

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 226/96

Verkündet am:
18. September 1997
T h i e s i e s
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 164, 652 Abs. 1

Zum Zustandekommen eines Maklervertrags, wenn das Angebot zum Abschluß dieses Vertrages an eine Unternehmensgruppe gerichtet ist und das Mitglied dieser Gruppe, das die Gelegenheit zum Abschluß des Hauptvertrags wahrgenommen hat, erst nach dem Erbringen der Dienste des Maklers gegründet worden ist.

BGH, Urt. v. 18. September 1997 - III ZR 226/96 - OLG Hamm

LG Münster

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 9. Mai 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine GmbH, deren (Mit-)Geschäftsführer S. zugleich Inhaber der Firma C. Unternehmensberatung ist, verlangt von der beklagten Kommanditgesellschaft, einem Unternehmen der sogenannten Sch.-Gruppe, die Zahlung von Maklerprovision für den Nachweis bzw. die Vermittlung des Erwerbs eines in Z. gelegenen Ferienhotels.

Ein mit dem Briefkopf "Unternehmensgruppe für Wohnungsbau und Wirtschaftsförderung Dipl.-Ing. H. Sch." versehenes, von Sch. unterzeichnetes und an die Firma C. Unternehmensberatung gerichtetes Schreiben vom 16. November 1993 enthielt die Mitteilung, daß die Unternehmensgruppe Sch. die Zahl ihrer Hotel- und Ferienanlagen wesentlich erweitern wolle, "weshalb wir dankbar wären, wenn Sie noch zwei oder drei andere Angebote den Firmen unserer Unternehmensgruppe bzw. dem Unterzeichner persönlich unterbreiten könnten".

Mit Schreiben vom 23. November 1993 bot daraufhin die Klägerin der Unternehmensgruppe Sch. das Sporthotel Sp. an; entsprechend den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin sollte im Erfolgsfalle eine Käuferprovision von 6,84 % des Kaufpreises anfallen. Zu den gleichen Bedingungen will die Klägerin der Unternehmensgruppe Sch. mit Schreiben vom 20. Januar 1994, dessen Zugang die Beklagte bestreitet, das Ferienhotel Z. angeboten haben.



Am 28. Januar 1994 führten ein Geschäftsführer der Klägerin und Sch. Gespräche über den Erwerb des Ferienhotels Z.; am 4. März 1994 fand unter Teilnahme von S. und Sch. ein Ortstermin in Z. statt. Mit notariellem Vertrag vom 28. April 1994 kaufte die am 19. April 1994 gegründete und am 27. Mai 1994 in das Handelsregister eingetragene Beklagte, vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter der Komplementär-GmbH und alleinigen Kommanditisten Sch., das Ferienhotel Z.

Die Beklagte verweigert die Zahlung der Maklerprovision, weil ihrer Ansicht nach zwischen den Parteien kein Maklervertrag zustande gekommen ist.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Maklerprovisionsanspruch der Klägerin sowohl nach § 652 BGB als auch nach § 354 HGB, weil zwischen den Parteien kein auf den Nachweis bzw. die Vermittlung des von der Beklagten erworbenen Ferienhotels gerichtetes Vertrags- bzw. Leistungsverhältnis zustande gekommen sei.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts enthält das von der Klägerin vorgelegte Schreiben vom 20. Januar 1994 wohl zumindest konkludent ein Angebot der Klägerin auf Abschluß eines Maklervertrags mit einem auch nach Grund und Höhe hinreichend bestimmten Provisionsverlangen. Es könne indes dahinstehen, ob dieses Schreiben abgesandt worden und der Gegenseite zugegangen sei. Adressat dieses Schreibens sei die Sch.-Gruppe; darunter seien nur solche Firmen zu verstehen, die schon damals zu dieser Unternehmensgruppe gehörten. Hierzu zähle die Beklagte nicht, da sie zur fraglichen Zeit noch nicht gegründet worden und damit im Rechtsverkehr auch nicht tätig geworden sei.

Nichts anderes hat nach Auffassung des Berufungsgerichts für die Frage zu gelten, ob ein Angebot der Klägerin durch die Inanspruchnahme von Maklerleistungen nach Kenntnis des Provisionsverlangens angenommen worden ist. Die Klägerin habe nur davon ausgehen dürfen, daß Sch. bei den Erwerbsverhandlungen am 28. Januar 1994 und beim Ortstermin am 4. März 1994 allein für die zu dieser Zeit schon zur Unternehmensgruppe gehörenden Firmen handele.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, ihr dem Schreiben vom 20. Januar 1994 zu entnehmendes Angebot zum Abschluß eines Maklervertrags sei dahin zu verstehen, daß es Sch. entsprechend den Bedürfnissen und den Zielen seiner Unternehmensgruppe freigestanden habe, dieses Angebot einem bestimmten Unternehmen zuzuordnen. Dies sei in der Weise geschehen, daß Sch. im Namen der damals noch im Gründungsstadium befindlichen Beklagten den notariellen Kaufvertrag abgeschlossen habe. Die Beklagte schulde daher die Maklerprovision.

Die von der Klägerin für richtig gehaltene Auslegung des Schreibens vom 20. Januar 1994 ist rechtlich möglich. Demzufolge wäre im Zeitpunkt des von der Klägerin behaupteten Zugangs bzw. der Annahme des Angebots auf Abschluß eines Maklervertrags der Vertragspartner der Klägerin noch unbestimmt gewesen, die Person des Auftraggebers der Klägerin wäre vielmehr erst später - durch Auswahl und Bestimmung der den Hauptvertrag abschließenden Firma bzw. Gesellschaft durch den als Vertreter fungierenden Sch. - festgelegt worden.

Eine solche Vertragsgestaltung begegnete keinen rechtlichen Bedenken. Der Vertretene braucht bei der Vornahme eines Vertretergeschäfts noch nicht bestimmt zu sein. Es genügt, daß die nachträgliche Bestimmung dem Vertreter überlassen wird oder vereinbarungsgemäß aufgrund sonstiger Umstände erfolgen soll (Senat, Urteil vom 23. Juni 1988 - III ZR 84/87 - NJW 1989, 164, 166). Wird der Geschäftspartner nachträglich bestimmt, so kommt das Geschäft erst dadurch zustande. Eine Rückwirkung entsprechend §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB findet nicht statt (MünchKommBGB/Schramm, 3. Aufl., § 164 Rn. 20; Soergel/Leptien, BGB, 12. Aufl., vor § 164 Rn. 33; Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., § 164 Rn. 9). Angesichts dieser fehlenden Rückwirkung ist es auch unerheblich, ob die zum Vertragspartner bestimmte Person im Zeitpunkt der Vornahme des Vertretergeschäfts "bloß" unbestimmt oder aber - wie hier - noch gar nicht existent war.

Einer Inanspruchnahme der beklagten Kommanditgesellschaft stünde nicht entgegen, daß im Zeitpunkt des notariellen Kaufvertragsschlusses zwar die Komplementär-GmbH, nicht aber auch die KG selbst im Handelsregister eingetragen war. Dies würde unabhängig davon gelten, ob die Beklagte ein Grundhandelsgewerbe im Sinne von § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Ist dies nicht der Fall, so hätte zwar die Beklagte vor ihrer Eintragung nicht als KG, sondern als BGB-Gesellschaft bestanden. Dies würde aber nichts daran ändern, daß mit der Eintragung auch ohne besonderen Übertragungsakt die KG Trägerin al-

ler im Gründungsstadium begründeten Rechte und Pflichten geworden wäre (vgl. BGHZ 69, 95, 101).

2. Auch das Berufungsgericht stellt nicht in Frage, daß nach den Umständen des Falles Sch. wählen bzw. bestimmen konnte, welches der Unternehmen seiner Gruppe das von der Klägerin nachgewiesene Ferienhotel letztlich kaufen sollte und dieses Unternehmen auch die Beklagte sein konnte. Nach Auffassung des Berufungsgerichts besagt die Wahlmöglichkeit aber nicht, daß auch die das Ferienhotel erwerbende Gesellschaft zugleich zum Vertragspartner des Maklervertrags bestimmt werden sollte. Es spreche vielmehr alles dafür, daß bereits zu Beginn der Durchführung des Maklervertrages der Vertragspartner feststehen sollte und zur sachgerechten Handhabung auch feststehen mußte. Dies könne nicht nachträglich festgelegt werden und schon gar nicht zu einem Zeitpunkt, in dem - wie das vorliegend im Hinblick auf das Gespräch vom 28. Januar 1994 und die Ortsbesichtigung in Z. am 4. März 1994 der Fall sei - die geschuldete Maklerleistung bereits überwiegend erbracht worden sei.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist eine "Notwendigkeit" für eine so frühzeitige Festlegung des Vertragspartners eines Maklervertrags nicht zu erkennen. Aufgrund dieses Rechtsfehlers verstellt sich das Berufungsgericht den Blick für eine interessengerechte Auslegung (vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Juni 1993 - VIII ZR 205/92 - NJW-RR 1993, 1203, 1204; vom 8. Juni 1994 - VIII ZR 103/93 - NJW 1994, 2228, 2229).

a) Allerdings führt, entgegen der Auffassung der Revision, die Auslegung des Berufungsgerichts nicht in einseitiger Bevorzugung der Interessen der Beklagten dazu, daß sich jemand der Zahlung des Maklerlohns ohne weiteres entziehen kann, indem er die ihm und den von ihm beherrschten Unternehmen nachgewiesene bzw. vermittelte Immobilie durch eine kurz vor Abschluß des Hauptgeschäfts eigens ins Leben gerufene Gesellschaft erwerben läßt. Die Revision übersieht hierbei, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, daß nach dem Wortlaut des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB der Maklerkunde nicht selbst Partner des Hauptvertrags zu werden braucht (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1996 - IV ZR 335/94 - WM 1996, 722, 723; Senatsurteil vom 20. Juni 1996 - III ZR 219/95 - NJW-RR 1996, 1459, 1460). So verneint denn auch das Berufungsgericht keineswegs das Zustandekommen eines Maklervertrags oder das Entstehen einer Provisionsforderung wegen des Nachweises oder der Vermittlung des Ferienhotels Z. überhaupt. Seiner Auffassung nach kommen als Schuldner einer Provisionsforderung der Klägerin sogar eine ganze Reihe von Firmen oder Gesellschaften in Frage, nämlich diejenigen, die im Zeitpunkt des - unterstellten - Zugangs des Schreibens vom 20. Januar 1994 bzw. im Zeitpunkt der Annahme des darin liegenden Angebots auf Abschluß eines Maklervertrags bereits zur Sch.-Gruppe gehörten.

b) Indes ist es nicht erforderlich, daß bereits zu diesem Zeitpunkt feststeht, wer Partner des Maklervertrags ist.

Aufgrund der "beherrschenden" Stellung des Sch. innerhalb seiner Unternehmensgruppe kann nicht zweifelhaft sein,

daß bei Zustandekommen des Hauptvertrags mit einer Sch.-Firma bzw. Gesellschaft, die gegenüber Sch. entfaltete Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit für den Hauptvertragsschluß ursächlich geworden ist. Daß diese Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit, wenn erst durch die Benennung der "Käufer-Firma" der Partner des Maklervertrags bestimmt worden sein sollte, bereits vor dem Zustandekommen des Maklervertrags ausgeübt worden wäre, stünde einer Provisionspflicht nicht entgegen. Eine Maklerprovision kann auch für einen bereits erbrachten Nachweis versprochen werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 1985 - IVa ZR 139/83 - WM 1985, 1422, 1423; und vom 28. November 1990 - IV ZR 193/89 - BGHR BGB § 652 Abs. 1 - Provisionsversprechen 1).

Hinsichtlich etwaiger nach Vornahme des Vertretergeschäfts aber vor Bestimmung des Vertretenen begangener Pflichtwidrigkeiten bestünden zudem keine Bedenken, die Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo anzuwenden.

c) Ungeachtet dessen ist nicht zu verkennen, daß gerade der Makler im allgemeinen ein besonderes Interesse daran hat, bereits bei Erbringen seiner Nachweis- oder Vermittlungsleistung Klarheit darüber zu haben, ob und mit wem ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Indes läßt das Berufungsgericht unberücksichtigt, daß auch auf der Grundlage seiner Konstruktion diese Gewißheit über die Person des Maklervertragspartners auf seiten der Klägerin nicht geschaffen worden ist. Der Klägerin war nicht bekannt, welche Firmen oder Gesellschaften zu welchem Zeitpunkt Teil der Sch.-Gruppe waren

oder geworden sind - nach Angaben des Sch. in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wären als Adressat des Schreibens etwa 110 Gesellschaften in Frage gekommen -; über die jeweilige Zusammensetzung der Sch.-Gruppe hatte sie nie Aufklärung verlangt oder erhalten. Die Klägerin hätte daher auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts vor Geltendmachung ihrer Provisionsforderung erst noch Ermittlungen darüber anstellen müssen, ob sie auch die "richtige" Gesellschaft in Anspruch nahm. Der einfache, naheliegende und von ihr auch eingeschlagene Weg, sich nämlich an diejenige "Sch.-Gesellschaft" zu halten, die die nachgewiesene Gelegenheit zum Abschluß des Hauptvertrags wahrgenommen hat, wäre ihr danach verwehrt gewesen.

Dem Interesse der Klägerin, bereits im Zeitpunkt der Erbringung ihrer Maklerleistung einen "festen" Vertragspartner an die Hand zu bekommen, hätte einfach und wirkungsvoll durch einen Maklervertragsschluß auch mit Sch. selbst entsprochen werden können (Eigengeschäft neben einem Vertretergeschäft mit zunächst noch unbestimmtem Vertretenen). Ein solches Angebot - das, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, nach dem Inhalt des Aufforderungsschreibens vom 16. November 1993, in dem Sch. ausdrücklich auch um Angebote an ihn persönlich gebeten hatte, durchaus nahegelegen hätte - ist nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht erfolgt, weil das Schreiben vom 20. Januar 1994 nur an die Sch.-Gruppe adressiert worden sei. Ist aber diese formale Betrachtung richtig - dafür spricht, daß die Klägerin selbst nicht geltend macht, auch mit Sch. persönlich einen Maklervertrag abgeschlossen zu haben -, so legt dies den Schluß nahe, daß die Klägerin of-

fenbar keinen Wert auf eine frühzeitige Festlegung ihres Maklervertragspartners gelegt hat. Dann geht es aber nicht an, ein bestimmtes Auslegungsergebnis mit Interessenerwägungen zu begründen, die die "begünstigte" Vertragspartei ersichtlich zu keinem Zeitpunkt in Betracht gezogen hat.

II.

Die Auslegung des Berufungsgerichts erweist sich somit als rechtsfehlerhaft. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO); insbesondere wäre ein zwischen den Parteien zustande gekommener Maklervertrag nicht deshalb nach § 134 BGB nichtig, weil die Klägerin im fraglichen Zeitraum nicht im Besitze einer Maklererlaubnis nach § 34 c GewO war (BGHZ 78, 269, 271 f).

Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich, da sich aufgrund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen läßt, ob zwischen den Parteien ein Maklervertrag zustande gekommen ist bzw. eine Provisionspflicht nach § 354 Abs. 1 HGB besteht. Dies hat das Berufungsgericht, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats, erneut zu prüfen.

Für die weitere Verhandlung und Entscheidung weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

Sollte das Schreiben vom 20. Januar 1994 nicht zugegangen sein, so kann - wie es bereits das Landgericht angenommen hat - für die Frage, ob gleichwohl angesichts der durchgeführten Erwerbsverhandlungen und des Ortstermins in Z. maklervertragliche Beziehungen zwischen den Parteien zustande gekommen sind, das - unstreitig zugegangene - Schreiben der Klägerin vom 23. November 1993 bedeutsam sein. Aus dem Umstand, daß die Sch.-Gruppe an dem mit diesem Schreiben angebotenen Sporthotel Sp. kein Interesse hatte, ergibt sich noch nicht - wie das Berufungsgericht offenbar meint -, daß dieses Schreiben für die Rechtsbeziehungen der Parteien ohne Belang ist. Möglicherweise konnte bzw. mußte Sch. bereits diesem Schreiben mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, daß auch eine in bezug auf das Ferienhotel Z. entfaltete Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit als (provisionspflichtige) Maklerleistung der Klägerin und nicht als eine (unentgeltliche oder von dritter Seite zu entlohnende) Beratertätigkeit für die Firma C. Unternehmensberatung anzusehen ist.

Rinne

Wurm

Streck

Schlick

Dörr