
Datum: 28.02.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 111/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0228.24U111.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 85 O 148/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 7.6.2011 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung aus diesem Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte, die die Immobilie H Allee 125-127 in C gekauft hat, in Bezug auf diesen Kauf einen Anspruch auf Maklerprovision geltend.

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Köln vom 7.6.2011 Bezug genommen. Das Landgericht hat der Klage

1

2

3

4

stattgegeben. Gegen das den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 8.6.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am 7.7.2011 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 8.8.2011 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Die Berufung wiederholt die Behauptung, dass die Klägerin von dem B als Verkäufer des Objekts nicht mit der Vermakelung des Objekts beauftragt gewesen sei und trägt hierzu weiter vor. Ferner vertieft sie den erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten dazu, dass zwischen der Klägerin und der Firma J eine Provision in Höhe von 1 % des Kaufpreises vereinbart worden sei. Hierzu trägt sie nunmehr Folgendes vor: Die Firma J biete spanischen Investoren Unterstützung bei dem Erwerb deutscher Immobilien an und beauftrage in diesem Zusammenhang regelmäßig die Firma A mit der Erstellung von Due-Diligence-Prüfungen. Herr Dr. A sei "faktischer Generalbevollmächtigter und Entscheidungsträger" dieser Firma, deren Geschäftsführerin seine Ehefrau sei. Zudem sei Herr Dr. A zu 25 % an der Klägerin beteiligt und im selben Objekt geschäftsansässig wie die Klägerin. Herr Dr. A habe Herrn X, der für die Firma J arbeite, nicht das von der Klägerin erstellte Exposé nebst Provisionsforderung über das Objekt übergeben, sondern nur ein Blatt Papier mit einem Foto des Objekts und einer inhaltlich falschen Mieterliste und einem falschen Kaufpreis. Herr X habe daraufhin Herrn Dr. A mitgeteilt, dass die Firma J Objekte nur unter der Voraussetzung übernehme, dass höchstens eine Käuferprovision in Höhe von 1 % zu zahlen sei; damit habe sich Herr Dr. A einverstanden erklärt und zugleich erklärt, auch für die Klägerin sprechen zu können, da er an dieser zu 25 % beteiligt sei. Hierdurch sei zwischen der Klägerin und der Firma J eine bindende Vereinbarung zustande gekommen, nach der die Klägerin nur eine Provision in Höhe von 1 % des Kaufpreises verlangen könne. Zwischen der Beklagten und der Klägerin sei ein Maklervertrag nicht zustande gekommen. Die Beklagte müsse sich auch nicht etwaiges Wissen der Firma J oder des Herrn X zurechnen lassen. Weder die Firma A noch die Firma J noch Herr X sei von der Beklagten zu deren Vertretung oder zur Führung von Verhandlungen bevollmächtigt worden. Die Maklerklausel im notariell beurkundeten Kaufvertrag sei auf Betreiben von Herrn Dr. A so aufgenommen worden. Mehr als 1 % Provision habe die Klägerin auch nicht verdient, da sie lediglich das Objekt selbst im Internet entdeckt und über Herrn Dr. A der Firma J den Verkäufer namhaft gemacht habe. Auch eine Provision in Höhe von 1 % sei aber mangels ordnungsgemäßer Rechnungsstellung hierüber noch nicht fällig. Das Landgericht habe kein Urteil verkünden dürfen, ohne die Beklagte zuvor darauf hinzuweisen, dass nicht ein Beweisbeschluss, sondern möglicherweise auch ein Urteil erlassen werde, und der Beklagten hierzu Vortrag zu ermöglichen, ohne der Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme zum neuen Tatsachenvortrag der Klägerin in deren Schriftsatz vom 5.5.2011 zu geben und ohne Beweis zu erheben über die streitigen, in der Entscheidung aber als unstreitig zugrunde gelegten Tatsachen, dass die Klägerin vom B nicht beauftragt gewesen sei, das Objekt zu vermarkten, dass weder Herr X noch der Geschäftsführer der Beklagten das Exposé und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin erhalten habe, dass die Beklagte nicht durch die Firma J oder Herrn X vertreten worden sei und diese auch nicht bevollmächtigt habe und dass die Firma J für die Beklagte keine Vertragsverhandlungen mit dem B geführt habe.

Die Beklagte beantragt, 6

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Köln vom 7.6.2011 die Klage abzuweisen. 7

Die Klägerin beantragt, 8

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie rügt den neuen Tatsachenvortrag der Beklagten in zweiter Instanz, wonach Herr Dr. A nicht das Exposé der Klägerin nebst Provisionsforderung, sondern nur ein anderes Schriftstück erhalten habe, als verspätet. Zudem trägt sie näher zur Beauftragung der Klägerin durch den B mit der Vermakelung des streitgegenständlichen Objekts vor, meint aber auch, dass die Frage einer derartigen Beauftragung für den Erfolg der Klage ohnehin irrelevant sei. Im Übrigen habe die Beklagte ihre Verpflichtung zur Provisionszahlung an die Klägerin dem Grunde nach in erster Instanz nie bestritten und schulde die geltend gemachte Provision der Höhe nach bereits aufgrund gesetzlicher Bestimmungen.

Wegen weiterer Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringen wird auf den Inhalt der Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist unbegründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Maklerprovision.

1.

Es kann nicht festgestellt werden, dass zwischen den Parteien ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Die hierfür erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien liegen schon nach dem eigenen Sachvortrag der Klägerin nicht vor, auch nicht nach dem Inhalt des in der Klageschrift in Bezug genommenen Anwaltschreibens vom 1.10.2010 (Anlage K 3).

a)

Ein Antrag zum Abschluss eines Maklervertrags kann nicht schon in dem Exposé der Klägerin als solchem gesehen werden. Denn das Exposé lässt nicht erkennen, dass es an einen bestimmten Adressaten gerichtet ist. Ein Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags ist indes eine Willenserklärung, die einem Dritten gegenüber abzugeben ist; er muss erkennen lassen, wem der Abschluss des Vertrags angetragen wird. Dies ist gegenüber einem unbestimmten Personenkreis grundsätzlich nicht möglich. Ein Ausnahmefall – wie bei der Auslobung gemäß § 657 BGB – liegt hier nicht vor. Die Herausgabe eines Exposés, das – wie hier – ein konkretes Provisionsverlangen enthält, an einen unbestimmten Adressatenkreis stellt sich daher ähnlich einer Zeitungsanzeige oder der Veröffentlichung im Internet rechtlich als Aufforderung zur Abgabe eines Antrags (invitatio ad offerendum) dar.

b)

Wann und wie sie einen an die Beklagte gerichteten Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags abgegeben habe, hat die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin das Exposé an Herrn Dr. A übergeben und dieser es an Herrn X weitergegeben hat. Dass die Klägerin bei der Übergabe des Exposés geäußert habe, dieses sei für die Beklagte bestimmt, behauptet sie selbst nicht. Sie hat vielmehr in der mündlichen Verhandlung vom 12.1.2012 vorgetragen, sie habe die Vorstellung gehabt, ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags gegenüber Herrn X abzugeben; zum Zeitpunkt der Übergabe des Exposés an Herrn Dr. A und dem der Weitergabe an Herrn X habe die Beklagte noch nicht existiert.

c)	21
Dargelegt ist auch nicht, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin einen Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags erklärt hat. Zwar gibt einen solchen Antrag durch schlüssiges Verhalten auch derjenige ab, der in Kenntnis eines eindeutigen Provisionsverlangens des Maklers dessen Dienste in Anspruch nimmt. Dass die Beklagte bzw. ihr damaliger Geschäftsführer dies selbst getan habe, ist nicht vorgetragen. Die Klägerin behauptet auch nicht, dass die Firma J ihr gegenüber im Namen der Beklagten aufgetreten sei. Auch wenn die Beklagte – wie das Landgericht festgestellt hat – bei den Vertragsverhandlungen durch die Firma J und diese durch Herrn X vertreten wurde, während die Firma A von der Firma J mit der Betreuung des Vorhabens bis zum Ankauf des Objekts beauftragt war, kann dies die Erforderlichkeit einer im Namen der Beklagten abgegebenen Willenserklärung nicht ersetzen. Im Übrigen dürfte davon auszugehen sein, dass sich die Verhandlungsvollmacht auf die Kaufvertragsverhandlungen bezog. Damit erstreckt sie sich nicht ohne Weiteres auch auf den Abschluss eines Maklervertrags.	22
d)	23
Nicht dargelegt ist ferner, dass die Klägerin einen etwaigen Antrag der Beklagten zum Abschluss eines Maklervertrags angenommen habe, was konkludent durch Erbringung der erbetenen Maklerleistungen geschehen sein könnte. Dafür reicht indes das Ausnutzen bereits zuvor von dem Makler erteilter Informationen nicht aus. Ist die Vertragsgelegenheit bereits bekannt, so ist vielmehr erforderlich, dass weitere Maklerleistungen in Anspruch genommen und erbracht werden, die für den Vertragsschluss von wesentlicher Bedeutung sind. Hierzu ist indes nichts vorgetragen.	24
2.	25
Ein Anspruch auf Zahlung von Maklerprovision ergibt sich auch nicht aus Ziff. VII. des zwischen dem B und der Beklagten zustande gekommenen notariellen Kaufvertrags vom 28.7.2010. Es handelt sich insoweit nicht um einen Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB, der einen unmittelbaren Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte begründet. Die Klausel lautet:	26
"Maklerprovision	27
Die Beteiligten erklären, dass dieser Vertrag durch Nachweis bzw. Vermittlung der S Immobiliengesellschaft mbH, F Str. 161, L, zustande gekommen ist.	28
Die Maklerfirma ist nach dem gesondert geschlossenen Maklervertrag berechtigt, vom Käufer eine Maklerprovision in Höhe von 1 % netto des Kaufpreises zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer von 19 % zu fordern.	29
Der Verkäufer erklärt, dass er keine Provisionsverpflichtung gegenüber der Maklerfirma hat."	30
Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen werden in der Rechtsprechung je nach den konkreten Gegebenheiten als Verträge zu Gunsten Dritter angesehen. Das gilt allerdings überwiegend für Fälle, in denen der Kaufvertrag ausdrücklich bestimmt, dass der Makler „einen unmittelbaren Anspruch“ (BGH NJW-RR 1991, 820; NJW 1998, 1552) bzw. „einen selbständig begründeten Anspruch“ auf die Provision hat (BGH NJW 1996, 654, 655), dass er „einen eigenen Zahlungsanspruch“ gegen den Käufer erlangen (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106, 107) oder „das unmittelbare Recht erwerben“ soll, die Maklerprovision vom Käufer	31

zu verlangen (OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081). Eine vergleichbare Formulierung haben die Parteien des Kaufvertrags vom 28.7.2010 für die Maklerklausel nicht gewählt. Allein die Tatsache, dass der Makler Zahlungsempfänger sein soll, reicht auch noch nicht aus, um in dessen Person eine eigenes Forderungsrecht zu begründen (OLG Hamm NJW-RR 1996, 627, 628).

Dass der Kaufvertrag vom 28.7.2010 weder den Hinweis auf einen „unmittelbaren“ oder „eigenen“ Anspruch des Maklers noch eine ähnliche Formulierung enthält, steht einer Auslegung der Maklerklausel als eines Vertrags zu Gunsten Dritter aber nicht zwingend entgegen. 32

So stellt etwa eine weitere Vertragsregelung des Inhalts, dass der Makler eine Abschrift des Vertrags erhalten soll, einen entscheidenden Anhaltspunkt dafür dar, dass die Vertragsbeteiligten dem Makler ein eigenständiges, von dem Willen des Verkäufers unabhängiges Forderungsrecht zukommen lassen wollen (OLG Hamm a.a.O.). Das Fehlen einer derartigen vertraglichen Regelung besagt andererseits jedoch noch keineswegs, dass der Makler keinen eigenen Anspruch gegen den Käufer erhalten soll. Die vereinbarte Überlassung einer Vertragsabschrift ist - auch nach der angeführten Entscheidung des OLG Hamm - nur ein Indiz für einen Vertrag zu Gunsten Dritter, ohne dass das Fehlen einer entsprechenden Regelung den Umkehrschluss zuließe. 33

Nach § 328 Abs. 2 BGB ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben soll. Nach dieser Auslegungsregel kommt es für die rechtliche Einordnung maßgebend auf den Zweck des Vertrages an. Dabei liegt die Annahme, dass der Dritte einen selbständigen Anspruch erwerben soll, insbesondere dann nahe, wenn der Versprechensempfänger die Leistung lediglich im Interesse des Dritten vereinbart hat (BGH NJW 1991, 2209). 34

Im vorliegenden Fall spricht schon der Wortlaut der Maklerklausel dafür, dass diese eine lediglich klarstellende Bedeutung im Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien haben sollte. Da es in der Klausel nicht heißt, der Käufer verpflichte sich zur Zahlung, sondern nur die Feststellung, die Maklerfirma sei berechtigt, vom Käufer eine Maklerprovision zu fordern, kann die Klausel nicht einmal eindeutig dahin verstanden werden, dass die Klägerin dem Verkäufer gegenüber ein Leistungsversprechen abgegeben hat, geschweige denn, dass angenommen werden könnte, dass die Beklagte ein solches Leistungsversprechen im Interesse der Klägerin abgegeben hat. 35

Es handelt sich allerdings nicht um die Abwälzung einer Verkäuferprovision auf den Käufer; vielmehr enthält die Maklerklausel die Erklärung des Verkäufers, dass er keine Provisionsverpflichtung gegenüber der Maklerfirma habe. 36

Das reicht aber nicht aus für die Annahme, dass die Maklerklausel die Regelung des Rechtsverhältnisses unmittelbar zwischen Maklerfirma und Käufer bezweckt. Zweifel hieran begründet auch die Bezugnahme auf einen „gesondert geschlossenen Maklervertrag“. Diese Formulierung schließt es aus, lässt es zumindest – auch aus der Sicht der Maklerfirma – als fernliegend erscheinen, dass durch die Klausel ein unmittelbarer Anspruch der Maklerfirma gegen den Käufer begründet werden sollte. 37

Vielmehr sollte im Zweifel lediglich festgestellt werden, dass die Vertragschließenden davon ausgingen, dass sich aus dem gesondert geschlossenen Maklervertrag eine Berechtigung der Klägerin ergebe. Erst recht kann nicht angenommen werden, dass ein unmittelbarer 38

Anspruch der Klägerin auch für den Fall begründet werden sollte, dass es den ausdrücklich erwähnten gesondert geschlossenen Maklervertrag gar nicht gab. So liegt der Fall aber hier. Die Klägerin behauptet selbst nicht, dass zwischen den Parteien ein Maklervertrag geschlossen worden sei, in dem eine Maklerprovision von 1 % zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer von 19 % vereinbart wurde, sondern bestreitet eine derartige Provisionsvereinbarung der Parteien. Überhaupt hat die Klägerin das Zustandekommen eines Maklervertrages zwischen den Parteien nicht einmal ansatzweise schlüssig dargelegt. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Auch nach dem Sachvortrag der Beklagten liegt ein Maklervertrag zwischen den Parteien nicht vor. Dagegen räumt die Beklagte ein, dass zwischen der Firma J und ihr ein Maklervertrag geschlossen worden war, in dem eine Provision von 1 % vereinbart ist.

Auch war die Klägerin nicht selbst an der Beurkundung des Kaufvertrags beteiligt, wodurch sie ihr Interesse an der Erlangung eines unmittelbaren Anspruchs deutlich gemacht haben könnte. Bei der Beurkundung des Kaufvertrags war weder ein Vertreter der Klägerin noch ein Vertreter der Beklagten anwesend. Herr X, Geschäftsführer der Firma J, trat lediglich als vollmachtloser Vertreter der Beklagten auf. Die Klägerin macht ausdrücklich geltend, ihr sei die Absicht, eine Klausel mit dem in Ziffer VII. des Kaufvertrags geregelten Inhalt im Vorfeld des Beurkundungstermins nicht bekannt gewesen. Daher ist auszuschließen, dass sie selbst die Aufnahme der Klausel in den Vertrag veranlasst hat. 39

Zusammenfassend ist festzustellen, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass mit der Maklerklausel bezweckt war, der Klägerin einen unmittelbaren Anspruch gegen die Beklagte zuzuwenden. 40

3. 41

Die in dem notariellen Kaufvertrag enthaltene Maklerklausel führt auch nicht dazu, dass die Klägerin der Darlegung des Zustandekommens eines Maklervertrages enthoben ist. Ob sie eine Beweislastumkehr zur Folge hat oder ihr allenfalls indizielle Wirkung beizumessen ist, kann offen bleiben. Auch bei Annahme einer Beweislastumkehr müsste die Klägerin das Zustandekommen eines Maklervertrages zunächst schlüssig darlegen. Erst wenn sie diesem Erfordernis genügt hat, kommt es im Bestreitensfall auf die Beweislast an. Selbst wenn man annehmen wollte, die Maklerklausel führe nicht nur zu einer Umkehr der Beweislast, sondern auch zu einer Umkehr der Darlegungslast, würde dies nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Denn die Beklagte hätte ihrer Darlegungslast mit dem Vorbringen, zwischen den Parteien sei kein Maklervertrag geschlossen worden, genügt, und es wäre Sache der Klägerin, das Vorbringen der Beklagten substantiiert zu bestreiten. Dazu wäre wiederum erforderlich, die Tatsachen darzulegen, aus denen sich das Zustandekommen eines Maklervertrages ergibt. 42

4. 43

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht bedarf (§ 543 Abs. 2 ZPO). 45

Streitwert für das Berufungsverfahren: 203.490,-- € 46
