden zuzurechnen ist, spricht auch der Umstand, daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, das von dem Besprochenen weitgehend abweicht, nicht zu erkennen vermag, ob der Vertreter den Absender des Bestätigungsschreibens falsch unterrichtet hat oder nicht, ob also der dem Verhandelten widersprechende Inhalt auf ein treuwidriges Verhalten des Vertreters oder des Bestätigenden selbst zurückzuführen ist. Der in der mündlichen Verhandlung vertretene Ansicht des Klägers, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, ihn darauf hinzuweisen, daß sein Sohn ihm eine unrichtige Darstellung gegeben habe, kann schon aus diesem Grunde nicht gefolgt werden. Ob durch die zwischen dem Sohn des Klägers und der Beklagten geführten Verhandlungen überhaupt der Beklagten Sorgfaltspflichten gegenüber dem Kläger erwachsen konnten, bedarf keiner Entscheidung. Allenfalls könnte eine Schadensersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragverhandlungen begründet sein, wenn die Beklagte erkannt hätte, daß der Kläger in der Meinung, ein Vertrag sei zustande gekommen, Aufwendungen treffe. Der Kläger verlangt aber nicht Ersatz von Aufwendungen, die er etwa als Makler gemacht hat, sondern begehrt Maklerlohn. Ein Rechtsgrundsatz, daß nach Treu und Glauben ein Vertrag zustandekommt, wenn der Verhandlungsgegner mit der Möglichkeit rechnen muß, daß der Vertreter dem Vertretenen eine falsche Darstellung der Verhandlungen gegeben hat, und er gleichwohl auf ein die

Verhandlungen unrichtig wiedergebendes Bestätigungsschreiben des Vertretenen schweigt, besteht nicht. Nur für den Fall, daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens durch sein eigenes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen mit einem Vertreter berechtigten Anlaß zu der Annahme des Vertretenen gegeben hat, ein Vertrag sei zustande gekommen, hat der Bundesgerichtshof angenommen, der Empfänger des Schreibens müsse der Möglichkeit, daß der Vertretene mit einer Billigung seines Schreibens rechnet, auch dann entgegentreten, wenn dem Vertreter ein arglistiges Verhalten zur Last fällt (BGHZ 11,1,4). Ein solcher Sachverhalt ist im vorliegenden Fall unstreitig nicht gegeben. Die Beklagte hat nach der eigenen Darstellung des Klägers bei der am 17. Juli 1959 mit dem Sohn des Klägers geführten Verhandlung nichts getan, was den Kläger in den Glauben versetzen konnte, sein Sohn habe als sein Vertreter mit ihr einen Vertrag über die Teilung der Provision geschlossen.

b) Im übrigen hätte, unterstellt, daß die Darstellung der Beklagten über den Verlauf der Gespräche vom 17. Juli 1959 richtig ist, der Sohn des Klägers die Sorgfaltspflicht verletzt, die durch die Verhandlungen der Beklagten gegenüber begründet wurde. Er durfte nicht wahrheitswidrig dem Kläger einen Vertrag mit allen Einzelheiten als geschlossen angeben und die Beklagte dadurch zu binden suchen, daß er den gutgläubigen Kläger veranlaßte, der Beklagten ein unrichtiges Bestätigungsschreiben zu übersenden. Der Sohn des Klägers war bei den Verhandlungen mit der Beklagten nach der Darstellung des Klägers dessen Erfüllungsgehilfe. Für den durch schuldhaftes Verhalten des Sohnes herbeigeführten Schaden der Beklagten haftet der Kläger wegen Verschuldens bei Vertragsverhand-

lungen. Der Schadensersatzanspruch geht dann dahin, die Beklagte so zu stellen, als habe der Sohn des Klägers diesen über den Verlauf der angeblichen Verhandlungen zutreffend aufgeklärt. Der Kläger ist unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt gehindert, sich auf die Bindung durch das unwidersprochen gebliebene Bestätigungsschreiben zu berufen, weil die Beklagte als Schadensersatz ihre Befreiung von der durch ihr Schreiben begründeten Bindung beanspruchen kann.

2. Das Berufungsgericht hätte unter diesen Umständen prüfen müssen, ob der Inhalt des von dem Sohn des Klägers veranlaßten Bestätigungsschreibens der Wahrheit entsprach. War das nicht der Fall, so hätte es weiter prüfen müssen, ob das Bestätigungsschreiben von dem Inhalt der Verhandlung so weit abwich, daß der Kläger, wenn man ihm die Kenntnis seines Sohnes zurechnet, aus dem Schweigen der Beklagten nicht ein Einverständnis entnehmen konnte. Dabei kann es auch darauf ankommen, ob der Sohn des Klägers mit der Beklagten, wie diese behauptet, nur im eigenen Namen verhandelt hat und ob ihr deshalb mit dem Bestätigungsschreiben unerwartet eine neue Vertragspartei entgegentrat. Das Berufungsgericht hat in dieser Hinsicht keine Feststellungen getroffen. Seine Würdigung bezieht sich nur darauf, ob der Kläger selbst - offenbar auf Grund der Darstellung seines Sohnes und seiner Kenntnisse über frühere Geschehnisse - mit einem Einverständnis der Beklagten rechnen konnte. Das Berufungsgericht hat es deshalb ausdrücklich für unerheblich erklärt, welchen Inhalt und welches Ergebnis die zwischen der Beklagten und dem Sohn des Klägers geführte Unterredung gehabt habe und ob vor diesem Zeitpunkt zwischen der Beklagten und dem Sohn des Klägers ein Ferngespräch über die Sonderprovision stattgefunden

habe. Das Berufungsgericht hat aus diesem Grunde die von der Beklagten beantragte nochmalige Vernehmung der Zeugen des ersten Rechtszuges und deren Beeidigung und die Vernehmung des von der Beklagten für den Inhalt der Unterredung benannten Zeugen W., der noch nicht vernommen worden ist, abgelehnt. Das Berufungsurteil ist mithin aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Für die erneute mündliche Verhandlung sei darauf hingewiesen, daß für die Annahme einer rechtlichen Bindung durch Schweigen immerhin Vertragsverhandlungen stattgefunden haben müssen (Krause aaO S.15). Es erscheint fraglich, ob der Sohn des Klägers davon überzeugt sein konnte, ein Vertrag mit den im Bestätigungsschreiben aufgezählten Einzelheiten sei geschlossen, wenn, wie einige Zeugen bekundet haben, nichts weiter vorgelegen hat, als daß am Schluß einer erregten Auseinandersetzung zwischen der Beklagten und dem Sohn des Klägers, als dieser das Zimmer verlassen wollte, die Beklagte gesagt hat: "Beruhigen Sie sich doch, Sie bekommen ja Ihre Hälfte." Das Berufungsgericht wird, notfalls unter Vernehmung des von der Beklagten benannten Zeugen W., prüfen müssen, ob die Äußerung der Beklagten nicht erkennbar den Sinn hatte, der Sohn des Klägers erhalte seine Hälfte von O.. Die Beklagte hatte unstreitig von den Eheleuten B. den Alleinauftrag erhalten und hatte O. als Untermakler beauftragt. Erst O. hatte wiederum den Kläger zugezogen. Die Beklagte vertrat, wie der Sohn des Klägers wußte, den Standpunkt, sie schulde O. die halbe Provision und der Sohn des Klägers müsse sich wegen seiner Provisionsansprüche an O. halten. Daß die Beklagte, ohne sich mit O.

vorher zu verständigen, die halbe Provision dem Sohn des Klägers versprochen haben sollte, so daß sie, falls O. von ihr tatsächlich eine Hälfte der Provision zu beanspruchen hatte, leer ausgegangen wäre, ist nicht anzunehmen. O. selbst ist nach der Darstellung des Klägers vermögenslos. Die Durchsetzung eines Anspruchs gegen ihn ist daher zweifelhaft. Das Berufungsgericht wird unter diesen Umständen auch den wirtschaftlichen Zusammenhang erörtern und der Behauptung der Beklagten nachgehen müssen, der Sohn des Klägers habe sie in der Befürchtung, von O. keine Befriedigung zu erhalten, durch Übersendung des Bestätigungsschreibens zu überrumpeln versucht.

B.

I. Die Beklagte hat im zweiten Rechtszuge vorgetragen, ihr Anspruch auf Provision für die Vermittlung des Grundstücks der Eheleute B. und die versprochene Sonderprovision sei entfallen, und sie sei verpflichtet, die erhaltenen Provisionsbeträge zurückzuzahlen. Entgegen der von beiden Parteien im ersten Rechtszuge vertretenen Auffassung, zwischen den Eheleuten B. und der Ba. GmbH sei ein Kaufvertrag geschlossen worden, sei tatsächlich nur ein Kaufvorvertrag zustande gekommen. Der Abschluß eines Kaufvertrages werde nicht mehr stattfinden, weil die Ba. GmbH die versprochenen Leistungen nicht erbringen könne. Die nur für die Vermittlung eines Kaufvertrages vereinbarte Provision sei im Vertrauen darauf, daß es noch zum Abschluß eines Kaufvertrages kommen werde, gezahlt worden. Das Berufungsgericht hat

die Beklagte mit dieser Einwendung in erster Linie deshalb nicht gehört, weil sie im ersten Rechtszuge den Abschluß eines Kaufvertrages nicht bestritten habe und sie dieses Geständnis nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO habe widerrufen können. Daß diese Voraussetzungen vorlägen, habe sie nicht bewiesen.

II. Da das Berufungsurteil ohnehin aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, bedarf es keines Eingehens auf die Angriffe der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob die Beklagte Provisionsansprüche gegen ihre Auftraggeber erlangt hatte. Sollte das Berufungsgericht bei der erneuten mündlichen Verhandlung wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß es darauf ankomme, ob zwischen den Eheleuten B. und der Ba. GmbH ein Kaufvorvertrag oder ein Kaufvertrag geschlossen worden ist, so sei aber auf folgendes hingewiesen: Das Berufungsgericht irrt, wenn es meint, es liege ein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO vor, wenn die Beklagte lediglich das Vorbringen des Klägers, es sei ein Kaufvertrag geschlossen worden, nicht bestritten hat. Bloßes Nichtbestreiten genügt für die Annahme eines Geständnisses im Sinne des § 288 ZPO nicht. Unterbliebene Erklärungen über Tatsachen können nach § 531 ZPO in der Berufungsinstanz ohne die Einschränkung des § 290 ZPO nachgeholt werden (BGH Urt. v. 12. Februar 1963 - VI ZR 64/62 - FamRZ 1963, 243). Im übrigen rügt

die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht nicht zu erkennen gibt, welche Tatsache die Beklagte zugestanden haben soll. Der Kläger hat in der Klageschrift lediglich vorgetragen, mit einem am 15. September 1959 beurkundeten Vertrage hätten die Eheleute B. ihr Grundstück an die Ba. GmbH verkauft. Aus der von dem Zeugen B. zu den Akten eingereichten Ausfertigung ergibt sich, daß der Vertrag als Kaufvorvertrag bezeichnet ist und daß die Eheleute B. sich in ihm verpflichten, bestimmte Grundstücksteile an die Ba. GmbH zu verkaufen und aufzulassen. Bei der Wertung, ob ein Kaufvertrag oder ein Kaufvorvertrag vorliegt, handelt es sich im wesentlichen um eine Rechtsfrage, die für einen Laien schon deswegen nicht ohne weiteres zu entscheiden ist, weil hier in dem Kaufvertrage die Parteien als Käufer und Verkäufer bezeichnet worden sind, bestimmte Kaufbedingungen festgelegt sind und die Übergabe zu einem bestimmten Termin vereinbart worden ist. Zwar kann sich ein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO auch auf juristische Tatsachen erstrecken, doch muß es sich dann um ganz ge-

läufige, einfache Rechtsbegriffe handeln (Baumbach/Lauterbach ZPO 27. Aufl. § 238 Anm. 1; Einführung vor § 282 Anm. 4 C).

• Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Haidinger	Bundesrichter Artl ist erkrankt und kann deshalb nicht unterschreiben Dr. Haidinger 15.7.63	Dr. Mezger	Dr. Messner	Mormann
---------------	--	------------	-------------	---------