



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 30/15

Verkündet am:
7. Juli 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 652; BGB aF § 312b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 4, § 312d Abs. 1 Satz 1, § 312e Abs. 2, § 355 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 4; EGBGB Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3; Richtlinie 97/7/EG Art. 2 Nr. 1, Art. 3 Abs. 1; Richtlinie 2011/83/EU Erwägungsgrund 26, Art. 2 Nr. 6, Art. 3 Abs. 3 Buchst. e und f

- a) Übermittelt der Immobilienmakler einem Kaufinteressenten ein Exposé, das ein eindeutiges Provisionsverlangen enthält, liegt darin ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags. Dieses Angebot nimmt der Kaufinteressent bereits an, wenn er den Makler um die Vereinbarung eines Besichtigungstermins bittet. Der Vertragsschluss erfolgt in einem derartigen Fall nicht erst, wenn der Kaufinteressent den Besichtigungstermin mit dem Makler wahrnimmt.
- b) Ist die Übersendung des Exposés per E-Mail erfolgt und hat der Kaufinteressent den Besichtigungstermin fernmündlich vereinbart, ist der Maklervertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen. Für auf diese Weise zustande gekommene Maklerverträge bestand nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB aF ein Widerrufsrecht nach den Regelungen des Fernabsatzrechts, wenn der Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems abgeschlossen wurde.
- c) Ein Immobilienmakler nutzt ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- und Dienstleistungssystem, wenn er auf einem Onlinemarktplatz (hier: "ImmobilienScout24") von ihm vertriebene Immobilien bewirbt, den Kontakt zu seinen Kunden auf elektronischem oder telefonischem Weg herstellt und der Vertrag in dieser Weise zustande kommt. Es kommt nicht darauf an, dass die Durchführung eines solchen Maklervertrags nicht auf elektronischem Wege erfolgt.
- d) Das Widerrufsrecht bei vor dem 13. Juni 2014 im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Maklerverträgen erlischt mit Ablauf des 27. Juni 2015, wenn der Makler den Verbraucher über das Widerrufsrecht nicht belehrt hat.
- e) Hat der Makler den Verbraucher nicht darauf hingewiesen, dass er nach einem erklärten Widerruf Wertersatz für bereits erbrachte Dienstleistungen zu leisten habe, steht ihm hierfür kein Wertersatzanspruch gemäß § 312e Abs. 2 BGB aF zu.

BGH, Urteil vom 7. Juli 2016 - I ZR 30/15 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 22. Januar 2015 aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 30. Mai 2014 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Maklerprovision aus abgetretenem Recht in Anspruch.
- 2 Die Zedentin ist Immobilienmaklerin. Sie warb im Auftrag der Grundstückseigentümerin auf dem Internetportal "ImmobilienScout24" für den Verkauf

eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks. In der Anzeige hieß es unter der Überschrift "Maklercourtage":

Unsere Courtage beträgt 6,25% des Kaufpreises inkl. gesetzlicher Mehrwertsteuer. Die Courtage ist vom Käufer zu zahlen und mit Vertragsabschluss in der genannten Höhe von uns verdient und bei Beurkundung fällig.

3 Unter der nachfolgenden Rubrik "Weitere Daten" war angegeben:

Provision: Es wird keine Käufer-Maklerprovision verlangt.

4 Der Beklagte meldete sich am 7. März 2013 über das Kontaktformular des Internetportals per E-Mail bei der Zedentin und bat um weitere Informationen. Diese übersandte dem Beklagten am 20. März 2013 per E-Mail ein Exposé als PDF-Datei, das einen Hinweis auf eine vom Käufer zu zahlende Courtage von 6,25% enthielt. Eine Belehrung über ein Widerrufsrecht enthielten weder die Internetanzeige noch das Exposé.

5 Der Beklagte bestätigte telefonisch den Eingang des Exposés und bat um einen Besichtigungstermin. Er besichtigte das Hausgrundstück am 21. und 22. März 2013 mit der Zedentin und erwarb es mit notariellem Kaufvertrag vom 19. April 2013 zum Preis von 240.000 €. Die Provisionsrechnung der Zedentin vom 19. April 2013 in Höhe von 15.000 € bezahlte er nicht. Der Beklagte widersprach während des Rechtsstreits am 6. März 2014 den Maklervertrag.

6 Die Klägerin hat - soweit von Interesse - den Beklagten auf Zahlung der Provision und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, jeweils nebst Zinsen, in Anspruch genommen.

7 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Itzehoe, Urteil vom 30. Mai 2014 - 6 O 379/13, juris). Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen (OLG Schleswig, ZMR 2016, 412).

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe aus abgetretenem Recht der Zedentin ein Anspruch auf Zahlung einer Maklerprovision gemäß § 652 Abs. 1 BGB zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

10 Zwischen dem Beklagten und der Zedentin sei ein Maklervertrag durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen. Die Zedentin habe dem Beklagten die Gelegenheit zum Abschluss des Kaufvertrags nachgewiesen und zwischen den Kaufvertragsparteien vermittelt. Der Provisionsanspruch sei nicht durch den vom Beklagten erklärten Widerruf erloschen. Auf den vorliegenden Vertrag fänden die Regelungen des Widerrufs im Falle von Fernabsatzverträgen keine Anwendung.

11 II. Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. Die Zedentin und der Beklagte haben zwar einen Maklervertrag abgeschlossen (dazu II 1). Die Zedentin hat zudem eine provisionsauslösende Tätigkeit erbracht und damit grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung der beanspruchten Provision erworben (dazu II 2). Der Beklagte hat den Maklervertrag jedoch wirksam widerrufen und ist deshalb zur Provisionszahlung nicht verpflichtet (dazu II 3). Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (dazu II 4).

12 1. Im Ergebnis zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen,
13 dass zwischen dem Beklagten und der Zedentin im März 2013 ein Maklerver-
14 trag zustande gekommen ist.

13 a) Eine ausdrückliche Vereinbarung darüber, dass die Zedentin für den
14 Beklagten als Maklerin tätig wird und der Beklagte ihr hierfür eine Provision zu
15 zahlen hat, ist allerdings nicht getroffen worden.

14 b) Der Beklagte und die Zedentin haben jedoch durch konkludentes Ver-
halten einen Maklervertrag geschlossen.

15 aa) Die Zedentin hat dem Beklagten den Abschluss eines Maklervertrags
nicht bereits in ihrer Internetanzeige angetragen. Ein Angebot auf Abschluss
eines Maklervertrags ist grundsätzlich noch nicht in einer Zeitungs- oder Inter-
netanzeige des Maklers zu sehen. Ein Vertragsschluss kommt deshalb regel-
mäßig noch nicht dadurch zustande, dass ein Makler mit Zeitungs- oder Inter-
netanzeigen werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt und sich der Interessent
daraufhin von sich aus an ihn wendet. Es handelt sich bei solchen Inseraten
lediglich um eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (sogenannte invita-
tio ad offerendum), mit der sich der Makler an einen unbestimmten Kreis von
potentiellen Interessenten wendet (BGH, Urteil vom 3. Mai 2012 - III ZR 62/11,
NJW 2012, 2268 Rn. 11 mwN).

16 bb) In der mit seiner E-Mail vom 7. März 2013 geäußerten Bitte des Be-
klagten, ihm weitere Informationen zu dem von der Zedentin beworbenen Ob-
jekt zukommen zu lassen, liegt ebenfalls kein schlüssiger Antrag auf Abschluss
eines Maklervertrags.

17 (1) Eine Provisionsabrede nach § 652 BGB kann stillschweigend durch
schlüssiges Verhalten getroffen werden. Hieran sind nach der ständigen Recht-
sprechung des Bundesgerichtshofs allerdings strenge Anforderungen zu stel-

len. So ist in der Entgegennahme von Maklerdiensten nicht in jedem Falle und nicht ohne Weiteres der Abschluss eines Maklervertrags zu erblicken (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006 - III ZR 57/06, NJW-RR 2007, 400 Rn. 12; BGH, NJW 2012, 2268 Rn. 10; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 - I ZR 172/14, NJW 2016, 2317 Rn. 13). Der Makler muss eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er Makler des Käufers sein will, um auszuschließen, dass der Kaufinteressent ihn für den Makler des Verkäufers halten könnte. Das geeignete Mittel hierzu ist ein ausdrückliches Provisionsverlangen (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1998 - III ZR 174/97, NJW-RR 1999, 361, 362; BGH, NJW 2012, 2268 Rn. 10; BGH, NJW 2016, 2317 Rn. 13). Weist der Makler in einem Zeitungs- oder Internetinserat eindeutig auf die fällig werdende Maklerprovision hin, so dass der Interessent von einer eigenen Provisionspflicht ausgehen muss, kann der Makler bei der Bezugnahme des Interessenten auf diese Anzeige von einem Angebot auf Abschluss eines solchen Maklervertrags ausgehen (BGH, NJW 2012, 2268 Rn. 10 f. mwN).

18 (2) Im Streitfall konnte der Beklagte aus der Internetanzeige der Zedentin kein eindeutiges Provisionsverlangen entnehmen. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass das Inserat in sich widersprüchlich war, weil dort zum einen angegeben war, dass keine Maklerprovision für den Käufer anfalle, zum anderen jedoch darauf hingewiesen wurde, dass der Käufer eine Courtage von 6,25% zu zahlen habe. In der Bezugnahme des Beklagten auf die Internetanzeige der Zedentin liegt demnach kein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags.

19 cc) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Zedentin dem Beklagten mit der Übersendung des Exposés per E-Mail am 20. März 2013 ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags gemacht hat. In diesem

Exposé heißt es unmissverständlich, dass der Käufer die Courtage zu zahlen hat.

20 dd) Dieses Angebot hat der Beklagte dadurch angenommen, dass er in Kenntnis des in dem Exposé enthaltenen eindeutigen Provisionsverlangens fermündlich um die Vereinbarung eines Besichtigungstermins gebeten hat.

21 (1) Das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang angenommen, es komme in Betracht, dass der Beklagte durch die Bestätigung des Erhalts des Exposés und die Bitte um einen Besichtigungstermin das Vertragsangebot der Zedentin angenommen habe. Ob allein die Bitte um einen Besichtigungstermin als konkludente Vertragsannahme ausreiche, erscheine zweifelhaft. Eine Inanspruchnahme von Maklerleistungen sei letztlich erst bei Durchführung der Besichtigung auf Veranlassung und in Anwesenheit des Maklers erfolgt. Die Provisionsvereinbarung sei daher erst im Zuge der persönlichen Begegnung der Vertragsparteien bei der Besichtigung geschlossen worden. Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden.

22 (2) Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens, beispielsweise in einem ihm übersandten Objektnachweis oder Exposé, die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags annehmen will (st. Rspr.; vgl. nur BGH, NJW 2012, 2268 Rn. 10, mwN; NJW 2016, 2317 Rn. 13). Um die daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu vermeiden, muss er vor der Inanspruchnahme der Maklerdienste deutlich machen, eine solche Willenserklärung nicht abgeben zu wollen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 1995 - IV ZR 163/94, NJW-RR 1996, 114, 115).

23 (3) Im Streitfall hat die Zedentin dem Beklagten mit der Übersendung des Exposés per E-Mail eine für ihn kostenpflichtige Leistung angeboten. Der Beklagte hat sie daraufhin telefonisch aufgefordert, einen Besichtigungstermin zu organisieren. Darin liegt die schlüssige Erklärung des Beklagten, die Maklerdienste der Zedentin zu den angebotenen Konditionen in Anspruch nehmen und das Vertragsangebot der Zedentin annehmen zu wollen. Der Beklagte hat mit der Bitte um die Vereinbarung eines Besichtigungstermins die Zedentin zur Benennung der Anschrift des Objekts aufgefordert. In der Preisgabe dieser Information liegt eine Maklerleistung, die der Beklagte entgegengenommen hat. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass der Maklervertrag erst dadurch zustande gekommen ist, dass der Beklagte den mit der Zedentin vereinbarten Besichtigungstermin wahrgenommen hat.

24 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Zedentin die den Provisionsanspruch auslösende Leistung erbracht hat, indem sie dem Beklagten die Verkäuferin benannt und ihm damit die Gelegenheit zum Abschluss des Kaufvertrags nachgewiesen hat. Zudem hat sie verschiedene Besichtigungstermine durchgeführt und zwischen den Kaufvertragsparteien wegen des Preises vermittelt. Die Zedentin hat damit die von ihr beanspruchte Provision in Höhe von brutto 6,25% vom Kaufpreis in Höhe von 240.000 € grundsätzlich verdient. Das Berufungsgericht hat den Provisionssatz als im Bereich von Hamburg üblich angesehen. Dagegen erhebt die Revision keine Einwendungen.

25 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Beklagte an den Maklervertrag nicht mehr gebunden, weil er ihn mit seiner Erklärung vom 6. März 2014 gemäß § 312b, § 312d Abs. 1 Satz 1, § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB aF wirksam widerrufen hat.

- 26 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, ein Widerrufsrecht des Beklagten habe nicht bestanden. Zwar stehe der Wirksamkeit des Widerrufs durch die im Prozess abgegebene Erklärung des Beklagten nicht entgegen, dass der Widerruf nicht gegenüber der Zedentin erfolgt sei. Die Zedentin müsse sich die Prozessklärung als ihr zugegangen zurechnen lassen. Daneben sei der Widerruf ihr gegenüber auch separat mit Schreiben vom 6. März 2014 wirksam erklärt worden. Ein Widerrufsrecht komme im Streitfall jedoch nicht in Betracht. Es fehle schon am Vorliegen eines Fernabsatzvertrags, weil die Provisionsvereinbarung erst anlässlich der Durchführung des Besichtigungstermins geschlossen worden sei. Anders als bei typischen Fernabsatzverträgen hätten der Beklagte und die Zedentin in persönlichen Treffen über die Höhe der Provision gesprochen. Im Übrigen unterfielen Grundstücksmaklerverträge grundsätzlich nicht den Regelungen über Fernabsatzverträgen. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.
- 27 b) Das Berufungsgericht hat im rechtlichen Ansatz zutreffend angenommen, dass sich im Streitfall die Beantwortung der Frage, ob zugunsten des Beklagten ein Widerrufsrecht bestand, gemäß Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB nach den §§ 312b bis 312e und § 355 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung richtet (im Folgenden: BGB aF), weil der Maklervertrag zwischen dem Beklagten und der Zedentin im März 2013 geschlossen worden ist.
- 28 c) Der Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch Schreiben vom 6. März 2014 gegenüber der Zedentin den Widerruf des Maklervertrags erklärt. Diese Widerrufserklärung ist wirksam. Zwar ist in § 355 BGB aF - anders als in der seit dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung dieser gesetzlichen Regelung - nicht ausdrücklich geregelt, dass der Widerruf gegenüber dem Unternehmer zu erfolgen hat. Dass die Widerrufserklärung als empfangsbedürftige Willenserklärung beim Unternehmer eingehen muss, war jedoch bereits bei der damaligen Rechtslage allgemeine Meinung (vgl. Staudin-

ger/Kaiser, BGB [2012], § 355 Rn. 39 mwN). Die Zedentin war deshalb die richtige Adressatin der Widerrufserklärung des Beklagten. Sie ist weiterhin seine Vertragspartnerin, auch wenn sie die Provisionsforderung an die Klägerin abgetreten hat. Die Klägerin als Zessionarin muss diesen Widerruf gemäß § 404 BGB gegen sich gelten lassen (Staudinger/Busche aaO § 404 Rn. 2). Auf die Frage, ob der Beklagte den Maklervertrag durch Erklärung gegenüber der Klägerin als Zessionarin widerrufen konnte, kommt es im Streitfall nicht an.

29 d) Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Beklagten stehe kein Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 355 BGB aF zu.

30 aa) Nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB aF steht einem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Nach § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB aF sind Fernabsatzverträge Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Finanzdienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Fernkommunikationsmittel sind nach § 312b Abs. 2 BGB aF Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediensdienste.

31 bb) Zutreffend und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Zedentin als Unternehmerin tätig war und dass der Beklagte mit ihr den Maklervertrag als Verbraucher (§ 13 BGB) abgeschlossen hat.

32 cc) Der Maklervertrag ist unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen worden. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Beklagte habe das ihm mit E-Mail vom 20. März 2013 übersandte, im Exposé der Zedentin enthaltene Vertragsangebot erst anlässlich des mit der Zedentin durchgeführten Besichtigungstermins angenommen. Der Beklagte hat das Vertragsangebot der Zedentin dadurch angenommen, dass er fernmündlich den Eingang des Exposés bestätigt und um die Durchführung eines Besichtigungstermins gebeten hat (dazu unter II 1 b dd (3) Rn. 23).

33 dd) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist nicht nur ein Maklerdienstvertrag, sondern auch ein Nachweis- oder Vermittlungsmaklervertrag ein Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung im Sinne von § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB aF.

34 (1) Die Frage, ob dem Maklerkunden ein Widerrufsrecht nach den Regelungen des Fernabsatzrechts zusteht, wenn wie im Streitfall ein Maklervertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne von § 312b Abs. 2 BGB aF abgeschlossen worden ist, ist streitig und bislang höchststrichterlich nicht entschieden (vgl. BVerfG, NJW 2013, 2881 Rn. 14).

35 Teilweise wird eine Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts wegen der fehlenden Dienstpflicht des Nachweismaklers und der Abhängigkeit seines Provisionsanspruchs vom Abschluss des Hauptvertrags verneint (vgl. LG Hamburg, ZMR 2014, 591; Staudinger/Reuter, BGB [2010], §§ 652, 653 Rn. 73 f.; BeckOK BGB/Kotzian-Marggraf, 40. Edition, Stand: 1. August 2016, § 652 Rn. 20; Dittert, jurisPR-MietR 19/2013 Anm. 5; Moraht, NZM 2001, 883).

36 Die überwiegende Meinung bejaht hingegen eine Einbeziehung von Maklerverträgen in den Anwendungsbereich des § 312b BGB aF aufgrund des weit gefassten Wortlauts der Norm und unter Verweis auf den weiten unionsrechtlichen Dienstleistungsbegriff (vgl. KG, Urteil vom 11. Dezember 2014

- 10 U 62/14, juris Rn. 21; OLG Düsseldorf, MMR 2015, 310 Rn. 49; OLG Jena, MMR 2015, 438 Rn. 34; LG Bochum, NJOZ 2012, 1982, 1984; LG Leipzig, NJW-RR 2015, 1329, 1330; BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, 31. Edition, Stand: 1. November 2011, § 312b Rn. 21; Erman/Saenger, BGB, 13. Aufl., § 312b Rn. 3; HK-BGB/Schulte-Nöltke, 7. Aufl., § 312b Rn. 5; MünchKomm.BGB/Roth, 6. Aufl., § 652 Rn. 44; MünchKomm.BGB/Wendehorst, 6. Aufl., § 312b Rn. 33; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 312b Rn. 10c; Staudinger/Thüsing, BGB [2012], § 312b Rn. 18; Micklitz/Schirnbacher in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 312b BGB Rn. 36; Martinek in Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Vertriebsrecht, 3. Aufl., § 9 Rn. 12; D. Fischer, Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl., S. 57 f.; ders., NJW 2013, 3410, 3411; Neises, NZM 2000, 889, 890; Mankowski, ZMR 2002, 317, 318; Lechner, NZM 2013, 751, 753; Grams, ZfIR 2014, 319, 320; Hogen-schurz, IMR 2014, 531). Diese Ansicht trifft zu.

37 (2) Für eine weite Auslegung des Begriffs der Dienstleistung spricht zunächst der Wortlaut der Norm. Fernabsatzverträge sind danach Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Finanzdienstleistungen. Der Wortlaut verlangt weder eine Qualifikation des Fernabsatzvertrags als Dienstvertrag im Sinne von § 611 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2015, 310 Rn. 50; aA LG Hamburg, ZMR 2014, 591) noch die eines gegenseitigen Vertrags (vgl. D. Fischer, NJW 2013, 3410, 3411; aA LG Hamburg, ZMR 2014, 591; Moraht, NZM 2001, 883, 884; BeckOK BGB/Kotzian-Marggraf, 40. Edition, Stand: 1. August 2016, § 652 Rn. 20).

38 (3) Die Entstehungsgeschichte der Norm weist ebenfalls auf die Einbeziehung von Maklerverträgen in den Anwendungsbereich des § 312b BGB aF hin. Die Regelung des § 312b BGB aF dient der Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19). Diese definiert in Art. 2 Nr. 1 den

Vertragsschluss im Fernabsatz als jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossenen, eine Ware oder Dienstleistung betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird. Nach Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie 97/7/EG ist Lieferer jede natürliche oder juristische Person, die beim Abschluss von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt. Diese Definitionen sind jeweils weit gefasst.

39 Zwar ist der Begriff der Dienstleistung in der Richtlinie 97/7/EG nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Unionsrecht nicht definiert, entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen (vgl. nur EuGH, Urteil vom 27. Januar 2000 - C-164/98, DIR International Film u. a./Kommission, Slg. 2000, I-447 Rn. 26; Urteil vom 10. März 2005 - C-336/03, Slg. 2005, I-1947 = NJW 2005, 3055 Rn. 21 - easyCar/OFT). Stehen diese Begriffe in einer Bestimmung, die eine Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz oder von unionsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften darstellt, so sind sie außerdem eng auszulegen (EuGH, NJW 2005, 3055 Rn. 21 - easyCar/OFT, mwN).

