

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 354; BGB §§ 652, 653

Ein Provisionsanspruch aus § 354 HGB ist dann nicht gegeben, wenn der Makler aufgrund eines Vertrages mit einem Dritten - z.B. dem Verkäufer - erkennbar in dessen Interesse handelt, sofern er nicht auch für dessen Geschäftspartner erkennbar tätig wird.

BGH, Urt. v. 12. Februar 1981 - IVa ZR 105/80 OLG Schleswig
LG Itzehoe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 105/80

URTEIL

Verkündet am

12. Februar 1981
Hellmann,
Justizamtsinspektor
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft in Firma D■■■■ M■■■■,
persönlich haftende Gesellschafter Dipl. Kaufmann
Jürgen T■■■■ und Peter B■■■■, K■■■■, H■■■■,

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■ -

g e g e n

die Stadt W■■■■, vertreten durch den Magistrat, Rathaus,
R■■■■platz ■■■■ W■■■■/H■■■■,

Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■ -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 20. September 1979 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine OHG, verlangt von der beklagten Stadtgemeinde 3.000 DM als Teilbetrag einer Maklerprovision, der ihr nach ihrer Meinung wegen des Ankaufs eines Gewerbegrundstücks für über 2,3 Millionen DM durch die Beklagte zusteht. Im Wege der Widerklage begehrt die Beklagte die Feststellung, daß der Klägerin auch darüberhinaus bis zum Betrag von 4.000 DM keine Provision zusteht.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin hatte von der Verkäuferin den Auftrag erhalten, für zwei im Gebiet der beklagten Stadtgemeinde liegende Industriegrundstücke Kaufinteressenten nachzuweisen. Sie wandte sich deshalb an die Beklagte. Am 30. November 1976 erörterten der Mitinhaber der Klägerin und der erste Stadtrat der Beklagten in dessen Dienstzimmer Art, Lage und Erschließung des Grundstücks, sprachen jedoch nicht über Nebenkosten, insbesondere die Maklerprovision. Dabei überließ die Klägerin dem Stadtrat Lagepläne und Flurkarten und auch die sogenannte Verkaufsaufgabe für jedes Grundstück. Darin heißt es zu dem Stichwort "Kosten", dem letzten von insgesamt sechs das Grundstück betreffenden Stichworten:

Der Käufer trägt die Erwerbsnebenkosten, d.h. 5,25 % Maklercourtage + Mwst, ca. 1 % Notargebühren + Mwst.

Dieses Gespräch bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom 3. Dezember 1976. Darin heißt es:

"....Vielen Dank für das informative Gespräch am 30.11.76 in Ihrem Büro. Sie geben an, daß Sie die Ihnen von mir übergebenen Verkaufsaufgaben für die o.a. Objekte eventuellen Interessenten freundlicherweise weiterleiten wollten. Bitte benennen Sie mir auch noch den möglichen Käufer, an den Sie für das Objekt I [REDACTED] straße dachten. Aufgrund unserer Bemühungen, haben wir Kontakt zu einigen Grundstücksinteressenten aufgenommen, die evtl. Parzellen von 4 - 5.000 qm erwerben wollen. Dieses kann sicherlich auch für Ihre Überlegungen von Interesse sein, daß die Stadt

W[REDACTED] das Objekt T[REDACTED] Weg vielleicht erwerben sollte. Käufer für kleine Einheiten gibt es mit Sicherheit...."

Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 9. Dezember 1976, in dem es heißt:

"Wir haben inzwischen mit dem erwähnten Interessenten gesprochen und ihm Ihr Verkaufsangebot erläutert. Er ist gegenwärtig an dem Erwerb der von Ihnen angebotenen Grundstücke nicht interessiert.....

Eine Entscheidung der städt. Gremien, evtl. das Grundstück am T[REDACTED] Weg zu erwerben, liegt noch nicht vor. Für die Entscheidungsfindung, die frühestens im Januar 1977 in Gang gesetzt werden kann, wäre es jedoch außerordentlich wichtig zu erfahren, ob konkrete Kaufabsichten von Gewerbetreibenden bestehen, so daß sich der von der Stadt W[REDACTED] evtl. zu übernehmende Teil erheblich reduzieren könnte. Wir wären Ihnen daher dankbar, wenn Sie uns zu gegebener Zeit dazu nähere Ausführungen machen könnten.

Wir halten es im übrigen für gut, in dieser Angelegenheit Kontakt zu halten."

Am 12. Januar 1977 unterhielten sich die gleichen Personen über das eventuell vorhandene Kaufinteresse der Beklagten und deren Verkaufsabsicht für ein anderes Objekt. Bei der Verhandlung am folgenden Tag erschien der Vertreter der Verkäuferin im Büro des ersten Stadtrats der Beklagten in Begleitung des Mitinhabers der Klägerin. Mit Schreiben vom 20. Januar 1977 an die Beklagte legte die Verkäuferin von ihr gewünschte Einzelpunkte für den Fall des Verkaufs an die Beklagte dar. Darin heißt es:

"Der Käufer hat den Verkäufer weiter von allen Kosten die im Zusammenhang mit dem Verkauf entstehen

Notar- und Gerichtskosten, Kosten der Vermessung, event. Courtage u.a.

frei zu halten."

In ihrem ausführlichen Erwidierungsschreiben vom 24. Januar 1977 antwortete die Beklagte dazu, etwaige Courtagen werde sie nicht übernehmen. Von diesem Schreiben der Beklagten an die Verkäuferin ließ die Klägerin sich sofort eine Kopie geben. Im Schreiben der Beklagten vom 5. Mai 1977 an die Klägerin und der Verkäuferin vom 11. Mai 1977 an die Beklagte vertraten beide die Auffassung, daß der Klägerin eine Maklerprovision nicht zustehen könne.

Nach notariellem Kaufabschluß zu einem Kaufpreis von 2.329.935 DM forderte die Klägerin 5,25% und davon 11% Mwst von der Beklagten als Provision. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin kann keinen Erfolg haben, weil ihr eine Maklerprovision nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts weder nach §§ 652, 653 BGB noch gemäß § 354 HGB zusteht.

1. § 652 BGB scheidet als Anspruchsgrundlage aus.

a) Das Berufungsgericht hat einen Maklerlohnanspruch mit der Begründung verneint, es fehle schon an einem Angebot der Klägerin an die Beklagte zum Abschluß eines Maklervertrages. Wenn ein Makler aufgrund eines ihm vom Verkäufer erteilten Auftrages an den Kaufinteressenten herantrete, bedürfe es eines besonders deutlichen Hinweises des Maklers darauf, daß er auch vom Käufer eine Maklerprovision verlangen wolle. Die in der Verkaufsaufgabe verwendete Formulierung habe jedoch lediglich darauf schließen lassen, daß die Verkäuferin von den durch ihren Auftrag entstandenen Maklerkosten durch einen Kaufvertrag habe freigestellt werden sollen. Einen anderen Erklärungswert habe die Beklagte auch den Umständen und dem späteren Verhalten der Klägerin nicht entnehmen können.

b) Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsfehler. Sie stehen vielmehr mit der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Zustandekommen eines mit dem Grundstückskäufer abgeschlossenen Maklervertrages im Einklang.

Der Bundesgerichtshof hat stets das Vorliegen eines eindeutigen Provisionsverlangens seitens des Maklers als entscheidend angesehen. Der stillschweigende Abschluß eines Maklervertrages kann selbst in dem Fall zu verneinen sein, in welchem der Käufer von sich aus mit der Anfrage nach dem Objekt und dem Verkäufer an den Makler herantritt, wenn der Makler nicht seinen Wunsch zu erkennen gibt, (auch) vom Käufer Provision zu erhalten (BGH Urteil vom 12. Dezember 1957 -

II ZR 244/56 - NJW 1958, 298). Umgekehrt kommt ein Nachweismaklervertrag dann zustande, wenn der Makler von vornherein eindeutig mit seinem Provisionsverlangen hervorgetreten ist, auch wenn die erste Initiative vom Makler selbst ausgegangen ist (BGH Urteil vom 19. April 1967 - VIII ZR 91/65 - NJW 1967, 1365), und sogar wenn der Makler bereits einen Auftrag vom Verkäufer erhalten hat (Urteil vom 21. April 1971 - IV ZR 4/69 - WM 1971, 904 = DB 1971, 1521), weil dem Makler die Übernahme einer Doppeltätigkeit für den Verkäufer einerseits und den Käufer andererseits nicht schlechthin untersagt ist (BGHZ 48, 344, 346). Die Anforderungen an die Eindeutigkeit des Provisionsverlangens sind allerdings höher, wenn der Makler von sich aus an den Kaufinteressenten herantritt, weil dieser dann davon ausgehen kann, der Verkäufer werde den Makler bezahlen, oder wenn sogar der Makler erkennbar bereits einen Verkäuferauftrag hat (BGH Urteil vom 21. Mai 1971 - IV ZR 52/70 - WM 1971, 1098 = DB 1971, 2058).

Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, daß der Verkäufer durch seinen Verkaufsauftrag die Voraussetzungen dafür gesetzt hat, mit dem Kaufvertragsabschluß provisionspflichtig zu werden. Er wird deshalb vielfach bestrebt sein, die Provision auf den ihm vom Makler vermittelten Käufer abzuwälzen. Darum wird der Kaufinteressent häufig den im Rahmen der Bekanntgabe von Einzelheiten des Kaufobjekts und der Preisgestaltung gegebenen Hinweis auf die Provision des Maklers dahin verstehen, daß der Verkäufer den Preis in voller Höhe für sich erhalten und daraus nicht die Maklerprovision bezahlen, von dieser vielmehr freige-

stellt werden will (vgl. die letztgenannte Entscheidung).

c) Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht nach dem unstreitigen Sachverhalt und den getroffenen Feststellungen davon ausgegangen, daß von einem eindeutigen Provisionsverlangen der Klägerin nicht die Rede sein kann.

Die Klägerin war als schon von der Verkäuferin beauftragte Maklerin an die Beklagte von sich aus herangetreten. Bei ihrer Initiative ging es ihr in erster Linie darum, über die Beklagte Kaufinteressenten in Erfahrung zu bringen. Unstreitig ist bei dem ersten Treffen am 30. November 1976 nicht über Nebenkosten gesprochen worden. Die der Beklagten bei diesem Treffen überlassene Verkaufsaufgabe war zur Weiterleitung an die Kaufinteressenten bestimmt, wie die Klägerin in ihrem Bestätigungsschreiben vom 3. Dezember 1976 selbst ausführte. Allerdings war in dieser Verkaufsaufgabe von der "Maklercourtage" die Rede. Sie war jedoch nur neben den Notargebühren als Teil der Erwerbsnebenkosten erwähnt. Vor allem war insoweit nicht eine Provisionsforderung der Klägerin als der handelnden Maklerin erhoben. Vielmehr wurde die Maklercourtage eher beiläufig im Rahmen der für einen Kaufinteressenten wahrscheinlich bedeutsamen näheren Einzelheiten des Kaufobjekts erwähnt. Dann aber ist die Annahme des Berufungsgerichts rechtsfehlerfrei, daß der Leser der Verkaufsaufgabe diesen Hinweis als Wunsch der Verkäuferin nach Freistellung von der Maklercourtage verstand. Anders konnte auch die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts

nicht verstehen. Die Klägerin hat auch bei den Besprechungen mit der Beklagten den erforderlichen klaren Hinweis auf ihr Provisionsverlangen unterlassen.

Nach diesen Feststellungen gilt auch ein Provisionsanspruch nicht nach § 653 Abs. 1 BGB als vereinbart, weil es an der "übertragenen Leistung" fehlt (vgl. Urteil des Senats vom 23. Oktober 1980 - IVa ZR 27/80 - LM BGB § 653 Nr. 5).

2. Aber auch ein Anspruch aus § 354 HGB, auf den das Berufungsgericht nicht ausdrücklich eingegangen ist, steht der Klägerin nicht zu.

Nach dieser Bestimmung kann ein Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, dafür auch ohne Verabredung die ortsübliche Provision fordern. Diese Voraussetzungen sind nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht gegeben.

Zwar gilt § 354 HGB auch für einen Makler, der in Ausübung seines Handelsgewerbes ein Geschäft vermittelt (RGZ 122, 229, 232; BGH Urteil vom 4. April 1966 - VIII ZR 102/64 - LM HGB § 354 Nr. 5 = MDR 1966, 753). Auch ist die Klägerin, eine OHG, Kaufmann gemäß § 6 HGB. Ob § 354 HGB nicht für Immobilienmakler gelten kann, weil sein Geltungsbereich in analoger Anwendung des § 93 Abs. 2 HGB sich nur auf die in § 93 Abs. 1 HGB bezeichneten Geschäfte erstreckt (so RGRK 12. Aufl. § 653 Rdn. 4), braucht nicht erörtert zu werden. Die Klägerin hat jeden-

falls nicht der Beklagten im Sinn des § 354 HGB ein Geschäfts besorgt oder einen Dienst geleistet.

Ein gesetzlicher Provisionsanspruch aus § 354 HGB ist dann nicht gegeben, wenn der Makler aufgrund eines Vertrages mit einem Dritten - z.B. dem Verkäufer - erkennbar in dessen Interesse handelt, sofern er nicht auch für dessen Geschäftspartner erkennbar tätig wird (vgl. Urteil vom 4. Juli 1953 - II ZR 154/52 - JR 1953, 424). In einem solchen Fall bringt der Makler durch seine Bemühungen lediglich die gegenüber dem Verkäufer übernommene Leistung (BGH aaO). Das gilt selbst dann, wenn diese Bemühungen im Ergebnis auch demjenigen zugute kommen, der nunmehr ein Interesse entwickelt (zutreffend OLG Nürnberg AIZ 1960, 14, 15). In einem solchen Fall besorgt der Makler weder ein Geschäft des zukünftigen Kaufinteressenten noch leistet er den zu fordernden besonderen Dienst für diesen, weil das in einer dem Kaufinteressenten zumindest erkennbaren Weise geschehen muß (Canaris GroßKom. HGB zu § 354 Anm. 5 und 6; vgl. auch RG JW 1900, 758 zu Art. 290 ADHGB).

Aus diesem Grunde ist anerkannt, daß § 354 HGB nur eingreifen kann, wenn der Kaufmann befugterweise für einen anderen tätig geworden ist (BGH Urteil vom 4. April 1966 - VIII ZR 102/64, insoweit LM HGB § 354 Nr. 5 nicht abgedruckt; Schlegelberger/Hefermehl HGB 5. Aufl. § 354 Rdn. 3). Diese Bestimmung hat nicht die Bedeutung, daß ein Kaufmann seine Tätigkeit einem anderen gegen dessen Willen aufdrängen könnte mit der Folge, daß der andere Provision zahlen muß (BGH Urteil

vom 19. November 1962 - VIII ZR 229/61 - WM 1963, 165, 167). Anderenfalls wäre jeder, mit dem ein Kaufmann von sich aus Kontakt aufnimmt, von vornherein gehalten, die nicht zwingende Regelung des § 354 HGB (vgl. Schlegelbeger/Hefermehl aaO Rdn. 2) ausdrücklich abzubedingen, auch wenn für ihn nicht deutlich geworden ist, daß der Kaufmann ihm Dienste leisten will.

Aus den schon unter 1 c) erörterten Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, daß die Klägerin nicht für die Beklagte tätig geworden ist. Die Klägerin ist vielmehr von sich aus an die Beklagte herangetreten und bei ihr als bereits von der Verkäuferin mit der Vermittlung von Kaufinteressenten beauftragte Maklerin aufgetreten. Der Klägerin ging es bei der Anbahnung des Kontaktes mit der Beklagten vornehmlich darum, über diese an andere Kaufinteressenten heranzukommen. Das hat auch die Verkäuferin in ihrem Schreiben vom 20. Januar 1977 der Beklagten noch einmal ausdrücklich mitgeteilt. Wenn eine Folge dieses Kontaktes war, daß auch bei der Beklagten das Kaufinteresse geweckt wurde, und wenn daraufhin die Klägerin dieses Interesse zu verstärken suchte, war für die Beklagte unter den hier vorliegenden besonderen Umständen nicht erkennbar, daß die Klägerin nicht nur als Makler der Verkäuferin, sondern auch als Makler der Beklagten Dienste erbringen wollte.

Deshalb brauchte das Berufungsgericht nicht zu erörtern, ob die Beklagte durch ihr Verhalten der Klägerin gegenüber hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht hat, eine etwaige, sich aus dem Gesetz ergebende Provisionspflicht abbedingen zu wollen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs