

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

BGB §§ 652, 653; HGB § 354

- a) Benennt der Makler, ohne vorherige Provisionsvereinbarung mit dem Interessenten und ohne als Kaufmann diesem gegenüber zur Leistung berechtigt zu sein, das Objekt, so handelt er, soweit ihn die Erwartung einer späteren Provisionszusage leitet, auf eigenes Risiko. Verwirklicht sich das bewußt übernommene Risiko, so können dessen nachteilige Folgen dem Makler nicht mit dem Hinweis auf das Gebot von Treu und Glauben abgenommen werden.
- b) Soweit dem Kaufinteressenten nichts Gegenteiliges bekannt ist, darf er davon ausgehen, daß der Makler das Objekt, das er zum Verkauf anbietet, vom Verkäufer an die Hand bekommen hat und daß er deshalb mit der angetragenen Weitergabe der Informationen eine Leistung für den Verkäufer erbringen will.
- c) Ein Erklärungswert als Provisionsversprechen kommt dem Verhalten des Interessenten nur zu, wenn es sich darstellt als dessen bejahende Entscheidung zwischen den Alternativen, die ihm gegen Entgelt angebotenen Dienste in Anspruch zu nehmen oder zurückzuweisen.

BGH, Urt.v. 25. September 1985 - IVa ZR 22/84 - OLG Bremen  
LG Bremen

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 22/84

URTEIL

Verkündet am

25. September 1985  
Hellmann,  
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Hartmut F. [REDACTED], L. [REDACTED]straße [REDACTED],  
E. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Versicherungs- und Immobilienmakler Hans-Joachim H. [REDACTED]  
als Inhaber der H. [REDACTED] A. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED], E. [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1985

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 10. Januar 1984 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Der Kläger begehrt Maklerprovision. Er bemühte sich als Makler um den Verkauf eines Hausgrundstücks in B - S . Bei einem Telefongespräch vereinbarten die Parteien eine Besichtigung des Objekts. Hierzu trafen sich ein Angestellter des Klägers und der Beklagte in der Nähe des Hauses. Der Beklagte wurde bei diesem Anlaß darauf hingewiesen, daß der Kläger von ihm eine Maklercourtage beanspruche, wenn er das Haus erwerbe. Der Beklagte lehnte das Provisionsverlangen ab. Daraufhin unterblieb eine Besichtigung. Der Beklagte ermittelte den Grundstückseigen-



tümer und erwarb das Hausgrundstück zum Preis von 270.000,- DM.

Das Landgericht hat der auf Zahlung von 13.500,- DM nebst Mehrwertsteuer und Zinsen gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner - zugelassenen - Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht.

I.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Maklerprovision in der in B. üblichen Höhe von 5% des Kaufpreises zu. Ein Maklervertrag sei allerdings nicht zustandegekommen. Der Beklagte habe das Vertragsangebot, das ihm anlässlich des Besichtigungstermins unterbreitet worden sei, ausdrücklich und unmißverständlich abgelehnt. Dem Beklagten sei aber nach Treu und Glauben versagt, sich auf diese Ablehnung zu berufen. Er hafte wie eine Vertragspartei, denn er habe sich mit seinem späteren Verhalten in einen unerträglichen Widerspruch zu seiner Ablehnungserklärung gesetzt. Kenntnis vom Verkaufsobjekt habe er nämlich erst durch den Kläger anlässlich des Besichtigungstermins erhal-

ten. Diese Kenntnis habe er dazu benutzt, den Eigentümer zu ermitteln und letztlich das Haus zu erwerben. Damit habe er sich die Leistung des Klägers in ihrem wirtschaftlichen Kern zu eigen gemacht. Wer angebotene Leistungen verwerte, gleichwohl aber einen Vertragsschluß ablehne, handele treuwidrig. Dem könne nur durch die Begründung einer Vertragshaftung Rechnung getragen werden, da durch andere rechtliche Möglichkeiten eine befriedigende Abhilfe nicht zu erlangen sei. Im übrigen trage der Beklagte, sofern es nicht um den Abschluß des Maklervertrags, sondern um nachteilige Folgen für den Makler gehe, die Beweislast dafür, daß der Kläger sein Provisionsverlangen nicht bereits früher offenbart habe.

## II.

Die Auffassung des Berufungsgerichts begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Das Berufungsgericht geht allerdings zu Recht davon aus, daß zwischen den Parteien jedenfalls nach dem unstreitigen Sachverhalt kein Maklervertrag zustande gekommen ist. Eine Provisionsabrede kann zwar auch stillschweigend getroffen werden (BGH Urteil vom 21. April 1971 - IV ZR 4/69 - WM 1971, 904). Eine nachfolgende Ablehnung, dem Makler eine Provision zu zahlen, käme in einem derartigen Fall zu spät und könnte allenfalls als Kündigung des bereits abgeschlossenen Maklervertrages Bedeutung gewinnen. Feststellungen zu einem konkludent abgegebenen Provisionsversprechen hat das Berufungsgericht indes bislang nicht getroffen. Ein Provisionsversprechen wird, sofern nicht eine

unmißverständliche Provisionsforderung des Maklers vorangegangen ist, der die Initiative zur Kontaktaufnahme ergriffen hat, nicht durch die fernmündliche Vereinbarung eines Besichtigungstermins abgegeben. Wer sich an einen Makler wendet, der mit "Angeboten" (vgl. zum Begriff Senatsurteil vom 28. September 1983 - IVa ZR 12/82 - WM 1983, 1287) werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt, erklärt damit noch nicht schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall, daß ein Vertrag über das angebotene Objekt zustandekommt (Senat Urteil vom 12. Februar 1981 - IVa ZR 105/80 - WM 1981, 495; Urteil vom 20. April 1983 - IVa ZR 2/82 - WM 1983, 764; vgl. auch BGH Urteil vom 12. Dezember 1957 - II ZR 244/56 - NJW 1958, 298). Der Interessent darf nämlich, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, daß der Makler das Objekt vom Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will. Ohne weiteres braucht der Kaufinteressent in einem solchen Fall nicht damit zu rechnen, daß der Makler auch von ihm eine Provision erwartet (BGH Urteil vom 21. Mai 1971 - IV ZR 52/70 - DB 1971, 2058).

2. Anderes ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus der vom Berufungsgericht für seinen Bezirk festgestellten Übung, die Maklerprovision im Kaufvertrag auf den Erwerber abzuwälzen (vgl. Erman/Werner, BGB 7. Aufl. § 652 Rdn. 4). Zwischen einer im Kaufvertrag als teilweises Entgelt übernommenen Zahlungspflicht und einer eigenen Provisionsverpflichtung bestehen grundlegende Unterschiede. Die Übernahme der Provisionsverpflichtung des Verkäufers ist Gegenstand der Verkaufsgespräche mit dem

Veräußerer. Die Frage der Übernahme einer Verkäuferschuld vermag die Höhe des Kaufpreises zu beeinflussen. Für den Makler ergeben sich dabei in der Regel außer dem etwaigen Hinzutreten eines weiteren Schuldners keine wesentlichen Vorteile, da die Übernahme den Bestand eines Anspruchs auf Vergütung voraussetzt. Dem Interessenten, der sich wegen der angebotenen näheren Informationen an den Makler wendet, sind auch bei Kenntnis der angeführten Übung regelmäßig die Abreden des Maklers mit dem Veräußerer nicht bekannt. Er weiß insbesondere nicht, ob der Makler gegenüber dem Veräußerer berechtigt ist, Interessenten nur deshalb zurückzuweisen, weil diese keine Käuferprovision übernehmen möchten. Er muß daher allenfalls damit rechnen, daß ihm der Verkäufer die Übernahme seiner Provisionsschuld ansinnt. Daß er sich darüberhinaus selbst dem Makler zur Provisionszahlung verpflichten und Gefahr laufen könnte, aus eigener und fremder Verbindlichkeit zweifach Maklerlohn zu schulden, braucht der Kaufinteressent dagegen nicht anzunehmen.

3. Der Beklagte nahm den Besichtigungstermin wahr und erhielt noch vor Abbruch des Gespräches mit dem Angestellten des Klägers Kenntnis vom Verkaufsobjekt. Auch damit läßt sich jedoch der Abschluß eines Maklervertrages nicht begründen. Das schlichte Entgegennehmen von Informationen drückt noch nicht die Bereitschaft aus, dem Informanten für den Fall des Zustandekommens des Hauptvertrages ein Entgelt zu zahlen (Senatsurteil vom 10. Juli 1985 - IVa ZR 15/84 unter 1 b, zur Veröffentlichung vorgesehen). Der Umstand, daß der Beklagte anläßlich des Besichtigungstermins auf das Provisionsverlangen hingewiesen wurde, ändert daran ebensowenig wie der spätere Erwerb des Hausgrund-

stücks durch den Beklagten, da der Beklagte das Provisionsverlangen ausdrücklich abgelehnt hat.

Dem steht die vom früheren IV. Zivilsenat im Urteil vom 21. April 1971 (aaO) vertretene Auffassung nicht entgegen. Dort wurde vom Makler schriftlich unter gleichzeitigem Hinweis auf sein Provisionsverlangen das Kaufobjekt benannt. Daraufhin bekundete der spätere Erwerber fernmündlich sein Interesse und vereinbarte eine gemeinsame Besichtigung, welche auch stattfand. Die Erwägung, das Verhalten des Erwerbers könne im Hinblick auf dessen Interessenlage nicht als Provisionsversprechen gedeutet werden, weil nach Bekanntgabe des Objekts für eine Maklerleistung keine Notwendigkeit mehr bestanden habe, hat der IV. Zivilsenat nicht gelten lassen. Damit werde dem Makler in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise die vorzeitige Mitteilung des Kaufobjekts entgegengehalten. Die Entscheidung bringt damit zum Ausdruck, daß in solchen Situationen das Gesamtverhalten des Kunden nicht allein gemäß dessen Interessenlage nach erfolgtem Nachweis ausgelegt werden kann. Im Anschluß an diese Rechtsprechung hat auch der Senat es für möglich gehalten, daß ein Verhalten des Interessenten, das als Inanspruchnahme oder Gefallenlassen von Maklerdiensten in Kenntnis von deren Entgeltlichkeit verstanden werden kann, ein stillschweigendes Provisionsversprechen darstellt (BGH Urteil vom 25. Mai 1983 - IVa ZR 26/82 - NJW 1984, 232 = LM BGB § 652 Nr. 84).

Der Hinweis auf das Provisionsbegehren hat dabei - wie in dem vom IV. Zivilsenat entschiedenen Fall - einem Akt der Inanspruchnahme und des Gefallenlassens von Nachweis- oder Vermittlungsbemühungen des Maklers notwendiger-

weise voranzugehen (vgl. MünchKomm/Schwerdtner, § 652 Rdn. 32; Erman/Werner aaO vor § 652 Rdn. 22). Stützt sich die Annahme einer Provisionsabrede auf ein schlüssiges Verhalten des Interessenten, so genügt es nicht, daß der Makler ihm Informationen aufdrängt. Ein Erklärungs- wert als Provisionsversprechen kommt dem Verhalten des Interessenten nur zu, wenn es sich darstellt als dessen bejahende Entscheidung zwischen den Alternativen, die ihm gegen Entgelt angebotenen Dienste in Anspruch zu nehmen oder zurückzuweisen. Hieran fehlt es in den Fällen, in denen der Interessent nach Erhalt der mit dem Provisions- verlangen verbundenen Information über das Kaufobjekt weiteres Tätigwerden des Maklers nicht begehrt oder sogar eine Provisionszusage ausdrücklich ablehnt.

4. Auch das Verwerten der erlangten Kenntnis vermag dann die Annahme einer Provisionsabrede nicht zu begründen (vgl. auch Senatsurteil vom 10. Juli 1985, aaO). Die Bemühungen des Klägers waren mit der Bekanntgabe des Verkaufsobjekts beendet. Die Ermittlung des Verkäufers und der Erwerb des Hausgrundstücks durch den Beklagten lassen sich deshalb nicht als Inanspruchnahme von Maklerdiensten verstehen. Der Beklagte nutzte damit lediglich sein eigenes Wissen, zu welchem ihm der Kläger verholfen hatte, ohne sich dafür ein Entgelt versprechen zu lassen.

### III.

1. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auch nicht aus § 354 HGB zu. Die Provisionspflicht setzt voraus, daß zwischen Makler und Kaufinteressent ein Ver-

hältnis besteht, das die Tätigkeit des Maklers rechtfertigt (BGH Urteil vom 19. November 1962 - VIII ZR 229/61 - WM 1963, 165, 167). § 354 HGB verhilft dem Makler, sofern er Kaufmann ist, nur dann zu einer Provision, wenn er befugterweise für den Interessenten tätig wird. Dazu bedarf es zwar keines wirksamen Maklervertrages (BGH Urteil vom 4. April 1966 - VIII ZR 102/64 - DB 1966, 776; RGZ 122, 229). Dem Interessenten muß aber erkennbar sein, daß die Maklerdienste gerade für ihn geleistet werden (Senatsurteil vom 12. Februar 1981 - IVa ZR 105/80 - WM 1981, 495 = LM HGB § 354 Nr. 7). Das ist nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hier nicht der Fall. Dabei kann dahinstehen, ob zwischen dem Kläger und dem Verkäufer ein Vertragsverhältnis bestand, aus dem eine Provision zu erwarten war. Entscheidend ist vielmehr, wie der Beklagte das Tätigwerden des Klägers verstehen mußte. Vor Offenbarung des Provisionsverlangens konnte der Beklagte aber davon ausgehen, daß der Kläger mit der Bekanntgabe seines "Angebots" Leistungen für den Verkäufer erbrachte.

2. Das Berufungsgericht erwägt, ob sich der Klageanspruch auf § 812 BGB stützen lasse. Es verfolgt diesen Gedanken aber nicht weiter, weil nach seiner Auffassung der Bereicherungsausgleich dem Kläger hier jedenfalls nicht die volle Provision bringen könnte.

Dem Kläger steht ein Bereicherungsanspruch nicht zu. Es fehlt bereits an einem Leistungsverhältnis zwischen den Parteien, da dem Beklagten die Tätigkeit des Klägers als Leistung an den Verkäufer erscheinen konnte (vgl. oben II. 1, III. 1). Bei der Bestimmung des Leistungsverhältnisses kommt es entscheidend auf die Sicht aus der Position

des Empfängers an (BGHZ 40, 272, 274 ff; 58, 184, 188). Die abweichenden Vorstellungen des Klägers sind unbeachtlich. Kommt es aufgrund des ohne Maklervertrag gegebenen Nachweises zum Abschluß des Hauptvertrages, so kann hierin auch keine nicht gerechtfertigte Ausbeutung der Information gesehen werden. Der Erwerber nutzt dann lediglich in berechtigter Weise sein eigenes Wissen, ohne Rechtsposotionen des Maklers zu berühren.

#### IV.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich ein Anspruch des Klägers auf Maklerprovision nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten. Dabei kann hier dahinstehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen aus § 242 BGB unmittelbar eine vertragliche Forderung als "an sich" nicht bestehendes Recht begründet werden kann (vgl. dazu BGH Urteil vom 23. April 1981 - VII ZR 196/80 - NJW 1981, 1779). Die vom Berufungsgericht herangezogenen Fälle des Massenverkehrs (BGHZ 21, 319; 23, 175) werden in der neueren Rechtsprechung allgemein unter dem Gesichtspunkt der unbeachtlichen Verwahrung gesehen. Dabei wird gerade von einem Vertragschluß ausgegangen (BGH Urteil vom 16. Dezember 1964 - VIII ZR 51/63 - NJW 1965, 387; Urteil vom 13. Juli 1970 - VIII ZR 241/68 - DB 1970, 1636; Urteil vom 16. Juni 1976 - VIII ZR 304/74 - WM 1976, 928; Urteil vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82 - NJW 1983, 1777). Im übrigen liegen diesen Fällen wie auch denen, bei welchen der Mangel der vorgeschriebenen Form mit Hilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben überwunden wird (vgl. BGH Urteil vom 19. November 1982 - V ZR 161/81 - NJW 1983, 563 m.w.N.) gänzlich anders

geartete Sachverhalte zugrunde, die mit dem hier vorliegenden nicht vergleichbar sind.

Das Verwerten der vor Abschluß eines Maklervertrages erteilten Information stellt keinen Treuebruch des Beklagten dar. Die vom Kläger gewählte Art der Kontaktaufnahme schafft keinen Vertrauenstatbestand zwischen Makler und Interessent, aufgrund dessen der Makler davon ausgehen darf, er werde eine Provision erlangen, sollte der Hauptvertrag durch seinen Nachweis zustandekommen.

Der Makler kann auch nicht erwarten, daß der Interessent allein deshalb vom Erwerb, für den er bereits ein gewisses Interesse bekundet hat, absehen werde, weil er mit ihm keinen Maklervertrag abschließen möchte. Der Interessent hat ein berechtigtes Interesse, die Entscheidung, ob er auf seine Kosten überhaupt einen Makler einschalten will, in der Hand zu behalten. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit steht es ferner zu seiner alleinigen Disposition, ob er sich mit einer Nachweistätigkeit zufrieden geben oder Vermittlerdienste fordern will. Gleiches gilt für die Auswahl des Maklers. Diese Belange kann der Makler nicht einseitig beiseiteschieben, indem er dem Interessenten unter Hinweis auf seine Konditionen ohne Bestehen eines Maklervertrages Kenntnis von einer Vertragsgelegenheit verschafft (vgl. MünchKomm/Schwerdtner § 652 Rdn. 23).

Benennt der Makler, wie hier, das Objekt ohne vorherige Vereinbarung mit dem Interessenten (§ 652 BGB) und ohne als Kaufmann diesem gegenüber zur Leistung berechtigt zu sein (§ 354 HGB), so handelt er, soweit ihn die Erwartung einer späteren Provisionszusage leitet, auf eige-

nes Risiko. Er nimmt damit die Gefahr in Kauf, bei Abschluß eines Hauptvertrages keine Käuferprovision zu erlangen. Verwirklicht sich das bewußt übernommene Risiko, so können dessen nachteilige Folgen dem Makler nicht mit dem Hinweis auf das Gebot von Treu und Glauben abgenommen werden. Schutzwürdige Belange des Maklers werden dabei nicht berührt. Der Makler hat es in der Hand, die Vertragsgelegenheit erst nach Abgabe eines Provisionsversprechens zu benennen (MünchKomm/Schwerdtner aaO Rdn. 31). Ein solches die eigenen Interessen währendes Geschäftsgebahren ist dem Makler zuzumuten (vgl. auch BGH Urteil vom 2. März 1972 - VII ZR 143/70 - NJW 1972, 940).

V.

Der Rechtsstreit kann noch nicht abschließend entschieden werden. Der Kläger hat vorgetragen, bereits bei der telefonischen Verabredung des Besichtigungstermins sei auf die Provisionsforderung hingewiesen worden, ohne daß dies auf Widerspruch des Beklagten gestoßen sei. War das der Fall, so kann das Erscheinen des Beklagten zur Besichtigung als Provisionsversprechen gedeutet werden. Der Beklagte hat den Vortrag des Klägers allerdings bestritten. Das Berufungsgericht hat von seinem Standpunkt aus folgerichtig dazu keine Feststellungen getroffen. Die Zurückverweisung gibt hierzu Gelegenheit. Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß seine Erwägungen zur Beweislast auf einem unzutreffenden Aus-

gangspunkt beruhen. Soweit der Makler Provision geltend macht, handelt es sich um eine ihm günstige Rechtsfolge. Deren Voraussetzungen hat nach allgemeinen Regeln der Kläger nachzuweisen.

Dr. Hoegen

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter