

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 95/87

URTEIL

Verkündet am:
21. September 1988
Hellmann
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans H [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],
B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

und der Heinrich Z [REDACTED] Immobilien GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer, den Immobilienmakler Erich Wi [REDACTED]
F [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Nebenintervenientin des Beklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Immobilienmakler Peter B [REDACTED] M [REDACTED]
straße [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1988

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und der Nebenintervenientin des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 9. Februar 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte erwarb durch notariellen Kaufvertrag vom 1. August 1985 das Grundstück Kö■■■■straße ■■■■ in B■■■■ zum Preise von 1.010.000 DM. Der Kläger, der als gewerblicher Immobilienmakler tätig ist und der dem Beklagten vor dem Abschluß des Kaufvertrages ein Exposé mit Provisionsverlangen über das Grundstück Kö■■■■straße ■■■■ hat zugehen lassen, beansprucht eine Nachweismaklerprovision in Höhe von 5% des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer.

- 3 -

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 57.570 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen; das Kammergericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgen der Beklagte und seine Nebenintervenientin ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Von welchem Sachverhalt das Revisionsgericht im vorliegenden Fall auszugehen hat (§ 561 ZPO), bedarf einer besonderen Prüfung.

Der Tatbestand des Berufungsurteils ist widersprüchlich. Auf Seite 3 (2. Abs.) wird es als unstreitig dargestellt, daß im Juli 1985 mehrere Telefongespräche stattgefunden hätten: Bei dem ersten Gespräch Anfang Juli 1985 habe der Beklagte ein Exposé über ein Grundstück erbeten, das der Kläger in einer Zeitungsanzeige angeboten hatte und das mit dem Grundstück Kö■■■■straße ■■■■, um das es im vorliegenden Rechtsstreit geht, nicht identisch ist. Dieses Exposé sei ihm mit einem Provisionsverlangen zugesandt worden. In einem weiteren Telefongespräch, das ungefähr am 11. Juli 1985 stattgefunden habe, habe der Kläger mitgeteilt, daß ihm das angebotene Grundstück nicht zusage; aufgrund dieses Telefongesprächs sei dem Beklagten das Grundstück Kö■■■■straße ■■■■ benannt worden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Auf Seite 4 gibt dann aber das Berufungsgericht eine Darstellung des erstinstanzlichen streitigen Sachvortrags des Beklagten, der mit dem auf Seite 3 wiedergegebenen angeblich unstreitigen Sachverhalt nicht vereinbar ist. Danach hat nur ein Telefongespräch stattgefunden. Anlaß zu diesem Telefongespräch war der Umstand, daß der Kläger ein anderes Grundstück in der Zeitungsannonce angeboten hatte. Der Beklagte wollte also offenbar nähere Informationen (evtl. ein Exposé) über dieses Grundstück. Ob der Kläger dem Beklagten ein Exposé über das Objekt, dessentwegen er angerufen hatte, übersandt hat, ist aus dem an dieser Stelle wiedergegebenen Vortrag des Beklagten nicht klar zu entnehmen. Auf jeden Fall will er aber aufgrund des ersten Telefongesprächs (auch) das Exposé über das Grundstück in der Kö[REDACTED]straße erhalten haben. Diese Sachdarstellung stimmt nicht nur mit den Schriftsätzen des Beklagten (vgl. Bl. 16, 34) überein, sondern auch mit der vom Beklagten persönlich am 6. November 1986 zu Protokoll gegebenen Erklärung (Bl. 109 der Akten), deren Beweiskraft gemäß § 314 Satz 2 ZPO der des Tatbestands vorgeht.

Das Berufungsgericht hat zwar nachträglich den Tatbestand gemäß § 320 ZPO in der Weise berichtigt, daß es in den Satz (Seite 3 Abs. 2)

"Anfang Juli 1985 rief der Beklagte auf die ein anderes Grundstück betreffende Verkaufs-anzeige des Klägers hin bei diesem an"

den Nebensatz einfügte:

"wie in erster Instanz unstreitig war, jedoch in der Berufungsinstanz streitig geworden ist".

Hierdurch ist jedoch der im Tatbestand enthaltene Widerspruch nicht behoben, sondern im Gegenteil verstärkt worden. Denn die Berichtigung bezieht sich gerade auf den Satz, bei dem kein Widerspruch zwischen der Darstellung des streitigen und unstreitigen Sachverhalts vorlag (vgl. einerseits Berufungsurteil S. 3 Zeile 6 v.o., andererseits S. 4 Zeile 7 u. 8 v.o. und Seite 6 Zeile 3 bis 5 v.o.). Aber selbst wenn man den durch den Berichtigungsbeschluß eingefügten Nebensatz auf die gesamte Sachdarstellung im zweiten Absatz auf Seite 3 des Berufungsurteils beziehen würde, wäre der Widerspruch nicht beseitigt, denn dann wäre an dieser Stelle etwas als in erster Instanz unstreitig dargestellt, was nach dem letzten Absatz auf Seite 4 in dieser Instanz vom Beklagten bestritten wurde. Schließlich ist die Berichtigung nicht vereinbar mit der Darstellung des zweitinstanzlichen Vortrags des Beklagten und der Nebenintervenientin auf Seite 6, Zeile 3-5 des Berufungsurteils.

Da der Tatbestand hinsichtlich der Vorgänge, die zur Übersendung des Exposés über das Grundstück Kö[redacted]straße [redacted] geführt haben, widersprüchlich ist, fehlt ihm insoweit die Beweiskraft (BGH Urteil vom 5. November 1968 - VI ZR 179/67 - LM Nr. 2 zu § 314 ZPO). Das Revisionsgericht muß daher für seine Entscheidung von der für den Beklagten und Revisionskläger günstigeren Sachdarstellung ausgehen, d.h. also von der Sachdarstellung, die er in seiner Erklärung zu Protokoll und in seinen Schriftsätzen abgegeben hat.

2. Danach hat der Beklagte in der Zeitung ein Inserat des Klägers gelesen und sich telefonisch an ihn mit der Bitte um nähere Information gewandt. In einer solchen Anfrage liegt noch kein Antrag auf Abschluß eines Maklervertrages (so die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs: WarnRspr 1910 Nr. 318; JW 1917, 101; SeuffArch Band 76 Nr. 47; BGHZ 95, 393; BGH Urteil vom 12. Februar 1981 - IVa ZR 105/80 - WM 1981, 495; vom 20. April 1983 - IVa ZR 2/82 - WM 1983, 764; vom 8. Oktober 1986 - IVa ZR 20/85 - WM 1986, 1502; unrichtig OLG Hamburg MDR 1985, 673). Wenn der Kläger daraufhin dem Beklagten das Exposé über ein anderes Grundstück (Kö[REDACTED]straße [REDACTED]) übersandte, in dem ein ausdrücklicher Hinweis auf die vom Käufer zu zahlende Provision enthalten war, dann kann dies allerdings als Angebot des Klägers zum Abschluß eines Maklervertrages aufgefaßt werden (BGH aaO). Nimmt der Interessent in Kenntnis eines solchen Provisionsverlangens weitere Dienste des Maklers in Anspruch, so ist darin eine konkludente Annahme des Vertragsantrags zu sehen. Daß etwas Derartiges im vorliegenden Fall vor dem 19. Juli 1985 geschehen sei, ist aus dem Parteivortrag nicht ersichtlich.

Der Abschluß eines Maklervertrages könnte allerdings dann angenommen werden, wenn der Beklagte bei dem Gespräch vom 19. Juli 1985 nicht nur sein Interesse am Grundstückserwerb bekundet, sondern auch versprochen haben sollte, den Klägern bei Zustandekommen des Kaufvertrages eine Provision von 5% zu zahlen. Das Berufungsgericht nimmt dies an; es meint auch, daß die Provision nicht etwa für eine Vermittlungstätigkeit, sondern für den Nachweis der Kaufgelegenheit gezahlt werden sollte. Dafür, daß der Beklagte nur einen Vermittlungsvertrag habe abschließen wollen, sei "nichts er-

sichtlich"; wenn er das gewollt hätte, hätte er dies "deutlicher" ausdrücken müssen. Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht beanstandet. Wenn das Berufungsgericht damit den allgemeinen Rechtssatz aufstellen wollte, daß ein Maklerauftrag im Zweifel auf Nachweis gerichtet sei und daß ein Vermittlungsmaklervertrag nur dann angenommen werden könne, wenn dies der Maklerkunde eindeutig ("deutlich") zum Ausdruck gebracht habe, so wäre dies rechtirrig. Aus § 652 BGB läßt sich ein solcher Grundsatz nicht herleiten; in dieser Gesetzesvorschrift steht die Vermittlungstätigkeit gleichberechtigt neben der Nachweistätigkeit des Maklers. Grundsätzlich ist eine Partei, die einen vertraglichen Anspruch geltend macht, für den Inhalt des Vertrages darlegungs- und beweispflichtig. Der Makler, der eine Nachweisprovision verlangt, muß also behaupten und erforderlichenfalls beweisen, daß der Maklervertrag auf den Nachweis einer Vertragsgelegenheit gerichtet war. Steht allerdings der äußere Tatbestand der Willenserklärung fest, dann ist die weitere Frage, ob diese im Sinne eines Nachweis- oder eines Vermittlungsvertrages aufzufassen ist, eine Frage der Auslegung, die nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 26. Oktober 1983 - IVa ZR 80/82 - NJW 1984, 721) ohne Bindung an Beweislastgrundsätze vorzunehmen ist. Bei der Auslegung von (empfangsbedürftigen) Willenserklärungen hat der Richter den wahren Willen der Parteien zu erforschen, soweit dieser - wenn auch u.U. in sprachlich unvollkommener Form - im Verhalten des Erklärenden zu Tage getreten ist. Ergibt sich aus dem Verhalten des Maklerkunden und den sonstigen, nach den §§ 133, 157 BGB zu berücksichtigenden Umständen, daß er einen Vermittlungsauftrag erteilen wollte, dann ist dieser Wille auch dann zu berücksichtigen,

wenn er im Wortlaut des Auftrags nicht klar zum Ausdruck gekommen ist.

Eine Auslegungsregel, nach der ein Maklervertrag im Zweifel auf Nachweis gerichtet ist, läßt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen. Es war daher verfehlt, wenn das Berufungsgericht die Beweislast dafür, daß der zwischen den Parteien zustandegekommene Vertrag auf Vermittlung gerichtet gewesen sei, dem Beklagten auferlegt hat! Abgesehen davon ist die Begründung des Berufungsgerichts schon deshalb unzulänglich, weil nicht klar ersichtlich ist, was es mit dem Ausdruck "deutlicher" gemeint hat. Dem Beklagten kann man nur dann den Vorwurf mangelnder Deutlichkeit machen, wenn man vorher festgestellt hat, was er tatsächlich gesagt hat; an einer solchen Feststellung fehlt es. Es ist auch nicht erkennbar, ob das Berufungsgericht dabei das eigene Vorbringen des Beklagten oder das Ergebnis der Beweisaufnahme zugrundelegen will; der erste Satz des 2. Absatzes der Entscheidungsgründe (Berufungsurteil Seite 7) läßt beide Möglichkeiten offen.

3. Die Bemerkung des Berufungsgerichts, für die Erteilung eines nur auf Vermittlung gerichteten Maklerauftrags sei "nichts ersichtlich", ist mit dem Sach- und Streitstand, so wie er sich aus den Tatbeständen der vorinstanzlichen Urteile und den dort in Bezug genommenen Schriftsätzen ergibt (§ 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO), nicht zu vereinbaren.

Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz vortragen lassen:

"Als der Beklagte das Exposé erhielt, rief der Beklagte bei Herrn Ga[REDACTED] an und teilte mit, daß er

Vorkenntnis habe; Kö[redacted]straße [redacted] in B[redacted]-St[redacted]
[redacted] sei ihm bekannt aus einem anderen Angebot, das er vor längerer Zeit erhalten hatte und das er wegen der damaligen Preisvorstellung nicht kaufen wollte. Bei diesem Telefonat bat der Beklagte den Zeugen Ga[redacted], er möchte sich mit dem Eigentümer in Verbindung setzen, falls er hierzu in der Lage sei, um einen Kauf zu vermitteln, bei dem der Beklagte bereit sei, das Grundstück für DM 1.000.000,-- zu bezahlen. Für diesen Vermittlungsauftrag wäre der Beklagte bereit gewesen, 5% Provision zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen".

Aus diesem Sachvortrag ergeben sich eine Reihe von Anhaltspunkten für die Annahme eines Vermittlungsvertrages, die vom Berufungsgericht hätten geprüft und gewürdigt werden müssen. Zunächst hat der Beklagte den Zeugen Ga[redacted] hiernach ausdrücklich um "Vermittlung" gebeten. Wenn das richtig sein sollte, könnte kein Zweifel bestehen, daß "die dem Makler übertragene Leistung" (§ 653 Abs. 1 BGB) in der Vermittlung des Vertrages bestand. Eine Nachweistätigkeit kann dagegen dem Kläger bei diesem Telefongespräch nicht übertragen worden sein; denn der Nachweis war durch die Übersendung des Exposés bereits erbracht. Zwar ist es rechtlich möglich, daß ein Interessent auch für einen bereits erbrachten Nachweis nachträglich eine Vergütung verspricht; hierin liegt der Abschluß eines Maklervertrages (BGH Urteil vom 18. September 1985 - IVa ZR 139/83 - WM 1985, 1422 - unter I 3) und nicht die Abgabe eines Schenkungsversprechens. Das ändert aber nichts daran, daß der Beklagte von seinem Standpunkt aus keine Veranlassung hatte, dem Kläger eine Nachweisprovision zu versprechen, daß er aber an einer Vermittlungstätigkeit

durchaus interessiert sein konnte und daß es daher auch durchaus erklärlich erscheint, wenn er hierfür zur Zahlung einer Provision bereit war. Es kommt noch hinzu, daß der Beklagte sich ausdrücklich auf seine Vorkenntnis hinsichtlich des Grundstücks Kö[redacted]straße [redacted] berief. Es ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, ob der Einwand der Vorkenntnis berechtigt ist (eine Frage, die das Berufungsgericht auf Seite 9 letzter Absatz und Seite 10 erster Absatz erörtert). Wenn der Beklagte subjektiv der Auffassung war, daß er Vorkenntnis hatte, und wenn er diese Überzeugung auch seinem Gesprächspartner zu erkennen gab, dann wird man seine Erklärung kaum dahin auffassen können, daß er für den nach seiner Auffassung wertlosen Nachweis noch Provision zahlen wollte.

Ein Vermittlungsvertrag wäre auf jeden Fall dann anzunehmen, wenn der Beklagte dem Zeugen Ga[redacted] gesagt haben sollte, er, der Beklagte sei bereit, für eine erfolgreiche Ausführung des Vermittlungsauftrags 5% zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen. Ob man allerdings den letzten Satz der oben wiedergegebenen Schriftsatzstelle in diesem Sinne verstehen kann, ist zweifelhaft. Es ist nicht klar zu erkennen, ob der Anwalt des Beklagten mit ihm eine Behauptung über den Inhalt des Telefongesprächs aufstellen oder lediglich eine Aussage über die damalige innere Einstellung des Beklagten machen wollte. Die Parteien haben Gelegenheit, sich nach der Zurückverweisung über diesen Punkt näher zu erklären. Selbst wenn aber der letztgenannte Satz nur als Darstellung eines inneren Vorgangs beim Beklagten zu verstehen wäre, blieben genügend Anhaltspunkte für die Erteilung eines Vermittlungsauftrags, die vom Berufungsgericht hätten gewürdigt werden müssen. Daß die Behauptungen, die der Beklagte in dem ge-

nannten Schriftsatz über den Inhalt des Gesprächs aufgestellt hat, unzutreffend seien, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat zwar den Gesprächspartner des Klägers, Herrn Ga■■■■, als Zeugen vernommen; es scheint ihn aber, soweit dies aus dem Protokoll ersichtlich ist, nicht zu diesem Punkt befragt zu haben.

Sollte die erneute Prüfung ergeben, daß der Beklagte nur einen Vermittlungsauftrag erteilt hat, so wird die Klage abzuweisen sein, da der Kläger unstreitig keine Vermittlungstätigkeit ausgeübt hat.

Dr. Hoegen

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs