

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 39/93

Verkündet am:
26. Januar 1994
Wermes
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dr. Zopfs, Römer, Dr. Schlichting und Terno auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1994

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. Oktober 1992 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt aufgrund eines mit der Beklagten mündlich geschlossenen Maklervertrages 165.189,42 DM Verkäuferprovision mit der Behauptung, es sei vereinbart worden, daß auch Interessenten an ihn verwiesen werden sollten, die sich direkt an die Beklagte wenden würden.

Die Beklagte, eine kommunale Gesellschaft für Stadterneuerung und Stadtentwicklung, suchte 1990 einen Käufer für ein Gewerbegrundstück. Sie hatte einem Makler in Luxemburg einen schriftlichen Alleinauftrag mit Verweisungsklausel

erteilt, der am 19. September 1990 endete. Der Kläger war mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden der Beklagten, den Oberbürgermeister der Stadt B., gut bekannt. Ab Herbst 1990 wurde er nach dem mündlich abgeschlossenen Maklervertrag tätig. Mit dem vom Kläger nachgewiesenen Käufer schloß die Beklagte aber keinen Vertrag. Vielmehr sagte sie im Dezember 1990 den bereits vereinbarten Notartermin ab. Sie verkaufte am 22. Dezember 1990 das Grundstück für 4.830.100 DM an eine Gesellschaft, die sich direkt an sie gewandt hatte.

Landgericht und Oberlandesgericht haben einen Provisionsanspruch des Klägers verneint. Mit seiner Revision verfolgt er diesen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsurteil sei unter Verstoß gegen § 398 ZPO zustande gekommen.

1. Die Maklertätigkeit des Klägers war für den geschlossenen Hauptvertrag unstreitig nicht ursächlich. Deshalb kann er einen Anspruch auf Provision nur haben, wenn die Parteien mit der Vereinbarung einer Hinzuziehungs- oder Verweisungsklausel einen sogenannten erweiterten Alleinauftrag abgeschlossen und damit das Kausalitätserfordernis des § 652 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbs. BGB abbedungen haben (BGHZ 88, 368, 371 und 99, 374, 377). Das Zustandekommen einer solchen Vereinbarung, die nicht durch allgemeine Ge-



schäftsbedingungen, sondern nur im Wege individuellen Aushandelns getroffen werden kann (zuletzt Senatsurteil vom 27.3.1991 - IV ZR 90/90 - VersR 1991, 692 = WM 1991, 1177) hat der Kläger schon in der Klageschrift behauptet.

Die Beklagte hat zunächst bestritten, daß überhaupt ein Maklervertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei, gleichzeitig aber vorgetragen, es sei "möglich, daß der Geschäftsführer der Beklagten bei einer Besichtigung gesagt hat, daß an dem Kläger kein Geschäft vorbeigehe". Sie hat demgemäß noch in erster Instanz den Maklervertrag "unstreitig gestellt", es aber als nicht richtig bezeichnet, "daß zwischen den Parteien ein Alleinmakelvertrag zustande gekommen sein soll". Dafür, daß ein, bzw. kein "Makleralleinauftrag" oder "Einzelmaklerauftrag" oder "Exklusivvertrag" zustande gekommen sei, haben die Parteien jeweils nähere Umstände behauptet und Zeugen benannt.

Das Landgericht hat Beweis darüber erhoben, "in welchem Umfang dem Kläger ein Maklerauftrag ... erteilt worden ist". Die Zeugen - ein Bankangestellter, ein Makler und der Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten - haben in der Beweisaufnahme vom "Alleinauftrag" oder "Generalmaklervertrag" gesprochen; der Zeuge Rechtsanwalt S. hat darüber hinaus bekundet, der Geschäftsführer der Beklagten habe erklärt, der Kläger "brauche keine Angst zu haben, an ihm werde kein Geschäft vorbeigehen".

Das Landgericht hat die Beweisaufnahme dahin gewertet, daß entgegen den Behauptungen der Beklagten, die keinen Anspruch auf Glaubwürdigkeit verdiene, die mündliche Ertei-

lung eines Makleralleinauftrages bewiesen sei. Jedoch reiche die allein von dem Zeugen S. wiedergegebene Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten für die besondere Vereinbarung einer Verweisklausel ohne Hinzutreten weiterer konkreter und nachgewiesener Anhaltspunkte nicht aus.

2. Mit seiner Berufungsbegründung hat der Kläger dieses Urteil des Landgerichts als Überraschungsurteil bezeichnet. Er hat vorgetragen, daß die Verweisklausel während des gesamten Verfahrens erster Instanz "immer nur als Annex zu dem hochstreitigen Punkt des Alleinauftrages gesehen worden" sei, daß die Beantwortung der Frage nach dem Alleinauftrag zwangsläufig korrespondiere mit der Frage der Vergütung des Maklers in dem Falle eigener Interessen der Beklagten, daß daher keine weiteren gezielten Fragen an den Zeugen S. gestellt worden seien. Dieser Zeuge könne jedoch weitergehend bestätigen, daß der Geschäftsführer erklärt habe, der Kläger "könne sicher sein, daß kein Geschäft an ihm vorbeigehe und daß auch Interessenten, die sich direkt an die Beklagte wenden würden, an ihn verwiesen würden".

Gleichwohl hat das Berufungsgericht den Antrag des Klägers, den Zeugen S. erneut zu vernehmen, mit der Begründung abgelehnt, der Zeuge habe alles, was er zu dem Beweisthema guten Gewissens sagen konnte, dem Landgericht bereits dargelegt. Das ist ermessensfehlerhaft. Es verstößt gegen die Grundsätze, die zur erneuten Vernehmung von Zeugen gemäß § 398 ZPO von der Rechtsprechung entwickelt worden sind (vgl. z.B. Senatsurteile vom 14.10.1981 - IVa ZR 152/80 - LM ZPO § 398 Nr. 13 = WM 1982, 16 und vom 12.12.1984 - IVa

ZR 216/82 - LM ZPO § 398 Nr. 17 = NJW RR 1986, 284; weiter MünchKomm/Damrau, ZPO § 398 Rdn. 4).

Die unter 1. näher dargelegte Entwicklung der Streitfrage in erster Instanz läßt den Schluß zu, legt sogar nahe, daß nicht nur die Parteien und ihre Anwälte, sondern auch alle Zeugen die besondere Verabredung einer Verweisungsklausel und damit den Unterschied zwischen einem einfachen Alleinauftrag und einem erweiterten Alleinauftrag nicht in Rechnung gestellt, vielmehr beide Möglichkeiten eines Alleinauftrages gleichgesetzt haben. Eine solchermaßen unzutreffende Rechtsansicht bei allen am Vertragsabschluß maßgeblich Beteiligten wäre eine Tatsache mit rechtlicher Bedeutung: Haben die Parteien von Anfang an unter "Alleinauftrag" oder "Exklusivvertrag" oder "Generalmaklervertrag" einen erweiterten Alleinauftrag einschließlich Verweisungsklausel verstanden, dann war in der Tat die erstmalig vom Landgericht in seinem Urteil als allein maßgeblich herausgestellte Verweisungsklausel nur ein Annex zu dem hochstreitigen Punkt des Alleinauftrages und bei ihm mitvereinbart.

Der von der Beklagten vorgelegte Makleralleinauftrag mit der Luxemburger Firma enthält unter Nr. 4. c) und d) eine Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel. Die vom Landgericht gerade in diesem Punkt als unglaublich angesehene Beklagte hatte - auch in Gestalt ihres Aufsichtsratsvorsitzenden bei dessen Vernehmung als Zeuge - wegen der Unzufriedenheit mit der Luxemburger Firma und dem "Exklusivvertrag" die Erteilung eines Alleinauftrages bestritten und als ihren Grundsätzen zuwiderlaufend bezeichnet. Deshalb

könnte der Abschluß eines solchen Vertrages schon mit der Luxemburger Firma ein konkreter zusätzlicher Anhaltspunkt im Sinne des erstinstanzlichen Urteils sein.

3. Die vom Berufungsgericht gebrachten Hilfsbegründungen tragen seine Entscheidung ebenfalls nicht. Die Aussage des Aufsichtsratsvorsitzenden M. - zu ihrer Würdigung bringt die Revisionsbegründung überdies gewichtige Argumente - hat schon dann kein rechtliches Gewicht, wenn dessen spätere Hinweise rechtlich allenfalls Angebote auf Abänderung der gemäß den Überlegungen unter 2. möglicherweise schon vereinbarten Verweisungsklausel sein konnten.

Glaubten die Parteien, ein Alleinauftrag erfasse für sich bereits die Pflicht zur Hinzuziehung und Verweisung, dann war diese Pflicht mit der Begründung des Alleinauftrages entstanden. Dann aber greift die schon im Berufungsurteil (S. 10 in Abs. 3) angestellte Erwägung ein: Am 28. September 1990 wurde dem Zeugen S. bei seinem Besuch noch einmal bestätigt, was ohnehin schon galt.

4. Demgemäß ist entscheidend, ob der Kläger die Vereinbarung der Verweisungsklausel beweisen kann. Also muß das Berufungsgericht den Zeugen S. erneut vernehmen, möglicherweise die gesamte Beweisaufnahme erster Instanz wiederholen und - bei zusätzlichem Vortrag - ergänzen.

Bundschuh

Dr. Zopfs

Römer

Dr. Schlichting

Terno