

BUNDESGERICHTSHOF

33

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 194/89

URTEIL

Verkündet am:
5. Dezember 1990
Mutterer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Ingrid S [REDACTED], A [REDACTED] d [REDACTED] H [REDACTED] 4, A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

1. die Ignatz B [REDACTED] H [REDACTED] L [REDACTED] KG, S [REDACTED] -
straße 65, F [REDACTED], vertreten durch ihren per-
sönlich haftenden Gesellschafter, den Beklagten zu 2),
2. den Kaufmann Ignatz B [REDACTED], S [REDACTED] -straße 65, F [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagte zu 1) bis 2) und
Revisionsbeklagte zu 1) bis 2),

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Zopfs und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1990

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28. Juni 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht im vorliegenden Rechtsstreit einen ihr von der B[REDACTED] Beratungs- und Betreuungsgesellschaft mbH (bbb) abgetretenen Restkaufpreisanspruch aus einem Kaufvertrag geltend, den diese mit der Beklagten zu 1) über das Inventar des Hotels R[REDACTED] in L[REDACTED] abgeschlossen hat. Sie nimmt wegen dieser Forderung in Höhe von 342.000 DM sowohl die Käuferin, die Beklagte zu 1), als auch deren persönlich haftenden Gesellschafter, den Beklagten zu 2), in Anspruch. Die Beklagte zu 1) hat gegenüber der sonst un-

- 3 -

streitigen Klageforderung mit einem Provisionsanspruch aufgerechnet, den sich nach ihrer Auffassung die D[REDACTED] AG (D[REDACTED]) durch die Vermittlung des genannten Kaufvertrages verdient haben soll und der von dieser in Höhe eines Teilbetrages von 342.000 DM an die W[REDACTED] T[REDACTED] GmbH (W[REDACTED]) und von dieser wiederum an die Beklagte zu 1) abgetreten worden ist.

Der Gegenforderung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die bbb beabsichtigte, das Inventar der drei R[REDACTED]-Hotels in D[REDACTED], L[REDACTED] und L[REDACTED] zu verkaufen. Sie beauftragte die D[REDACTED] mündlich, entsprechende Kaufverträge zu vermitteln; der genaue Inhalt dieses Auftrags ist streitig. Als Käufer wurde zunächst eine aus zwei Vorstandsmitgliedern der D[REDACTED] (G[REDACTED] und Dr[REDACTED]) sowie einem Herrn O[REDACTED] bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) ins Auge gefaßt. Mit ihr kam jedoch ein Kaufvertrag nicht zustande. Das Inventar der beiden Hotels in D[REDACTED] und L[REDACTED] wurde daraufhin von dem Beklagten zu 2) erworben. Es ist unstreitig, daß dieser Erwerb durch die D[REDACTED] vermittelt worden war; sie hat auch die hierfür verlangte Provision in Höhe von 1.762.000 DM erhalten.

Durch notarielle Urkunde vom 23. August 1985 bot der Geschäftsführer der bbb der GbR den Abschluß eines Kaufvertrages über das Inventar des Hotels in L[REDACTED] an. Er hielt sich an dieses Angebot bis zum 3. September 1985 gebunden. Für den Fall, daß das Angebot von der GbR nicht an-



genommen werden sollte, bot er in der gleichen notariellen Urkunde der "zur Zeit in Gründung befindlichen" Beklagten zu 1) den Abschluß eines Vertrages mit gleichem Inhalt an. Das Angebot wurde zwar nicht von der GbR, wohl aber von der Beklagten zu 1) angenommen.

Bereits einen Tag vor der Beurkundung des Angebots, am 22. August 1985, hatte die bbb an die D [REDACTED] folgendes Schreiben gerichtet:

"Unter der Voraussetzung, daß der Kaufvertrag für das Hotel L [REDACTED] wie besprochen abgeschlossen und durchgeführt wird, erhalten Sie eine Provision in

Höhe von 994.000,- DM,

zuzüglich Mehrwertsteuer."

Am 25. Oktober 1985 fand ein Gespräch statt, an dem unter anderem der Geschäftsführer der bbb und ein Geschäftsführer der W [REDACTED] teilnahmen. Das Ergebnis der Besprechung ist streitig. Es steht jedoch fest, daß die bbb aufgrund der Besprechung vom 25. Oktober 1985 und weiterer Verhandlungen an die I [REDACTED]- und F [REDACTED] GmbH (I [REDACTED]) - einer Schwesterfirma der D [REDACTED] - als Provision für den Kaufvertrag bezüglich des Hotels in L [REDACTED] einen Betrag von 694.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zahlte.

Die Beklagte behauptet, nicht nur der Verkauf des Hotelinventars in D [REDACTED] und L [REDACTED], sondern auch der Verkauf des Hotelinventars in I [REDACTED] sei auf eine Vermittlungstätigkeit der D [REDACTED] (oder der für sie als Untermaklerin tätig gewordenen W [REDACTED]) zurückzuführen. Als die

bbb das Provisionsversprechen vom 22. August 1985 abgab, habe bereits festgestanden, welchen Inhalt das am 23. August 1985 zu beurkundende Vertragsangebot haben werde; der Geschäftsführer der bbb habe also gewußt, daß das Objekt nicht nur der GbR, sondern hilfsweise auch der Beklagten zu 1) angeboten werden sollte. Am 25. Oktober 1985 sei eine Einigung darüber erzielt worden, daß die bbb über die 694.000 DM hinaus weitere 300.000 DM nebst Mehrwertsteuer an die W [REDACTED] zu zahlen habe.

Die Klägerin behauptet demgegenüber, die Kontakte, die zum Abschluß des Kaufvertrages über das Hotelinventar in L [REDACTED] geführt haben, seien durch unmittelbare Verhandlungen zwischen dem Geschäftsführer der bbb und dem Beklagten zu 2) hergestellt worden; eine Vermittlung habe insoweit nicht stattgefunden. Bis zum Beurkundungstermin vom 23. August 1985 habe man nicht damit gerechnet, daß der Beklagte zu 2) oder eine von ihm zu gründende Kommanditgesellschaft als Käufer des Hotelinventars in L [REDACTED] in Frage kämen. Erst im Termin habe der Notar mitgeteilt, der Beklagte zu 2) habe sich zum Kauf des Hotels für den Fall entschlossen, daß die GbR sich zum Ankauf nicht entschließen könne oder wolle. Mitte September 1985 sei eine Einigung dahin erzielt worden, daß für das Hotel in L [REDACTED] nur eine Provision von 694.000 DM - und zwar an die L [REDACTED] - zu zahlen sei.

Das Landgericht hat die Aufrechnung für begründet gehalten und deshalb die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Ein Maklervertrag zwischen der bbb und D [REDACTED] ist nicht erst - wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint (S. 12 Abs. 2 seines Urteils) - durch das Schreiben vom 22. August 1985 (Bl. 20 d.A.) oder die vorausgegangene Besprechung, sondern bereits zu einem früheren Zeitpunkt zustande gekommen. Es ist unstreitig, daß die D [REDACTED] von bbb mit der Vermittlung des Verkaufs des Inventars der Hotels in D [REDACTED], L [REDACTED] und L [REDACTED] beauftragt worden war. Sie hat die Kaufverträge über die Hotels in D [REDACTED] und L [REDACTED] an den Beklagten zu 2) vermittelt und dafür die verlangte Provision erhalten. Wenn sie auch den Vertrag mit der Beklagten zu 1) über das Hotel in L [REDACTED] vermittelt (d.h. auf die Willensentschließung des Beklagten zu 2) eingewirkt) hätte, hätte sie sich für dieses Geschäft ebenfalls eine Provision verdient. Eine auf das Hotel in L [REDACTED] bezügliche Vermittlungstätigkeit wird zwar behauptet. Ob insoweit die Sachdarstellung der Beklagten hinreichend substantiiert ist, ist zweifelhaft; die Behauptung ist auf jeden Fall bestritten und tatrichterlich nicht geklärt. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich demnach derzeit ein Provisionsanspruch nicht feststellen; nicht auszuschließen ist, daß sich nach erneuter tatrichterlicher Prüfung ein solcher Anspruch ergeben kann.

Das Berufungsgericht bemerkt in diesem Zusammenhang auf Seite 14 seines Urteils, die Klägerin habe "eingewandt", das Hotel L [REDACTED] sei nicht von D [REDACTED] vermittelt worden; es sei unklar, ob dieser "Einwand" in der Berufungsinstanz noch aufrechterhalten werde; für die Begründetheit des "Einwands"

ergebe sich nichts aus der Korrespondenz. Hiermit verkennt das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast. Die (erfolgreiche) Maklertätigkeit - Nachweis oder Vermittlung - ist eine tatbestandliche Voraussetzung des Provisionsanspruchs nach § 652 BGB; für sie ist daher der Makler darlegungs- und beweispflichtig.

2. Ob die D. sich darum bemüht hat, einen Vertrag mit der aus O., G. und Dr. bestehenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zustande zu bringen, kann dahingestellt bleiben; diese Bemühungen hatten jedenfalls keinen Erfolg; mit der GbR ist kein Vertrag zustande gekommen.

3. Wenn es an einer auf den tatsächlich zustande gekommenen Hauptvertrag bezüglichen Maklertätigkeit fehlt, können auch die Grundsätze über die Provisionspflicht bei wirtschaftlicher Identität dem Makler nicht weiterhelfen. Die wirtschaftliche Identität kann immer nur die fehlende rechtliche Identität, nicht aber die fehlende (erfolgreiche) Maklertätigkeit ersetzen. Beim Vermittlungsmakler bedeutet dies, daß keine Provision geschuldet wird, wenn der Interessent, auf den der Makler eingewirkt hat, nicht der ist, mit dem der Hauptvertrag zustande kam, auch wenn es wirtschaftlich gesehen dem Kunden auf die Person seines Vertragspartners nicht ankommt. Eine indirekte Einwirkung auf die Willensentschließung des Dritten läßt die Rechtsprechung nur in einem eng begrenzten Rahmen zu (Urteil vom 12. Oktober 1983 - IVa ZR 36/82 - NJW 1984, 358 = WM 1984, 60 unter II; Urteil vom 2. Juni 1976 - IV ZR 101/75 - NJW 1976, 1844 = LM BGB § 652 Nr. 55).

Aus diesem Grunde kann man die Zubilligung eines Provisionsanspruches auch nicht, wie dies auf BU Seite 14 Absatz 3 a.E. geschieht, mit einem Hinweis auf die erstinstanzliche Aussage des Zeugen B. [REDACTED] begründen. Die vom Berufungsgericht nur unvollständig zitierte Stelle (Vorinstanzakten Bl. 145) lautet wie folgt:

"Ich habe Herrn G. [REDACTED] gefragt, ob er einen Käufer kennt, der für diese drei Hotels in Frage käme. Er sagte mir daraufhin: Ja. Er sagte ja aus seiner Geschäftsbeziehung zu Herrn Bubis. Dann nahmen die Dinge ihren Lauf."

Was sich daraus entnehmen läßt, ist allenfalls eine indirekte Einwirkung auf die Willensentschließung des Beklagten zu 2), die aber, wie oben ausgeführt, nicht genügt (vgl. im übrigen Senatsurteile vom 27. Januar 1988 - IVa ZR 237/86 - WM 1988, 725 = BGHR BGB § 652 Abs. 1 Satz 1 "Nachweis" 5 und vom 15. Juni 1988 - IVa ZR 170/87 - WM 1988, 1492 = BGHR BGB § 652 Abs. 1 Satz 1 "Nachweis" 6).

II. Das Berufungsgericht stützt sich bei seiner Entscheidung auf das Schreiben vom 22. August 1985. Es sieht in ihm entweder einen Antrag auf Abschluß eines Maklervertrags oder ein Bestätigungsschreiben über einen kurz vor dem 22. August 1985 zustande gekommenen mündlichen Maklervertrag (BU S. 12 Abs. 2). Bereits dieser Ausgangspunkt ist falsch. Wie oben unter I. dargelegt, war der Maklervertrag unstreitig bereits zu einem früheren Zeitpunkt zustande gekommen. Aber auch im übrigen sind die Ausführungen des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft.

1. Das Schreiben ist von seinem Wortlaut her eindeutig. Eine Provisionszahlung ist nur für den Fall versprochen, daß "der Kaufvertrag ... wie besprochen" abgeschlossen (und durchgeführt) wird. Es muß also der besprochene Vertrag zustande gekommen sein; der Abschluß eines anderen Vertrages genügt nicht, ebensowenig der desselben Vertrages mit wesentlichen Abweichungen. Aus § 133 BGB folgt zwar, daß der Richter unter bestimmten Voraussetzungen einer Willenserklärung eine vom Wortlaut (dem "buchstäblichen Sinn") abweichende Deutung geben darf und geben muß. Ausgangspunkt der Auslegung muß jedoch stets der Wortlaut sein; eine mit ihm im Widerspruch stehende Deutung ist nur dann zulässig, wenn bestimmte Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (Urteile vom 23. Oktober 1980 - IVa ZR 45/80 - NJW 1981, 277; 7. Dezember 1983 - IVa ZR 52/82 - WM 1984, 240 unter III). Solche Umstände sind hier nicht ersichtlich und werden auch vom Berufungsgericht nicht aufgezeigt. Es könnte sein, daß die Worte "wie besprochen" bewußt in das Schriftstück aufgenommen wurden um klarzustellen, daß nicht jeder beliebige Hauptvertrag eine Provisionszahlungspflicht begründet. Es ist auch nicht erkennbar, welchen Anlaß die Zedentin hatte, eine weitergehende Provisionspflicht anzuerkennen. Sie war offenbar der Ansicht, daß die D. in bezug auf den vorgesehenen Vertragsschluß mit der GbR eine Maklerleistung (Vermittlungstätigkeit) erbracht hatte und daß sie daher, wenn diese Bemühungen zum Erfolg führen sollten, Anspruch auf Provision habe. Es bestand aber kein vernünftiger Grund, eine Provision auch für den Fall zu versprechen, daß ein von der D. nicht angebahnter Vertrag zustande kam.

Im Revisionsverfahren muß zugunsten der Revision davon ausgegangen werden, daß die D [REDACTED] (oder die für sie handelnde W [REDACTED] keine, auf das Objekt L [REDACTED] bezügliche Vermittlungstätigkeit ausgeübt hat; denn diese Frage ist, wie unter I. 1. ausgeführt, streitig und tatrichterlich nicht geklärt.

2. Im einzelnen ist zur Auslegung des Schreibens vom 22. August 1985 durch das Berufungsgericht zu bemerken:

a) Auf Seite 11, 3. Zeile ff. von oben lehnt es die Auffassung ab, daß die Provisionzusage "von einer irgendwie gearteten Bedingung abhängig" sei. Eine solche Auslegung wird selbst von den Beklagten nicht vertreten. Diese räumen ein, daß in dem genannten Schreiben die Provisionszahlung von dem Zustandekommen (und der Erfüllung) eines Kaufvertrages abhängig gemacht wurde, und zwar nicht von dem eines beliebigen Kaufvertrages, sondern einem solchen, der inhaltlich dem "besprochenen" entspricht; nur meinen sie, daß auch ein Kaufvertrag mit einem anderen Interessenten genüge, sofern die Bedingungen für die Zedentin keine schlechteren seien (Schriftsatz vom 30. Januar 1989, S. 4 Bl. 259 d.A.). Geht man von dem Wortlaut des Schreibens aus, dann kommt es entscheidend darauf an, was vor der Absendung des Schreibens vom 22. August 1985 zwischen der bbb und der D [REDACTED] besprochen wurde. Sollte bereits damals erörtert worden sein, daß als Käufer auch der Beklagte zu 2) oder eine von ihm gegründete (oder zu gründende) Kommanditgesellschaft in Frage komme, so würde sich das Provisionsversprechen auch auf einen Vertrag mit der Beklagten zu 1) beziehen; das würde insbesondere dann gelten, wenn, wie die Beklagten behaupten, am

22. August 1985 der Text des am 23. August 1985 vom Notar zu beurkundenden Angebots bereits feststand. Anders wäre es jedoch, wenn - wie die Klägerin behauptet - vor dem 23. August 1985 nicht damit gerechnet wurde, daß der Beklagte zu 2) oder eine von ihm gegründete Gesellschaft auch das Hotel in Leverkusen erwerben würden, wenn vielmehr erst der Notar im Beurkundungstermin den Beteiligten eröffnete, daß der Beklagte zu 2) sich doch zum Erwerb entschlossen habe. Zu diesem Punkt fehlt es jedoch bisher an tatrichterlichen Feststellungen.

b) Das Berufungsgericht erörtert auf Seite 11 (Abs. 2) und Seite 12 (Abs. 1) seines Urteils, ob der Verkauf an einen der Beklagten für die Zedentin nachteiliger war als ein Verkauf an die GbR. Das ist aber eine Frage, die sich erst dann stellt, wenn die Auslegung ergibt, daß die Provisionspflicht auch durch einen Vertrag mit einem anderen als dem vorgesehenen Vertragspartner begründet werden soll, sofern nur die Bedingungen nicht ungünstiger sind. Ein Vergleich zwischen den Bedingungen des vorgesehenen Vertrages mit der GbR und denen des tatsächlich geschlossenen Vertrages mit der Beklagten zu 1) kann daher zur Auslegung nichts beitragen.

3. Das Berufungsgericht wird seine Auslegung unter Beachtung der oben genannten Gesichtspunkte zu überprüfen haben. Sollte es dabei zu dem Ergebnis kommen, daß das Schreiben in einem vom Wortlaut abweichenden Sinn zu verstehen sei, so wird es die Umstände darzulegen haben, die seiner Auffassung nach eine solche Deutung rechtfertigen.

III. Das Landgericht hatte seine Entscheidung allein auf das Ergebnis der Besprechung vom 25. Oktober 1985 gestützt. Es hatte angenommen, daß an diesem Tage eine Vereinbarung zustande gekommen sei, durch die sich die Zedentin bbb zur Zahlung von 300.000 DM verpflichtet habe. Auf diese Anspruchsgrundlage ist das Berufungsgericht, das den Gegenausspruch bereits aus anderen Erwägungen für begründet ansah, nicht näher eingegangen. Es erörtert unter Nummer 2. (S. 12ff.) nur, ob sich die Deutag im September 1985 mit der bbb auf eine Herabsetzung der Provision geeinigt hat. Es hat die Überzeugung gewonnen, daß zu diesem Zeitpunkt keine Einigung über eine Herabsetzung der Provision zustande gekommen ist.

Auf die Frage, ob die Provision ermäßigt worden ist, kommt es aber nur dann an, wenn ein Provisionsanspruch entstanden ist. Sollte das Berufungsgericht letzteres nach erneuter tatrichterlicher Prüfung bejahen, so wird es Gelegenheit haben, hinsichtlich des Ergebnisses der Besprechung von Mitte September 1985 seine Feststellungen zu überprüfen und sich dabei mit den von der Revision erhobenen Bedenken auseinanderzusetzen.

Was das Ergebnis der Besprechung vom 25. Oktober 1985 angeht, so schließt sich das Berufungsgericht der Auffassung des Landgerichts an, ohne hierfür eine eigene Begründung zu geben; es verweist hinsichtlich dieses Punktes auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils. Dieses Verfahren wird durch § 543 Abs. 1 ZPO nicht gedeckt, weil die Klägerin in der Berufungsinstanz die Feststellungen des Landgerichts mit umfangreichen Ausführungen angegriffen

hatte, die tatrichterlich hätten gewürdigt werden müssen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1980 - I ZR 124/77 - NJW 1980, 2418). Vor allem war aber eine Bezugnahme deshalb unzulässig, weil das Berufungsgericht in einem anderen Zusammenhang (S. 10 Abs. 1 seines Urteils) zu erkennen gegeben hatte, daß es in einem wesentlichen Punkt sich die Feststellungen des Landgerichts nicht zu eigen machen wollte. Dieses hatte angenommen, daß die Zedentin bbb am 25. Oktober 1985 die Zahlung einer Vermittlungsprovision von 660.000 DM für die Hotels in L [REDACTED] und D [REDACTED] und einer weiteren Provision von 300.000 DM für das Hotel in L [REDACTED] versprochen habe. Wenn das richtig wäre, hätte sich die Maklerin für das letztgenannte Objekt statt der im Schreiben vom 22. August 1985 genannten 994.000 DM mit 300.000 DM begnügt; die Vereinbarung hätte daher den Charakter eines Vergleichs gehabt. Das Berufungsgericht bemerkt jedoch aaO, daß auch die unstreitig versprochene und geleistete Zahlung von

694.000 DM (nicht 660.000 DM) sich auf das Objekt in L [REDACTED] bezog. Wenn bbb sich aber zur Zahlung von 694.000 und 300.000 DM verpflichtet haben sollte, dann hatte sie den Anspruch auf Zahlung der im Schreiben vom 22. August 1985 genannten Provision in voller Höhe anerkannt. Der Vertrag, der nach Auffassung des Berufungsgerichts am 25. Oktober 1985 zustande kam, hatte daher eine andere Rechtsnatur als der, den das Landgericht annahm. Schon aus diesem Grunde war eine eigene Begründung des Oberlandesgerichts erforderlich.

IV. Damit die nach Nummer I. 1., II. 1., II. 2. a) und III. erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen getroffen werden können, ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bundschuh

Rottmüller

Dehner

Dr. Zopfs

Römer