

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 266/88

URTEIL

Verkündet am:
25. Oktober 1989
Keller
Justizassistentin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maklers Josef J. [REDACTED], Z. [REDACTED] 43, F. [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten
und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die S. [REDACTED] - [REDACTED] - [REDACTED] G. [REDACTED] GmbH &
Co. KG, vertreten durch die Firma S. [REDACTED] - [REDACTED]
[REDACTED] - [REDACTED] Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten
durch die Geschäftsführer Herms D. [REDACTED] und Jürgen B. [REDACTED],
E. [REDACTED]straße 14-22, E. [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]
und v. [REDACTED] -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1989

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Juni 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Makler. Die Beklagte unterhält im gesamten Bundesgebiet Spielhallen. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger wegen des Erwerbs eines Spielhallenkomplexes in Frankfurt Nachweisprovision zahlen muß.

Aus einem erfolglosen Nachweis war dem Kläger seit Anfang 1983 der bei der Beklagten zuständige Zeuge W [REDACTED] (W.) bekannt. Diesen rief er an, als er erfahren hatte, daß der Inhaber von drei Spielhallencentren in Frankfurt, der Zeuge J [REDACTED] (J.), sich zurückziehen wollte. Aufgrund des Telefongesprächs bot der Kläger in einem Schreiben vom

- 3 -

20. Oktober 1983 an W. die drei Objekte zu einem Gesamtpreis von 2 Mio. DM mit näheren Einzelheiten zu den Gesamtkosten und dem Gesamterlös an. Dabei teilte er seine Provisionsforderung mit. W. besichtigte die Objekte mit dem Kläger und sagte zu, sich gegebenenfalls zu melden.

Von anderer Seite erfuhr der Kläger Anfang Oktober 1985, daß die Beklagte den größten Spielhallenkomplex erworben hatte. In der Erwerbsvereinbarung vom 17. September 1985 heißt es, daß Frau S. (S.) - das ist die Lebensgefährtin des Inhabers J. - als Vermittlungsprovision 20.000 DM erhält, und weiter, daß J. die Beklagte von weiteren Courtageforderungen, insbesondere der des Klägers aus dem Angebot vom 20. Oktober 1983, freistellt.

Die Beklagte behauptet insbesondere, das Angebot des Klägers diesem gegenüber abgelehnt zu haben, weil die drei Geschäfte en bloc und zu einem zu hohen Preis angeboten worden seien. Erst als die Zeugin S. im Auftrag des Zeugen J. dessen Verkaufsbereitschaft mitgeteilt habe, seien erfolgreiche Verhandlungen geführt worden. Nach dem Vortrag des Klägers hat die Beklagte inzwischen ein weiteres der drei von ihm angebotenen Geschäfte und damit insgesamt 1.650 qm der Spielhallenfläche des J. erworben.

Das Landgericht hat die auf einen Teilbetrag von 50.000 DM beschränkte Provisionsklage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Auf die Anschlußberufung und Widerklage der Beklagten hat das Oberlandesgericht festgestellt, daß dem Kläger auch weitergehende Provisionsansprüche bis zu dem in seiner Rechnung genannten Betrag



von 135.432 DM nicht zustehen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren und seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Das Landgericht hatte entschieden, es könne nicht davon ausgegangen werden, daß zwischen den Parteien ein Maklervertrag durch Annahme des Angebotes vom 20. Oktober 1983 seitens der Beklagten zustandegekommen sei. Demgegenüber meint das Berufungsgericht, die Beklagte habe den Antrag des Klägers mit der Vereinbarung eines Besichtigungstermins angenommen. Dazu rügt die Revision, für den Vertragsschluß sei das dem Schreiben vom 20. Oktober 1983 vorausgegangene Telefongespräch nicht gewürdigt worden.

Jedoch ist der Vortrag des Klägers insoweit nicht schlüssig. Der Kläger behauptet nicht, schon bei dem Telefongespräch Provision verlangt zu haben. Unstreitig war zwar der Kläger der Beklagten aus einem kurz zuvor verhandelten Angebot als gewerblicher Makler bekannt. Auch hatte der Kläger bei dem ihm von dieser Verhandlung her bekannten Zeugen, dem zuständigen Mitarbeiter W. der Beklagten, telefonisch angefragt, ob Interesse am Erwerb von (drei) Spielhallenkomplexen in Frankfurt bestehe, die der Kläger anbieten könne. Dennoch ergab sich daraus für W. noch nicht, daß der Kläger Provision für den Nachweis verlangen werde. Denn der Kläger konnte bei dieser von ihm ausgehenden Anfrage auch als Mak-

ler für den Veräußerer handeln. Deshalb bedurfte es eines ausdrücklichen Provisionsverlangens (Senatsurteil vom 12.2.1981 - IVa ZR 105/80 - WM 1981, 495 unter 1b).

Demgemäß hat - wie das Berufungsgericht richtig sieht - W. für die Beklagte handelnd erst durch die Vereinbarung eines Besichtigungstermins auf das Schreiben des Klägers vom 20. Oktober 1983 hin mit diesem einen Nachweismaklervertrag geschlossen. Er hat sich mit der vom Kläger ihm angetragenen provisionspflichtigen Nachweistätigkeit mit dieser Vereinbarung einverstanden erklärt.

Das Schreiben vom 20. Oktober 1983 wird vom Tatrichter rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, daß danach die Parteien einen Nachweismaklervertrag über das Gesamtangebot des Klägers geschlossen haben. Der Kläger hat für die drei Objekte einen Gesamtpreis genannt und zu den vorhandenen Geräten und dem erzielbaren Umsatz nur Gesamtangaben gemacht. Demgemäß "wirkte" sein Schreiben nach der Aussage des Zeugen W. vor dem Berufungsgericht wie ein "Paket". Zwar hat der Kläger behauptet, daß nicht nur ein Verkauf aller drei Objekte zusammen in Betracht gekommen sei, einen entsprechenden Hinweis oder gar eine Änderungsabrede jedoch nicht beweisen können. Allein der Umstand, daß W. bei der Besichtigung nur das unstreitig im September 1985 erworbene Objekt "ausführlich" in Augenschein genommen hat, reicht für eine Änderungsabrede nicht aus.

2. Mit dem Angebotsschreiben und mit der Besichtigung hat der Kläger den versprochenen Nachweis erbracht. Auch das verkennt das Berufungsgericht nicht. Es führt aus, rechtlich

unerheblich sei, daß der Kläger möglicherweise den Namen des Vertragspartners nicht sofort benannt habe; darauf dürfte es der Beklagten zunächst nicht angekommen sein, auch war der Kläger in der Lage, den Namen zu nennen (Senatsurteile vom 22.10.1986 und 14.1.1987 - IVa ZR 4/85 und 206/85 - WM 1987, 23 und 511 = BGHR BGB § 652 Abs. 1 Satz 1 Nachweis 2 und 4).

3. Nicht frei von Rechtsfehlern sind aber die Ausführungen des Berufungsgerichts zur wirtschaftlichen Gleichartigkeit.

a) Das angefochtene Urteil verneint diese und führt aus:

Gegenstand des Angebotes des Klägers seien die darin aufgeführten drei Spielhallenzentren gewesen. In dem Schreiben werde darauf aufmerksam gemacht, daß der Verkäufer die Spielhallen seit über 20 Jahren betreibe und sich nunmehr im Alter von 72 Jahren zur Ruhe setzen und aus diesem Grunde die Geschäfte verkaufen wolle. Dieses Ziel habe nur bei einer Gesamtveräußerung erreicht werden können. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten könne es nicht als gleichwertig angesehen werden, wenn der Auftraggeber statt einer Gesamtheit von Objekten zu einem Kaufpreis von 2 Mio. DM zeitversetzt nur einen Teil der Objekte zum Preis von 1 Mio. DM erwerbe, soweit der Makler ausschließlich das Gesamtpaket angeboten habe.

b) Hinsichtlich der wirtschaftlichen Gleichartigkeit ist für das Provisionsverlangen maßgeblich, ob das im Ergeb-

nis abgeschlossene Geschäft - hier die Übernahme, nämlich Untermiete und Erwerb der Geräte und Konzessionen des größten der drei zusammen benannten Spielhallenkomplexe seitens der Beklagten gegen Zahlung von 1 Mio. DM zuzüglich Mehrwertsteuer an J. - wirtschaftlich gesehen dem in dem Nachweismaklervertrag beabsichtigten Geschäft gleichkommt (Senatsurteile vom 7.7.1982 unter I. 3., vom 18.9.1985 unter I. 1. und vom 28.1.1987 unter 3. - IVa ZR 50/81, 139/83 und 45/85 - WM 1982, 1098; 1985, 1422 und 1987, 510 = LM BGB § 652 Nr. 80, § 316 Nr. 12 und § 313 Nr. 114, jeweils m.w.N.). Allerdings war nach dem Inhalt des Maklervertrages der Erwerb von allen drei Spielhallenzentren in Frankfurt als "Paketerwerb" beabsichtigt. Dem entsprach auch der Nachweis des Klägers. Jedoch hat das Berufungsgericht vor allem den Vortrag des Klägers dazu, daß die Beklagte inzwischen das zweite Zentrum erworben hat, nicht berücksichtigt.

Mit Recht rügt die Revision, daß der erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 1988 gebrachte Vortrag des Klägers übergangen worden ist, die Beklagte habe im Laufe des Rechtsstreits das zweite der drei angebotenen Objekte von J. für über 500.000 DM erworben. Die Geschäftsräume habe sie wiederum als Untermieterin übernommen. Von der im Schreiben vom 20. Oktober 1983 angebotenen Grundstückgröße habe sie nun 94,3%, nämlich 1.650 qm von 1.750 qm. Für die Richtigkeit dieses Vortrages hat der Kläger Zeugen benannt. Auch nach dem Vorbringen der Beklagten ist dieser Vortrag nicht völlig substanzlos. Diese hat nämlich lediglich erwidert, es sei eine abschließende Vereinbarung noch nicht getroffen worden.

Das Berufungsgericht muß dieses bislang unberücksichtigt gebliebene Vorbringen des Klägers in seine Würdigung der wirtschaftlichen Gleichartigkeit einbeziehen. Deshalb ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

4. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung gibt der Senat folgende Hinweise:

a) Es kann fraglich erscheinen, ob die bisherige Begründung den Umfang des unstreitig bereits abgeschlossenen Geschäfts bei der Prüfung der wirtschaftlichen Gleichartigkeit ausreichend berücksichtigt hat. Nach der von der Beklagten vorgelegten Vereinbarung zwischen ihr und J. vom 17. September 1985 betrieb J. im veräußerten, mit seinen Einrichtungen versehenen Komplex aufgrund entsprechender, nach der Gewerbeordnung erforderlicher Erlaubnisbescheide und Geeignetheitsbestätigungen insgesamt 47 Spielhallen. Unstreitig war dieses Spielhallenzentrum das größte aus dem Angebot. Es umfaßte 1.400 der insgesamt angebotenen 1.750 qm Grundflächengröße, also 80% der Größe. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten hatte W. nur dieses Zentrum "ausführlich" besichtigt. Zwar wurde durch diese Art der Besichtigung der Inhalt des Maklervertrages wie ausgeführt noch nicht geändert. Jedoch legte sie auch dann, wenn der Kläger nicht ausdrücklich den Einzelerwerb für möglich erklärte - so die Aussage W. - diese Möglichkeit immerhin nahe. Daß diese Gesichtspunkte in die Prüfung des Tatrichters einbezogen worden sind, wird nicht hinreichend aus seiner, oben unter 3. a) am Ende mitgeteilten Erwägung deutlich.

Demgemäß wird das Berufungsgericht auch zu beachten haben, daß es entgegen seiner Ansicht einen Unterschied machen kann, daß hier der Kläger als Makler mit seinem Schreiben die Vorgabe für den Inhalt des Maklervertrages und damit für die bei der Frage nach der wirtschaftlichen Gleichartigkeit zu beurteilende Abweichung des Hauptvertrages gegeben hat. Denn bei der Beurteilung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist in aller Regel und so auch hier in erster Linie auf das Interesse des Auftraggebers und nicht auf das des Maklers abzustellen (Staudinger/Reuter, 12. Aufl. § 652 Rdn. 59 und 66 m.w.N.; Senatsurteile vom 28.1. und 21.10.1987 - IVa ZR 45/85 und 103/86 - BGHR BGB § 652 Abs. 1 Satz 1 Identität, wirtschaftliche 1 und 2).

b) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob der Nachweis des Klägers für das Geschäft ursächlich war, das am 17. September 1985 zwischen der Beklagten und J. zustandegekommen ist. Demgemäß ist für die Revisionsinstanz die Kausalität zu unterstellen.

Der Tatrichter wird bei der erneuten Verhandlung für die Kausalität neben der Freistellungsvereinbarung auch den Vortrag des Klägers zu der von diesem behaupteten Unglaubwürdigkeit der Zeugen J. und S. und seine Beweisantritte dazu zu berücksichtigen haben.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter