

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 12/82

URTEIL

Verkündet am

28. September 1983
Hellmann
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Baustatikers Wilhelm H., K.,
F.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. und
-

g e g e n

den Immobilienmakler Reinhard E., Kr.,
O.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. September 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. November 1981 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, der als Immobilienmakler tätig ist, hatte von der Fa. D[REDACTED]-Ho[REDACTED] den Auftrag, den Verkauf eines dieser Firma gehörenden Baugrundstücks in M[REDACTED], M[REDACTED], zu vermitteln. Er wandte sich an die Deutsche Bank AG Filiale O[REDACTED] und übersandte mit Schreiben vom 27. Februar 1979 dem leitenden Angestellten dieser Bank, einem Herrn Ke[REDACTED], Unterlagen über das genannte Objekt. In dem Schreiben heißt es u.a.:

- 3 -

"Angebot erfolgt unter Zugrundelegung beigefügter Geschäftsbedingungen"

Die Geschäftsbedingungen enthalten u.a. folgende Klauseln:

"1. Meine Angebote und Mitteilungen sind nur für den Empfänger bestimmt und dürfen ohne meine schriftliche Einwilligung nicht an Dritte weitergegeben werden. Bei Zuwiderhandlung steht mir als Schadensersatz ohne Nachweis eines Schadens, ein Anspruch in Höhe der ortsüblichen Provision zu.

.....

6. Die Provision ist bei Vertragsschluß des nachgewiesenen oder vermittelten Objekts fällig.
7. Die Maklerprovision beträgt 5% vom effektiven Kaufpreis zuzüglich der jeweils gültigen MwSt."

Herr Ke[REDACTED] informierte den Beklagten über die Möglichkeit des Erwerbs des fraglichen Grundstücks. Der Beklagte setzte sich daraufhin mit der Verkäuferin in Verbindung, um nähere Einzelheiten zu erfahren. Am 19. März 1979 schrieb der Kläger an den Beklagten:

"Ich beziehe mich auf die persönliche Unterredung mit Herrn Ke[REDACTED] in D[REDACTED] Bank O[REDACTED] zwecks Kaufangebot des Grundstücks in



M[REDACTED], Mül[REDACTED], Eigentum
der Fa. Ho[REDACTED] GmbH.

Ich erlaube mir, verstärkt darauf hinzuweisen,
daß bei Interesse Ihrerseits, die Kaufverhand-
lungen nicht zu lange hinauszuschieben.

.....

Bei Interesse bitte ich, einen Termin zwecks
weiteren Daten insbesondere zu Verhandlungen
mit mir zu vereinbaren."

Diesem Schreiben lagen die Geschäftsbedingungen des
Klägers bei.

In der folgenden Zeit verhandelte der Beklagte un-
mittelbar mit der Fa. Ho[REDACTED]; es kam jedoch nicht zu
einem Vertragsschluß. In der Zwischenzeit hatte der
Kläger die R[REDACTED]-Wohnbau A[REDACTED] GmbH für
den Ankauf des Grundstücks interessiert. Es wurde auch
auf den 1. Juni 1979 ein Termin zur notariellen Beur-
kundung eines Kaufvertrages mit diesem Interessenten
bestimmt; zur Beurkundung des Kaufvertrages ist es je-
doch nicht gekommen. Daraufhin führte der Beklagte, dem
das Scheitern der Kaufverhandlungen zwischen der Ver-
käuferin und der R[REDACTED]-Wohnbau GmbH bekannt geworden
war, wieder unmittelbare Verhandlungen mit der Verkäuferin.
Mit Schreiben vom 15. August 1979 teilte er dem Kläger mit,
daß das infrage stehende Objekt für ihn nicht mehr von
Interesse sei. Am 20. August 1979 erwarb eine aus dem

Kläger und einem Herrn P. bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts von der Firma D.-H. das Grundstück.

Der Kläger verlangt vom Beklagten Zahlung einer Maklerprovision in Höhe von 5%. Er behauptet, er habe Herrn Keller beauftragt, das Grundstück geeigneten Kunden der D. Bank anzubieten.

Der Beklagte hat - zunächst unwidersprochen - vorgetragen, Herr Ke. sei ihm gegenüber nicht als Vertreter des Klägers aufgetreten. Er, der Beklagte habe sich allerdings nach dem Erhalt des Schreibens vom 19. März 1979 an den Kläger gewandt, um ihn zu bitten, einen Kaufvertrag zwischen ihm und der Verkäuferin zu einem günstigen Preis zu vermitteln. Hierauf sei jedoch der Kläger nicht eingegangen; zu einem ihm mitgeteilten Besprechungstermin, sei er - wie zwischen den Parteien unstreitig ist - nicht erschienen. Er, der Beklagte, habe kurz vor dem 15. August 1979 die Vertragsverhandlungen mit der Verkäuferin als gescheitert angesehen. Zum Vertragsschluß sei er von Herrn Pohl veranlaßt worden, der bereits vor dem 27. Februar 1979 Kenntnis von dem Objekt gehabt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt. In der (einzigen) mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat er ohne schriftsätzliche Vorbereitung behauptet, Herr Ke. habe in seinem Beisein vor dem 27. Februar 1979 mit dem Beklagten telefoniert. Dabei

habe Ke[REDACTED] erklärt, daß der Kläger ein interessantes Grundstück zu vermakeln habe; wenn sich der Beklagte dafür interessiere, werde er, Herr Ke[REDACTED], dem Kläger davon Mitteilung machen; der Beklagte müsse dann allerdings im Falle eines Ankaufs des Grundstücks dem Kläger die Maklerprovision zahlen. Zum Beweise für diese Behauptung hat er sich auf das Zeugnis von Herrn Ke[REDACTED] bezogen.

Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 176.280,- DM nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Beklagte räumt ein, daß er nach dem 19. März 1979 den Kläger um die Vermittlung eines Kaufvertrages gebeten habe. Es kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, daß dieser - unter Umständen gemäß § 151 BGB - das Vertragsangebot des Beklagten angenommen habe. Einen Anspruch auf Vermittlungsprovision kann er hieraus jedoch nicht herleiten; denn er behauptet nicht, daß er nach dem Erhalt des Auftrags eine Tätigkeit entfaltet hätte, die darauf gerichtet gewesen wäre, den Verkäufer zum Vertragsschluß mit dem Beklagten zu veranlassen.

II.

Es ist unstreitig, daß der Kläger dem leitenden Angestellten der D[REDACTED] Bank in O[REDACTED], Herrn Ke[REDACTED], Informationen über das von der Fa. D[REDACTED]-Ho[REDACTED] zum Verkauf angebotene Baugrundstück in M[REDACTED] übersandt und dabei auf die Provisionspflicht des Käufers hingewiesen hat. Rechtlich kann dies dahin gewürdigt werden, daß der Kläger entweder der D[REDACTED] Bank oder Herrn Ke[REDACTED] persönlich ein Angebot zum Abschluß eines Nachweismaklervertrages gemacht und gleichzeitig den entsprechenden Nachweis geliefert hat. Unstreitig ist weiterhin, daß Herr Ke[REDACTED] die erhaltenen Informationen an den Beklagten weitergegeben hat. Auch daraus ergibt sich jedoch keine Provisionspflicht. Wenn der Vertragspartner des Maklers Kenntnisse, die ihm der Makler verschafft hat, an einen Dritten weiterleitet und dieser dann den Hauptvertrag abschließt, so kann sich dadurch zwar der Vertragspartner schadensersatzpflichtig machen; der Dritte schuldet dem Makler jedoch keine Provision, sofern nicht auch mit ihm ein Maklervertrag zustandekommt.

III.

Das Berufungsgericht meint, zwischen den Parteien sei ein Nachweismaklervertrag zustande gekommen; der Kläger habe diesen Vertrag auch "erfüllt", indem er dem Beklagten das Grundstück der Ho[REDACTED] GmbH nachgewiesen habe. Gegen diese Beurteilung bestehen aus Rechtsgründen durchgreifende Bedenken.

1. Daß der Beklagte von sich aus an den Kläger mit der Bitte um Nachweis eines geeigneten Grundstücks herangetreten sei, wird von keiner Seite behauptet, ebensowenig, daß der Kläger dem Beklagten unmittelbar ein Exposé mit einer Prosivionsforderung zugesandt hätte. Möglich ist es allerdings, daß Herr Ke[REDACTED] bei der Übergabe des Exposés im Namen des Klägers mit dem Beklagten einen Nachweismaklervertrag abgeschlossen hat. Hierfür wäre es aber erforderlich, daß Ke[REDACTED] bei den Verhandlungen mit dem Beklagten erkennbar rechtsgeschäftlich im Namen des Klägers handeln wollte (§ 164 Abs. 2 BGB). Etwas derartiges hat jedoch der Kläger bis zum Beginn der (einzigen) mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht vorgetragen. In der Klageschrift hatte er lediglich behauptet, er habe den ihm von der Verkäuferin erteilten Vermittlungsauftrag Herrn Ke[REDACTED] bekannt gegeben, damit dieser für den Ankauf infrage kommende Bankkunden mit ihm, dem Kläger, zusammenbringe (Bl. 3, 4 d.A.). Ausweislich des Tatbestandes (§ 314 ZPO) hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht seinen Vortrag etwas geändert; er hat behauptet, daß er Herrn Ke[REDACTED] beauftragt habe, das Grundstück an geeignete Kunden in seinem (des Klägers) Auftrag anzubieten (S. 3 Abs. 2 des Urteils Bl. 48 d.A.). Diese Umstände können jedoch nur für die Beurteilung der Frage von Bedeutung sein, ob Herr Ke[REDACTED] von dem Kläger zum Abschluß eines Maklervertrages bevollmächtigt war. Dagegen hat der Kläger keine Erklärung darüber abgegeben, ob Ke[REDACTED] tatsächlich rechtsgeschäftlich in seinem, des Klägers Namen

gehandelt habe; der Behauptung des Beklagten, Ke[REDACTED] sei nicht als Vertreter des Klägers aufgetreten (Klageerwiderung S. 2, Tatbestand des landgerichtlichen Urteils S. 3 letzter Abs., S. 4 Abs. 2), ist er nicht entgegengetreten.

2. Eine ausreichende tatsächliche Begründung für die Annahme des Abschlusses eines Maklervertrages hat der Kläger erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gegeben. Wenn Herr Ke[REDACTED] dem Beklagten telefonisch gesagt haben sollte, der Kläger habe ein interessantes Grundstück an der Hand, der Beklagte möge, wenn er dafür Interesse habe, dies mitteilen, er müsse dann aber auch dem Kläger eine Provision zahlen, und wenn der Beklagte daraufhin sein Interesse bekundet hat, dann ist in der Tat ein Nachweismaklervertrag zustande gekommen. Das Berufungsgericht bezeichnet diesen Vortrag als "verspätet". Dem angefochtenen Urteil ist nicht klar zu entnehmen, ob das Berufungsgericht das neue Vorbringen des Klägers gemäß § 528 Abs. 2 ZPO unbeachtet lassen wollte.

3. Selbst wenn es aber die neue Behauptung des Klägers berücksichtigen wollte, hätte es diese nicht als unstreitig der Entscheidung zugrunde legen dürfen. Der Beklagte hatte von Anfang an behauptet, daß Herr Ke[REDACTED] ihm gegenüber nicht als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Klägers aufgetreten sei. Die Behauptung, Ke[REDACTED] habe im Namen des Klägers mit dem Beklagten einen Nachweismaklervertrag abgeschlossen, stand daher in Widerspruch zum Sachvortrag des Beklagten. Dieser durfte auch nicht etwa wegen mangelnder Substantiierung unbeachtet bleiben.

Solange der Kläger seine Klage nicht schlüssig begründet hatte, brauchte der Beklagte überhaupt nicht zu erwidern; ihm konnten daher auch etwaige Mängel in der Substantiierung seines Sachvortrags nicht zum Nachteil gereichen. Von seinem Anwalt konnt auch nicht erwartet werden, daß er zu der in der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 1981 aufgestellten Behauptung des Klägers sofort eine substantiierte Gegnererklärung abgab. Der Beklagte selbst war zu diesem Termin nicht erschienen; dem Anwalt mußte daher Gelegenheit gegeben werden, Informationen von seinem Mandanten einzuholen.

IV.

Die Überlegungen, mit denen das Berufungsgericht seine gegenteilige Entscheidung begründen will, sind nicht tragfähig.

1. Das gilt insbesondere für die Erwägung, der Beklagte habe "nicht ausdrücklich bestritten, daß Herr Ke [REDACTED] ihn bei der Information über das Kaufobjekt auch darüber unterrichtet habe, daß der Nachweis, falls erwünscht, auf den Kläger als Makler zurückgehe".

a) Das Berufungsgericht durfte nicht darauf abstellen, ob der Beklagte eine bestimmte Behauptung des Klägers ausdrücklich bestritten habe. Nach § 138 Abs. 3 ZPO genügt es, daß die Absicht, eine bestimmte gegnerische Behauptung bestreiten zu wollen, aus dem Gesamtvortrag einer Partei hervorgeht.

b) Im übrigen ist nicht eindeutig zu erkennen, was das Berufungsgericht mit dieser Bemerkung sagen wollte. Falls es zum Ausdruck bringen wollte, daß der Beklagte die neuen mündlichen Behauptungen des Klägers nicht bestritten habe, so wäre dies, wie oben unter Ziff. III 3 dargelegt, nicht zutreffend. Falls die Äußerung aber dahin zu verstehen wäre, dem Beklagten sei auch nach seinem eigenen Vortrag bewußt gewesen, daß Ke[REDACTED] seine Information vom Kläger erhalten hatte, so würde dies zwar mit dem Sach- und Streitstand, so wie er sich aus dem Tatbestand des Berufungsgerichts und den dort in Bezug genommenen Schriftsätzen ergibt, übereinstimmen. Dieser Umstand allein genügt jedoch, wie oben unter II ausgeführt, zur Begründung des geltend gemachten Provisionsanspruchs nicht.

2. Das Berufungsgericht stellt (auf S. 9 letzter Absatz, S. 10 erster Absatz seines Urteils) zutreffend darauf ab, "ob Herr Ke[REDACTED], als er dem Beklagten die Information über das Kaufobjekt gab und den Namen der Eigentümerin mitteilte, klargestellt hat, daß es sich hier um einen Nachweis von seiten des Klägers als Makler handele, er (Ke[REDACTED]) also rechtlich gesehen dem Beklagten ein Angebot zum Abschluß eines Nachweismaklervertrages für den Kläger" gemacht habe. Es meint, daß dies der Kläger behauptet habe. Dies trifft zu, allerdings nur dann, wenn man den neuen Vortrag in der mündlichen Verhandlung, den das Berufungsgericht an anderer Stelle als verspätet bezeichnet, mitberücksichtigt. Eine Beweisaufnahme über diese bestrittene Behauptung hält das Berufungsgericht nicht für erforderlich, weil der Beklagte Tatsachen, die auf das Gegenteil dieser Behauptung schließen ließen,

nicht vorgetragen habe. Auch diese Erwägung ist fehlerhaft. Der Beklagte kann sich auf ein schlichtes Bestreiten der klagebegründenden Tatsachen beschränken; er muß seine Sachdarstellung zwar gegebenenfalls substantiieren; er ist jedoch nicht gehalten, Beweisanzeichen für die Unrichtigkeit des Sachvortrags des Klägers anzugeben.

3. Zur Begründung seiner Auffassung verweist das Berufungsgericht auch auf das Schreiben des Beklagten vom 15. August 1979. Aus ihm ergebe sich, daß Herr Keller "das Angebot des Klägers an ihn bzw. die Deutsche Bank im Schreiben vom 27. Februar 1979 mit Bezugnahme auf die Maklertätigkeit des Beklagten weitergeleitet hat und eben nicht unabhängig davon". Die Revision meint, das Berufungsgericht habe dem Beklagten damit vorhalten wollen, daß dieser selbst das Schreiben vom 27. Februar 1979 als ein an ihn gerichtetes Angebot auf Abschluß eines Maklervertrages aufgefaßt habe; sie rügt, das Berufungsgericht habe dabei nicht beachtet, daß das Wort "Angebot" von Immobilienmaklern vielfach in einem anderen Sinne gebraucht wurde. In der Tat bezeichnen die Makler ihre an die Interessenten gerichteten schriftlichen Nachweise (die sogenannten Exposés) regelmäßig als "Angebote"; angesichts dieser weitverbreiteten Praxis hätte es einer näheren Begründung bedurft, wenn das Berufungsgericht den Ausdruck in einem anderen Sinne verstanden wissen wollte. Wahrscheinlich wollte jedoch das Berufungsgericht nur sagen, der Umstand daß in dem Brief von einem Angebot des Klägers die Rede sei, lasse erkennen, daß der Beklagte von Keller darauf

hingewiesen worden sei, von wem das "Angebot" stamme. In der Tat hat der Beklagte nie bezweifelt, daß Ke [REDACTED] seine Information vom Kläger erhalten hatte und daß er, der Beklagte, dies gewußt hat. Die Weitergabe einer Maklerinformation, die Ke [REDACTED] vom Kläger erhalten hatte, und die Kenntnis des Beklagten von diesem Vorgang reicht jedoch, wie oben unter Ziff. II ausgeführt ist, nicht aus, um einen Provisionsanspruch gegen den Beklagten zu begründen; erforderlich ist vielmehr, daß zwischen den Parteien ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Das wiederum kann erst dann bejaht werden, wenn sich der Tatrichter von der Richtigkeit der in der mündlichen Verhandlung dem Berufungsgericht aufgestellten Behauptungen des Klägers überzeugt hat. Dahingehende Feststellungen hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen.

V.

Das Berufungsgericht nimmt an, der Erwerb des Objekts durch die aus dem Beklagten und Herrn P [REDACTED] bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts stehe hinsichtlich der Provisionspflicht einem Alleinerwerb durch den Beklagten gleich. Der Makler verdient sich seine Provision grundsätzlich nur, wenn durch seine Tätigkeit der Hauptvertrag zustande kommt, der Gegenstand des Maklervertrags ist. Wenn im vorliegenden Fall der Abschluß eines Maklervertrags zwischen den Parteien anzunehmen sein sollte, wäre er - jedenfalls nach dem bisherigen Sach- und Streitstand - auf die Herbeiführung eines Grundstückskaufs durch den Beklagten gerichtet. Erwirbt der Auftraggeber des Maklers das Objekt nicht, wie im Maklervertrag vorgesehen vollständig, sondern nur zum Teil, so kann die erforderliche wirtschaftliche Identität zwischen dem vertraglich ^{WR} ausgesetzten und dem tatsächlich zustande gekommenen Hauptvertrag fehlen (vgl. dazu BGH, Urteile vom 14. Dezember 1959

- II ZR 241/58 - LM BGB § 652 Nr. 7 und vom 18. April 1973 - IV ZR 6/72 - WM 1973, 814; Schwerdtner, Maklerrecht 2. Aufl. Rdn. 61; Vollkommer bei Jauernig, BGB 2. Aufl. § 652 Anm. 5 c).

Das wird tatrichterlich zu prüfen sein.

VI.

Das Urteil des Oberlandesgerichts kann daher nicht bestehen bleiben. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht voraussichtlich die neue Behauptung des Klägers nicht mehr als verspätet behandeln dürfen, da der Zeuge Keller zum neuen Verhandlungstermin geladen werden kann, weitere Zeugen nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht erforderlich sind und daher die Berücksichtigung des neuen Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert (BGHZ 75, 138, 142).

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs