

28

BUNDESGERICHTSHOF

0424 026

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 52/70

Verkündet am
21. Mai 1971
B l e c h e r ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maklers Günter H [REDACTED] , B [REDACTED] [REDACTED],
L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten
und Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Dr. Herbert J [REDACTED] , B [REDACTED] [REDACTED]
(C [REDACTED]), Bi [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Johannsen, Wüstenberg, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 25. Mai 1970 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger berührt sich gegenüber dem Beklagten eines Provisionsanspruchs aus Maklervertrag in Höhe von 532.800 DM, wovon er mit der vorliegenden Klage einen Teilbetrag in Höhe von 200.000 DM geltend macht.

Im Mai 1968 erhielt der Kläger von der Kaufhof AG in Köln mehrere in Berlin liegende und der Kaufhof AG gehörende Grundstücke mit Alleinauftrag zum Verkauf an die Hand. Er unterrichtete hierüber den Direktor W. der Berliner Diskontobank, der wiederum den Beklagten davon

- 3 -

in Kenntnis setzte. Auf Veranlassung des Bankdirektors W. trafen die Parteien am 8. Juni 1968 zu einem Gespräch zusammen. Der Kläger suchte den Beklagten in dessen Geschäftsräumen auf und besprach den Verkauf des Geländes der K[REDACTED] AG. Über Inhalt und Ablauf dieses einzigen Gesprächs zwischen den Parteien herrscht Streit. Unstreitig ist nur, daß der Kläger hierbei zum Ausdruck brachte, daß er hinsichtlich der Veräußerung der Grundstücke von der K[REDACTED] AG Alleinauftrag habe, und den von der K[REDACTED] AG erwarteten Kaufpreis benannte, während der Beklagte seinerseits den Betrag nannte, der als Kaufpreis nach seiner Auffassung angeboten werden könnte.

Einige Zeit nach diesem Gespräch bot eine andere Maklerfirma in Berlin dem Beklagten die Grundstücke der K[REDACTED] AG zum Kauf an. Dabei lag ein Schreiben vom 24. Juli 1968 vor, das die K[REDACTED] AG an den früheren Rechtsanwalt Dr. H. gerichtet hatte, worin sie ihm mitteilte, sie wolle ihre Grundstücke in Berlin verkaufen mit dem Hinzufügen, daß die gesamte Angelegenheit ausschließlich über ihn, Dr. H., abgewickelt werden sollte. In einem weiteren an Dr. H. gerichteten Schreiben der K[REDACTED] AG vom 3. September 1968 heißt es, eine ihm eingeräumte Kaufoption könne über den 10. September 1968 hinaus nicht verlängert werden. Späterhin traten Zweifel auf, ob diese Schreiben ihrem gesamten Inhalt nach echt sind.

Am 12. September 1968 kaufte die Je[REDACTED]-Kauf KG Gesellschaft für Marktbetrieb mbH & Co in B[REDACTED] die Grundstücke der K[REDACTED] AG zum Preis von 9,6 Millionen DM. An der Kommanditgesellschaft und an deren persönlich haftender Gesellschafterin ist der Beklagte maßgebend wirtschaftlich beteiligt. Er übernahm auch die Bürgschaft für



die Erfüllung der von der Käuferin im Kaufvertrag übernommenen Verpflichtungen.

Aus dem Verkaufserlös zahlte die K[REDACTED] AG an den Kläger 100.000 DM. Der Kläger übersandte dem Beklagten mit Anschreiben vom 4. Dezember 1968 eine Rechnung, mit der er 5 % Maklerlohn von einem Kaufpreis von 9,5 Millionen DM nebst 11 % Mehrwertsteuer forderte.

Der Kläger hat vorgetragen: Er habe dem Bankdirektor W. von dem ihm erteilten Auftrag der K[REDACTED] AG vertraulich Mitteilung gemacht und diesen gebeten, ihm Interessenten zu benennen, wobei er auch erwähnt habe, daß er, der Kläger, die übliche Maklerprovision fordern werde. Bankdirektor W. habe daraufhin dem Beklagten mitgeteilt, daß er von der Verkaufsabsicht der K[REDACTED] AG durch den Kläger erfahren habe und daß der Kläger einen Alleinauftrag habe. Er oder - wie der Kläger später vorgetragen hat - der Beklagte habe Bankdirektor W. gebeten, eine Unterredung zwischen den Parteien zu vermitteln. Er habe den Beklagten dann am 8. Juni 1968 in dessen Geschäftsräumen aufgesucht, wobei er sich dem Beklagten als Makler vorgestellt habe. Er habe dem Beklagten den von der K[REDACTED] AG erwarteten Kaufpreis von 15 Millionen DM genannt oder - wie der Kläger wiederum erst später vorgetragen hat - er habe den Beklagten darüber unterrichtet, daß der Gesamtkaufpreis für das Gelände der K[REDACTED] AG 14 bis 15 Millionen DM zuzüglich Maklerprovision betragen solle. Der Beklagte habe erklärt, er könne allenfalls die Hälfte zahlen. Darauf habe er, der Kläger, erwidert, er sei sicher, die Verkäuferin zur Herabsetzung des Kaufpreises auf rd. 10 Millionen DM veranlassen zu können. Der Beklagte habe ihn beauftragt, mit der Verkäuferin Verhandlungen zu führen, um so weit wie möglich eine Herabset-

zung des Kaufpreises zu erreichen. Am Schluß der Besprechung habe der Beklagte gesagt, er werde durchrechnen, wie die Grundstücke ausgenutzt werden könnten, und sich dann wieder an ihn, den Kläger, wenden. Er habe sich daraufhin mit der K[REDACTED] AG in Verbindung gesetzt und nachgefragt, wie weit der Kaufpreis herabgesetzt werden könne. Hierauf sei ihm mitgeteilt worden, daß der Verkauf für etwa 10 Millionen DM möglich sei. Anfangs September 1968 habe Bankdirektor W. mit dem Beklagten telefoniert und ihm dabei mitgeteilt, daß der Kläger eine wesentliche Herabsetzung des Kaufpreises für das Gelände erzielt habe. Der Beklagte habe dazu erklärt, er werde demnächst in Berlin sein und sich dann mit ihm, dem Kläger, in Verbindung setzen. Das habe der Beklagte aber nicht getan. Er habe ihn vielmehr aus den Verhandlungen heraushalten wollen, die er inzwischen über eine andere Maklerfirma wegen des Ankaufs der Grundstücke angeknüpft habe. Der Beklagte habe auch gewußt, daß die Schreiben der Kaufhof AG an Dr. H. gefälscht gewesen seien. Zwischen den Parteien sei stillschweigend ein Maklervertrag zustande gekommen. Er habe dem Beklagten die Vertragsgelegenheit nachgewiesen und sei auch für ihn bis zu seiner Ausschaltung vermittelnd tätig gewesen. Es sei in Berlin Handelsbrauch, daß der Käufer eines Grundstücks die Provision des Maklers trage. Darauf, daß nicht der Beklagte persönlich, sondern eine von ihm wirtschaftlich beherrschte Gesellschaft als Käuferin aufgetreten sei, komme es nicht an.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 200.000 DM zu zahlen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und widerklagend beantragt festzustellen, daß dem Kläger auch über den geltend gemachten Betrag hinaus kein Anspruch

18

auf Maklerprovision auf Grund des Kaufs der bezeichneten Grundstücke zustehe.

Der Beklagte hat hierzu vorgetragen: Der Kläger sei ihm als Beauftragter der K[REDACTED] AG gegenübergetreten, ohne zu erkennen zu geben, daß er gewerbsmäßiger Makler sei und eine Provision erwarte. Ihm sei nichts davon mitgeteilt worden, was der Kläger angeblich Bankdirektor W. wegen seiner Provisionsforderung erklärt habe. Er habe dem Kläger, ohne einen Auftrag oder eine Zusage zu geben, lediglich vorgerechnet, daß die Kaufpreisforderung der K[REDACTED] AG zu hoch und wirtschaftlich nicht tragbar sei. Daraufhin habe der Kläger erwidert, er wolle mit der K[REDACTED] AG über die angestellten Berechnungen sprechen. Der Kläger habe dann aber nichts mehr von sich hören lassen. Einige Zeit später sei ihm von einer anderen Maklerfirma mitgeteilt worden, ein Ankauf der Grundstücke der K[REDACTED] AG sei nur unter Mitwirkung des ehemaligen Rechtsanwalts Dr. H. möglich. Die K[REDACTED] AG habe den Verkauf der Grundstücke Dr. H. fest an die Hand gegeben. Er habe daraufhin mit der Maklerfirma wegen der Verschaffung der Grundstücke einen Maklervertrag geschlossen und die von ihm vertretenen Kaufinteressenten zur Zahlung einer Provision an die Maklerfirma verpflichtet. Diese habe zu Dr. H. Verbindung gehabt und dadurch den Kauf zustande gebracht. Wie die von Dr. H. mit der K[REDACTED] AG geführten Verhandlungen verlaufen seien, wisse er nicht. Erst im Oktober 1968 sei die Behauptung aufgetaucht, daß Dr. H. jeweils die ersten Seiten der Briefe vom 24. Juli und 3. September 1968 ausgetauscht und durch einen selbst verfaßten Text ersetzt habe. Er habe vorher keinen Verdacht in dieser Richtung gehegt.

Der Kläger hat um Abweisung der Widerklage gebeten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und nach dem Antrag der Widerklage erkannt. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger sein Begehren, den Beklagten zur Zahlung von 200.000 DM zu verurteilen und die Widerklage abzuweisen, weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, dem Kläger stehe keine Maklerprovision gegenüber dem Beklagten zu, da zwischen den Parteien ein Maklervertrag mangels schriftlicher Vereinbarungen, mündlicher Abreden oder eines auch nur schlüssigen Verhaltens der Parteien zu einem Vertragsabschluß nicht zustande gekommen sei.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

2. Dem Berufungsgericht wäre zu folgen, wenn sich die Unterredung zwischen den Parteien am 8. Juni 1968 nur in dem Rahmen abgespielt hätte, wie er unstreitig ist. Denn in der Entgegennahme von Maklerdiensten ist nicht in jedem Falle und ohne weiteres der Abschluß eines Maklervertrages zu erblicken. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, daß ein gewerbsmäßiger Makler, wie es der Kläger ist, nicht umsonst arbeitet, sondern für sein Tätigwerden

eine Vergütung erwartet und verlangt. Auch bedarf der Abschluß eines Maklervertrages weder der Schriftform noch ausdrücklicher Erklärungen. Er kann auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Ebenso braucht dem nicht entgegenzustehen, daß der Makler bereits einen Auftrag vom Verkäufer besitzt, da dem Makler die Übernahme einer Doppeltätigkeit für Verkäufer und Käufer nicht schlechthin untersagt ist (BGHZ 44, 344, 346). Wendet sich daher jemand an einen Makler und verlangt von ihm den Nachweis oder die Vermittlung eines Kaufgeschäftes, dann muß er damit rechnen, daß der Makler sein Verlangen als Angebot auf Abschluß eines Maklervertrages versteht und im Tätigwerden des Maklers die Annahme dieses Angebotes liegt.

Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn die Initiative vom Makler ausgeht. Tritt also der Makler, weil er bereits von dem Verkäufer einen Maklerauftrag erhalten hat, an einen Kaufinteressenten heran und gibt er dabei nicht zu erkennen, daß er auch von ihm für den Nachweis des Kaufgegenstandes oder die Vermittlung des Kaufgeschäftes eine Maklerprovision verlangen will, dann besagt die Entgegennahme der Maklerdienste durch den Kaufinteressenten noch nicht, daß dieser damit zugleich einen Maklervertrag abschließt. Der Kaufinteressent kann vielmehr davon ausgehen, daß der Makler im Auftrage des Verkäufers handelt, mit diesem eine Provision vereinbart hat und von diesem für sein Tätigwerden bezahlt wird. Er braucht in diesem Falle nicht damit zu rechnen, daß der Makler auch von ihm eine Provision verlangt. Eine Provision kann der Makler vom Käufer nur dann verlangen, wenn er diesem durch sein Verhalten klar und eindeutig zu erkennen gegeben hat, daß er auch von ihm für den Fall des Zustandekommens des Grundstückskaufs eine Provision verlange. Wie schon wiederholt in höchstrichterlicher Rechtsprechung ausgeführt, geht es

nicht an, daß das Verhalten von Kaufinteressenten, ohne daß diesen das eindeutig erkennbar ist, als Einverständnis mit dem Abschluß eines Maklervertrages gewertet wird und sie so unter Umständen mehreren Maklern, die ihnen dasselbe Grundstück angeboten haben, provisionspflichtig werden. Es ist Sache des Maklers, alsbald eindeutig zu klären, ob er mit dem Kaufinteressenten einen Maklervertrag abzuschließen wünscht. Verbleibende Unklarheiten gehen zu Lasten des Maklers, dem die Beweislast für den Abschluß eines Maklervertrages obliegt (BGH NJW 1958, 398; LM § 652 BGB Nr. 6 und 8 a).

Hier aber trat nicht der Beklagte an den Kläger, sondern der Kläger über Bankdirektor W. an den Beklagten heran. Am 8. Juni 1968 suchte der Kläger den Beklagten in dessen Geschäftsräumen auf, wobei es ohne Bedeutung bleibt, ob diese Unterredung zwischen den Parteien auf Veranlassung des Klägers oder des Beklagten durch Bankdirektor W. vermittelt wurde. Denn selbst wenn der Beklagte sich unmittelbar an den Kläger gewandt hätte, wäre die Sachlage nicht anders gewesen, als wenn er auf ein Zeitungsinserat hin mit dem Kläger Fühlung aufgenommen hätte. Meldet sich aber ein Interessent auf das Inserat eines Maklers, in dem dieser für ihm von seinem Auftraggeber an die Hand gegebene Objekte Interessenten ermitteln will, so ist davon auszugehen, daß das Inserat noch kein Angebot auf Abschluß eines Maklervertrages, sondern eine reine Suchanzeige darstellt (Schmidt-Salzer MDR 1969, 182).

Unstreitig hat der Kläger dem Beklagten bei der Unterredung auch eröffnet, daß ihm die Grundstücke der K[REDACTED] AG mit Alleinauftrag zum Verkauf an die Hand gegeben seien.

3. Selbst wenn man bei dieser Sachlage zugunsten des Klägers unterstellt, er habe die Grundstücke dem Beklagten nachgewiesen und der Beklagte habe auch gewußt, daß es sich beim Kläger um einen gewerbsmäßigen Makler handele, so ist jedenfalls hinsichtlich dieses Nachweises ein Maklervertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Denn der Kläger selbst hat nicht einmal vorgetragen, daß er dem Beklagten gegenüber in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht hat, für den Nachweis eine Provision zu verlangen. Sein Vortrag geht in dieser Hinsicht nur dahin, er habe dem Beklagten erklärt, der Kaufpreis betrage 14 bis 15 Millionen DM zuzüglich Maklergebühren. Diese Erklärung - unterstellt sie sei tatsächlich so erfolgt - konnte der Beklagte dahin verstehen, daß der Käufer außer dem Kaufpreis auch die von dem Verkäufer zu zahlenden Maklergebühren zu übernehmen habe. Er brauchte daraus nicht zu entnehmen, daß er seinerseits als Käufer verpflichtet sei, dem Makler eine Provision zu zahlen.

Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Nachweistätigkeit des Klägers verneint hat, weil dem Beklagten die Vertragsgelegenheit schon vorher bekannt gewesen sei, und seine Behauptung, er habe den Kaufpreis zuzüglich Maklergebühren genannt, nicht für bewiesen erachtet hat, sowie die dagegen gerichteten Rügen der Revision kommt es mithin nicht an.

4. Anders verhält es sich jedoch, soweit der Kläger sich auf eine Vermittlungsprovision beruft. Hierzu weist die Revision darauf hin, daß der Kläger in seiner Berufungsbegründung vorgetragen hat, als er dem Beklagten erklärt habe, daß auch ihm der Preis von 14 bis 15 Millionen DM zu hoch erscheine, aber durchaus die Möglichkeit

bestehe, daß die K[REDACTED] AG den Preis reduziere, habe der Beklagte ihn beauftragt, auch für ihn mit der K[REDACTED] AG Verhandlungen zu führen und die bestmögliche Reduzierung des Kaufpreises zu erreichen. Zum Beweise hierfür hat sich der Kläger auf Parteivernehmung berufen.

Dieses Vorbringen und den Beweisantrag durfte das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht übergehen. Zwar hat der Kläger dann im weiteren vortragen lassen, daß der Beklagte gröblich gegen seine Wahrheitspflicht verstoßen habe und dessen Parteivernehmung kein geeignetes Beweismittel sei, vielmehr unter Berücksichtigung dieser Umstände um die Parteivernehmung des Klägers gebeten werde. Dieser Vortrag konnte aber nicht ohne weiteres dahin verstanden werden, daß auf eine Parteivernehmung des Beklagten nach § 445 ZPO verzichtet werde und nur die Parteivernehmung des Klägers nach § 448 ZPO gewollt sei. Ebenso gut konnte dieser Vortrag auch dahin verstanden werden, daß der Kläger zwar seine eigene Vernehmung anstrebe, daneben aber auch sein nach § 445 ZPO gestelltes Beweisangebot aufrechterhalte. Selbst wenn das Berufungsgericht stillschweigend davon ausgegangen sein sollte, daß das Verhandlungsergebnis auch in diesem Zusammenhange nicht zu einer Vernehmung des Klägers nach § 448 ZPO ausreiche, so hätte es doch jedenfalls durch Ausübung seines Fragerechts nach § 139 ZPO klären müssen, ob in diesem Falle der Antrag auf Parteivernehmung des Beklagten aufrechterhalten werde. Die Revision hat hierzu vorgetragen, auf eine solche konkrete Frage des Gerichts hätte der Kläger dargelegt, daß er zwar seine Vernehmung als Partei erstrebe, im übrigen aber seinen allgemeinen Antrag auf Parteivernehmung, also auf Vernehmung des Beklagten, aufrechterhalte.

Danach ist aber unter Verletzung des Verfahrens die Frage ungeklärt geblieben, ob der Beklagte dem Kläger einen Vermittlungsauftrag erteilt hat. Wäre das zu bejahen, dann käme auch dem weiteren, unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers rechtliche Bedeutung zu, er habe im Verfolg des Auftrages des Beklagten mit der Kaufhof AG verhandelt, wobei es ihm gelungen sei, den Kaufpreis auf 10 Millionen DM herabzudrücken. Träfe auch dies zu, dann wäre in dem Tätigwerden des Klägers eine stillschweigende Annahme des Auftragsangebots des Beklagten zu sehen gewesen und ein auf Vermittlung gerichteter Maklerauftrag wäre zwischen den Parteien zustande gekommen. In diesem Falle ließe sich nicht ausschließen, daß die vermittelnde Tätigkeit des Klägers für den späteren Vertragsabschluß zumindest mitursächlich gewesen ist. Es genügt, daß die Maklertätigkeit neben anderen Bedingungen nur mitursächlich für das Zustandekommen des Vertrages ist. Sie braucht nicht die einzige und nicht die hauptsächliche Ursache zu sein. Beim Vermittlungsmakler genügt es, daß seine Tätigkeit die Abschlußbereitschaft des Dritten irgendwie gefördert hat, der Makler also beim Vertragsgegner ein Motiv gesetzt hat, das nicht völlig unbedeutend war (Soergel/Siebert/Mormann, BGB Bd. 3 10. Aufl. 1969 § 652 Rdn. 20). Ist auch hier schließlich der Kaufvertrag durch die Vermittlung eines anderen Maklers zustande gekommen, so brauchte dies allein nicht auszuschließen, daß auch die vermittelnde Tätigkeit des Klägers zum Vertragsabschluß zumindest mitgewirkt hat.

5. Sollte allerdings dem Kläger nicht der Nachweis gelingen, daß ihm vom Beklagten ein Vermittlungsauftrag erteilt ist, so konnte ein Maklervertrag nicht nachträglich dadurch zustande kommen, daß der Beklagte eine vorher

entfaltete Vermittlungstätigkeit des Klägers entgegennahm. Hat man davon auszugehen, daß der Kläger einen Maklerauftrag von der K[REDACTED] AG hatte, der Beklagte ihm seinerseits aber keinen Auftrag erteilt hatte, so konnte zwischen den Parteien kein Maklervertrag allein dadurch zustande kommen, daß der Kläger bei der K[REDACTED] AG auf die Herabsetzung der Kaufpreisforderung auf einen Betrag hinwirkte, den der Kläger zu zahlen bereit war, ihm dies gelang und er davon den Beklagten in Kenntnis setzte. Unerheblich bleibt es hierbei, ob der Beklagte erkannt hat, daß der Kläger auch in seinem Interesse tätig war. Sicherlich lag die Tätigkeit des Klägers auch im Interesse des Beklagten. Er nahm aber auch eigene Interessen wahr, da er eine Provision von seiten der K[REDACTED] AG nur verdienen konnte, wenn es überhaupt zum Abschluß des Kaufvertrages kam. Unter diesem Blickwinkel gesehen brauchte der Beklagte nicht damit zu rechnen, daß seine - als richtig unterstellte - Erklärung, er werde sich mit dem Kläger wieder in Verbindung setzen, zugleich die Genehmigung der Tätigkeit des Klägers enthielt mit der Folge, daß dadurch zwischen dem Kläger und ihm ein Maklervertrag zustande gekommen war. Wenn der Kläger für seine vermittelnde Tätigkeit auch eine Entlohnung vom Beklagten hätte haben wollen, dann hätte er sich diese vorher ausbedingen müssen. War das aber nicht geschehen, dann konnte er vom Beklagten nicht verlangen, vom Kaufvertrag überhaupt Abstand zu nehmen, wenn er nicht bereit war, dem Kläger die Provision zu zahlen.

6. Da es mithin entscheidend darauf ankommt, ob der Beklagte bei der Unterredung am 8. Juni 1968 dem Kläger einen Vermittlungsauftrag erteilt und dieser eine vermittelnde Tätigkeit ausgeübt hat, die zumindest mitursächlich für den Abschluß des Kaufvertrages gewesen ist, und diese Fragen mit Rücksicht auf die vom Kläger unter Beweis gestellten Behauptungen, denen das Berufungsgericht nicht nachgegangen ist, noch der Aufklärung bedürfen, ist das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz