

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
-----

HGB § 346 D

Die widerspruchslose Hinnahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens gilt nur dann als Einverständnis des Empfängers, wenn das Bestätigungsschreiben im unmittelbaren Anschluß an die bestätigte Vertragsverhandlung abgesandt wird, so daß der Empfänger mit dessen Eintreffen rechnen muß.

Hat in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben der Bestätigende einen wesentlichen Teil der Verhandlungen bewußt falsch bestätigt, so daß der Empfänger nach Treu und Glauben insoweit nicht zum Widerspruch verpflichtet ist, so gilt ein Schweigen des Empfängers auch für den Teil des Bestätigungsschreibens nicht als Zustimmung, in dem ein weiterer, an Bedeutung zurücktretender Teil der Verhandlungen zutreffend bestätigt wird.

BGH, Urt.v. 3. Juli 1967 - VIII ZR 82/65 - OLG München  
LG München

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 82/65  
-----

## URTEIL

Verkündet am

3. Juli 1967  
Klett, Justiz-  
hauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Inhabers des Unternehmens Immobilien und Grundbe-  
sitzverwertung Georg H. in M., P.-He-  
Straße ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

die Maklerin Edith U. in M., Li-  
straße / ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. und Dr. -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1b-Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. Dezember 1964 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

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 zugesagt. Außerdem sollte die Beklagte im Zusammenhang mit diesem Geschäft eine Sonderprovision von 10 000 DM erhalten. Die Beklagte zog den Güterdirektor O. als Untermakler hinzu. Über diesen erfuhr der Kläger, der Grundstücksmakler, aber im Handelsregister nicht eingetragen ist, von den Verkaufsabsichten der Eheleute B. O. unterrichtete die Beklagte davon, daß er mit Käuferinteressenten ver-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

handle, er nannte dabei auch den Namen des Klägers, der angeblich diese Interessenten persönlich kennen sollte. In der Folgezeit traten der Sohn des Klägers Konrad H. und der von diesem eingeschaltete Bauingenieur Max Ma. 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. Der Sohn des Klägers und Ma., die von den Verhandlungen im Büro der Beklagten erfahren hatten, erschienen unaufgefordert ebenfalls dort. Der Sohn des Klägers stellte die Beklagte wegen der ihm angeblich gebührenden Provision 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 A. Ma. am 17.7.1959 getroffene Provisionsvereinbarung über das zum Verkauf stehende Grundstück ... der Eheleute B. in ... an die Ba. GmbH ...

Das im gegenseitigen Einverständnis festgelegte Provisionsverhältnis - 3 % vom Verkäufer und 2 % vom Käufer = 5 % wird mit Ihnen 50 : 50 geteilt.

Die Ihnen von den Eheleuten B. zugesicherte Sonderprovision in Höhe von DM 10 000,- wird lt. früherer telefonischen Vereinbarung mit meinem Sohn ebenfalls 50 : 50 geteilt.

Außerdem möchte ich Sie vorsorglich darauf hinweisen, daß falls die Ba. GmbH das Gesamtgrundstück von ca. 160 000 qm in Teilabschnitten zu erwerben beabsichtigt, der dabei jeweils fällig werdende Provisionsbetrag (Käufer 2 % und Verkäufer 3 %) 50 : 50 zwischen Ihnen und mir aufgeteilt wird ...".

Die Beklagte beantwortete dieses Schreiben nicht.

Am 15. September 1959 wurde zwischen den Eheleuten B[REDACTED] und der Firma Ba[REDACTED] GmbH ein notarieller Kaufvertrag abgeschlossen. Die Firma Ba[REDACTED] GmbH verpflichtete sich, 2 % des Kaufpreises als Provision an die Beklagte zu zahlen.

Die Beklagte hat von den Eheleuten B[REDACTED] 3 % des Kaufpreises als Verkäuferprovision sowie 10 000 DM Sonderprovision und nach Beendigung des ersten Rechtszuges von der Firma Ba[REDACTED] GmbH die Käuferprovision von 2 % erhalten.

Mit der Klage verlangt der Kläger die Hälfte dieser Provisionsbeträge einschließlich der Sonderprovision. Im zweiten Rechtszuge hat er daher Zahlung von insgesamt 37 500 DM nebst Zinsen begehrt.

Das Landgericht und das Berufungsgericht gaben der Klage statt. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil durch Urteil des erkennenden Senats vom 26. Juni 1963 (BGHZ 40, 42) aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Es hat nunmehr die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers, mit der er den Klageanspruch weiter verfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:  
-----

Die Revision ist nicht begründet.

A.

I. Die Revision erhebt zunächst die Verfahrensrüge, daß der Ib-Zivilsenat des Oberlandesgerichts München, der über die Berufung entschieden hat, im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, am 17. Dezember 1964, nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen sei. Diese Rüge ist nicht begründet.

II. 1. Die Revision kann einen Gesetzesverstoß nicht daraus herleiten, daß der ursprüngliche 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts, der mit fünf Beisitzern besetzt und dessen Zusammensetzung deshalb mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar gewesen war, durch Beschluß des Präsidiums mit Wirkung vom 1. August 1964 in die beiden Senate 1a und 1b aufgeteilt worden ist. Wie der Bundesgerichtshof (Urteile vom 15. März 1967 - I b ZR 160/64 - BGHWarn 1967 Nr. 67 - und vom 31. Mai 1967 - VIII ZR 14/65 -) bereits ausgeführt hat, stellt es keine Umgehung der aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und aus §§ 115, 162, 62 GVG sich ergebenden Grundsätze für die Besetzung von Kollegialgerichten dar, wenn ein nach diesen Grundsätzen überbesetzter Senat eines Oberlandesgerichts in zwei nicht mehr überbesetzte Senate aufgeteilt wird, von denen jeder eine eigene, von der des anderen Senats nach Sachgebieten getrennte geschäftsplanmäßige Zuständigkeit hat.

2. Eine Gesetzesverletzung liegt auch, wie in den genannten Urteilen ausgeführt wird, nicht darin, daß der bisherige Vorsitzende des überbesetzten Senats nunmehr zum Vorsitzenden der beiden aufgeteilten Senate bestellt worden ist. Durch verfahrensrechtliche Vorschriften wird die Bestellung eines Senatspräsidenten zum Vorsitzenden zweier Spruchkörper nicht ausgeschlossen.

Eine andere Beurteilung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Vorsitzende im vorliegenden Falle infolge seiner allgemeinen Arbeitsbelastung den Vorsitz im 1b-Zivilsenat tatsächlich nicht in dem Umfange geführt hätte, der die einem Vorsitzenden obliegende Beteiligung an der Rechtsprechung des Senats gewährleistet (vgl. BGHZ 9, 291; 28, 338; 37, 210). Der Vorsitzende des 1b-Zivilsenats hat aber dienstlich erklärt, er habe die sämtlichen ihm zufallenden Aufgaben wahrgenommen (sowohl in den Senats-sitzungen als auch bei den außerhalb der Sitzungen ergangenen Entscheidungen), auch wenn dies nur durch Arbeit in vielen Nachtstunden und an Sonn- und Feiertagen möglich gewesen sei. Mit dieser Erklärung ist dem Vorbringen der Revision, der Vorsitzende sei nicht in der Lage gewesen, in beiden Senaten in einer den Bestimmungen des Gesetzes entsprechenden Weise den Vorsitz zu führen, die Grundlage entzogen (ebenso BGH Urt.v. 20. März 1967 - VII ZR 296/64 - BGHWarn 1967 Nr. 78).

B.

I. Im Revisionsverfahren geht es nur noch darum, ob der Kläger, vertreten durch seinen Sohn, und die Beklagte ausdrücklich vereinbart haben, der Kläger solle die Hälfte der Provision erhalten, die die Eheleute B. und die Firma Ba. GmbH an die Beklagte zu zahlen

hatten. Soweit das Berufungsgericht feststellt, zwischen den Parteien sei ein Untermaklervertrag nicht geschlossen worden, und aus diesem Grunde die Klage abweist, greift die Revision das Berufungsurteil nicht an. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen in dieser Hinsicht auch einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe mit seinem Sohn, der ihn vertreten habe, die Vereinbarung getroffen, daß der Kläger die Hälfte der Provision der Beklagten erhalten solle. Diese Abrede sei nochmals bei den Erörterungen am 17. Juli 1959 vertraglich anerkannt worden. Die Klage stützt sich darauf, daß die Beklagte dem Schreiben des Klägers vom 17. Juli 1959, in dem die am selben Tage getroffenen Vereinbarungen bestätigt worden seien, nicht widersprochen habe. Daß die von den Eheleuten B. versprochene Sonderprovision zur Hälfte an den Kläger abgeführt werde, sei darüber hinaus, so trägt der Kläger vor, bei einem fernmündlichen Gespräch zwischen seinem Sohn und der Beklagten vereinbart worden. Der Inhalt dieses Gespräches ist nach Meinung des Klägers gleichfalls im Schreiben vom 17. Juli 1959 bestätigt worden.

Die Beklagte bestreitet, mit dem Sohn des Klägers Vereinbarungen getroffen zu haben. Sie ist der Ansicht, der Kläger oder der Sohn des Klägers könnten sich wegen ihrer Provisionsansprüche nur an O. halten, an den sie, die Beklagte, einen Teil der Provision abgeführt habe und der seinerseits den Kläger eingeschaltet habe.

## II.

1. Zu der vom Kläger behaupteten Vereinbarung vom 17. Juli 1959 führt das Berufungsgericht zunächst aus,

der Sohn des Klägers habe bei der Unterredung am 17. Juli 1959 weder gesagt noch zu erkennen gegeben, daß er für den Kläger handle oder handeln wolle. Der Beklagten sei in dem Bestätigungsschreiben eine neue Vertragspartei, und zwar nach Lage der Sache für sie gänzlich unvermittelt, entgegengetreten. Es fehle daher an der für das Wesen eines Bestätigungsschreibens wesentlichen Voraussetzung, daß es den Inhalt vorausgegangener zwischen den Parteien geführter mündlicher Verhandlungen wiedergebe. Damit entfalle die sich aus dem Schweigen der Beklagten ergebende rechtliche Folgerung, daß zu ihren Ungunsten der Inhalt des Bestätigungsschreibens als Inhalt eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages gelte.

Die Revision macht geltend, die Beklagte habe die Provisionsabrede mit demjenigen geschlossen, der Inhaber des Maklerunternehmens sei. Ihr sei auch bekannt gewesen, daß der Kläger Makler sei. Das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 139 ZPO den Kläger nicht zur Vorlage zweier Schreiben veranlaßt, aus denen sich ergebe, daß die Beklagte gewußt habe, der Sohn des Klägers trete lediglich als Vertreter seines Vaters auf. Die Beklagte müsse sich deshalb, so meint die Revision, den Inhalt des Bestätigungsschreibens entgegenhalten lassen.

Einer Entscheidung über diese Angriffe der Revision bedarf es nicht. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei trotz ihres Schweigens auf das Bestätigungsschreiben vom 17. Juli 1959 nicht an dessen Inhalt gebunden, wird jedenfalls von den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts getragen.

2. Das Berufungsgericht stellt als Ergebnis der Beweisaufnahme fest, die Unterredung vom 17. Juli 1959 habe folgenden Verlauf genommen: Der Sohn des Klägers habe zunächst die Beklagte sehr erregt gefragt: "Was ist mit meiner Provision?" Im weiteren Verlauf habe er die Hälfte der Provision verlangt. Als die Beklagte dies mit dem Hinweis darauf, von ihr habe er nichts zu fordern, abgelehnt habe, sei die Unterredung immer erregter geworden. Es sei wiederholt der Name O. . . . gefallen. Schließlich habe die Beklagte zum Sohn des Klägers gesagt: "Ich verstehe Sie gar nicht (oder was wollen Sie). Sie werden Ihren Anteil der Provision von Herrn O. . . . bekommen". Damit sei die Auseinandersetzung beendet gewesen. Die Beklagte, so folgert das Berufungsgericht, habe dem Sohn des Klägers keine Zusage dahin gemacht, daß sie die Hälfte der Provision oder auch nur einen Teil der Provision unmittelbar an den Sohn des Klägers zahlen wolle. Von der Sonderprovision sei mit keinem Wort die Rede gewesen. Der Kläger habe dem Schreiben vom 17. Juli 1959, aus der Kenntnis des Sohnes betrachtet, bewußt einen unrichtigen Inhalt gegeben, der sich so weit von dem Abgesprochenen entfernte, daß er selbst nicht mehr mit einem Einverständnis der Beklagten rechnen konnte.

Daß bei einem solchen Sachverhalt die regelmäßigen Folgen widerspruchsloser Hinnahme eines Bestätigungsschreibens nicht eintreten, weil der Absender vernünftigerweise nicht mit einem Einverständnis des Empfängers rechnen kann, entspricht übereinstimmender Ansicht von Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. das angeführte Urteil des erkennenden Senats BGHZ 40, 42, 44). Auch die Revision nimmt das hin. Sie erhebt jedoch eine Reihe von Verfahrensrügen. Diese sind aber unbegründet.

a) Die Revision macht geltend, die Zeugen R■■■■, Z■■■■, O■■■■, Ma■■■■, H■■■■ und W■■■■ hätten vor dem Senat des Berufungsgerichts vernommen werden müssen, weil sie sich zur Zeit der Vernehmung in oder bei M■■■■ aufhielten. Es handelt sich um folgendes: Der 1. Zivilsenat des Berufungsgerichts erließ am 14. November 1963 einen Beweisbeschluß, nach dem unter anderem diese Zeugen vernommen werden sollten. Die Vernehmung der in M■■■■ wohnhaften Zeugen und die weitere Vorbereitung der Entscheidung wurde dem Einzelrichter übertragen. Der Einzelrichter hat darauf die angeordnete Beweisaufnahme durchgeführt. Im Termin vor dem Einzelrichter vom 28. Juli 1964, in dem der Zeuge W■■■■ vernommen wurde, beantragte die Beklagte die Beeidigung des Zeugen. Der Kläger widersprach und beantragte, die vom Einzelrichter bereits vernommenen Zeugen R■■■■, Z■■■■, Ma■■■■ und H■■■■ gegenbeweislich zu der Bekundung des Zeugen W■■■■ zu vernehmen. Die Beklagte widersprach dem Beweisantrag, weil es sich um eine nochmalige Vernehmung handele. Der Zeuge W■■■■ wurde hierauf beeidigt. Sodann beschloß der Einzelrichter, die Akten dem Senat vorzulegen. Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 1964 wiederholte der Kläger höchst vorsorglich die im Termin vom 28. Juli 1964 gestellten Beweisanträge. Ebenso wiederholte er sie im Termin vor dem Senat vom 19. November 1964.

Der vom Senat in voller Besetzung gefaßte Beschluß, die Vernehmung der Zeugen, wenn auch zugleich mit der weiteren Vorbereitung der Entscheidung, dem Einzelrichter zu übertragen, verstieß allerdings gegen die §§ 355, 375 ZPO. Der Einzelrichter handelt nicht im Auftrage des Kollegiums, sondern an dessen Stelle. Über Beweiserhebungen hat er nach § 349 Abs. 2 ZPO anstelle des Kollegiums zu beschließen. Es ist nicht seine Sache, einen Beweisbe-

schluß des Kollegiums auszuführen; dann wäre er beauftragter Richter und seiner Beweisaufnahme wären die in § 375 ZPO bestimmten Schranken gesetzt (BGHZ 40, 179, 183; Baumbach/Lauterbach ZPO 29. Aufl. § 349 Anm. 3 A). Ob die Verfahrensrügen nicht schon deshalb unzulässig sind, weil § 355 Abs. 2 ZPO eine Anfechtung des Beschlusses, durch den die eine oder andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, ausschließt, kann hier, ebenso wie in BGHZ 40, 179, dahingestellt bleiben. Die Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben, weil der Kläger die Verletzung der Verfahrensvorschriften nicht gerügt hat (§ 295 ZPO). Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat weder dem die Übertragung der Beweisaufnahme anordnenden Beschluß des vollbesetzten Senats widersprochen, noch hat er in den Beweisaufnahmeterminen vom 23. Dezember 1963, 3. Januar 1964 und 28. Juli 1964 gegen eine Vernehmung durch den Einzelrichter Einwendungen erhoben. Er hat im Gegenteil im Schriftsatz vom 13. Juli 1964 um eine Verlegung des Einzelrichtertermins gebeten und hat im Termin vom 28. Juli 1964 die nochmalige Vernehmung der Zeugen R., Z., Ma. und H. - offensichtlich vor dem Einzelrichter - beantragt. Dieses Verhalten kann der erkennende Senat, der befugt ist, Prozeßhandlungen selbst auszulegen, nur dahin werten, daß in ihm eine Rüge der Verfahrensverstöße nicht liegt und auch nicht durch schlüssige Handlung erklärt ist. Die Revision meint zwar, der Kläger habe mit dem Antrage auf nochmalige Vernehmung der Zeugen zum Ausdruck gebracht, daß er sich mit der bisherigen Beweisaufnahme nicht zufrieden gebe und eine prozeßordnungsgemäße, nicht prozeßordnungswidrige Vernehmung beantrage. Das Berufungsgericht hätte daher sein Vorbringen unter dem Gesichtspunkt einer prozessualen Rüge werten müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Kläger hat nicht die erneute Vernehmung der Zeugen verlangt, weil die bisherige

Vernehmung unter Verletzung von Verfahrensvorschriften erfolgt sei, sondern weil die Beweisaufnahme nicht das von ihm gewünschte Ergebnis hatte. Wie schon erwähnt ist, begehrte er die nochmalige Vernehmung gerade vor dem Einzelrichter. Der Kläger mag dann zwar durch Bezugnahme auf die gewechselten Schriftsätze seinen Beweisantrag auch vor dem vollbesetzten Senat des Berufungsgerichts in der letzten mündlichen Verhandlung vom 19. November 1964 wiederholt haben. Eine Rüge, daß die Vernehmung der Zeugen vor dem Einzelrichter unzulässig gewesen sei, hat er aber nicht erhoben. Für das Berufungsgericht bestand auch entgegen der Meinung der Revision kein Anlaß, den Prozeßbevollmächtigten des Klägers zu fragen, ob er etwa eine solche Rüge erheben wolle.

Von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs kann dann, wenn Zeugen, die am Gerichtsort wohnen, von einem mit der Vernehmung beauftragten Richter gehört worden sind, entgegen der Annahme der Revision keine Rede sein.

b) Auch die Rüge, die - insoweit vom Einzelrichter beschlossene - Beeidigung des Zeugen W. habe nicht erfolgen dürfen, hat keinen Erfolg. Zwar mag eine Beeidigung durch den Einzelrichter im allgemeinen unzweckmäßig sein. Durch Prozeßvorschriften verboten ist sie nicht. Daß im vorliegenden Fall der Einzelrichter etwa sein Ermessen mißbraucht habe, ist nicht erkennbar. Da der Zeuge W. demnächst nach Südafrika zurückkehrte, war bei der auch vom Kläger nicht bestrittenen Bedeutung seiner Aussage die sofortige Beeidigung durch den Einzelrichter zumindest vertretbar.

c) Die Revision rügt weiter, daß der Zeuge B. nicht zu der in der Klageschrift aufgestellten Behauptung

tung vernommen worden ist, den Eheleuten B[REDACTED] sei schon vor dem 17. Juli 1959 mitgeteilt worden (gemeint vom Kläger), der Kläger und die Beklagte hätten hälftige Provisionsteilung vereinbart. Der Zeuge ist im Termin vom 23. Dezember 1963 eingehend auch zu den Vorgängen vom 17. Juli 1959 vernommen worden. Wenn der Prozeßbevollmächtigte des Klägers glaubte, dem Zeugen seien weitere Einzelheiten über die Beziehungen zwischen den Parteien bekannt, so hätte er eine Befragung des Zeugen anregen oder den Zeugen selbst befragen können. Da er weder dies getan noch seinen Beweisantrag im zweiten Rechtszug wiederholt hat, stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht nicht eine nochmalige Vernehmung des Zeugen über die in der Klageschrift enthaltene Behauptung angeordnet hat, sondern ersichtlich davon ausgegangen ist, diese Behauptung werde nicht mehr weiter verfolgt.

d) Vergeblich rügt die Revision, daß das Berufungsgericht dem Antrag auf wiederholte Vernehmung der Zeugen R[REDACTED], Z[REDACTED], Ma[REDACTED] und H[REDACTED] nicht stattgegeben und die Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, nicht einander gegenübergestellt hat. Insoweit handelt es sich um Ermessensentscheidungen. Dafür, daß das Berufungsgericht sein Ermessen mißbraucht habe, liegen keine Anhaltspunkte vor, ebensowenig entgegen der Meinung der Revision dafür, daß es die Möglichkeit einer Gegenüberstellung nicht erwogen habe.

e) Soweit die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Glaubwürdigkeit und Unglaubwürdigkeit der Zeugen angreift, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Beweiswürdigung. Die von ihr gerügten Widersprüche und Denkfehler bestehen nicht. So konnte das Berufungsgericht sehr wohl annehmen, daß der Sohn des Klä-

gers und der Zeuge Ma [REDACTED] in Wahrheit Partei seien. Nach den gesamten Umständen liegt, worauf der erkennende Senat schon im Urteil vom 26. Juni 1963 hingewiesen hat, die Annahme nicht fern, daß der Kläger oder sein Sohn und Ma [REDACTED] bei der Vermögenslosigkeit des O [REDACTED], der sie zugezogen hatte, von diesem nichts zu erhoffen haben und sie die angeblich verdiente Provision über die Beklagte zu erlangen suchen. Wenn das Berufungsgericht schließlich ausführt, der Zeuge W [REDACTED] stehe in keiner Beziehung zu den Parteien, so hat es nicht übersehen, daß W [REDACTED] geschäftlich mit der Beklagten zu tun hatte. Das ergibt der weitere Satz, Zeuge der Vorgänge sei W [REDACTED] nur dadurch geworden, daß er zufällig an diesem Tage als Geschäftskunde der Beklagten in ihr Büro gekommen sei.

f) Damit, daß die Ba [REDACTED] GmbH in einem Schreiben vom 22. Juli 1959 dem Kläger erklärt hatte, er solle sich mit der Beklagten auseinandersetzen, brauchte das Berufungsgericht sich nicht ausdrücklich zu befassen. Daß die Ba [REDACTED] GmbH, also die Grundstückskäuferin, die die Provision an die Beklagte zu zahlen hatte, etwa von dieser über die rechtlichen Beziehungen zwischen ihr und dem Kläger ins Bild gesetzt worden war, hat der Kläger selbst nicht behauptet.

### III.

1. Zu der vom Kläger behaupteten Abrede über die Teilung der Sonderprovision von 10 000 DM je zur Hälfte führt das Berufungsgericht aus: Nach dem Bestätigungsschreiben solle diese Vereinbarung nicht bei der Unterredung vom

17. Juli 1959, sondern bei früheren Telefongesprächen getroffen worden sein. Abgesehen davon, daß der Kläger keinen ausreichenden Beweis für eine solche telefonische Absprache erbracht habe, vermöge auch die Aussage seines Sohnes dem Bestätigungsschreiben nicht die erforderliche Grundlage zu geben. Nach dessen Bekundung habe nämlich die Beklagte ihm gesagt, sie bekomme ein Erfolgshonorar von 10 000 DM, sie werde das in einen Topf werfen, sie, O [REDACTED], Frau Ma [REDACTED] und der Kläger bekämen je ein Viertel. Wenn bei dieser Sachlage der Kläger im Schreiben vom 17. Juli 1959 "bestätige", die Sonderprovision von 10 000 DM werde mit seinem Sohn ebenfalls 50 : 50 geteilt, so habe der Kläger dem Bestätigungsschreiben bewußt einen unrichtigen Inhalt gegeben. Daher habe auch insoweit für die Beklagte keine Verpflichtung bestanden, auf das Bestätigungsschreiben zu antworten.

2. Die Revision rügt einmal die Verkennung der Beweislast. Sie glaubt, ein Kaufmann, der auf ein Bestätigungsschreiben geschwiegen habe und behauptete, daß ein Vertragsschluß überhaupt nicht stattgefunden habe, müsse das beweisen. Das Urteil RGZ 114, 282, auf das die Revision sich stützt, besagt für diese Frage allerdings nichts, weil in dem dort behandelten Fall nicht streitig war, daß Verhandlungen stattgefunden hatten, sondern welchen Inhalt sie gehabt hatten. Die Frage der Beweislast bedarf aber hier keiner Entscheidung, weil sich die Abweisung der Klage jedenfalls unter einem anderen Gesichtspunkt rechtfertigt.

Eine Bestätigung, auf die die Beklagte nach kaufmännischer Sitte hätte antworten müssen, wenn sie den in der Bestätigung angegebenen Vertragsinhalt nicht anerkennen wollte, liegt nicht vor. Das Schreiben des Klägers vom 17. Juli 1959 betrifft zwei verschiedene Vorgänge: Einmal die an-

geblich am 17. Juli 1959 getroffene Provisionsvereinbarung und zum anderen die angeblich telefonisch zugesagte Teilung der Sonderprovision. Über die Sonderprovision ist unstreitig am 17. Juli 1959 nicht gesprochen worden. Sie soll lediglich telefonisch vereinbart worden sein. Es fehlt jedoch an jeder Angabe über den Zeitpunkt des Telefongesprächs. Rechtsprechung und Schrifttum vertreten zu Recht die Auffassung, die Bestätigung müsse sich zeitlich unmittelbar an die bestätigte Vertragsverhandlung anschließen, so daß der Empfänger auf das Eintreffen vorbereitet ist und noch mit ihm rechnen kann (vgl. BGH Urt.v. 19. Februar 1964 - Ib ZR 203/62 - NJW 1964, 1223; HGB RGRK 2. Aufl. § 346 Anm. 16 h S. 45; Schlegelberger/Hefermehl 4. Aufl. § 346 Anm. 120; Krause, Schweigen im Rechtsverkehr S. 130). Hier läßt das Schreiben des Klägers jegliche Angabe über die näheren Umstände des angeblichen Telefongesprächs fehlen. Aus den Worten "lt. früherer telefonischen Vereinbarung" konnte die Beklagte nicht erkennen, wann und mit wem (etwa mit der Beklagten persönlich oder mit einem Angestellten) der Sohn des Klägers das Gespräch geführt haben wollte. Nach der eigenen Darstellung des Klägers hat das Gespräch nicht unmittelbar vor dem Bestätigungsschreiben vom 17. Juli 1959 stattgefunden. Unstreitig hat nämlich der Sohn des Klägers schon vor dem 17. Juli 1959 versucht, mit der Beklagten telefonisch ins Gespräch zu kommen. Dabei hat die Beklagte sich verleugnen lassen. Der Kläger trägt in der Revisionsbegründung vor, das Telefongespräch, auf das sich das Schreiben vom 17. Juli 1959 beziehe, habe noch vor der Zeit stattgefunden, zu der die Beklagte sich habe verleugnen lassen. Von einer im Anschluß an eine telefonische Verhandlung nach kaufmännischer Sitte erfolgten Bestätigung kann daher nicht gesprochen werden.

Selbst wenn aber die Erklärung des Klägers über die telefonische Vereinbarung eine Bestätigung darstellen sollte, hätte für die Beklagte keine Verpflichtung bestanden, ihr zu widersprechen. Wie der erkennende Senat schon im ersten Revisionsurteil (BGHZ 40, 42, 45) ausgeführt hat, beruht der Grundsatz, daß Schweigen als Zustimmung zu der bestätigten Vertragsfassung gilt, auf der Übung des redlichen Geschäftsverkehrs. Gestützt wird das Vertrauen des Bestätigenden darauf, daß der Empfänger des Bestätigungsschreibens, wenn er schweigt, mit seinem Inhalt einverstanden ist. Hat, wie hier, aber der Bestätigende einen wesentlichen Teil der Verhandlungen bewußt falsch bestätigt, so daß nach Treu und Glauben der Empfänger insoweit nicht zum Widerspruch verpflichtet ist, sondern schweigen darf, so gilt ein Schweigen des Empfängers auch für den Teil des Bestätigungsschreibens nicht als Zustimmung, in dem ein weiterer, an Bedeutung zurücktretender Teil der Verhandlungen zutreffend bestätigt wird. Hat der Bestätigende in unredlicher Weise einen wesentlichen Teil falsch bestätigt, kann er nach Treu und Glauben überhaupt keine Antwort erwarten. Das Bestätigungsschreiben läßt sich nicht in einen Teil, dem nicht widersprochen zu werden braucht, und einen anderen Teil zerlegen, auf den der Empfänger antworten muß, will er nicht gebunden sein.

Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob auch die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, die vom Kläger im Schreiben vom 17. Juli 1959 behauptete hälftige Teilung weiche von der angeblich vereinbarten Beteiligung an der Sonderprovision zu einem Viertel so sehr ab, daß der Kläger, aus der Schau seines Sohnes betrachtet, ein Einverständnis der Beklagten nicht habe erwarten können.

IV.

Die Revision des Klägers war daher zurückzuweisen.  
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber