

BGHR: ja

054

BUNDESGERICHTSHOF  
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 219/95

Verkündet am:  
20. Juni 1996  
F r e i t a g  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Siegfried A[REDACTED],
2. Irmgard A[REDACTED],  
beide wohnhaft I[REDACTED]-K[REDACTED]-Straße [REDACTED], I[REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

P[REDACTED] Immobilien,  
Inhaber Dieter P[REDACTED], Ku[REDACTED] [REDACTED], M[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1996 durch die Richter Dr. Engelhardt, Dr. Werp, Streck, Schlick und Remus

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 30. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Juni 1995 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten zu 1 erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtes, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

### Tatbestand

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Zahlung von Maklerprovision.

Der Beklagten zu 2 gehörte als Erbbauberechtigter eine langfristig vermietete Verkaufshalle in Landsberg am Lech. Im Spätsommer 1993 suchte sie mittels einer chiffrierten Zeitungsanzeige einen Käufer für das Erbbaurecht. Die Klägerin meldete sich mit Schreiben vom August/September 1993 auf die Anzeige und bot ihre Dienste unter Mitteilung ihrer Konditionen (Provision in Höhe von 3 % des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer) an. Dabei wies sie in einem Postskriptum darauf hin, daß sie für einen kapitalkräftigen Landwirt - den späteren Käufer - ein Renditeobjekt suche. Mit Schreiben vom 29. September 1993 bat der Beklagte zu 1, der Sohn der Beklagten zu 2, "nach Rücksprache mit meiner Mutter" darum, dem möglichen Kaufinteressenten das Objekt vorzustellen und zu klären, ob grundsätzlich Kaufbereitschaft bestehe. Weiter bat der Beklagte zu 1 um Verständnis dafür, "daß wir dann gerne bereit sind, in konkrete Gespräche einzutreten und ihnen die entsprechenden Vertragsunterlagen zur Verfügung zu stellen". Nach Besichtigung des Objekts im Oktober 1993 kaufte der von der Klägerin nachgewiesene Landwirt das Erbbaurecht mit notariellem Vertrag vom 25. Februar 1994 zum Preise von 2,75 Mio. DM zuzüglich Mehrwertsteuer.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 94.875 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklag-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ten und die Anschlußberufung der Klägerin sind ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision haben die Beklagten ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt. Der Senat hat die Revision der Beklagten zu 2 nicht zur Entscheidung angenommen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin Zurückweisung der Revision des Beklagten zu 1 beantragt und im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Bezahlung der Klageforderung durch die Beklagte zu 2 die Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte zu 1 hat der Erledigungserklärung widersprochen.

### Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten zu 1 führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 1 erkannt worden ist.

#### I.

Soweit sich die Revision dagegen wendet, daß überhaupt ein Nachweismaklervertrag zustande gekommen ist, wie das Berufungsgericht angenommen hat, sind ihre Angriffe nicht begründet.

1. Wenn ein Makler - wie hier - bereits mit einem Dritten einen Maklervertrag abgeschlossen hat und in dieser Eigen-

schaft mit einem Interessenten in Kontakt tritt, so muß er, wenn er im Erfolgsfalle von diesem eine Provision verlangen will, eindeutig zum Ausdruck bringen, daß er auch Makler der anderen Seite sein will. Das geeignete Mittel hierzu ist ein ausdrückliches Provisionsverlangen (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 95, 393, 395 ff, sowie Urteile vom 2. Juli 1986 - IV a ZR 246/84 - NJW-RR 1986, 1496, 1497 und vom 28. November 1990 - IV ZR 258/89 - NJW-RR 1991, 371; daß in den genannten Entscheidungen der Makler jeweils im Auftrag des späteren Verkäufers mit Kaufinteressenten in Verbindung getreten ist, während vorliegend der Makler für den späteren Käufer Kontakt mit einem Verkaufsinteressenten aufgenommen hat, macht in der rechtlichen Bewertung keinen Unterschied).

Ausgehend von dieser Rechtsprechung entnimmt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dem Schreiben der Klägerin vom August/September 1993, mit dem sie sich auf die Chiffre-Anzeige hin gemeldet hat, ein solches Verlangen. Auch die Revision stellt nicht in Abrede, daß der Text dieses Schreibens ein Provisionsverlangen enthält. Sie meint aber, dadurch daß sich die Klägerin am Ende dieses Schreibens in einem besonderen, persönlich formulierten Postskriptum (Text: suche für einen kapitalkräftigen Landwirt geeignetes Renditeobjekt bis ca. 5 Mio. DM. Bitte melden Sie sich - Danke) der Beklagtenseite "bittend" genähert habe, werde diese Provisionsforderung "bis zur völligen Bedeutungslosigkeit" relativiert. Dem ist nicht zu folgen. Mit der Verwendung einer Höflichkeitsfloskel im Postskriptum wird der eindeutig auf Abschluß eines Maklervertrags abzielende rechtsgeschäftliche Gehalt dieses Schreibens (Antrag nach § 145 BGB) nicht in Frage gestellt.

2. Auf der Grundlage eines ausdrücklichen Provisionsverlangens geht das Berufungsgericht weiter rechtsbedenkenfrei davon aus, daß im folgenden mit der Klägerin ein Nachweismaklervertrag geschlossen worden ist. Unstreitig sind die Maklerdienste der Klägerin in Anspruch genommen worden. Geschieht dies nach Bekanntgabe eines Provisionsverlangens, so ist in einem solchen Verhalten grundsätzlich die konkludente Annahme des in dem Provisionsbegehren liegenden Antrags auf Abschluß eines Maklervertrags zu sehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der angesprochene Interessent vor Inanspruchnahme der Maklerdienste dem Provisionsverlangen des Maklers mit hinreichender Deutlichkeit entgegentritt (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1986, aaO, wonach ein solcher Widerspruch insbesondere nicht als wirkungslose protestatio facto contraria zu werten ist). Ein solcher Widerspruch ist nicht erfolgt. Er kann entgegen der Auffassung der Revision auch nicht - jedenfalls nicht mit der notwendigen Deutlichkeit - in der abschließenden, inhaltenden Formulierung im Schreiben des Beklagten zu 1 vom 29. September 1993 gesehen werden, man sei nach Klärung der grundsätzlichen Kaufbereitschaft des kapitalkräftigen Landwirts gerne bereit, in konkrete Gespräche einzutreten.

## II.

Mit Erfolg wendet sich die Revision jedoch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, Vertragspartner der Klägerin sei auch der Beklagte zu 1 geworden.

1. Ein Maklervertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 scheidet freilich entgegen der Meinung der Revision nicht schon deshalb aus, weil die Beklagte zu 2 die alleinige Inhaberin des Erbbaurechts war. Auch ein Nicht-Rechtsinhaber könnte sich wirksam zum Verkauf eines Erbbaurechts verpflichten; davon abgesehen muß der Partner des Maklervertrags nicht notwendigerweise auch Partner des Hauptvertrags sein (vgl. nur Staudinger/Reuter, BGB, 13. Aufl., §§ 652, 653, Rn. 70; eine andere Frage ist, inwiefern die Rechtsinhaberschaft der Beklagten zu 2 als Indiz für ein bloßes Vertreterhandeln des Beklagten zu 1 zu werten ist; einen Hinweis darauf enthält jedoch weder das Schreiben vom 29. September 1993 noch das der Klägerin kurz zuvor übermittelte Exposé).

2. Der Beklagte zu 1 hat behauptet, er sei nur als Vertreter seiner Mutter, der Beklagten zu 2, aufgetreten. Das Berufungsgericht folgt dem nicht. Es führt hierzu aus: Die Korrespondenz mit der Klägerin habe hauptsächlich der Beklagte zu 1 geführt. Soweit aus dem Sachvortrag und den vorgelegten Urkunden erkennbar, sei dies ohne die gebotene Offenlegung eines Vertretungsverhältnisses geschehen. Wenn der Beklagte zu 1 eine eigene vertragliche Haftung hätte ausschließen wollen, so hätte er gegenüber der Klägerin deutlich machen müssen, daß nur die Beklagte zu 2 als Erbbauberechtigte Partner des Maklervertrags sein solle, er selbst hingegen nur in fremdem Namen handle.

Dies ist, wie die Revision zu Recht rügt, rechtsfehlerhaft.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß Unklarheiten darüber, ob der Beklagte zu 1 (nur) als Vertreter der Beklagten zu 2, oder (auch) im eigenen Namen aufgetreten ist, zu Lasten des Beklagten zu 1 gehen.

Gemäß § 164 Abs. 2 BGB kommt, wenn der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt, der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht. In Verbindung mit Absatz 1 Satz 2 dieser Bestimmung bedeutet das, daß eine Erklärung als im eigenen Namen abgegeben gilt, wenn nicht wenigstens die Umstände ergeben, daß sie in fremdem Namen abgegeben werden soll. Dabei trägt der Verhandelnde die Beweislast dafür, daß er entgegen dem gesetzlichen Regelfalle nicht im eigenen Namen gehandelt hat (vgl. nur Senat, (Nichtannahme-)Beschluß vom 28. Februar 1985 - III ZR 183/83 - NJW 1986, 1675 m.w.N. aus der Rechtsprechung). Diese gesetzliche Regelung will demjenigen, der mit einer bestimmten Person verhandelt oder kontrahiert, das Aufklärungsrisiko abnehmen, wer Vertragspartner sein soll (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 1994 - IX ZR 25/94 - NJW 1995, 43, 44). Diese Abnahme des Aufklärungsrisikos ist dann besonders bedeutsam, wenn unklar ist, ob der Verhandelnde nur für sich oder ausschließlich für einen anderen aufgetreten ist, da der Geschäftspartner andernfalls Gefahr liefe, mit Klagen sowohl gegen den bevollmächtigten Vertreter als auch gegen den möglichen Vertretenen erfolglos zu bleiben (vgl. BGH, aaO). Aber auch dann, wenn sich - wie hier - die Unklarheit darauf bezieht, ob der als Vertreter auftretende Verhandlungsführer daneben noch in eigenem Namen tätig ge-

worden ist, hat der Geschäftspartner ein schützenwertes Interesse daran, sich an den Verhandelnden halten zu können.

b) Verfahrensfehlerhaft getroffen ist jedoch die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 1 habe seine bloße Vertretereigenschaft nicht offengelegt.

Soweit sich das Berufungsgericht hierbei auf den vorgelegten Schriftwechsel bezieht, wobei insbesondere das Schreiben des Beklagten zu 1 vom 29. September 1993 bedeutsam ist, ist seine Schlußfolgerung freilich rechtsfehlerfrei. In diesem Schreiben, das keinen Hinweis auf die Person des Erbbauberechtigten enthält, verweist der Beklagte zu 1 zwar auf eine Rücksprache mit seiner Mutter; im übrigen gebraucht er jedoch durchgehend die "Wir"-Form. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, hieraus lasse sich nicht eindeutig genug die bloße Vertretereigenschaft des Beklagten zu 1 entnehmen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Zu Recht aber beruft sich die Revision auf den Sachvortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung, wonach der Beklagte zu 1 bereits bei der ersten, unmittelbar nach Erhalt des Schreibens der Klägerin vom August/September 1993 erfolgten telefonischen Kontaktaufnahme den Inhaber der Klägerin darüber aufgeklärt haben will, daß er in dieser Angelegenheit nur als Vertreter seiner Mutter tätig werde. Die Beklagten haben zum Beweis für diese Behauptung die Vernehmung des Inhabers der Klägerin als Partei beantragt.

Mit diesem Tatsachenvortrag der Beklagten hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt, den angetretenen Beweis hat es nicht erhoben. Dadurch hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, § 286 Abs. 1 ZPO verletzt.

Von einer Vernehmung des Inhabers der Klägerin durfte das Berufungsgericht insbesondere auch nicht aufgrund des Verlaufs der mündlichen Verhandlung absehen.

Zwar läßt sich dem Protokoll nicht entnehmen, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten den Antrag auf Vernehmung des Inhabers der Klägerin als Partei ausdrücklich gestellt hat, wozu möglicherweise deshalb besondere Veranlassung bestanden hat, weil der Inhaber der Klägerin - wie vom Berufungsgericht gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 3 ZPO angeordnet - im Termin anwesend war. Daraus allein kann jedoch nicht entnommen werden, daß die Beklagten den Beweisantrag nicht gestellt bzw. wieder zurückgenommen haben (die Rücknahme eines Antrags auf die Vernehmung einer Partei ist nach allgemeiner Meinung möglich, auch wenn dies sachlich dem in § 399 ZPO behandelten Verzicht auf einen Zeugen gleichkommt und nach § 451 ZPO die Bestimmung des § 399 ZPO auf die Parteivernehmung nicht unmittelbar anwendbar ist, vgl. BAG, NJW 1974, 1349, 1350, sowie Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 54. Aufl., § 451, Rn. 2; Zöller/Greger, ZPO, 19. Aufl., § 451, Rn. 2; Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl., § 445, Rn. 24 und § 451, Rn. 16).

Der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat zu Beginn der mündlichen Verhandlung den Antrag aus

der Berufungsbegründung gestellt, in der der Antrag auf Parteivernehmung des Inhabers der Klägerin angekündigt worden war. Die Bezugnahme auf diesen Schriftsatz ist gemäß § 137 Abs. 3 ZPO auch bezüglich des Beweisantritts als ausreichend anzusehen. Ob im Verlaufe der Verhandlung für den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten deutlich werden mußte, daß das Berufungsgericht eine Vernehmung des Inhabers der Klägerin als Partei nicht durchzuführen gedenkt, läßt sich anhand des Protokolls nicht sicher beantworten; insbesondere gibt es keine Auskunft darüber, ob und mit welchem Ergebnis das Gericht die Parteien gemäß § 141 Abs. 1 ZPO gehört hat. Auch das Berufungsurteil verhält sich hierzu nicht. Demzufolge lassen sich weder dem Protokoll noch dem Urteil Hinweise dafür entnehmen, daß das Berufungsgericht - gegebenenfalls aufgrund entsprechender Fragestellung - vernünftigerweise nicht mehr damit rechnen mußte, daß der Beklagtenvertreter an dem Beweisantrag festhält. Von einer Rücknahme des Antrags auf Parteivernehmung durch schlüssiges Verhalten kann daher nicht ausgegangen werden (vgl. zum konkludenten Verzicht auf die Vernehmung eines Zeugen BGH, Urteile vom 14. Juli 1987 - IX ZR 13/87 - NJW-RR 1987, 1403, 1404 und vom 2. November 1993 - VI ZR 227/92 - NJW 1994, 329, 330; für eine schlüssige Rücknahme des Antrags auf Parteivernehmung kann nichts anderes gelten).

3. Da das angefochtene Urteil, soweit es gegen den Beklagten zu 1 ergangen ist, auf dem dargelegten Verfahrensfehler beruhen kann, ist es insoweit aufzuheben (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine abschließende sachliche Entscheidung - eine solche ist auch die Entscheidung aufgrund einseitiger Er-

ledigterklärung des Klägers - durch den Senat kommt nicht in Betracht.

Engelhardt

Werp

Streck

Schlick

Remus