

6

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 653 Abs. 1

Zu der Übertragung einer Maklerleistung i.S. v. § 653 Abs. 1 BGB gehört mehr als die bloße Einigkeit zwischen Verkaufsinteressent und Makler, daß der Makler bestimmte Kaufinteressenten nachweisen soll, mit denen er bereits einen Maklervertrag abgeschlossen hat.

BGH, Urt. v. 23. Oktober 1980 -IVa ZR 27/80 OLG Hamm
LG Paderborn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 27/80

URTEIL

Verkündet am
23. Oktober 1980
Ernst,
Justizassistent
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Bernd und Ursula H., B. 5, E.
V.

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagte und Revisionskläger,
Rechtsanwalt Frhr. v. -

g e g e n

Firma S. KG-Immobilien, vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter Franz-Josef S., O.
Str. 49, L.,

- Prozeßbevollmächtigter: Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. und
Dr. -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 6. November 1978 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

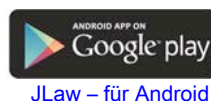
Tatbestand:

Der beklagte Ehemann war Eigentümer eines Hausgrundstücks. Am 28. Juli 1976 erteilte er der klagenden Maklerfirma einen bis zum 31. Dezember 1976 befristeten "Fest- und Alleinauftrag" zum Verkauf seines Grundstücks gegen eine Maklerprovision von 3,33 % des ggfs. erzielten Gesamtkaufpreises. Ob dieser Auftrag auch von der beklagten Ehefrau erteilt wurde, ist streitig. Verkaufsbemühungen der Klägerin blieben zunächst erfolglos.

Am 27. Januar 1977 teilte eine Angestellte der Klägerin der beklagten Ehefrau telefonisch mit, es habe



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



sich ein neuer Interessent gemeldet. Die Angestellte fragte an, ob die Beklagten an einem Besichtigungstermin interessiert seien. Die beklagte Ehefrau erklärte sich mit der Besichtigung einverstanden. Nach dieser Besichtigung, die am 28. Januar 1976 stattfand, kauften die neuen Interessenten das Grundstück für 230.000 DM.

Die Klägerin verlangt 3,33% Provision; die Beklagten zahlten nur 2.300 DM. Sie machen geltend, die beklagte Ehefrau habe der Angestellten der Klägerin auf deren telefonische Anfrage vom 27. Januar 1977 erklärt, die Beklagten seien damit einverstanden, daß die Klägerin ihnen weiter Interessenten zuführe, damit dürften aber keine Verpflichtungen für sie entstehen, insbesondere würden sie keine Provision an die Klägerin zahlen. Die Angestellte habe erwidert, sie werde das dem Inhaber der Klägerin ausrichten. Die Klägerin hat behauptet, weder am 27. Januar 1977 noch später sei über die Verkaufsprovision gesprochen worden.

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Zahlung von 5.359,- DM nebst Zinsen und Kosten in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne ihren Anspruch nicht auf den Maklervertrag vom Juli

1976 stützen, weil dieser vereinbarungsgemäß mit Ablauf des Jahres 1976 ohne weiteres im ganzen hinfällig geworden sei. Durch die Gespräche der beklagten Ehefrau mit der Angestellten der Klägerin am 27./28. Januar 1977 sei aber ein neuer Maklervertrag geschlossen worden. Es habe nämlich Einigkeit bestanden, daß die Klägerin erneut Kaufinteressenten habe nachweisen sollen. Das sei der typische Inhalt eines Maklervertrages; denn die Beklagten hätten nicht davon ausgehen können, daß die Klägerin ihr Interessenten nachweisen würde, ohne dafür eine vertragliche Grundlage zu haben. Dieser neue Maklervertrag sei ebenso wie schon der erste mit beiden Beklagten zustandegekommen.

Die Beklagten schuldeten der Klägerin aufgrund dieses Vertrages Maklerprovision. Zwar hätten die Beklagten in dem neuen Maklervertrag keine Provision versprochen. Den Umständen nach sei die Leistung der Klägerin aber nur gegen eine Provision zu erwarten gewesen. Dabei hat das Berufungsgericht berücksichtigt: In dem ersten Maklervertrag sei ausdrücklich Verkäuferprovision vereinbart worden. Der neue Auftrag sei nur wenige Wochen nach dem Auslaufen des ersten erteilt worden, habe dasselbe Objekt betroffen und ebenso wie jener den Nachweis von Interessenten zum Inhalt gehabt. Den Beklagten habe daher klar sein müssen, daß die Klägerin auch jetzt eine Vergütung von ihr erwarte.

Folge man allerdings der Darstellung der Beklagten, dann habe die Klägerin keine Provision zu beanspruchen. Denn danach habe die Beklagte unmißverständlich klargestellt, daß eine Verkäuferprovision nicht mehr in Be-

tracht kam; dem habe die Klägerin nicht widersprochen. Die Beweislast für diese Darstellung hätten die Beklagten zu tragen. Die Beklagten behaupteten, die Tätigkeit der Klägerin habe vereinbarungsgemäß unentgeltlich erfolgen sollen. Dabei handele es sich nicht um ein Leugnen des Klagegrundes, sondern um die Behauptung einer rechts-
hindernden Tatsache. Nach § 653 BGB sei im Regelfall bei Vorliegen der entsprechenden Umstände eine Vergütung geschuldet. Wer sich demgegenüber auf die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit berufe, mache eine Ausnahme von dieser Regel geltend und trage dafür nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast. Diesen Beweis habe die Beklagte nicht geführt.

Die Revision macht demgegenüber geltend, es handele sich hier entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht um die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit schlechthin, sondern nur um die Vereinbarung des Fortfalls der Verkäuferprovision zusätzlich zu der unstreitig geschuldeten Käuferprovision. Die Lage sei deshalb nicht anders als bei der Vereinbarung einer niedrigeren als der üblichen Vergütung.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht angenommen, daß hier ein Maklerlohn nicht im Sinne von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB versprochen ist. In Fällen dieser Art ist zu prüfen, ob ein Maklerlohn nicht gemäß § 653 Abs. 1 BGB als vereinbart gilt. Diese Vorschrift kommt zum Zuge, wenn die Maklerleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Voraussetzung für das Eingreifen dieser Vorschrift ist aber stets, daß dem

Makler eine bestimmte Leistung übertragen ist.

Das hat das Berufungsgericht an sich nicht verkannt. Es stellt aber zu geringe Anforderungen, wenn es für diese "Übertragung" die Einigkeit der Parteien darüber genügen läßt, daß der Makler Interessenten nachweisen "soll". Die bloße Einigkeit über die Vornahme bestimmter Maklerleistungen ließe nämlich im unklaren, ob der Makler "für" die eine oder die andere Seite tätig wird, ob also die eine Seite mit einer Unterstützung des Maklers rechnen darf oder ob sie gewärtigen muß, daß der Makler in Wahrheit auf der Gegenseite steht und dieser hilft.

Derartige Unklarheiten stehen der Annahme eines Maklervertrages entgegen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat deshalb immer wieder betont, daß in der Entgegennahme von Maklerdiensten nicht in jedem Fall und nicht ohne weiteres der Abschluß eines Maklervertrages zu erblicken ist (vgl. z.B. BGH WM 1971, 904; 1971, 1098). Für die "Übertragung" einer Maklerleistung im Sinn von § 653 Abs. 1 BGB gilt nichts anderes.

Die Übertragung einer Maklerleistung in diesem Sinn kommt wie jeder Vertrag durch Abgabe entsprechender Willenserklärungen zustande (§§ 145 ff BGB). Diese bedürfen ebensowenig wie sonst beim Maklervertrag einer bestimmten Form und können selbstverständlich auch hier konkludent erfolgen. Entsprechende tatsächliche Feststellungen, die den Schluß auf das Zustandekommen einer Übertragung in dem genannten Sinne zuließen, sind aber bislang nicht getroffen.

Hier hatte die Klägerin bei dem Telefonat vom 27. Januar 1977 Kaufinteressenten für das Grundstück des beklagten Ehemannes schon gefunden und hatte mit diesen bereits einen Maklervertrag abgeschlossen. Es ging der Klägerin also, was das Berufungsgericht unberücksichtigt läßt, um den Abschluß eines sogenannten Doppelmaklervertrages. Eine derartige Doppeltätigkeit ist dem Makler zwar nicht schlechthin verwehrt (BGHZ 48, 344, 346). Ergreift der Makler in einer solchen Lage von sich aus die Initiative und wendet er sich an den Verkaufsinteressenten, um mit diesem einen Termin für die Besichtigung durch die Kaufinteressenten zu vereinbaren, dann braucht der Verkäufer das Verhalten des Maklers aber nicht ohne weiteres als Angebot zum Abschluß eines weiteren Maklervertrages auch mit ihm (bzw. einer "Übertragung" im Sinn von § 653 Abs. 1 BGB) zu verstehen. Vielmehr kann er (auch) annehmen, daß dieser vielleicht schon im Interesse des Käufers tätig werde und sich womöglich mit dessen Provision begnüge oder redlicherweise sogar begnügen müsse. Das gilt um so mehr, als der Verkäufer in aller Regel nicht wissen kann, welchen Inhalt der bereits bestehende Maklervertrag mit dem Käufer hat und ob danach dem Makler eine Doppeltätigkeit überhaupt gestattet ist (BGHZ 48, 344, 347).

Hier ist es Sache des Maklers, klar und eindeutig zu erkennen zu geben, daß er auch mit dem Verkäufer einen Maklervertrag abzuschließen wünscht. Dafür reicht die allgemein bekannte Tatsache, daß Grundstücksmakler weithin darauf aus sind, Provisionen möglichst von beiden Seiten zu erlangen, nicht aus. Vielmehr schafft der Makler die hier erforderliche Klarheit im allgemeinen erst dann, wenn er dem Verkaufsinteressenten zu verstehen

gibt, daß er gegebenenfalls von diesem auch eine Verkäuferprovision verlangen werde (vgl. für den umgekehrten Fall BGH WM 1971, 904 und 1098). Eine ausdrückliche Erklärung dieses Inhalts ist von seiten der Klägerin hier aber nicht abgegeben worden; nach ihrem eigenen Vortrag ist am 27./28. Januar 1977 über eine Verkäuferprovision nicht gesprochen worden.

Der Senat vermag andererseits jedoch nicht auszuschließen, daß die der Klägerin insoweit obliegende Klarstellung hier auf andere Weise als durch einen ausdrücklichen Hinweis auf die Provisionserwartung des Maklers erfolgt ist, was ausnahmsweise ausreichen kann. Das Berufungsgericht hat hierzu in anderem Zusammenhang ausgeführt, den Beklagten habe klar sein müssen, daß die Klägerin von ihnen eine Vergütung erwarte. Es schließt dies aus dem nahen zeitlichen Zusammenhang mit dem (abgelaufenen) Fest- und Alleinauftrag für dasselbe Objekt von Ende Juli 1976, in dem ausdrücklich eine Verkäuferprovision vereinbart worden war. Diese Würdigung leidet aber darunter, daß das Oberlandesgericht hier nicht berücksichtigt hat, daß die Klägerin am 27. Januar 1977 anders als im Juli 1976 Kaufinteressenten schon gefunden und mit diesen bereits einen Maklervertrag abgeschlossen hatte. Das Berufungsgericht wird diese Frage unter vollständiger Würdigung aller Umstände erneut zu prüfen haben.

Sollte das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Klägerin am 27./28. Januar 1977 hinreichend klar zum Ausdruck gebracht hat, daß sie mit den Beklagten einen neuen Maklervertrag abzuschließen

wünschte, und sollte dieses Verhalten als Angebot der Klägerin zum Abschluß eines solchen Vertrages zu verstehen sein, dann stellt sich die weitere Frage, ob die Beklagten dieses Angebot angenommen haben.

Eine solche Annahmeerklärung, die ebenfalls konkludent erfolgen kann, war keineswegs selbstverständlich. Die Lage der Beklagten war am 27. Januar 1977 objektiv günstiger als im Juli 1976. Da die Klägerin jetzt bereits bestimmte Interessenten für das Grundstück "unter Vertrag" hatte, konnten die Beklagten es nunmehr darauf ankommen lassen, ob die Klägerin nicht bereits aufgrund ihrer Vereinbarungen mit diesen Kaufinteressenten tätig wurde, oder ob die Interessenten sich nicht sogar selbst unmittelbar bei ihnen meldeten. Für die Beklagten stellte sich daher nach Lage der Dinge die Frage, ob ihnen die (sofortige) Herstellung eines Kontaktes mit den Kaufinteressenten durch die Klägerin - jetzt noch - den üblichen Maklerlohn wert war. Das dürfte auch der Klägerin nicht verborgen geblieben sein. Aus ihrer Sicht konnte es daher nicht ohne weiteres als Annahmeerklärung aufgefaßt werden, wenn die beklagte Ehefrau sich darauf beschränkte, die weitere Tätigkeit der Klägerin stillschweigend entgegenzunehmen. Das Oberlandesgericht wird das Verhalten der beklagten Ehefrau daher gegebenenfalls auch unter diesen Gesichtspunkten zu würdigen haben.

Eine derartige Würdigung würde sich jedoch erübrigen, wenn die beklagte Ehefrau zum Ausdruck gebracht haben sollte, die Beklagten seien nicht bereit, für die weitere Tätigkeit der Klägerin Provision zu zahlen; als-

dann hätte die Beklagte Ehefrau das Angebot der Klägerin nicht angenommen, sondern abgelehnt. Ob eine solche Erklärung abgegeben worden ist oder nicht, bedarf gegebenenfalls der Aufklärung. Da es sich hier um das Zustandekommen des Vertrages handelt, auf den die Klägerin ihre Klage stützt, trägt die Klägerin insoweit die Beweislast.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs