

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 146/82

URTEIL

Verkündet am
4. Juli 1984
Mutterer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma I[REDACTED]-Gesellschaft Theodor S[REDACTED] mbH,
vertreten durch die Geschäftsführerin Frau Irmgard S[REDACTED]-
[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED], H[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Herrn Sigmund P[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED]/[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1984

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 29. Juni 1982 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 von der Beklagten, einer Makler-GmbH, Zahlung restlicher 92.000,- DM mit der Behauptung, er habe mit ihr ein Provisionsteilungsabkommen geschlossen.

Durch notariellen Kaufvertrag vom 26. April 1978 verkauften der Kläger und seine Nichte als Miteigentümer zu je 1/2 das Grundstück F██████████ Straße██ in Bad N██████. Die Käuferin zahlte 204.000,- DM Maklerprovision, nach der Behauptung des Klägers an die Beklagte. Davon beanspruchte der Kläger die Hälfte, 102.000,- DM. Ein Teilbetrag von

- 3 -

10.000,- DM nebst Zinsen ist ihm im Vorprozeß (19 O 512/79 LG Hamburg = 12 U 144/80 OLG Hamburg) zugesprochen worden.

Schon 1971 hatten die Parteien über den Verkauf mehrerer Grundstücke verhandelt. Darunter war auch das hier fragliche Grundstück. Schon damals war der Kläger Miteigentümer. Im Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 16. November 1971 im Laufe der damaligen Verhandlung hieß es:

"Betr.: Gemeinschaftsbearbeitung
Unter höflicher Bezugnahme auf das mit Ihnen geführte Gespräch bestätigen wir Ihnen wunschgemäß, daß für den Fall eines Verkaufes der von Ihnen nachgewiesenen Grundstücke die insgesamt anfallende Provision zwischen uns hälftig geteilt wird. ..."

Anfang 1972 zerschlugen sich die Bemühungen um den Verkauf des Grundstückes in Bad N[REDACTED]. Einige Jahre später meldete sich die Beklagte mit Schreiben vom 7. Dezember 1977 erneut nach einem vorangegangenen Telefongespräch wegen dieses Grundstücks. Das führte zu einer längeren Korrespondenz. In deren Verlauf schrieb der Kläger an den Sohn der Geschäftsführerin der Beklagten am 16. Februar 1978:

"Betr.: Angebot [REDACTED] Bad N[REDACTED], F[REDACTED] Str. [REDACTED]
Ihr Schreiben vom 9.2.1978

Sehr geehrter Herr S[REDACTED],
ich nehme höflichst Bezug auf Ihr obiges Schreiben, sowie auf unsere gestrige fernmündliche Rücksprache. Im Verlauf dieses Gespräches sind wir so verblieben, daß Sie die o.g. Liegenschaft an Ihren Interessenten neu anbieten.
Eine Freistellungserklärung erübrigt sich
Dem Angebot liegt unsere Vereinbarung zugrunde, wie es in Ihrem Schreiben vom 16.11.1971 zum Ausdruck kam."



Landgericht und Oberlandesgericht waren im Vorprozeß und in den Vorinstanzen der Auffassung, daß zwischen den Parteien eine Teilungsvereinbarung zustande gekommen sei. Demgemäß sind dem Kläger die restlichen 92.000,- DM nebst Zinsen zugesprochen worden. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache, weil die Vorinstanzen rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gekommen sind, eine Teilungsvereinbarung sei getroffen worden.

I.

Soweit die Beklagte auch in der Revisionsinstanz sich darauf beruft, das Schreiben des Klägers vom 16. Februar 1978 sei nicht an sie, die GmbH, sondern an die Einzelfirma Theodor S■■■■■, Immobilien, gerichtet, lediglich dieser Firma, nicht der Beklagten habe die Käuferin nach dem Inhalt des notariellen Kaufvertrages Provision geschuldet, kann sie damit allerdings keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Vereinbarung gemäß dem Schreiben vom 16. Februar 1978 sei mit der Beklagten getroffen worden. Die Beklagte habe der Kläger mit der in der Anschrift genannten Firma gemeint, anders habe das auch seitens der Beklagten nicht verstanden werden können und dürfen. Letzterem ist angesichts der Feststellungen des Berufungsgerichts zum Inhalt des Parteivortrags über den Ablauf der Verhandlungen zuzustimmen. Danach haben für die Einzelfirma und für die Be-

klagte immer dieselben Personen gehandelt, nämlich Frau S [REDACTED] und deren Sohn. Frau S [REDACTED] ist Geschäftsführerin der GmbH und gleichzeitig Inhaberin der Einzelfirma. Danach hat der Kläger die Anschrift für sein Schreiben vom 16. Februar 1978 dem vorangegangenen, von Herrn S [REDACTED] verfaßten Schreiben vom 9. Februar 1978 entnommen. In diesem, in der "wir-Form" abgefaßten Schreiben wurde auf die 1971 unstreitig von der Beklagten geführten Verhandlungen Bezug genommen, die unstreitig mit Schreiben der Beklagten vom 7. Dezember 1977 wieder aufgenommen worden waren. Schließlich sind danach die Briefköpfe der Einzelfirma und der Beklagten sowie die weiteren Angaben auf den Briefbögen nicht deutlich unterscheidbar und hat die Beklagte selbst im früheren Schriftwechsel mit dem Kläger Schreiben mit dem Briefkopf der Einzelfirma als GmbH unterzeichnet.

Überdies setzt eine Provisionsteilungsvereinbarung nicht zwingend voraus, daß der zur Teilung verpflichtete Makler selbst den Maklerlohn empfängt. Vielmehr können die Beteiligten vereinbaren, daß der Geschäftspartner seinen Anteil auch dann erhalten soll, wenn das Geschäft - wie hier - von einem nur der Rechtsform nach verschiedenen, wirtschaftlich aber dem gleichen Makler abgewickelt wird. Jedenfalls von einer solchen Abrede - ist sie getroffen - müßte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ausgegangen werden.

II.

Jedoch kann dem Berufungsurteil nicht die Grundlage für einen Anspruch des Klägers auf Auszahlung der Hälfte der Provision entnommen werden, die von der Käuferin für

den Erwerb des Grundstückes F██████████ Straße██████ in Bad N██████████ an die Beklagte oder die Einzelfirma gezahlt worden ist.

1. Allerdings, das ist der Revisionserwiderung des Klägers zuzugeben, hat sich die Revision nicht ausdrücklich mit der Anspruchsgrundlage auseinandergesetzt, die vom Zeitablauf her gesehen als erste in Betracht kommt, nämlich mit der Weitergeltung der im Schreiben der Beklagten vom 16. November 1971 bestätigten Vereinbarung. Diese Erwägung will das Berufungsgericht offenbar als Hilfsbegründung heranziehen. Es meint, die frühere Vereinbarung sei auch ohne nochmalige Bestätigung auf das hier streitige Geschäft anzuwenden, da sie eine Regelung für den Fall eines Verkaufes vom Kläger nachgewiesener Grundstücke getroffen habe, zu jener Zeit aber auch über das hier fragliche Grundstück verhandelt worden sei. Als Miteigentümer des Grundstücks in Bad N██████████ konnte der Kläger nicht Makler sein, deshalb auch nicht eine Gemeinschaftsbearbeitung oder einen Nachweis erbringen. Das gilt trotz der unstreitigen Tatsache, daß die Beklagte sich damals unter anderem um den Verkauf des im Miteigentum des Klägers stehenden Grundstücks bemühte. Denn ebenso unstreitig ist, daß die Beklagte damals mindestens ein vom Kläger benanntes Grundstück vermakelte, das ihm nicht gehörte. Überdies käme es dann auch auf die Behauptung der Beklagten an, die Kenntnis der hier streitigen Gelegenheit 1971 von einem Dritten erhalten zu haben.

Vielmehr hätte es 1971 einer besonderen Vereinbarung bedurft, wenn die Teilungsabrede sich auch auf die Provision für solche Grundstücke beziehen sollte, die im Eigentum des Klägers standen. Daß das Schreiben vom

16. November 1971 die seinerzeit getroffene Vereinbarung insoweit nicht vollständig wiedergibt, behauptet der Kläger nicht.

Danach ist ein etwa auf die Weitergeltung der früheren Vereinbarung gestütztes Begehren nicht schlüssig.

2. Die Hauptbegründung des Berufungsurteils geht dahin, das Schreiben des Klägers vom 16. Februar 1978, dem die Beklagte unstreitig nicht widersprochen hat, stelle ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar, durch welches die frühere Vereinbarung Vertragsbestandteil geworden sei. Auch diesem Ergebnis kann nicht gefolgt werden.

a) Die Revision rügt allerdings nicht die Feststellung, daß die Beziehungen zwischen den Parteien nach kaufmännischer Sitte abgewickelt wurden und diese voneinander ein entsprechendes Verhalten auch erwarten konnten. Die Anwendung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben scheitert daher nicht an der Person des Klägers (BGHZ 40, 42).

b) Das Berufungsgericht führt aus, am 15. Februar 1978 hätten zwischen den Parteien mündliche Vertragsverhandlungen stattgefunden. Das ergebe sich aus dem Bestätigungsschreiben selbst und sei von der Beklagten mit dem Hinweis auf die Besprechung technischer Einzelheiten "nicht substantiiert bestritten" worden.

Der Kläger muß als Bestätigender darlegen und beweisen, daß unmittelbar (BGH Urteil vom 3.6.1967 - VIII ZR 82/65 - LM HGB § 346 D Nr. 14) vor dem 16. Februar 1978 zwischen den Parteien Verhandlungen über ihre vertraglichen Beziehungen stattfanden (BGH Urteil vom 20.3.1974 - VIII ZR 234/72 - BB 1974, 524 = LM HGB § 346 Ea Nr. 17). Die Vertragsverhandlungen als solche werden durch das Schweigen der Beklagten als Empfängerin des Schreibens nicht belegt. Das Schweigen auf das Schreiben bestätigt lediglich den Inhalt von Abreden. Ohne vorausgegangene Vertragsverhandlungen ist der Empfänger eines Bestätigungsschreibens zum Widerspruch aber nicht aufgerufen.

Der Vortrag des Klägers ergibt nicht, um welchen Vertrag es sich bei den mündlichen Verhandlungen gehandelt haben soll. Die Beklagte hat bestritten, daß bei dem Telefongespräch am 15. Februar 1978 der Vertrag überhaupt angesprochen worden ist. Aus dem Schriftwechsel der Parteien kann nicht geschlossen werden, daß die Verhandlung vom 15. Februar 1978 einen Vertrag zwischen den Parteien zum Gegenstand hatte. Die Beklagte hatte mehrere Interessenten für das Grundstück, in deren Auftrag sie ihre Vermittlungstätigkeit entfaltete. Wenn aus solchem Anlaß mit dem Verkäufer Verhandlungen aufgenommen werden, so haben diese in der Regel keine vertraglichen Bindungen zwischen Makler und Veräußerer zum Gegenstand. Vielmehr beziehen sie sich auf das zu vermittelnde Geschäft (Senatsurteil vom 23.10.1980 - IVa ZR 27/80 - WM 1980, 1396, 1397 = LM BGB § 653 Nr. 5). Nur wenn besondere Umstände hinzutreten, für die der Kläger darlegungspflichtig ist, kann überhaupt

von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ausgegangen werden, deren Inhalt durch ein Bestätigungsschreiben verbindlich festgelegt werden kann. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen.

Ausreichend bestritten war etwaiges Vorbringen des Klägers deshalb, weil die Beklagte darauf abstellte, die Maklertätigkeit sei bereits aufgrund ihres Schreibens vom 7. Dezember 1977 aufgenommen worden, am 15. Februar 1978 sei es lediglich um technische Einzelheiten des Verkaufs gegangen. Wurden die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien bereits im Dezember begründet, so hätten mündliche Verhandlungen am 15. Februar 1978 nur deren Abänderung zum Gegenstand haben können. Gerade das hat die Beklagte jedoch in Abrede gestellt.

Schon aus diesem Grunde dringt die Rüge verfahrensfehlerhafter Tatsachenfeststellung durch.

c) Zu Recht rügt die Revision, daß der Zeuge Seidenberg zum Inhalt der "gestrigen fernmündlichen Rücksprache" nicht gehört worden ist. Wurden nämlich dabei nur technische Einzelheiten besprochen und herrschte aufgrund der vorangegangenen Schreiben zwischen den Parteien Einigkeit, daß die Beklagte (auch) für den Kläger als Makler tätig werden sollte, so stellte sich eine etwa vom Kläger mündlich nicht angesprochene Provisionsteilungsvereinbarung als völlig neues Vertragselement dar. Es ist bereits ausgeführt, daß die frühere Vereinbarung vom 16. November 1971 für sich genommen auf das hier fragliche,

im Miteigentum des Klägers stehende Grundstück nicht bezogen war. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Beklagte eine Verkäuferprovision erwartete. Nunmehr sollte sie sogar den Verkäufer und Grundstücksmiteigentümer an der etwaigen Käuferprovision beteiligen. Eine derartige Abweichung wäre, wenn der Inhalt der vorausgegangenen Verabredungen und des Gesprächs vom 15. Februar 1978 feststehen, als so gewichtig anzusehen, daß sie nicht durch bloßes Schweigen auf ein Schreiben Gegenstand der vertraglichen Beziehungen werden kann (BGH Urteil vom 14.3.1984 - VIII ZR 287/82 - WM 1984, 639, 641 m.w.N.).

3. Danach läßt sich das Ergebnis des Berufungsgerichts auch mit der vom Landgericht gegebenen Begründung nicht halten, die Beklagte habe ein entsprechendes Angebot des Klägers im Schreiben vom 16. Februar 1978 durch ihr späteres Verhalten faktisch angenommen, ohne daß es einer ausdrücklichen Erklärung der Annahme bedurft habe. Der Weg über § 151 BGB ist hier nicht gangbar.

Zum einen fehlt es an einer Betätigung des Annahmewillens. Im bloßen Schweigen kann eine Willensäußerung mangels besonderer, eine solche nahelegender Umstände (BGH Urteil vom 1.3.1973 - VIII ZR 190/70 - BB 1972, 418) nicht gesehen werden. Daß die Beklagte anschließend den Kaufvertrag vermittelte, stellt sich nicht zwingend als Gebrauchmachen von einem klägerischen (Abänderungs-)Vertragsangebot dar. Das Verhalten der Beklagten läßt sich als schlichte Ausführung ihres Maklerauftrages, auch eines solchen des Klägers, verstehen. Unredlich erscheint das Verhalten der Beklagten auch dann nicht (MK-Krämer, § 151 Rdn. 50).

Andererseits wäre der angetragene (Abänderungs-) Vertrag ein derart ungewöhnliches Geschäft zum Nachteil der Beklagten als Empfängerin des Angebots, daß nach der Verkehrssitte im Falle der Annahme eine besondere Erklärung dem Antragenden gegenüber zu erwarten war (BGH Urteil vom 24.11.1959 - VIII ZR 133/58 - LM HGB § 346 D Nr. 7 b).

4. Schließlich hat das Berufungsgericht die allenfalls noch als Anspruchsgrundlage verbleibende ausdrückliche Abrede zur Provisionsteilung schon anlässlich des Telefongesprächs vom 15. Februar 1978 nicht festgestellt. Im Vorprozeß hatte das Landgericht eine derartige Vereinbarung als bewiesen angesehen, während das Oberlandesgericht der Frage nicht weiter nachging, "ob die Parteien schon beim Telefongespräch ... über alle Einzelheiten der Provisionsteilung" Einigkeit erzielt hatten, weil es schon damals von einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben ausging. Ob die Feststellungen des Landgerichts im Vorprozeß mit dem Wortlaut des Schreibens vom 16. Februar 1978 in Einklang gebracht werden können, ist deshalb unerheblich, weil der Vortrag des Klägers im vorliegenden Rechtsstreit nicht für ein am 15. Februar 1978 fernmündlich vereinbartes Teilungsabkommen ausreicht.

In der Klageschrift heißt es dazu lediglich:

"Der Kläger ... vereinbarte mit (der Beklagten) am 15.2.1978, daß diese das Objekt erneut anbieten sollte und schrieb im übrigen der Beklagten am 16.2.1978 einen Brief. ..."

Der Zusatz "im übrigen" legt nahe, daß die Absätze 3 und 4 dieses Schreibens am 15. Februar 1978 eben nicht vereinbart, sogar nicht einmal besprochen worden sind.

Weitere auf den Inhalt des Telefongesprächs vom 15. Februar 1978 bezogene Behauptungen des Klägers finden sich weder in seinen Schriftsätzen noch in den Urteilen. Vielmehr hat der Kläger außerdem lediglich im Schriftsatz vom 26. Oktober 1981 Seite 6/7 (= GA 27/28) Indiztatsachen vorgetragen, die aber nicht den Schluß darauf zulassen, daß am 15. Februar 1978 telefonisch eine Provisionsteilung vereinbart wurde. Die Geschäftsführerin der Beklagten konnte auch der rechtlich falschen Meinung sein, bereits durch ihr Schweigen auf das Schreiben vom 16. Februar 1978 sei die Provisionsteilung vereinbart. Sie konnte deshalb die dort unter Beweis gestellten Äußerungen getan haben. In diesem Zusammenhang hat der Satz im Vortrag des Klägers (GA 27 unten) "die Geschäftsführerin der Beklagten hat damit die Vereinbarung zwischen ihr und dem Kläger bestätigt" Bedeutung: Damit wird nicht eine Neuvernahme des Geschäfts behauptet. Weiter soll danach die Vereinbarung zwischen Frau Seidenberg und dem Kläger getroffen sein (so auch der vom Beklagten zitierte Vortrag des Klägers im Vorprozeß), während das Telefongespräch vom 15. Februar 1978 nach dem vom Kläger vorgelegten und damit vorgetragenen Inhalt seines Schreibens vom 16. Februar 1978 mit Herrn S██████████ geführt wurde.

5. Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Vortrag des Klägers für das Zustandekommen einer Teilungsvereinbarung der Parteien am 15. Februar 1978 oder danach ausreicht, und ob die bislang durchgeführte oder die - z.B. mit der Vernehmung des Herrn S██████████ - noch nachzuholende Beweisaufnahme die Überzeugung von der Richtigkeit dieses Tatsachenvortrages vermittelt.

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter