

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2001 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 13. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 1. November 2000 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 - und insoweit aufgehoben, als die Klage gegen den Beklagten zu 1 abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 im Revisionsrechtszug hat die Klägerin zu tragen. Im übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Maklerprovision.

Die Klägerin erhielt im Juli 1997 von der E. W. W./Z. mbH (im folgenden: EWZ) einen Makleralleinauftrag, aufgrund dessen sie ihrer Auftraggeberin für ein mit zwei Wohnblocks bebautes, in der Gemeinde W. gelegenes Grundstücksareal Kaufinteressenten nachweisen und den Abschluß eines Kaufvertrags vermitteln sollte. Vereinbarungsgemäß sollte die Klägerin im Falle eines Kaufvertragsschlusses nur vom Käufer eine Provision erhalten.

Mit Schreiben vom 5. September 1997 übersandte die Klägerin dem Beklagten zu 1 ein Exposé und einen formularmäßig vorbereiteten Kaufantrag, in denen jeweils folgender Hinweis enthalten war:

"Die Provision beträgt 5,75 % des Kaufpreises (inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer in Höhe von 15 %) und ist vom Käufer bei Vertragsabschluß zu zahlen."

Der Beklagte zu 1 reichte den von ihm handschriftlich ausgefüllten, mit dem Datum 11. Oktober 1997 versehenen und eigenhändig unterschriebenen Kaufantrag unter Angabe eines Gesamtkaufpreises von 1,3 Mio. DM bei der Klägerin ein. Dabei war in der im Kaufantrag angeführten Provisionsklausel die Angabe "5,75 %" durchgestrichen und mit dem handschriftlichen Zusatz "nach Vereinbarung" versehen worden.

- 4 -

Mit notariellem Kaufvertrag vom 29. April 1998 erwarben die beiden Beklagten das Grundstück zum Preis von 1,3 Mio. DM.

Mit der zunächst nur gegen den Beklagten zu 1 erhobenen, später auch auf den Beklagten zu 2 erweiterten Klage macht die Klägerin ihren Provisionsanspruch nebst Zinsen geltend. Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 75.400 DM nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung beider Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision hat die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt. Der Senat hat die Revision nur insoweit angenommen, als die gegen den Beklagten zu 1 gerichtete Klage abgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe

Im Umfang der Annahme der Revision führt diese zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat im Unterschied zum Landgericht das Zustandekommen eines Maklervertrags verneint. Hierzu hat es ausgeführt: Zwar sei



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

dem übersandten Exposé wie auch dem Kaufantrag ein eindeutiges Provisionsverlangen der Klägerin zu entnehmen. Dieses Verlangen habe jedoch der Beklagte zu 1 durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel abgelehnt. Dies bedeute, daß es den späteren Kaufvertragsverhandlungen mit der EWZ vorbehalten bleiben sollte, ob die EWZ dem Käufer gegenüber auf Zahlung einer Maklerprovision bestehe. Im Verhältnis der Parteien liege wegen der fehlenden Einigung über die Höhe der Vergütung der typische Fall eines offenen Dissenses (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB) vor.

Die Behauptung der Klägerin, bei späteren Gesprächen über den Erwerb des zum Verkauf angebotenen Grundstücksareals habe die Beklagten-
seite zu erkennen gegeben, daß im Erfolgsfalle die von der Klägerin geforderte Provision gezahlt werde, habe die von der Klägerin benannte und vom Landgericht vernommene Zeugin B. nicht bestätigt. Nach den Schilderungen der Zeugin habe sich der Beklagte zu 1, sobald die Provisionsfrage angesprochen worden sei, ausweichend verhalten und sibyllinisch gelächelt. Dieser Verhaltensweise könne eine ausdrückliche Provisionszusage nicht entnommen werden.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Tritt - wie hier - der erkennbar bereits von einer (hier: der Verkäufer-) Seite eingeschaltete Makler mit einem Interessenten in Kontakt, so muß er, wenn er im Erfolgsfalle von diesem eine Provision verlangen will, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutig zum Ausdruck bringen, daß er auch Makler der anderen Seite sein will. Das geeignete Mittel hierzu ist ein ausdrückliches Provisionsverlangen (BGHZ 95, 393, 395 ff; BGH,

Urteil vom 4. Oktober 1995 - IV ZR 163/94 - NJW-RR 1996, 114; Senatsurteile vom 20. Juni 1996 - III ZR 219/95 - NJW-RR 1996, 1459 und vom 17. September 1998 - III ZR 174/97 - NJW-RR 1999, 361, 362).

Die durch den Umstand, daß jede Seite des Kaufantrags mit der Firmenbezeichnung der Klägerin versehen ist und der Antrag nach Ausfüllung durch einen Kaufinteressenten auch an diese zurückzusenden war, nahegelegte Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe dem Beklagten zu 1 ein solches Provisionsverlangen gestellt, ist rechtsfehlerfrei. Auch die Revisionserwiderung tritt dem nicht entgegen.

2. Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, daß er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluß eines Maklervertrags annehmen will. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der angesprochene Interessent vor Inanspruchnahme der Maklerdienste ausdrücklich erklärt, eine solche Willenserklärung nicht abgeben zu wollen. Das ist der Fall, wenn ein Kaufinteressent es erklärtermaßen ablehnt, einem Makler Provision zahlen zu wollen (Urteil vom 4. Oktober 1995 aaO; BGH, Urteil vom 2. Juli 1986 - IVa ZR 246/84 - NJW-RR 1986, 1496, 1497). Tut er dies, so begründet der Umstand, daß sich der Interessent gleichwohl die Dienste des Maklers gefallen läßt, keine Provisionspflicht; insbesondere setzt er sich mit diesem tatsächlichen Verhalten nicht in Widerspruch zu seiner ablehnenden Erklärung (*protestatio facto contraria*, vgl. Urteil vom 2. Juli 1986 aaO).

Von dieser Rechtsprechung ist im Ansatz auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch rechtsfehlerhaft gemeint, daß der Beklagte zu 1 durch das Ersetzen der Prozentangabe "5,75 %" durch die Worte "nach Vereinbarung" dem Provisionsverlangen der Klägerin derart deutlich entgegengetreten sei, daß ein Maklervertragsschluß spätestens durch Erbringen und Entgegennahme von Maklerdiensten nicht mehr in Betracht kommen könne.

a) Durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel hat der Beklagte keineswegs jede Provisionszahlung abgelehnt, sondern im Gegenteil - wie die Revision zu Recht geltend macht - seine grundsätzliche Bereitschaft zu erkennen gegeben, der Klägerin im Erfolgsfalle eine Vergütung zukommen zu lassen. Dabei versteht es sich vor dem Hintergrund, daß sich der Beklagte zu 1 einem eindeutigen Provisionsverlangen der Klägerin ausgesetzt sah, nahezu von selbst, daß es in erster Linie Sache der Maklervertragsparteien war, sich über die Höhe der Provision zu verständigen. Die Annahme des Berufungsgerichts, vom Empfängerhorizont der Klägerin aus sei das Verhalten des Beklagten zu 1 dahin zu verstehen gewesen, daß etwaige Abreden über Grund und Höhe eines Provisionsanspruchs der Klägerin den Parteien des Hauptvertrags, also der EWZ und dem künftigen Käufer (hier: den beiden Beklagten), vorbehalten bleiben sollten (vgl. nur zu einer derartigen kaufvertraglichen Maklerklausel Senatsurteil BGHZ 131, 318), findet weder im Wortlaut des vorformulierten Kaufantrags noch im Vorbringen der Parteien eine hinreichende Grundlage.

b) Allerdings hat der Beklagte zu 1 deutlich zu erkennen gegeben, daß er nicht dazu bereit sei, eine Provision in der von der Klägerin verlangten Höhe zu zahlen. Die darin zum Ausdruck gekommene fehlende Einigung über die

genaue Entgelthöhe führt jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres dazu, daß die Auslegungsvorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Folge zum Tragen kommt, daß trotz einvernehmlich erbrachter Maklerleistungen der Klägerin kein Maklervertrag zustande gekommen sein kann.

aa) § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ist unanwendbar, wenn sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte erkennbar vertraglich binden wollen. Anzeichen für einen dahingehenden Bindungswillen ist die begonnene Vertragsdurchführung (BGHZ 119, 283, 288). Bezieht sich - wie hier - die Lückenhaftigkeit des Vertrags auf die Höhe der Vergütung, so ist, wenn eine Bindung gleichwohl gewollt ist, diese Lücke entweder über eine ergänzende Vertragsauslegung oder über die (gegebenenfalls entsprechende) Anwendung einer gesetzlichen Regelung (§ 612 Abs. 2, § 632 Abs. 2 BGB) zu schließen (BGH, Urteile vom 2. Oktober 1991 - XII ZR 88/90 - NJW-RR 1992, 517 f und vom 20. Juni 1997 - V ZR 39/96 - NJW 1997, 2671, 2672).

bb) Schon im Hinblick auf vergleichbare Vergütungsregelungen - § 653 BGB entspricht § 612 Abs. 1 und 2 und § 632 BGB - bestehen keine durchgreifenden Bedenken dagegen, diese zu gegenseitigen Verträgen entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze auch bei der Frage heranzuziehen, ob trotz fehlender Einigung über die Provisionshöhe vom Abschluß eines (entgeltlichen) Maklervertrags ausgegangen werden kann (a.A. wohl Dehner, NJW 2000, 1986, 1989; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. März 1985 - IVa ZR 211/82 - NJW 1985, 1895, 1896 m.w.N. zur Anwendbarkeit des § 316 BGB auf Maklerverträge). Zwar ist es dem Makler regelmäßig zuzumuten, zur Wahrung seines Provisionsinteresses Informationen über die Gelegenheit eines Vertragsschlusses

erst dann weiterzugeben, wenn hinsichtlich der Provisionszahlungspflicht des Interessenten klare Verhältnisse geschaffen worden sind. Deshalb handelt ein Makler grundsätzlich auf eigenes Risiko, wenn er ohne hinreichende Vertragsgrundlage einem Interessenten in Erwartung einer späteren Provisionszusage eine Vertragsgelegenheit benennt (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 1985 - IVa ZR 22/84 - NJW 1986, 177, 178). Daraus folgt für die vorliegende Fallgestaltung aber nur, daß die Klägerin ohne Einigung über die Höhe der Provision Gefahr lief, im Erfolgsfalle nicht die im Kaufantrag angegebene, sondern nur eine erheblich niedrigere Provision zu erhalten. Demgegenüber zwingt dies nicht zu dem Schluß, der Klägerin sei selbst dann, wenn sie aufgrund des Verhaltens des Beklagten zu 1 und der gesamten Begleitumstände davon ausgehen durfte, sie entfalte ihre Maklertätigkeit auch im Auftrag des Beklagten zu 1, jegliche Provisionsforderung abzusprechen.

c) Auch wenn bei der Frage der Unanwendbarkeit der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle einer fehlenden Einigung über die Höhe der zu zahlenden Provision bei Maklerverträgen mehr Zurückhaltung geboten sein sollte als bei anderen (gegenseitigen) Verträgen, so ist doch vorliegend zu berücksichtigen, daß ersichtlich nicht nur die Klägerin, sondern auch der Beklagte zu 1 - zunächst - vom Bestehen maklervertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien ausgegangen ist. So hat er nach Erhalt der Provisionsrechnung der Klägerin die Begleichung dieser Rechnung nicht unter Hinweis auf das Fehlen maklervertraglicher Bindungen verweigert, sondern (unter anderem) geltend gemacht, daß die Höhe der Courtage noch zu vereinbaren sei.

Im übrigen hat sich das vom Berufungsgericht angeführte ausweichende Verhalten und sibyllinische Lächeln des Beklagten zu 1 auf die gesprächswei-

se gemachten Hinweise der Klägerin bezogen, das Streichen der im Kaufvertrag enthaltenen Prozentangabe ändere nichts daran, daß der Beklagte (im Hinblick auf die einvernehmlich erbrachte Maklertätigkeit) im Erfolgsfalle die ausgewiesene Provision in voller Höhe zu zahlen habe. Daß die Klägerin dem Verhalten des Beklagten zu 1 hätte entnehmen müssen, er werde jede Provisionszahlung verweigern, ergibt sich daraus nicht, eher das Gegenteil.

4. Die vollständige Abweisung der gegen den Beklagten zu 1 erhobenen Zahlungsklage kann somit keinen Bestand haben. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben.

II.

Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses hat Gelegenheit, die Frage der Provisionszahlungspflicht des Beklagten zu 1 erneut unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen.

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

1. Bei der Frage, ob der Beklagte zu 1 im nachhinein anlässlich des "Bietergesprächs" am 29. Oktober 1997 oder zu einem späteren Zeitpunkt die von der Klägerin zu 1 im Exposé und im Kaufantrag angegebene Provisionshöhe von 5,75 % bzw. (wegen der zwischenzeitlich erfolgten Anhebung des Mehrwertsteuersatzes) 5,8 % des Kaufpreises akzeptiert hat, kommt, wie das Berufungsgericht selbst (wenn auch unter anderem Blickwinkel) angenommen hat,

der Aussage der Zeugin B. eine zentrale Bedeutung zu. Das Berufungsgericht wird sich daher, wenn diese Aussage erneut zu würdigen und zugleich über die wiederholte Vernehmung der Zeugin zu befinden ist, mit den von der Revision insoweit vorgebrachten Argumenten zu befassen haben.

2. Sollte sich nicht feststellen lassen, daß im nachhinein eine Einigung über die Provisionshöhe erfolgt ist, aber gleichwohl eine Zahlungspflicht des Beklagten zu 1 - nach Maßgabe der obigen Ausführungen des Senats - besteht, so gilt:

a) Bei der Bestimmung der der Klägerin zustehenden Maklerprovision ist vorliegend § 316 BGB nicht anwendbar. Der Beklagte zu 1 hat durch die handschriftliche Änderung der Provisionsklausel deutlich zu erkennen gegeben, daß er die Festsetzung der Provision nicht dem - nur durch Billigkeitsgrundsätze beschränkten - Ermessen der Klägerin überlassen wollte (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 1985 - IVa ZR 139/83 - NJW-RR 1986, 50, 51).

b) Bei der Bemessung der zu zahlenden Maklerprovision ist nach Maßgabe des § 653 Abs. 2 BGB, gegebenenfalls unter Berücksichtigung gewisser Spannen, und unter Beachtung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung der "angemessene" Betrag festzulegen (BGH, Urteil vom 13. März 1985 aaO S. 1897). Dieser Betrag darf keinesfalls den sich nach Maßgabe der im Exposé und im Kaufantrag enthaltenen Vorgaben der Klägerin ergebenden Provisionsbetrag überschreiten. Es wäre widersinnig, wenn die Weigerung des Beklagten zu 1, der Klägerin eine Provision in der von dieser geforderten Höhe zu versprechen, bewirkte, daß er im Ergebnis mehr an Provision zu zahlen

hätte als bei einer Billigung des vorgegebenen Prozentsatzes (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 1985 aaO).

Rinne

Wurm

Streck

Schlick

Dörr