

Verkündet

am 13. Juni 1957

Hirth, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma M & S KG in D ,
A str.

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die K -Werke AG in D , M Str. ,
vertreten durch ihren Vorstand, Bergrat a.D.
Werner D und Direktor Dr. Josef E ,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. Juni 1957 unter Mitwirkung des
Bundesrichters Dr. Haidinger als Vorsitzenden und der Bundes-
richter Dr. Fischer, Dr. Nörr, Dr. Haager und Liesecke
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 18. Januar 1956 wird auf Kosten der Klägerin
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die gewerbsmäßig Grundstücksgeschäfte vermittelt, schrieb der Beklagten am 13. September 1954, sie sei beauftragt, ein näher bezeichnetes Privathaus zu verkaufen. Dem Justitiar der Beklagten, der zwecks Vereinbarung einer Besichtigung des Hauses am 14. September 1954 bei der Klägerin anrief, teilte ein Mitinhaber der Klägerin mit, bei Zustandekommen des Kaufes sei eine Provision von 3 % des Kaufpreises zu bezahlen. Die Beklagte hat das Grundstück für 100.000 DM gekauft.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Bezahlung einer Provision von 3.000 DM, da nach ihrer Auffassung durch das Schreiben und das Telefongespräch ein Maklervertrag begründet worden ist. Spätestens bei der notariellen Beurkundung habe die Beklagte erkannt, daß sie, die Klägerin, nicht als Maklerin der Verkäuferin aufgetreten sei. Dort sei ihr nämlich, was die Beklagte nicht bestritten hat, mitgeteilt worden, daß der Verkäufer den Makler [REDACTED] beauftragt habe. Da die Beklagte spätestens zu diesem Zeitpunkt in Kenntnis der Tatsache, daß die Klägerin für sie habe auftreten wollen, den Kaufvertrag über dieses ihr nachgewiesene Grundstück geschlossen und somit ihre Vermittlertätigkeit ausgenutzt habe, sei sie zur Zahlung der Provision verpflichtet.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt, da nach ihrer Ansicht kein Maklervertrag mit der Klägerin zustande gekommen sei. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin leitet ihren Anspruch auf Maklerprovision aus der von ihr ausgeübten Nachweis- und Vermittlertätigkeit her. Voraussetzung eines Provisionsanspruchs ist der Abschluß eines Maklervertrags. Ein derartiger Vertrag kann stillschweigend dadurch zustande kommen, daß der Makler bei Anknüpfung der Verhandlungen deutlich zu erkennen gibt, daß er auch für den von ihm angesprochenen Interessenten tätig werden und von ihm Provision beanspruchen wolle, und wenn dieser, obwohl er den Willen des Maklers erkannte oder erkennen mußte, ein schlüssiges Verhalten bekundet, das dem Makler die Überzeugung aufdrängt, es sei der Wille zum Abschluß eines Maklervertrags vorhanden. In diesem Fall muß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von der Annahme des Antrags des Maklers auf Abschluß eines Maklervertrags ausgegangen werden (RG Warn 1910, Nr 318; RG JW 1917, 101; 1938, 456; RG HRR 1934 Nr 795 und 1938 Nr 280; BGH II ZR 62/52 vom 6.5.53). Macht der Makler einem Interessenten unaufgefordert ein Angebot, ohne auf eine etwaige Provisionspflicht hinzuweisen, so kann der Empfänger des Angebots, soweit nicht besondere Umstände etwas Gegenteiliges ergeben, zunächst annehmen, daß eine Provision von ihm nicht verlangt werde (vgl Dyckerhoff-Rinke, Das Recht des Immobilienmaklers S 16).

Das Berufungsgericht hat, ausgehend von dieser Rechtslage, das Schreiben der Klägerin vom 13. September 1954 dahingehend gewürdigt, daß die Beklagte daraus lediglich habe entnehmen können, die Klägerin werde im Auftrag des Verkäufers tätig. In diesem Schreiben heißt es u.a.: "Wir sind beauftragt, das Einfamilienhaus ... zu verkaufen und gestatten uns die Anfrage, ob Sie interessiert sind ... Der Eigentümer ... bittet um ganz besonders ver-



trauliche Behandlung der Angelegenheit. Der Eigentümer gibt das Objekt aus besonderen Geschäftsgründen ab. Eine Innenbesichtigung bitten wir nur nach vorheriger Verständigung mit uns vornehmen zu wollen." Mit diesem Schreiben hatte die Klägerin eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie für den Verkäufer tätig sei. Die Klägerin hat selbst nicht vorgetragen, wie weit aus diesem Schreiben zu entnehmen sei, daß sie für die Beklagte tätig werden und von ihr Provision beanspruchen wolle. Insoweit wird das Urteil auch von der Revision nicht angegriffen.

Das Berufungsgericht hat ferner geprüft, ob nicht durch das Telefongespräch vom 14. September 1953 ein Mäklervertrag zustande gekommen sei. Nach seiner Feststellung hat der Inhaber der Klägerin dem Justitiar der Beklagten, der zwecks Vereinbarung einer Besichtigung des Anwesens anrief, im Laufe des Telefongesprächs erklärt: "Ich mache darauf aufmerksam, daß wir von Ihnen als den Käufern 3 % Provision beanspruchen." Der Justitiar hat als Vertreter der Beklagten dem nicht widersprochen. Das Berufungsgericht hat auch hierin keinen Abschluß eines Mäklervertrags gesehen. Es meint, nach dem vorangegangenen Schreiben habe die Beklagte aus den Worten des Inhabers der Klägerin anläßlich des Telefongesprächs nicht erkennen können, daß die Klägerin vom Verkäufer nicht beauftragt gewesen sei, sondern für sie, die Beklagte, tätig werden und mit ihr einen eigenen Mäklervertrag habe abschließen wollen. Die Klägerin hätte der Beklagten zu erkennen geben müssen, daß sie nicht für den Verkäufer tätig sei, sondern für die Beklagte auftrete. Wenn sie der Auffassung gewesen wäre, daß jenes Telefongespräch die Provisionsverpflichtung der Beklagten ihr gegenüber begründe, hätte es ihrem Interesse entsprochen, wenn sie dies alsbald der Beklagten gegenüber schriftlich bestätigt hätte; dazu wäre auch deshalb Anlaß

gewesen, weil die Klägerin als Kommanditgesellschaft Kaufmann gewesen sei. Den Abschluß eines Mäklervertrags verneint das Berufungsgericht somit in erster Linie - der Gesichtspunkt wird zweimal hervorgehoben - deshalb, weil die Beklagte aus den Worten des Inhabers der Klägerin nicht habe erkennen können, daß die Klägerin vom Verkäufer nicht beauftragt gewesen sei.

Diese Wendung könnte den Eindruck erwecken, als sei das Berufungsgericht von der irrigen Auffassung ausgegangen, eine Beauftragung seitens des Verkäufers schließe den Abschluß eines weiteren Mäklervertrags mit dem Käufer aus. Dies wäre allerdings unrichtig. Ein Makler, der von einer Seite beauftragt ist, verstößt, soweit keine Interessenkollision vorliegt und soweit sich aus dem Mäklervertrag im einzelnen nichts Gegenteiliges ergibt, nicht gegen den Inhalt seines Vertrags, wenn er sich von dem Vertragsgegner ebenfalls eine Mäklergebühr zusagen läßt (RG JW 1938, 456; RG HRR 1934 Nr 795). In diesem Sinne sind aber die Darlegungen des Berufungsgerichts offensichtlich nicht zu verstehen. Dies zeigt schon die Verweisung auf das landgerichtliche Urteil und die Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Celle (NJW 1955, 1400), in der ausdrücklich erörtert ist, daß der Makler mit dem Vertragsgegner seines Auftraggebers in Verbindung treten kann. Das Berufungsgericht wollte vielmehr zum Ausdruck bringen, wenn die Klägerin hätte zu erkennen gegeben, daß sie nicht vom Verkäufer beauftragt sei, so wäre dies für die Beklagte ein Anzeichen dafür gewesen, daß die Klägerin mit ihr einen Mäklervertrag abschließen wolle. Da sie aber nach dem vorausgegangenen Schreiben mit Recht von einer Beauftragung durch den Verkäufer habe ausgehen können, habe sie angenommen, daß es sich lediglich darum handelte, daß ein beauftragter Makler für seinen Auftraggeber Vertragsgegner suche (RG ZeuffArch 76 Nr 47; RG JW 1917, 101; RG HRR 1938, 280). Wie sich aus der Verwei-

31

sung auf das landgerichtliche Urteil ergibt, hat das Berufungsgericht das Verlangen des Inhabers der Klägerin im Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Schreiben dahin ausgelegt, die Beklagte solle sich verpflichten, die vom Verkäufer zu tragende Provision zu übernehmen, daß demnach mit den Worten, daß "wir" von ihnen als dem Käufer 3 % Provision beanspruchen, nicht etwa die Klägerin, sondern die Verkäuferseite als solche gemeint war. Daraus mußte die Beklagte nicht erkennen, daß die Klägerin für sie gegen Entgelt tätig sein wollte. Diese Auslegung ist denkgesetzlich möglich. Das Vorbringen der Revision, es sei zu diesem Zeitpunkt von einer Verkaufsprovision noch nicht die Rede gewesen, enthält, abgesehen davon, daß die Revision von einem andern Wortlaut des Telefongesprächs ausgeht, lediglich einen unzulässigen Angriff gegen die Beweiswürdigung. Im übrigen geht das Berufungsurteil von der Richtigkeit der Behauptung der Beklagten über dieses Gespräch aus, so daß die weiteren Rügen der Revision wegen Übergehung von Beweisanträgen gegenstandslos sind.

Die Revision weist ferner darauf hin, es sei erst nach der Einigung über die Zahlung der 3 % Provision der Name des Maklers des Eigentümers und auch des Eigentümers selbst genannt worden. Damit will sie offensichtlich dartun, die Klägerin habe nähere Einzelheiten über das Verkaufsobjekt erst in dem Augenblick preisgegeben, als sie die Gewähr gehabt habe, von der Beklagten Provision zu erhalten. Das Berufungsgericht habe jedoch diesen Umstand nicht berücksichtigt. Dieses Vorbringen steht einmal im Widerspruch zu dem auch von der Beklagten insoweit nicht bestrittenen Sachverhalt, aus dem sich ergibt, daß der Name des Eigentümers bereits in dem Schreiben vom 13. September 1954 genannt war. Des weiteren hat die Klägerin nicht eindeutig behauptet und unter Beweis gestellt, daß

sie den Diplomkaufmann I. [REDACTED] gegenüber der Beklagten als Mäkler des Verkäufers benannt habe (GA 47, 60, 70). Darauf, daß sich der Diplomkaufmann I. [REDACTED] bei der Berücksichtigung als Mäkler des Verkäufers zu erkennen gegeben habe, brauchte das Berufungsgericht nicht ausdrücklich einzugehen, da es nach den ganzen Umständen die Klägerin ebenfalls als Beauftragte des Verkäufers betrachtete und somit annehmen konnte, daß für den Verkäufer mehrere Mäkler, sei es nebeneinander, sei es im Verhältnis von Haupt- zu Untermäkler tätig waren.

Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht habe mit seinem Hinweis auf eine schriftliche Bestätigung des Abschlusses eines Mäklervertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten "gegen den Grundsatz der Formfreiheit der Rechtsprechung in außerprozessualen Recht" verstoßen. Damit verkennt die Revision die Bedeutung dieser Ausführungen. Das Berufungsgericht wollte lediglich sagen, es wäre Sache der Klägerin gewesen, durch eine eindeutige Erklärung ihre Auffassung zum Ausdruck zu bringen, nachdem sie durch die zumindest unklare, wenn nicht sogar bewußt unklare Fassung des Schreibens vom 13. September 1954 den Eindruck erweckt hatte, daß sie für den Verkäufer Interessenten suche, also lediglich in dessen Auftrag tätig werde. Die Klägerin kann daher auch keinen Provisionsanspruch mit der Begründung erheben, durch das Telefongespräch sei ein Mäklervertrag zustande gekommen. Der Provisionsanspruch ist auch nach der weiteren Entwicklung der Beziehungen zwischen den Parteien nicht gerechtfertigt. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte die Beklagte bei dem Notar vor Abschluß des Kaufvertrags erfahren, daß nicht die Klägerin, sondern ein anderer Mäkler von dem Verkäufer beauftragt sei, daß an den Verkäufer für diesen Mäkler 3 % von der Beklagten zu bezahlen seien und

34

daß außerdem die Klägerin für sich weitere 3 % beanspruche. Der Verkäufer einigte sich mit der Beklagten dahin, daß diese die dem Makler des Verkäufers geschuldete Provision für den Fall nicht zu übernehmen brauche, daß sie an die Klägerin 3 % Provision bezahlen müsse. Die Beklagte erklärte beim Notar, daß sie nur einmal 3 % Provision bezahlen werde, und brachte damit nach der Feststellung des Berufungsgerichts zum Ausdruck, daß sie sich gegenüber der Klägerin nicht für verpflichtet halte. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist unter diesen Umständen mit dem Kaufvertrag nicht zugleich stillschweigend ein Maklervertrag geschlossen worden. Soweit die Revision diesen Rechtsstandpunkt bekämpft, kann ihren Darlegungen nicht gefolgt werden. Ein stillschweigender Abschluß eines Maklervertrags als Grundlage für die Zahlung der Provision wäre nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nur dann zustande gekommen, wenn die Beklagte die Dienste der Klägerin sich auch noch dann hätte gefallen lassen, nachdem sie erkannte oder erkennen mußte, daß von ihr eine Vergütung verlangt werde (RG Warn 1918 Nr 32; RG LZ 1921, 615; RG HRR 1934 Nr 795; RG JW 1938, 456, 1175 1176; BGH JR 1953, 424). Diese Voraussetzungen liegen hier schon deshalb nicht vor, weil die Beklagte nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts erst bei den Verhandlungen über die Protokollierung des Kaufvertrags Kenntnis davon erhielt, daß die Klägerin von ihr Provision fordern wollte, und weil die Klägerin von diesem Zeitpunkt an keine Vermittlertätigkeit mehr entfaltete. Zudem hat das Berufungsgericht im konkreten Fall das Zustandekommen eines Maklervertrags auch bei Berücksichtigung der Gesichtspunkte von Treu und Glauben mit Recht abgelehnt, weil das frühere Verhalten der Klägerin die Berufung auf diese Grundsätze nicht rechtfertige. Die Klägerin war mit dem Schreiben vom 13.

September 1954 an die Beklagte herangetreten, in dem sie mitteilte: "Wir sind beauftragt, das Einfamilienhaus zu verkaufen". Wie das Berufungsurteil ergibt, lag eine derartige Beauftragung nicht vor. Die Klägerin hatte sich somit unter unwahren Angaben bei der Beklagten eingeführt. Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht angenommen, das Verhalten der Beklagten verstoße nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie in dem Augenblick, als sie sichere Kenntnis von der wahren Sachlage erhalten hatte, den Abschluß eines Mäklervertrags mit der Klägerin ausdrücklich ablehnte. Trotz des Kaufabschlusses kann daher die Klägerin einen Anspruch auf Mäklerlohn gegen die Beklagte nicht erheben. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Nörr

Dr. Haager

Liesecke