

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 246/64

URTEIL

Verkündet am

20. März 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Immobilienmaklers Josef G [REDACTED] in R [REDACTED],
I [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Filialleiterin Bertha S [REDACTED] in M [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 13. Juli 1964 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte seit 1959 von dem Metzgermeister N. [REDACTED] Auftrag, ihm eine Bäckerei zum Kauf nachzuweisen. Als er im Oktober 1960 in einer Zeitung ein Inserat las, das die Beklagte unter Chiffre-Nummer aufgegeben hatte und in dem sie ihre Bäckerei für 380 000 DM zum Verkauf anbot, schrieb er am 19. Oktober 1960 an die Zeitung, die sein Schreiben an die Beklagte weitergab. Diese antwortete jedoch dem Kläger nicht - nach ihrer Behauptung deshalb nicht, weil sie glaubte, ihr Anwesen auch ohne Einschaltung eines Maklers, dem sie hätte Provision zahlen müssen, verkaufen zu können. Überdies stand sie ohnehin schon seit einiger Zeit gerade mit N. [REDACTED] in unmittelbarer Verbindung. Dieser besichtigte im November 1960 ihre Bäckerei, zeigte dafür auch Interesse, erklärte indes, nicht mehr als 240 000 bis 250 000 DM zahlen zu wollen.

- 3 -

Am 23. November 1960 suchte der Kläger die Beklagte auf und besprach mit ihr und ihrem Sohn, den die Beklagte mit den Verhandlungen bevollmächtigt hatte, den Verkauf der Bäckerei. Er will die Beklagte, als sie über seinen Brief gesprochen hätten, ausdrücklich darauf hingewiesen haben, daß auf diesem seine Geschäftsbedingungen abgedruckt waren, in denen es heißt:

"Mit dem Abschluß eines durch meinen Nachweis oder meine Vermittlung zustandegekommenen Vertrages ist die ortsübliche Nachweis- bzw. Vermittlungsgebühr zu zahlen ... Die Entgegennahme von Angeboten sowie die Aufnahme von Verhandlungen bedeutet Auftragserteilung mit Anerkennung vorstehender Bedingungen."

Der Kläger will in dieser Unterredung klargestellt haben, daß er von nun ab nicht nur Makler N[REDACTED]s sei, sondern auch Makler der Beklagten. Er habe ihr auseinandergesetzt, ihm stehe zwar keine Nachweis-Provision zu, weil sie mit N[REDACTED] schon verhandele, wohl aber eine Vermittlungs-Provision, falls es ihm gelinge, N[REDACTED] zum Kauf zu bewegen. Dem habe die Beklagte ausdrücklich zugestimmt.

Einen Auftragschein hat sich der Kläger nicht unterschreiben lassen. Auch hat er der Beklagten keine Kaufinteressenten nachgewiesen. Jedoch hat er wegen des Ankaufs durch N[REDACTED] in den folgenden Monaten wiederholt der Beklagten geschrieben, mit ihr und ihrem Sohn telefoniert und auch mit ihnen persönlich gesprochen, wenn er sie in der Bäckerei aufsuchte. Am 8. Februar 1961 schrieb er der Beklagten, nachdem sie ihre Kaufpreisforderung erheblich herabgesetzt hatte:



"Ich habe seinerzeit bei N [REDACTED] den höheren Preis von 260 000 DM auf Grund meiner eingehenden Verhandlungen erreichen können und habe meine Bemühungen in dieser Richtung auch angestrengt, damit Ihnen die Zahlung der üblichen 3 %igen Verkäufergebühr, die bei einem Vertragsabschluß vereinbarungsgemäß von Ihnen zu zahlen ist, leichter fällt."

In einem Brief vom 9. Februar 1961 unterbreitete der Kläger der Beklagten "im Auftrage des Herrn N [REDACTED]" dessen letztes Kaufangebot. Dementsprechend einigten diese sich am 16. Februar 1961 auf einen Kaufpreis von 260 000 DM und unterzeichneten einen privatschriftlichen "Vorvertrag", den der Kläger zu dieser Besprechung mitgebracht hatte. Als so die notarielle Beurkundung kurz bevorstand, schrieb der Kläger am 2. März 1961 der Beklagten:

"Die bei der Verbriefung fällige mit Ihnen bei der Erteilung des Verkaufsauftrages im November 1960 vereinbarte 3 %ige Verkäufergebühr ist am Verbriefungstage Ihrerseits bar zu zahlen."

Daraufhin will der Sohn der Beklagten den Kläger anrufen und sich dessen Forderung verbeten haben. Außerdem wandte er sich an N [REDACTED] und ließ ihn eine Erklärung unterschreiben, in der es heißt:

"..... habe ich Ihnen als meinen Beauftragten (den Kläger) geschickt, der in meinem Namen und für mich mit Ihnen verhandeln sollte. Ich möchte damit ausdrücklich feststellen, daß (der Kläger) lediglich die bereits von mir begonnenen Verhandlungen in meinem Namen fortführte, weil mir infolge geschäftlicher Unabkömmlichkeit die Zeit dafür fehlte."

Von dieser Erklärung unterrichtete N [REDACTED] den Kläger, der am 7. März 1961 der Beklagten schrieb:

"Im übrigen nehme ich Bezug auf die heutige Unterhaltung mit Ihnen in dieser Angelegenheit unter Bezug auf meine Schreiben vom 2. März und 8. Februar 1961 sowie 19. Oktober 1960, in denen mein Standpunkt zu der Frage Ihrer Auftragserteilung am 23. November 1960 und bei den ständigen Beauftragungen Ihrerseits mit Herrn N [REDACTED] über den Abschluß eines notariellen Kaufvertrages nochmals dargelegt wurde und an dem auch durch das von Herrn N [REDACTED] gewünschte Schreiben vom 5. März 1961 nicht das geringste geändert werden kann."

Am 16. März 1961 wurde der Kaufvertrag, im wesentlichen so wie im "Vorvertrag" vereinbart, beurkundet. Mit Schreiben vom 20. März 1961 forderte der Kläger, der von N [REDACTED] eine Käuferprovision von 5 000 DM erhalten hat, von der Beklagten eine Verkäuferprovision. Da sie sich weigerte erhob er Klage auf Zahlung von 7 800 DM nebst Zinsen.

Land- und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht würdigt das Ergebnis der von ihm und dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme dahin, der Kläger habe nicht bewiesen, daß die Beklagte ihn als ihren Makler beauftragt habe. Ohne Erfolg versucht die Revision darzutun, daß das Berufungsgericht zu diesem

Ergebnis unter Verletzung der Grundsätze über die Beweislast (§ 282 ZPO) und unter Verstoß gegen die §§ 286, 375 ZPO gelangt sei.

1. Das Berufungsgericht setzt sich zunächst mit der Hauptbegründung des Klägers auseinander, wonach die Beklagte ihn am 23. November 1960, jedenfalls im Februar 1961 mündlich beauftragt habe. Diese Behauptung hält das Berufungsgericht für nicht bewiesen. Seine Begründung ist frei von Rechtsfehlern.

Das Berufungsgericht stützt sich vor allem darauf, daß sowohl die Beklagte bei ihrer Vernehmung als Partei wie ihr Sohn, der in beiden Tatsacheninstanzen eidlich vernommen worden ist, die Behauptungen des Klägers, aus denen er seine Beauftragung herleiten will, bestritten haben. Es läßt dahingestellt, ob der Kläger, wie er behauptet, am 23. November 1960 von der Beklagten (oder ihrem Sohn) bestellt worden war oder ob er, wie die Beklagte behauptet, von sich aus angerufen hatte, nachdem ihn Neumüller von seinem Besuch bei der Beklagten unterrichtet hatte, und er sich daraufhin mit ihr verabredete. Diese Frage konnte das Berufungsgericht offen lassen, weil für den Kläger auch dann nichts gewonnen wäre, wenn die Beklagte ihn bestellt hätte. Denn da sie ihn, wie das Berufungsgericht feststellt, sogleich darauf hingewiesen hatte, daß sie mit ihm lediglich als dem Beauftragten Neumüllers sprechen wolle, hätte der Kläger auch dann, wenn die Beklagte angerufen haben sollte, daraus nicht schließen können, daß auch sie nunmehr sein Auftraggeber sein wolle.

Das Berufungsgericht brauchte auch nicht die vom Kläger benannten anderen Makler darüber zu vernehmen, daß die Beklagte diesen damals einen Verkaufsauftrag erteilt habe. Die Revision meint, diese Beweise seien "immerhin indiziell von großer Bedeutung" gewesen, zudem sei es um die Glaubwürdigkeit des Sohnes der Beklagten gegangen. Demgegenüber führt das Berufungsgericht aus, selbst wenn die Beklagte anderen Maklern einen Auftrag gegeben habe, so besage das noch nichts dafür, daß außerdem auch der Kläger einen Auftrag erhalten habe. Zudem habe der Sohn im einzelnen erläutert, aus welchen besonderen Gründen sie den anderen Maklern einen Auftrag erteilt hätten. Diese Begründung des Berufungsgerichts läßt keinen Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen. Die Revision übersieht, daß die Sache beim Kläger insofern anders als bei den von ihm benannten Maklern liegt, als er der Beauftragte N [REDACTED] s, mit dem die Beklagte bereits in Verbindung stand, war, was bei den anderen Maklern nicht der Fall gewesen ist.

2. Im wesentlichen richten sich die Revisionsangriffe gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts, es sei auch ein durch schlüssiges Verhalten erteilter Auftrag nicht erwiesen. Im angefochtenen Urteil ist dazu ausgeführt, der Kläger habe weder bewiesen, daß die Beklagte auf seine mehrfachen Schreiben, in denen er sich seiner Provisionsansprüche berühmte, geschwiegen habe, noch habe er dargetan, daß sie sich seine Tätigkeit in einer Weise habe gefallen lassen, die ihn berechtigt hätte, daraus auf seine Beauftragung zu schließen.

Auch die gegen diese Würdigung des Beweisergebnisses von der Revision vorgebrachten Rügen bleiben ohne Erfolg.

a) Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß am Schluß aller seiner Briefe seine Geschäftsbedingungen abgedruckt gewesen seien. Die Beklagte und ihr Sohn hätten ihm nämlich schon gleich bei der ersten Unterredung klargemacht, daß sie ihn nicht beauftragen wollten. Zudem sei durch die Aussagen der Zeugen S. [REDACTED] und B. [REDACTED] erwiesen, daß die Beklagte dem Kläger bei seinen Vorsprachen wiederholt vorgehalten habe, "was er denn schon wieder wolle", und daß er darauf geantwortet habe, er komme im Auftrage N. [REDACTED]s, von ihr, der Beklagten wolle er keine Bezahlung. Die Einwendungen der Revision hiergegen sind unzulässige Angriffe gegen die Beweiswürdigung. Das Berufungsgericht hat auch nicht § 375 ZPO - gemeint ist wohl § 398 ZPO - verletzt, wenn es bei der angeführten Feststellung die Aussage des Zeugen B. [REDACTED] herangezogen hat. Zwar hatte das Landgericht diese Aussage für unerheblich gehalten. Das besagt aber nicht, daß es sie auch für unglaubwürdig angesehen hatte, wie die Revision jetzt geltend macht.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Kläger habe nicht dargetan, inwiefern er ab Februar 1961 die Interessen der Beklagten wahrgenommen habe oder doch als unparteiischer Vermittler auch für sie tätig geworden sei. Vergeblich beruft sich demgegenüber die Revision darauf, daß die Beklagte einmal geäußert habe: "Schauen's, daß das (der Verkauf) etwas wird" (BU S. 19). Das Berufungsgericht sieht in dieser Äußerung der Beklagten lediglich ihren Wunsch, das Grundstück, nachdem sie den Kaufpreis herabgesetzt hatte, an N. [REDACTED] zu verkaufen, und meint, dieser Wunsch habe noch keinen Verkaufsauftrag zu bedeuten

brauchen, weil er sich durchaus mit den Interessen des Klägers, als Makler N [REDACTED] s, den Verkauf zustande zu bringen, gedeckt habe. Diese Beurteilung der Äußerung der Beklagten ist rechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Revision brauchte das Berufungsgericht auch nicht schon in einer weiteren Äußerung der Beklagten, der Kläger könne bei 260 000 DM (statt 240 000 DM) mehr verdienen, ein Indiz für ihre Provisionspflicht der Beklagten zu finden, weil die Beklagte davon ausgehen konnte, daß sich der Provisionsanspruch des Klägers gegen N [REDACTED] nach der Höhe des Kaufpreises richte. Ebensowenig brauchte das Berufungsgericht die Ehefrau des Klägers nochmals über Einzelheiten des Telefongesprächs vom 8. Februar 1961 zu vernehmen. Daß es bei seiner Beweiswürdigung die Schreiben des Klägers vom 8. und 9. Februar 1961 nicht berücksichtigt habe, hat die Revision nicht dargetan. Wenn es dem vom Kläger überreichten Maklerauftragsbuch keinen ausreichenden Beweiswert beigemessen hat, so ist das angesichts der von ihm näher angeführten Umstände nicht zu beanstanden.

b) Hilfsweise macht die Revision geltend, die Beklagte müsse sich jedenfalls so behandeln lassen, als habe sie den Kläger schließlich doch beauftragt. Sie habe seinen Schreiben vom 7. Februar sowie vom 2. und 7. März 1961 nicht widersprochen, obschon in ihnen der Kläger auf seine Provisionsansprüche hingewiesen habe.

Das Berufungsgericht hält für nicht bewiesen, daß die Beklagte auf diese Schreiben geschwiegen habe. Der Kläger habe die eidliche Aussage des Sohnes nicht widerlegt, er habe ihm, dem Kläger, sofort nach dessen Brief

vom 8. Februar 1961 am Telefon klargemacht, daß er nicht beauftragt sei und daß sie nur deshalb mit ihm verhandelten, weil er für N. tätig sei. Da aber der Kläger, so meint das Berufungsgericht, den Auftrag beweisen müsse, somit alle Unklarheiten zu seinen Lasten gingen, könne ein stillschweigendes Anerkenntnis der Provisionsforderung hier nicht festgestellt werden. Bloßes Schweigen der Beklagten hätte seinen Provisionsanspruch nicht auslösen können. Wenn sie auch dann noch, als der Kläger seinen Anspruch bei ihr ausdrücklich angemeldet hatte, mit ihm weiterverhandelt und schließlich unter seiner Mithilfe den Kaufvertrag abgeschlossen habe, so habe sie sich damit allenfalls jene Tätigkeit gefallen lassen, die er für Neumüller ausgeübt habe.

Die Revision meint, es sei Sache der Beklagten gewesen, zu beweisen, daß sie dem Schreiben des Klägers widersprochen habe. Diese Rüge greift nicht durch.

Kann der Makler nicht einen Auftragschein vorlegen, so muß er beweisen, daß ihm der Auftrag durch mündliche Erklärung ausdrücklich oder doch stillschweigend erteilt worden ist. Die Beweislast hierfür trägt er. Wohl ist in der Regel der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens beweispflichtig dafür, daß er dem Schreiben widersprochen hat (RGZ 114, 282). Auf diese Rechtsgrundsätze will sich offenbar die Revision berufen. Nun kann die Pflicht zu rechtzeitigem Widerspruch auch einem Minderkaufmann obliegen (BGHZ 11, 1, 3), im Einzelfall kann sogar auch ein Nichtkaufmann nach Treu und Glauben verpflichtet sein, einem Bestätigungsschreiben zu widersprechen (Urt. des erkennenden Senats vom 16. Januar 1967

- VIII ZR 276/64). Voraussetzung ist aber immer, daß es sich bei dem Schreiben, das dem Empfänger zugegangen war, um ein Bestätigungsschreiben gehandelt hat. Mit Recht hat das Berufungsgericht das für die hier in Rede stehenden Schreiben des Klägers, der nicht Handelsmakler, sondern Immobilienmakler war, nicht angenommen. Nach seinen Feststellungen hatte die Beklagte sofort schon im November dem Kläger erklärt, sie wolle ihm keinen Auftrag erteilen und wolle mit ihm nur als dem Makler N. verhandeln. Der Kläger selbst hatte noch im Februar 1961 wiederholt gesagt, er wolle von ihr, der Beklagten, kein Geld, er komme lediglich für N. Daß sie auch mit seinem Brief vom 3. März 1961 nicht einverstanden war, hat der Kläger alsbald von N. erfahren. All das zeigt, daß seine Schreiben keine Bestätigung einer mit der Beklagten getroffenen Abmachung, sondern lediglich die Wiederholung seines Standpunktes enthielten, von dem er seit langem wußte, daß die Beklagte ihn nicht teilte. Was er ihr, "bestätigte", wich von dem, was er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit der Beklagten besprochen hatte, so eindeutig ab, daß sie seinen Schreiben nicht jedesmal erneut zu widersprechen brauchte.

c) Hilfsweise meint die Revision, die Beklagte müsse sich schon deshalb als Auftraggeberin des Klägers behandeln lassen, weil sie sich dessen Dienste habe gefallen lassen und zunutze gemacht habe. Die Beklagte habe sich auch dann noch die Bemühungen des Klägers zunutze gemacht, als er sie auf ihre Provisionspflicht ausdrücklich hingewiesen hatte. Außerdem habe sie am 16. Februar 1961 den "Vorvertrag", den der Kläger vorbereitet hatte, zusammen

mit N[REDACTED] unterschrieben und diesem schließlich die Bäckerei zu Bedingungen verkauft, die der Kläger mit ihm besprochen hatte.

Das Berufungsgericht hat im einzelnen begründet, warum dieses Verhalten der Beklagten nicht ausgereicht habe, um für sie im Sinne dieser Grundsätze eine Provisionspflicht zu begründen. Auch das ist rechtlich einwandfrei.

Der Kläger hatte zwar in seinen Briefen klargemacht, daß er auch von der Beklagten Provision erwarte. Sie hat ihn aber sogleich zur Rede gestellt, wobei er ihr geantwortet hat, er komme als Makler N[REDACTED]s, sie brauche ihm nichts zu bezahlen. Bei solcher Sachlage kann nicht gesagt werden, daß sich die Beklagte Dienste des Klägers habe gefallen lassen, die dieser für sie getan habe. Vielmehr spricht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts alles dafür, daß der Kläger sich der Beklagten als ihr Makler hat aufdrängen wollen. Nicht jede Entgegennahme von Maklerdiensten bringt schon einen Maklervertrag zustande; vor allem dann kommt es auf die Umstände des Falles an, wenn jemand mit einem Makler verhandelt, der bereits von der Gegenseite beauftragt ist (BGH Urt.v. 4. Juli 1953 - II ZR 154/53 - = JR 1953, 424). Die Beklagte konnte, wenn sie ihm nichts bezahlen wollte, seine Vermittlungstätigkeit nicht einfach zurückweisen, da sich der Kläger ohnehin für N[REDACTED] bemühte. Sie wußte, daß N[REDACTED] dem Kläger Provision zu zahlen hatte. Infolgedessen brauchte sie nicht damit zu rechnen, daß auch sie ihm auch ohne einen von ihr selbst erteilten Auftrag provisionspflichtig sei. Vielmehr konnte sie, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, davon ausgehen, daß der Kläger allein im Auftrage N[REDACTED]s sich bemühte. Somit

hat sie durch ihr Verhalten gerade nicht schlüssig bekundet, sie wolle den Kläger nun doch beauftragen (BGH Urt. v. 13. Juni 1957 - II ZR 46/56 - = BB 1957, 979; Urt. des erkennenden Senats vom 16. November 1964 - VIII ZR 4/63 - = BGH Warn 1964 Nr. 259).

Die Klage ist demnach mit Recht abgewiesen worden, 'so daß die Revision des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen war.

Dr. Häidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Weber

Braxmaier