

56. 1. Gilt bei mündlichen Verhandlungen das Schweigen auf Erklärungen des Vertragsgegners auch dann als Zustimmung, wenn der Schweigende unmittelbar darauf schriftlich seinen gegenteiligen Standpunkt zum Ausdruck bringt?

2. Hat der Mäkler die vom Verkäufer versprochene Provision für das vermittelte Geschäft auch dann zu beanspruchen, wenn der Käufer zur Deckung des Kaufpreises dem Verkäufer nur seine eigenen Wechsel gibt, während ursprünglich die Hingabe von Kundenwechseln vorgeesehen war?

BGB. §§ 147, 157, 652.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 23. November 1926 i. S. Sch. (Bek.)  
w. S. (Kl.). VI 390/26.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger, der vordem die Agenturvertretung der Beklagten für Bekleidungs- und Ausrüstungsgegenstände in Oberschlesien hatte, vermittelte für die Beklagte im September 1924 den Verkauf von 75 Waggons Stahl zum Preise von 195 000 M an den Kaufmann C. Dafür war ihm von der Beklagten eine Provision von 10 v. H. des Kaufpreises versprochen worden. Die Beklagte lieferte aber dem Käufer den Stahl nicht, weil er die über den Kaufpreis gegebenen Wechsel nicht einlöste. Die Beklagte kocht den Kaufvertrag wegen Irrtums und arglistiger Täuschung über die Kreditfähigkeit des C. an und erhob auch eine Schadensersatzklage gegen ihn. In diesem Prozeß kam es am 9. Dezember 1925 zwischen den damaligen Parteien zu einem gerichtlichen Vergleich, in dem C. anerkannte, daß der Vertrag über die Lieferung des Stahls mit rückwirkender Kraft unwirksam sei, und beide Parteien übereinstimmend erklärten, aus diesem Vertrag gegenseitig keine Ansprüche zu haben und gehabt zu haben.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit macht der Kläger seine Provisionsforderung gegen die Beklagte geltend. Diese hat eingewendet, daß die Provision vom Eingang des Kaufpreises abhängig gewesen, ferner aber auch deshalb nicht erworben sei, weil das vermittelte Geschäft nicht den vorausgesetzten Inhalt gehabt

habe; denn zur Deckung des Kaufpreises hätten Kundenwechsel gegeben werden sollen, C. habe sich aber nur zur Eingabe seiner eigenen Wechsel verstanden. In den Vorinstanzen wurde die Beklagte zur Zahlung verurteilt. Ihre Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

#### Gründe:

Ohne Rechtsirrtum nimmt das Berufungsgericht an, daß der Kläger bei der Vermittlung des Rechtsgeschäfts nicht mehr als Agent, sondern als Mäkler gehandelt hat. Als solcher erwarb er an sich die Provision zwar schon mit dem Abschluß des Geschäfts, aber es war auch für abweichende Vereinbarungen Raum. Eine derartige Abrede konnte auch stillschweigend geschehen. Sie lag hier um so näher, als bis dahin der Kläger seine Provision immer erst nach Eingang des Kaufpreises bekommen hatte, weil er Agent gewesen war. Es kam deshalb darauf an, ob die Parteien bei der Vereinbarung der ungewöhnlich hohen Provision von 10 v. H. des Kaufpreises nicht etwa davon ausgegangen sind, daß es mit deren Zahlbarkeit so, wie bisher, gehalten werden solle. Zur Entscheidung dieser Frage genügt es nicht, wenn das Berufungsgericht ausführt, es könne aus der Tatsache, daß der Kläger bei den früher vermittelten Geschäften die Provision erst nach Eingang des Kaufpreises erhalten habe, nicht gefolgert werden, daß auch beim gegenwärtigen Geschäft der Erwerb der Provision von der Bezahlung des Kaufpreises abhängig sein sollte, weil er hier Mäkler, dort aber Agent gewesen sei. Denn wenn es sich darum handelt, ob die Parteien es hinsichtlich der Provision bei der bisherigen Übung haben belassen wollen, so kann die stillschweigende Vereinbarung der früheren Bedingungen für den Erwerb der Provision nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß früher eine Agententätigkeit, jetzt aber eine Vermittlertätigkeit als Mäkler in Frage kam. Soll doch gerade festgestellt werden, ob die Parteien trotz der veränderten Stellung des Klägers das, was bisher hinsichtlich der Provision gegolten hatte, auch weiter haben gelten lassen wollen, und hierfür kann die Entscheidung nicht daraus entnommen werden, daß das Gesetz einen Unterschied zwischen dem Provisionserwerb als Agent und dem als Mäkler macht. Um so weniger fällt diese Verschiedenheit ins Gewicht, wenn den Parteien der rechtliche Unterschied zwischen der Stellung des Agenten und des Mäklers nicht geläufig war und sie namentlich

nicht gewußt haben, daß der Verdienst des Mäckerlohns anders geregelt ist, als der Anspruch des Agenten auf die Provision. Denn in diesem Falle könnte ein gewolltes Festhalten an dem bisherigen Zustand in bezug auf den Provisionsverdienst um so näher liegen und damit vielleicht auch zu erklären sein, daß der Vertreter der Beklagten noch vor dem Abschluß des Kaufvertrags am 12. September 1924 den Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen hat, seine Provision sei erst nach der Einlösung der Akzente des C. fällig. In dem Schweigen des Klägers hierauf wäre dann nur ein Beweis für den Inhalt der vorangegangenen Abmachungen über den Erwerb der Provision zu finden gewesen, für den es auf die Frage nicht ankommt, wann das Schweigen als rechtsbegründende Zustimmung anzusehen ist.

Läßt sich nicht feststellen, daß die Parteien im Hinblick auf die frühere Übung auch für das gegenwärtige Geschäft daran haben festhalten wollen, die versprochene Provision solle dem Kläger nur für den Fall des Eingangs des Kaufpreises gezahlt werden, und daß dies von vornherein der Inhalt des Provisionsversprechens gewesen ist, so bleibt der Inhalt der späteren mündlichen Verhandlungen zwischen dem Kläger und dem Vertreter der Beklagten vom 12. September 1924 aufzuklären. Wenn der Kläger bei diesen Verhandlungen auf die Erklärung des Vertreters der Beklagten, daß, da vom Käufer keine Kundenwechsel zu erlangen seien, die Provision von der Beklagten nur bei Einlösung der Akzente durch C. bezahlt werden könne, geschwiegen hat, so kann in seinem Schweigen eine rechtsverbindliche Zustimmung zu dem neuen Angebot der Beklagten gelegen haben, an die der Kläger auch gebunden blieb, wenn er es sich nachher anders überlegte und der Meinung war, daß er auf die geänderte Provisionszusage nicht hätte einzugehen brauchen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß in dem etwaigen Schweigen des Klägers keine Zustimmung lag, weil er unmittelbar darauf gegen die Erklärung des Vertreters der Beklagten Widerspruch erhoben hat, ist rechtsirrig. Allerdings gilt Schweigen nur dann als Zustimmung, wenn es nach Treu und Glauben als solche aufgefaßt werden darf. Aber ob das der Fall ist, richtet sich, besonders bei mündlichen Verhandlungen, nicht nach dem späteren Verhalten des Schweigenden, sondern nach den Umständen zur Zeit der Verhandlungen. Durfte bei diesen der Vertragsgegner das Schweigen

im Sinne eines Einverständnisses verstehen, so kam mit ihm eine Einigung über die nunmehrige Bedingtheit des Provisionsversprechens zustande, von der sich der Kläger — mochte es auch gleich darauf geschehen — nicht einseitig wieder lossagen konnte. Für die Frage aber, ob im Schweigen des Klägers eine Zustimmung zu der Erklärung des Vertreters der Beklagten gelegen hat oder jedenfalls gefunden werden durfte, kann in Betracht kommen, daß bei den Verhandlungen vom 12. September 1924 das Geschäft zwischen der Beklagten und C. noch nicht endgültig abgeschlossen war und der Kläger vielleicht besorgen mußte, daß die Beklagte es unter den veränderten Bedingungen nicht abschließe, wenn er darauf bestand, daß ihm die Provision sofort nach dem Abschluß des Kaufvertrags gezahlt würde. Denn jedenfalls war es ein Abgehen von den früher gestellten Kaufbedingungen, wenn sich die Beklagte entschloß, sich anstatt der Kundenwechsel mit Wechseln des Käufers zu begnügen, und diese Änderung konnte auch erhöhte Zweifel an dem Eingang des Kaufpreises rechtfertigen, wenn die Vermögenslage des C. zu Bedenken Anlaß gab oder auch nur ungewiß war. Darum hatte der Kläger möglicherweise damit zu rechnen, daß die Beklagte von dem Geschäft absehen würde, falls sie ihm ohne Rücksicht auf die Einlösung der Wechsel die hohe Provision von 10 v. H. des Kaufpreises zahlen mußte. Dem stünde es auch nicht entgegen, wenn die Beklagte etwa erst nach Empfang des Schreibens des Klägers vom 13. September 1924 das Kaufgeschäft mit C. abgeschlossen hat. Denn wenn die Beklagte nach dem Schweigen des Klägers auf die bei den mündlichen Verhandlungen vom 12. September 1924 abgegebenen Erklärungen ihres Vertreters der Meinung gewesen ist und auch sein konnte, der Kläger sei damit einverstanden, daß er auf die Provision nur nach Einlösung der Wechsel durch C. Anspruch habe, so brauchte sie sich um den nachträglichen Widerspruch des Klägers nicht zu kümmern. Daß sie sich unter Aufgabe ihres Standpunkts etwa dem Widerspruch gefügt habe, wird nach ihren Schreiben vom 15. und 18. September 1924 nicht angenommen werden können.

Erst wenn nicht festgestellt werden kann, daß die Parteien von vornherein oder später darüber einig geworden sind, die Provision solle nur im Falle des Eingangs des Kaufpreises vom Kläger verdient sein, wird es darauf ankommen, ob das zwischen der Beklagten und C. zustande gekommene Kaufgeschäft ein wesentlich

anderes gewesen ist als dasjenige, für dessen Vermittlung der Mäklerlohn versprochen war. Auch in dieser Beziehung sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum oder zum mindesten unzulänglich. Wenn der Verkäufer zur Deckung des Kaufpreises Kundenwechsel bekommt, so steht er in der Regel günstiger als beim Empfang eigener Wechsel des Käufers. Denn mag er vielleicht auch die letzteren Wechsel diskontieren können, nachdem er seine eigene Unterschrift auf den Wechsel gesetzt hat, so steht er doch allein für die Wechselsumme ein, wenn der Käufer den Wechsel nicht einlöst, während beim Kundenwechsel noch die Haftung weiterer Personen aus ihrem Akzept oder Giro in Frage kommt. Dies mag keine wesentliche Bedeutung haben, wenn der Käufer, der nur seine eigenen Wechsel gab, zahlungsfähig ist und deshalb die Einlösung der Wechsel durch ihn zu erwarten ist. Traf dies bei G. aber nicht zu, so stand sich die Beklagte wesentlich schlechter, wenn sie sich an Stelle der Kundenwechsel mit den Wechseln des Käufers begnügte. Zwar ist der Verkäufer auch bei Hergabe von Kundenwechseln nicht ohne weiteres dagegen geschützt, daß die Wechsel nicht eingelöst werden und er um den Kaufpreis kommt. Aber nach dem Schreiben der Beklagten vom 1. September 1924 hatte diese ausdrücklich zur Bedingung erhoben, daß die Akzeptanten und Giranten gut sein müßten, und unter solchen Umständen kann der Verzicht auf Kundenwechsel das Geschäft wirtschaftlich für sie tatsächlich zu einem anderen gemacht haben, als das, welches bei dem Provisionsversprechen vorgesehen war; und nicht bloß nach der Auffassung der Beklagten selbst, sondern auch nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs kann dann das Geschäft ein anderes gewesen sein. Denn ein Geschäft, das der Verkäufer mit Risiko schließt, ist wirtschaftlich gesehen immer etwas anderes, als ein Vertrag, der ihm Sicherheiten gewährt. Es kommt aber vorliegend auch wesentlich darauf an, ob es für den Provisionsanspruch des Mäklers als ein anderes anzusehen ist, und dazu muß auch in Betracht gezogen werden, ob es im Verhältnis des Verkäufers zum Mäkler die Pflicht des ersteren drückender machte als das ursprünglich vorgesehene, und ob es deshalb nicht als ein solches Geschäft gelten konnte, für dessen Vermittlung die Provision versprochen war. . . .