

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 86/65

URTEIL

Verkündet am
12. Juni 1967
Klett,
Justizhauptsekre-
tär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der S [REDACTED] und D [REDACTED] W [REDACTED] eingetragene Ge-
nossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, vertreten
durch ihren Vorstand Johann D [REDACTED], Johann S [REDACTED]
und Karl T [REDACTED] in P [REDACTED]-W [REDACTED],
2. des Landwirts und Gütermaklers Franz E [REDACTED] in
K [REDACTED], G [REDACTED] [REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Gustav Adolf S [REDACTED]
in D [REDACTED], Irland, M [REDACTED]-R [REDACTED]

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. März 1965 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Dezember 1958 nahm der Kläger zu 2, ein Landwirt und Gütermakler (Die Klägerin zu 1 klagt als Zessionarin einer Teilforderung des Klägers zu 2. Im folgenden wird deshalb der Kläger zu 2 als "Kläger" bezeichnet.), Verbindung mit dem Beklagten auf, um sich bei dem von diesem geplanten Verkauf seines Gutes als Makler einzuschalten. Der Beklagte verwies ihn an seinen Rechtsberater, den Notar Dr. H. [REDACTED] in H. [REDACTED]. Dieser antwortete dem Kläger auf dessen Anfrage am 13. Februar 1959:

"Nachdem sich Herr S [REDACTED] (das ist der Beklagte) damit einverstanden erklärt hat, daß Sie das Gut G [REDACTED] zwei Städten zum Kauf anbieten, bitte ich mir mitzuteilen, um welche Städte es sich handelt. Ich weise ferner ausdrücklich darauf hin, daß Ihnen ein Provisionsanspruch gegen Herrn S [REDACTED] in keinem Falle zusteht und daß Sie auch keinen Anspruch auf Erstattung von Auslagen und Unkosten haben, sondern sich wegen Ihrer sämtlichen Ansprüche an den Käufer halten müssen."

In seinem Antwortschreiben vom 17. Februar 1959 äußerte der Kläger die Hoffnung, daß ihm beim Zustandekommen eines Kaufvertrages doch noch eine Provision ausgezahlt werde. Er bat Dr. H [REDACTED] um seine Stellungnahme, erhielt von diesem jedoch keine Antwort.

Erst im Oktober 1959 kam der Kläger in einem Schreiben an Dr. H [REDACTED] auf die Angelegenheit zurück. Ende Dezember 1959 suchte er den Beklagten zusammen mit einem landwirtschaftlichen Sachverständigen auf, der eine Begutachtung des Verkaufsobjektes vornahm und dabei zu einem regulären Verkaufspreis von 2 218 000 DM gelangte, einen Liebhaberpreis von 3 500 000 DM jedoch für möglich hielt. Der Bruder des Klägers, der Makler Peter E [REDACTED], teilte diesem zu Beginn des Jahres 1960 mit, daß der Landwirt K [REDACTED] in P [REDACTED] am Ankauf des dem Beklagten gehörenden Gutes interessiert sei. Daraufhin brachte der Kläger den Landwirt K [REDACTED] mit dem Beklagten zusammen. Der Beklagte schrieb dem Kläger am 17. Februar 1960:

"Sie teilten mir mit, daß Sie Herrn K [REDACTED] eine Forderung von 3,5 Millionen DM ohne die für sich zu bewertenden Gebäude, Beregnungsanlage und Windschutzpflanzung gestellt haben.



Damit wir keine Differenzen in unseren Anschauungen bekommen, bestätigen Sie mir bitte, daß Sie von mir keinen Auftrag haben und daß Ihnen mein Hinweis bekannt ist, wonach ich Herrn Doktor H. [REDACTED] die Handlungsbefugnis abgetreten habe und nur unverbindliche Vorverhandlungen führe. Sollte Herr K. [REDACTED] genügend Mittel und Interesse haben, so wollen wir, damit erklärten Sie sich einverstanden, zu Herrn Dr. H. [REDACTED] fahren, um dort ein Kaufangebot zu formulieren. ..."

Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 22. Februar 1960:

"Ich bestätige mit bestem Dank den Eingang Ihres Schreibens vom 17. d. M.. Nachstehend gebe ich Ihnen wunschgemäß gern die Erklärung ab, daß Sie mir keinen Auftrag zum Verkauf Ihres Gutes gegeben haben, sondern daß ich mich vielmehr persönlich an Sie wandte mit der Bitte, Ihnen auch geeignete Interessenten zum Ankauf Ihres Objektes zuführen zu dürfen. Es ist mir auch bestens bekannt, daß Herr Dr. H. [REDACTED] in H. [REDACTED] Ihre Handlungsbefugnis hat, und diese Tatsache habe ich auch immer voll und ganz respektiert. ..."

Am 25. Februar 1960 kam es dann auf dem Gut des Beklagten zu Verhandlungen über den Ankauf des Gutes, wobei Peter E. [REDACTED] als Makler des K. [REDACTED] auftrat und der Beklagte auf Vorschlag des Klägers es diesem überließ, für ihn, den Beklagten, zu verhandeln. Während einer Verhandlungspause trat der Kläger an den Beklagten mit dem Wunsch heran, ihm eine Provision in Höhe von 50 000 DM zu zahlen. Ob der Beklagte eine Provision zusagte, ist unter den Parteien streitig. Nach Wiederaufnahme der Verhandlungen forderte der Kläger 3,6 Millionen DM, während der Kaufinteressent 3,5 Millionen DM anbot. An diesem Tage endeten die

Kaufverhandlungen mit der unverbindlichen Festsetzung des Kaufpreises auf 3,55 Millionen DM. In einem an den Kläger gerichteten Schreiben vom selben Tage schilderte der Beklagte den Verlauf der Verhandlungen, wie er sie verstanden habe. Er betonte, daß alle Erklärungen unverbindlich seien und daß verbindliche Verhandlungen erst nach Rücksprache mit Dr. H. [REDACTED] in H. [REDACTED] erfolgen sollten. An den weiteren Verhandlungen nahm der Kläger auf Verlangen des Beklagten nicht mehr teil. Am 14. Mai 1960 machte K. [REDACTED] dem Beklagten ein notarielles Kaufangebot zum Preise von 4 Millionen DM, der sich, falls K. [REDACTED] bei der Veräußerung seines eigenen Gutes nur 6 DM je qm erzielen konnte, auf 3,55 Millionen DM ermäßigen sollte. In der Folgezeit verhandelte der Beklagte mit dem Kläger über den Ankauf eines Ersatzgutes. Der Kläger versuchte am 5. Dezember 1960 den Beklagten dazu zu bewegen, eine Provisionsvereinbarung in Höhe von 50 000 DM als Verkäuferprovision zu unterschreiben, ein Ansinnen, das der Beklagte jedoch zurückwies. Am 14. Dezember 1960 übersandte der landwirtschaftliche Sachverständige Freiherr von L. [REDACTED] dem Bruder des Klägers Peter E. [REDACTED] eine von ihm vorgenommene Schätzung des Gutes des Beklagten. Das Schreiben enthielt folgenden Zusatz:

"Herr S. [REDACTED] hat mir noch einmal über die Wünsche Ihres Bruders gesprochen... Da ich bei den ganzen Vorbesprechungen nicht zugegen gewesen bin, konnte ich seinerzeit in G. [REDACTED] nichts zu diesem Gespräch sagen und habe es auch vermieden, mich irgendwie zu äußern. Leider ist Herr Dr. H. [REDACTED] wegen Herzinfarktes noch sehr schwer erkrankt und liegt immer noch im Sanatorium. Ich habe aber mit Herrn S. [REDACTED] ernsthaft gesprochen und er hat mir gesagt, daß ich Ihnen und Ihrem Bruder mündlich sagen könnte, er werde den

Wünschen Ihres Bruders bei Zustandekommen der ganzen Angelegenheit in angemessener Form Rechnung tragen, obwohl er sich noch nicht davon überzeugt habe, daß er rechtlich dazu verpflichtet sei. Ich glaube also, daß Ihr Bruder mit einer ansprechenden Honorierung rechnen kann."

Erst am 28. Februar 1961 kam es zur notariellen Beurkundung eines Kaufvertrages. Als Käufer traten die Brüder Hans, Josef und Barthel K [REDACTED] auf. Der Kaufpreis betrug insgesamt 3,950 Millionen DM. Der Bruder des Klägers erhielt von Hans K [REDACTED] eine Provision in Höhe von 85 000 DM, an der er den Kläger mit 30 000 DM sowie einen anderen Vermittler beteiligte.

Der Kläger hat seinen angeblichen Provisionsanspruch von 50 000 DM an die Klägerin zu 1 abgetreten, sich später aber den letztangigen Teilbetrag von 40 000 DM wieder zurückabtreten lassen.

Mit der Klage verlangen die Klägerin zu 1 10 000 DM, der Kläger 40 000 DM nebst Zinsen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger ihre Klageansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der Kläger hatte zur Begründung seines Provisionsanspruches in erster Reihe vorgetragen, der Beklagte habe ihm am 25. Februar 1960 eine Provision in Höhe von 50 000 DM mündlich zugesagt. Das Berufungs-

gericht hat den für diese Behauptung dem Kläger obliegenden Nachweis nicht als geführt angesehen. Die Revision hat hiergegen keine Angriffe erhoben.

2. Hilfsweise hat der Kläger geltend gemacht, der Beklagte handele treuwidrig, wenn er die Zahlung einer Provision von 50 000 DM verweigere, weil er am 25. Februar 1960 in Kenntnis des Umstandes, daß der Kläger eine Provision von 50 000 DM erwarte, die Bemühungen des Klägers um eine Erhöhung des Kaufpreises über 3,5 Millionen DM hinaus geduldet habe. Da er den Kaufpreis um den Betrag der von ihm geforderten Provision hinaufgehandelt habe, gehe die Provision praktisch zu Lasten des Käufers, wie es der Beklagte immer gefordert habe.

Das Berufungsgericht erblickt in dem Verhalten des Beklagten, der trotz der erfolgreichen Bemühungen des Klägers, den Kaufpreis um 50 000 DM hinaufzuhandeln, die Zahlung einer Provision ablehnt, entgegen dem Standpunkt des Klägers keine Treuwidrigkeit. Es meint, wenn der Kläger auf seinen eigenen Vorschlag und mit Zustimmung des Beklagten es übernommen habe, bei den Verhandlungen für den Beklagten aufzutreten, habe er bemüht sein müssen, für den Beklagten möglichst günstig abzuschließen. Es sei daher kein besonderer Anlaß für den Beklagten gegeben gewesen, den Erfolg des Klägers durch Zahlung einer Provision zu honorieren. Es sei zudem nicht auszuschließen, daß der Kläger auch unabhängig von der Frage seines Honorars, das er sich vom Beklagten erhoffte, daran interessiert gewesen sei, einen Kaufvertrag zustande zu bringen. Insbesondere sei in Betracht zu ziehen, daß hier zwei Brüder als Makler in einer größeren

Sache gemeinschaftlich tätig geworden seien. Der Beklagte habe die Tätigkeit des Klägers nicht etwa in dem Bewußtsein ausgenutzt, daß dieser trotz seiner Bemühungen völlig leer ausgehe, wenn er nicht in den Genuß der Verkäuferprovision gelange. Der Beklagte habe vielmehr davon ausgehen können, daß der Kläger entsprechend den bisherigen Abmachungen eine Provision mit dem Käufer vereinbaren werde. Da dies kein ungewöhnlicher Weg für den Gütermakler des Verkäufers sei, habe der Beklagte damit rechnen dürfen, daß der Kläger eine Provision erhalte. Überdies habe der Beklagte angenommen und auch annehmen dürfen, daß der Kläger und der den Käufer vertretende Bruder des Klägers im Rahmen eines Gemeinschaftsgeschäftes tätig seien.

II. Die Revision greift diese Erwägungen des Berufungsgerichts an. Sie rügt, das Berufungsgericht habe die Vorgänge vom 25. Februar 1960 nicht erschöpfend gewürdigt. Es habe nicht genügend beachtet, daß der Beklagte dem Kläger die Verhandlungsführung auch dann noch überlassen habe, nachdem der Kläger seine Provisionsforderung in der Verhandlungspause ausdrücklich angemeldet hatte. Da er aber gewußt habe, daß der Kläger nur gegen Zahlung einer Provision tätig werden wolle, so sei es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts treuwidrig, wenn der Beklagte die Bemühungen des Klägers weiter geduldet und ausgenutzt habe, ohne ihm eine Provision auszuzahlen. Dadurch, daß der Kläger die Kaufpreissumme um genau die Spanne hinaufgehandelt habe, die er als Provision gefordert habe, seien alle bisherigen, eine Provision ablehnen-

den Äußerungen des Beklagten hinfällig geworden.

Die Rüge der Revision ist nicht begründet. Der Entscheidung des Berufungsgerichts ist im Ergebnis zu folgen.

Es entspricht zwar der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat, daß durch Duldung der Maklertätigkeit stillschweigend ein Maklervertrag zustande kommen kann (vgl. RGZ 95, 137, 140; LZ 1921, 615; BGH-Urt. v. 4. Juli 1953 = II ZR 154/52 = JR 1953, 424 und vom 12. Dezember 1957 = II ZR 244/56 = NJW 1958, 298). Es ist jedoch kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht im Hinblick auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles nicht zu der Annahme gelangt, der Beklagte habe dem Kläger stillschweigend einen mit einer Provisionsverpflichtung verbundenen Maklerauftrag erteilt. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Sachverhalt nicht ausreichend gewürdigt. Das Berufungsgericht hat nicht unbeachtet gelassen, daß der Kläger am 25. Februar 1960 eine Provisionsforderung in Höhe von 50 000 DM erhob, daß der Beklagte gleichwohl dem Kläger die Verhandlungen mit dem Makler des Vertragspartners überließ und daß die Verhandlungen auch zu einer Erhöhung des vorläufigen und unverbindlichen Kaufpreises gerade um 50 000 DM führten. Entgegen der Ansicht der Revision zwingen diese Umstände jedoch nicht dazu, das stillschweigende Zustandekommen eines Maklervertrages anzunehmen. Die Revision übersieht, daß der Kläger durch die vorangegangenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen des Beklagten und seines

Rechtsberaters Dr. H. [REDACTED] über den Standpunkt des Beklagten genau unterrichtet war. Dem Kläger war, wie sich insbesondere aus dem von dem Berufungsgericht in diesem Sinne gewürdigten Schriftwechsel ergibt, klar und deutlich erklärt worden, daß er nicht mit einer Verkäuferprovision rechnen könne und daß es seine Sache sei, mit dem Käufer eine Provision zu vereinbaren. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich kein Anhalt dafür, daß der Kläger zu der Annahme berechtigt war, der Beklagte habe seinen Standpunkt geändert. Die Behauptung des Klägers, der Beklagte sei in der Verhandlungspause vom 25. Februar 1960 auf seine Provisionsforderung eingegangen, ist, wie die Revision nicht verkennt, unbewiesen geblieben. Es kann dahinstehen, ob nicht schon diese Sachlage allein die Entscheidung des Berufungsgerichts hätte rechtfertigen können. Auf alle Fälle aber ist es dem Kläger deshalb versagt, sich auf die stillschweigende Erteilung eines Maklerauftrages zu berufen, weil der Beklagte nach den übrigen Umständen des Falles annehmen durfte, der Kläger handle zusammen mit seinem Bruder im Rahmen eines Gemeinschaftsgeschäftes, so daß ihm ein Teil der Käuferprovision gesichert sei. Auch diese Sachlage schließt, wie der Revision zuzugeben ist, eine dahingehende rechtliche Würdigung nicht aus, daß vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien entstanden sein mögen. Diese Vertragsbeziehungen haben aber allenfalls den Inhalt gehabt, daß der Beklagte es ohne irgendeine eigene Verpflichtung dem Kläger überließ, dafür zu sorgen, wie er zu seiner Provision kam, ihm also lediglich die Chance

gab, eine Provision bei dem Käufer zu verdienen. Darin mag ein auftragsähnlicher Vertrag eigener Art zu erblicken sein. Ein auf die Zahlung einer Provision gerichteter Maklervertrag ist jedoch darin nicht enthalten (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des erkennenden Senats vom 24. Mai 1967 - VIII ZR 40/65 -).

III. Auch das Schreiben des Freiherrn von I [REDACTED] vom 14. Dezember 1960, das die Revision zur Stützung ihrer Ansicht heranzieht, gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß die erörterten Umstände anders gelegen hätten, als sie das Berufungsgericht festgestellt hat. Daß der Beklagte sich gegenüber dem Freiherrn von I [REDACTED] rechtsverbindlich zur Zahlung einer Provision an den Kläger verpflichtet hätte, hat die Revision selbst nicht geltend gemacht.

IV. Nach alledem hat das Berufungsgericht die Klage mit Recht abgewiesen. Die Revision der Kläger war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Mezger

Dr. Messner Dr. Weber