

19

Verkündet
am 16. Oktober 1958
Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2507 010

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Hotelier Alfred K [REDACTED], A [REDACTED], Ho [REDACTED],
Café V [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H. R [REDACTED], Inhaber Fritz B [REDACTED], D [REDACTED],
W [REDACTED]-M [REDACTED]-H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1958 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Dr. Nörr
und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenates des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 27. März 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an den
8. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Frau S [REDACTED] und der Beklagte haben am 13. Januar 1956 gemeinsam von der Wi [REDACTED] Brauerei das "Café V [REDACTED]" in A [REDACTED] gepachtet. Die Klägerin, eine D [REDACTED] Maklerfirma, verlangt für den Abschluß dieses Vertrages eine Provision von 6.480 DM nebst Zinsen. Dem Streit der Parteien liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte gab etwa im August 1955 ein Inserat auf, er suche als internationaler Hotelfachmann ein Hotelrestaurant oder Café. Die Immobilienfirma Ha [REDACTED] in M [REDACTED], die ihre Ansprüche an die Klägerin abgetreten hat, übersandte dem Beklagten im September 1955 ihr Sammelangebot IV/55. Der Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 3. September 1955, er bitte um Zusendung von Spezialangeboten. Die Firma Ha [REDACTED] schickte dem Beklagten daraufhin am 6. September 1955 zwei Spezialangebote und teilte ihm mit, sie stehe auch mit weiteren Angeboten zur Verfügung; in diesem Schreiben hieß es: "Unsere Bemühungen für Sie verstehen sich vorerst vollkommen unverbindlich und kostenlos. Lediglich bei Abschluß eines durch uns nachgewiesenen Objektes beanspruchen wir von Ihnen die ortsübliche Maklergebühr." Am 8. September 1955 bat der Beklagte um weitere Spezialangebote. Er erhielt darauf von der Firma Ha [REDACTED] u.a. das Angebot 50/1319 Rh., das folgenden Vermerk enthielt: "Drei Prozent Vermittlungsprovision von der Gesamtpachtsumme von mindestens fünf und höchstens 10 Jahren." Der Beklagte bedankte sich am 13. September 1955 für dieses Angebot und bat um nähere Angaben und Einzelheiten. Am 14. September 1955 teilte ihm die Firma Ha [REDACTED] mit, es handle sich bei dem Angebot um das Café V [REDACTED] in A [REDACTED]. In diesem Schreiben hieß es, Inhaber des Cafés sei Herr Be [REDACTED]. Bezüglich einer Besichtigung oder persönlichen Verhandlung würde es sich empfehlen, wenn sich der Beklagte mit der Klägerin

in Verbindung setzte. Herr B., der Inhaber der Klägerin, werde ihm weitere Auskunft geben. Gleichzeitig teilte die Firma Ha. der Klägerin mit, daß sich der Beklagte für das Café V. interessiere. Am 15. September schrieb der Beklagte der Klägerin, er habe von der Firma Ha. erfahren, daß das Café V. zu pachten sei. Er möchte sich zwecks Besichtigung und persönlicher Verhandlung mit Herrn B. in Verbindung setzen; er sei an dem Objekt interessiert und bitte um weitere Angaben. Mit Schreiben vom 20. September 1955 erhielt er von der Klägerin weitere Angaben; dieses Schreiben enthielt u.a. folgenden Vermerk: "Drei Prozent Provision der Gesamtpachtvertragssumme von mindestens fünf und höchstens zehn Jahren zu Pächters Lasten." In dem Begleitschreiben hieß es, die Klägerin stehe zu einer Besichtigung und weiteren Besprechung zur Verfügung. Am 22. September 1955 rief der Beklagte die Klägerin aus Baden-Baden an und stellte seinen Besuch in Aussicht. Am 24. September 1955 rief der Beklagte erneut, diesmal von N. an, und kündigte seinen Besuch für die nächste Stunde an. Das Büro der Klägerin riet ihm jedoch, er solle nicht erst nach D., sondern gleich nach A. fahren und unmittelbar mit Herrn Be. verhandeln; die Klägerin wolle den Beklagten dort anmelden. Der Beklagte hat daraufhin mit Herrn Be. verhandelt. Bei diesen Verhandlungen ergab sich, daß Herr Be. nur Pächter des Cafés war und das Café nicht unterverpachten konnte, da die Eigentümerin des Hauses, Frau de L., das Café bereits am 9. August 1955 an die Wi. Brauerei verpachtet und die Wi. Brauerei es an Herrn Ku. unterverpachtet hatte. Frau S. und der Beklagten gelang es jedoch, die Wi. Brauerei und Herrn Ku. zu veranlassen, daß der Unterpachtvertrag mit Ku. aufgehoben und am 13. Januar 1955 ein Unterpachtvertrag mit ihnen abgeschlossen wurde. Die Klägerin erfuhr hiervon, als sie am 19. Februar 1956 bei Be. anrief, um sich nach dem Stand der Angelegenheit zu erkundigen.



XJ

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, zwischen dem Beklagten und der Klägerin oder deren Rechtsvorgängerin (Firma Ha [REDACTED]) sei ein Maklervertrag zustande gekommen. Diese Ausführungen sind zutreffend und halten auch gegenüber dem Hinweis der Revision auf eine Entscheidung des Kammergerichts (NJW 58 S.63) stand, in der ausgeführt ist, ein vom Verkäufer beauftragter Makler müsse, um vom Käufer eine Provision verlangen zu können, dem Käufer deutlich zu erkennen geben, daß er von ihm einen Maklerlohn verlange. Dieser Hinweis ist nicht geeignet, der Revision zum Erfolg zu verhelfen. Die Voraussetzungen, die das Kammergericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW 1958, 299) an das Zustandekommen eines Maklervertrages stellt, sind im vorliegenden Fall gegeben. Mit Recht stellt es das Berufungsgericht vor allem auf das Schreiben vom 6. September 1955 ab, in dem die Rechtsvorgängerin der Klägerin der Beklagten ausdrücklich mitgeteilt hatte, daß ihre Bemühungen zwar vorerst unverbindlich seien, daß aber bei Abschluß eines durch sie nachgewiesenen Objektes die ortsübliche Maklergebühr von ihm, dem Beklagten, verlangt werde. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch weiter ausgeführt, der Beklagte habe den Vermerk der Klägerin in ihrem Schreiben vom 20. September 1955, die Provision gehe "zu Pächters Lasten", nach dem vorangegangenen Schriftwechsel dahin verstehen müssen, daß er, der Beklagte, bei Abschluß des Pachtvertrages provisionspflichtig sei.

II.

Das Berufungsgericht hat weiter dargelegt, der Beklagte habe die Klägerin (und ihre Rechtsvorgängerin) mit dem Nachweis und der Vermittlung beauftragt. Die Klägerin habe zwar nur nachgewiesen, nicht vermittelt. Trotzdem müsse die Beklagte die Vermittlungsprovision entrichten. Denn die Klägerin habe mit Schreiben vom 20. September 1955 ihre Vermittlungsdienste zur Verfügung gestellt. Es sei auch unstreitig, daß die Klägerin ihre Vermittlungsdienste nicht etwa dem Beklagten verweigert habe. Da der Beklagte auf die Dienste der Klägerin verzichtet und den Vertrag ohne Benachrichtigung und Inanspruchnahme der Klägerin hinter ihrem Rücken zustande gebracht habe, schulde er die Provision bereits für den Nachweis des Objektes. Der Beklagte habe die Klägerin ausgeschaltet; er müsse daher rechtlich so gestellt werden, wie wenn die Klägerin den Vertrag vermittelt hätte.

Die Revision greift diese Ausführungen an. Die Angriffe sind im Ergebnis berechtigt. Ist die Klägerin Vermittlungsmäklerin gewesen, so steht ihr eine Provision nur zu, wenn sie den Unterpachtvertrag vermittelt hat; ist der Vertrag durch ihren bloßen Nachweis zustande gekommen, so kann sie keine Provision beanspruchen (Reichel, Die Maklerprovision, 1913 S.148). Von diesem Grundsatz könnte nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Beklagte die Nachweistätigkeit der Klägerin verwertet, aber verhindert hätte, daß die Klägerin als Vermittlungsmäklerin tätig geworden sei. Der Beklagte würde arglistig handeln, wenn er sich dann darauf beriefe, die Klägerin sei ihren Verpflichtungen als Vermittlungsmäklerin nicht nachgekommen; denn daß sie diese Verpflichtungen nicht erfüllt hat, würde in diesem Fall auf dem Verhalten der Beklagten beruhen (vgl. RGRK 10. Aufl. § 652 Anm. 2 c). Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Voraussetzungen dieses Ausnahmefalles gegeben

seien. Die von den Parteien vorgetragenen und vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen reichen aber nicht aus, um das Vorliegen dieser Voraussetzungen annehmen zu können. Der Beklagte hat sich nicht heimlich, hinter dem Rücken der Klägerin, mit Be [REDACTED] in Verbindung gesetzt. Die Klägerin hat vielmehr selbst den Beklagten aufgefordert, unmittelbar mit Be [REDACTED] zu verhandeln. Es war nicht Sache des Beklagten, der Klägerin mitzuteilen, zu welchen Ergebnissen seine Verhandlungen mit Be [REDACTED] geführt hatten, und die Klägerin zu bitten, nunmehr als Vermittlerin tätig zu werden. Es war vielmehr Aufgabe der Klägerin als Vermittlungsmäklerin, sich ihrerseits um das Zustandekommen des Vertrages durch Einwirkung auf den Vertragsgegner ihres Auftraggebers zu bemühen. Ein Vermittlungsmäkler kann keine Vermittlungsgebühr beanspruchen, wenn er seinem Auftraggeber das Objekt nachweist, ihn zu unmittelbaren Verhandlungen mit dem Vertragsgegner auffordert und sich dann nicht mehr um den Abschluß des Vertrages kümmert, die Verhandlungen vielmehr ausschließlich von seinem Auftraggeber und dessen Vertragsgegner führen läßt. Die Klägerin hat auch nicht geltend gemacht, sie sei in der Ausübung der von ihr vorgesehenen Vermittlungstätigkeit beeinträchtigt worden. Daß sie sich nach dem Anruf vom 24. September 1955 nicht mehr um das Zustandekommen des Pachtvertrages bemüht hat, beruht vielmehr offenbar darauf, daß sie der Auffassung war, ihr stehe bereits für ihre Nachweistätigkeit eine Provision zu; in der Klageschrift verlangt die Klägerin eine Provision für ihren Nachweis zum Abschluß eines Pachtvertrages, und sie führt später aus, sie sei als Nachweismäklerin tätig gewesen.

Die Revision greift auch mit Recht die Ausführungen des Berufungsgerichts an, der Beklagte habe auf die Vermittlungsdienste der Klägerin verzichtet. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe ihre Vermittlerdienste, auf die der Beklagte verzichtet habe, in ihrem Schreiben vom 20. Sep-

tember 1955 angeboten. In diesem Schreiben hat die Klägerin sich dem Beklagten aber nur zu einer Besichtigung und zu einer Besprechung mit dem Beklagten zur Verfügung gestellt. Im übrigen ist es zweifelhaft, ob dieses Schreiben nicht durch die fernmündliche Unterredung vom 24. September 1955 überholt ist, in dem die Klägerin den Beklagten aufforderte, unmittelbar mit Be [REDACTED] zu verhandeln. Jedenfalls aber hat die Klägerin dem Beklagten nicht angeboten, mit der Wi [REDACTED] Brauerei (und Ku [REDACTED]) zu verhandeln. Auf diese Verhandlungen kam es aber an; nur die Wi [REDACTED] Brauerei, nicht Be [REDACTED], war zum Abschluß eines Unterpachtvertrages berechtigt. Dies war der Klägerin jedoch unbekannt. Sie hatte von Be [REDACTED] den Auftrag erhalten, sich um einen Pachtinteressenten zu kümmern, und sie ging davon aus, Be [REDACTED] sei zum Abschluß eines Pachtvertrages berechtigt. Die von den Parteien vorgetragenen und vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen reichen also nicht zu der Annahme des Berufungsgerichts aus, die Beklagte habe auf diese Vermittlungstätigkeit verzichtet.

Ist die Klägerin Vermittlungsmäklerin gewesen, so steht ihr somit für ihre bloße Nachweistätigkeit nicht aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen eine Provision zu. Andererseits ist die Klage auch nicht etwa abweisungsreif, weil die Klägerin Vermittlungsmäklerin gewesen ist, sie aber nur eine Nachweistätigkeit ausgeübt hat. Denn die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Klägerin sei Vermittlungsmäklerin gewesen, sind rechtlich nicht bedenkenfrei. Das Berufungsgericht hat diese seine Auffassung nicht begründet; es hat lediglich ausgeführt, der zwischen der Klägerin (und ihrer Rechtsvorgängerin) und dem Beklagten geführte Briefwechsel ergebe dies. Auch sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Widerspruch. So heißt es an anderer Stelle des Berufungsurteils und in anderem Zusammenhang, der Beklagte habe, wie der gesamte Schriftwechsel zeige, den Nachweis oder die Vermittlung in Auftrag

gegeben, der Beklagte habe der Klägerin die Zahlung der Provision für den Fall versprochen, daß ein von ihr nachgewiesener oder vermittelter Vertrag zustande komme. Das Berufungsgericht wird daher erneut prüfen müssen, ob die Klägerin Vermittlungsmäklerin gewesen ist oder ob der Briefwechsel möglicherweise so auszulegen ist, daß die Klägerin, falls sie neben der Nachweistätigkeit auch Vermittlerdienste leisten sollte, die Provision bereits dann erhalten sollte, wenn der Abschluß des Vertrages lediglich auf den Nachweis zurückzuführen wäre.

Das Berufungsurteil ist somit nicht frei von Rechtsirrtum. Es mußte daher aufgehoben werden. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif war, war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht, und zwar zweckmäßigerweise an einen anderen Senat des Berufungsgerichts, zurückzuverweisen.

III.

Sollte das Berufungsgericht in der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, die Klägerin könne bereits für den Nachweis des Objektes eine Provision verlangen, so wird die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängen, ob der Beklagte das ihm von der Klägerin oder deren Rechtsvorgängerin nachgewiesene Geschäft abgeschlossen hat. Das Berufungsgericht hat die sich hierbei ergebende Frage, ob der vom Beklagten abgeschlossene und der von ihm angestrebte Vertrag wirtschaftlich gleich seien, nicht frei von Rechtsirrtum beantwortet. Das Berufungsgericht wird daher bei der neuen Verhandlung auf folgende Gesichtspunkte zu achten haben:

Das Berufungsgericht hat zugunsten des Beklagten unterstellt, daß das Inventar, dessen Wert bei Neuanschaffung die Klägerin mit weit über 100 000 DM und dessen Übernahme-

preis sie mit 75 000 DM angegeben hatte, 125 000 DM gekostet habe und der Beklagte, weil er dieses Geld nicht gehabt habe, den Pachtvertrag nicht allein, sondern zusammen mit Frau S. [REDACTED] habe abschließen müssen. Das Berufungsgericht hat weiter unterstellt, daß der Beklagte im Innenverhältnis nur Geschäftsführer mit festem Gehalt sei und den Pachtvertrag ausschließlich deshalb unterschrieben habe, um nach aussen hin zur Verstärkung der Haftung gegenüber der Wi. [REDACTED] Brauerei beizutragen. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, auch in diesem Fall bestünden an der Identität zwischen dem geplanten und dem abgeschlossenen Geschäft keine Bedenken. Der Beklagte habe sich auch dann die Maklerdienste der Klägerin zunutze gemacht. "Auch in solchem Falle hätte er - zum Teil zugunsten von Frau S. [REDACTED] - das ihm nachgewiesene Objekt i.S. der Provisionsklausel, abgeschlossen."

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten, wie der Revision zuzugeben ist, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es kommt nicht darauf an, ob der Beklagte sich die Maklerdienste der Klägerin in irgendeiner Weise zunutze gemacht hat. Entscheidend ist vielmehr, ob der Beklagte das ihm von der Klägerin nachgewiesene Geschäft abgeschlossen hat, und diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn das zustandegekommene Geschäft von dem nachgewiesenen und angestrebten Geschäft wirtschaftlich nicht unerheblich zu seinem Nachteil abweicht (vgl. RGRK 10. Aufl. § 652 Anm. 2 b).

Auch die weitere Ausführung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe das ihm nachgewiesene Objekt - zum Teil zugunsten von Frau S. [REDACTED] - abgeschlossen, ist nicht rechtsirrtumsfrei. Der Beklagte hat den Pachtvertrag auch nicht teilweise zugunsten der Frau S. [REDACTED] abgeschlossen. Möglicherweise schwebt dem Berufungsgericht der Gedanke vor, der Beklagte sei auch dann provisionspflichtig, wenn Frau S. [REDACTED]

die den Pachtvertrag abgeschlossen habe, die Kenntnis von der Möglichkeit des Vertragsabschlusses vom Beklagten erhalten hätte, da dieser seine Kenntnis wiederum auf Grund der Nachweistätigkeit der Klägerin erlange habe. Die Klägerin hat in diesem Sinne ausgeführt, der Beklagte habe der Frau S. das Objekt, das diese noch nicht gekannt habe, mitgeteilt, und er habe sich hierdurch schadensersatzpflichtig gemacht, weil er der Klägerin gegenüber verpflichtet gewesen sei, das Objekt Dritten gegenüber geheimzuhalten. Der Beklagte hat aber dieses Vorbringen der Klägerin bestritten und das Berufungsgericht hat insoweit keine Feststellungen getroffen.

Auch die Hilferwägung des Berufungsgerichts, die Behauptung des Beklagten über das Innenverhältnis zu Frau S. sei nicht hinreichend im einzelnen dargetan und überdies ohne Beweis geblieben, ist nicht frei von Rechtsirrtum. Die Revision rügt mit Recht eine Verletzung des § 139 ZPO; das Berufungsgericht hätte, wenn es das Innenverhältnis zwischen Frau S. und dem Beklagten für erheblich hielt, dem Beklagten aufgeben müssen, sich insoweit vollständig zu erklären. Das Berufungsgericht durfte es insoweit auch nicht darauf abstellen, daß die Beklagte keinen Beweis angetreten hatte. Es steht nicht einmal fest, ob die Klägerin die vom Beklagten vorgetragenen Tatsachen bestreitet. Die vom Beklagten vorgetragenen Tatsachen sind in seinem nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz enthalten, den nachzureichen ihm in der letzten mündlichen Verhandlung gestattet war.

Schließlich führt das Berufungsgericht aus, der Beklagte müsse auch dann die Provision zahlen, wenn das abgeschlossene Geschäft von dem angestrebten Geschäft wirtschaftlich abweiche. Denn durch den Abschluß des Vertrages zu den neuen Bedingungen habe der Beklagte stillschweigend darin eingewilligt, daß der Maklervertrag auf den abweichenden

Pachtvertrag erstreckt werde. Wenn der Beklagte Verhandlungen unter Ausschaltung des Mäklers selbst führe, könne er nicht besser stehen, als wenn er die Verhandlungen im Beisein des Klägers geführt hätte.

Auch diese Hilfserwägung des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht haltbar. Wenn ein Makler nicht das ihm nach dem ursprünglichen Vertrag zu vermittelnde Geschäft, sondern ein anderes zustande bringt, so kann, wenn der Auftraggeber diese Tätigkeit des Mäklers für sich verwertet, unter Umständen angenommen werden, zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber sei stillschweigend ein neuer Mäklervertrag zustande gekommen, der den Abschluß des neuen Geschäftes zum Gegenstand habe (RGRK 10. Aufl. § 652 Anm. 2 b). Voraussetzung für den stillschweigenden Abschluß eines derartigen neuen Mäklervertrages ist aber stets, daß der Makler jedenfalls das neue Geschäft zustande bringt. Diese Voraussetzung liegt jedoch im vorliegenden Fall nicht vor. Selbst wenn man mit dem Berufungsgericht annähme, der Beklagte müßte sich, was den Abschluß des angestrebten (alten) Geschäftes angehe, so verhalten, wie wenn die Klägerin insoweit als Vermittlerin tätig gewesen wäre, so braucht der Beklagte sich jedenfalls für den Abschluß eines anderen (neuen) Geschäftes nicht so behandeln zu lassen, wie wenn der Kläger dieses andere Geschäft vermittelt hätte. Bei dem Abschluß des neuen Geschäftes kann von einer Ausschaltung des Mäklers, der nur mit dem Abschluß des alten Geschäftes beauftragt war,

29

keine Rede sein.

Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr. Reinicke