40 Wegen der unionsrechtlichen Herkunft des Begriffs der Dienstleistungen kann auf den unionsrechtlichen Dienstleistungsbegriff zurückgegriffen werden (vgl. MünchKomm.BGB/Roth, 6. Aufl., § 652 Rn. 44; Palandt/Grüneberg aaO § 312 b Rn. 10c; Neises, NZM 2000, 889, 890; Mankowski, ZMR 2002, 317, 318; D. Fischer, NJW 2013, 3410, 3411). Dieser hat seine Grundlage in Art. 57 AEUV (ex Art. 50 EGV). Danach sind Dienstleistungen im Sinne der Europäischen Verträge Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden,

soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 2006 - IX ZR 15/05, NJW 2006, 1806 Rn. 12; Kluth in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 57 AEUV Rn. 7; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. EL 2016, Art. 57 AEUV Rn. 34). Der Begriff der Dienstleistungen wird auch in anderen unionsrechtlichen Rechtsquellen und deren Umsetzungsakten ins nationale Recht weit verstanden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 - XI ZR 42/93, BGHZ 123, 380, 385 zu Art. 29 Abs. 1 EGBGB aF; Urteil vom 15. Januar 2015 - I ZR 88/14, NJW 2015, 2339 Rn. 11 zu Art. 5 Brüssel-I-VO). Im Kern geht es um Dienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, um Werk- und Werklieferungsverträge und Geschäftsbesorgungsverhältnisse. Gemeinsames Merkmal ist, dass eine entgeltliche, tätigkeitsbezogene Leistung an den Verbraucher erbracht wird (vgl. BGH, NJW 1994, 262, 263), insbesondere gewerblicher, kaufmännischer, handwerklicher oder freiberuflicher Art (vgl. BGH, NJW 2006, 1806 Rn. 12). Der Senat hat die Tätigkeit von Maklern als Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Brüssel-I-VO angesehen (NJW 2015, 2339 Rn. 11). Nichts anderes hat für die Auslegung des Begriffs der Dienstleistungen in § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB aF zu gelten, der der Umsetzung von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 97/7/EWG dient.

41 Für diese Sichtweise spricht zudem die die Richtlinie 97/7/EG ersetzende Richtlinie Nr. 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher vom 25. Oktober 2011, die mit Wirkung zum 13. Juni 2014 in deutsches Recht umgesetzt worden ist. Nach Art. 2 Nr. 6 dieser Richtlinie ist ein Dienstleistungsvertrag jeder Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für einen Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt. Diese Definition lässt wiederum erkennen, dass im Unionsrecht im Allgemeinen und im Bereich des Verbraucherschutzrechts im Besonderen der Begriff der Dienstleistung weit

verstanden wird. Klarstellend heißt es in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2011/83/EU, dass Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern unter diese Richtlinie fallen sollen. Es spricht nichts dafür, dass dies nicht bereits für die Richtlinie 97/7/EG gegolten hat, die die Richtlinie 2011/83/EU ersetzt hat.

42 (4) Des Weiteren spricht die systematische Auslegung für eine Einbeziehung von Maklerverträgen in den Anwendungsbereich der Norm. So ordnet § 312b Abs. 3 BGB aF an, dass die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung auf einzelne Maklertätigkeiten finden. Zum einen ist in § 312b Abs. 3 Nr. 2 BGB aF der Vermittlungsvertrag für Urlaubsprodukte nach § 481b Abs. 1 BGB, bei dem es sich um einen Unterfall eines Maklervertrags im Sinne von § 652 BGB handelt (vgl. Palandt/Weidenkaff aaO § 481b Rn. 2; Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge, BT-Drucks. 17/2764, S. 16), ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts ausgenommen. Zum anderen findet nach § 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB aF das Fernabsatzrecht auf die Tätigkeit der Versicherungsvermittler keine Anwendung. Diese Ausnahmen wären nicht erforderlich gewesen, wenn Maklerverträge schon grundsätzlich nicht von § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB aF erfasst wären (vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2015, 310 Rn. 51; Staudinger/Thüsing, BGB [2012], § 312b Rn. 18; Mankowski, ZMR 2002, 317, 318; aA Moraht, NZM 2001, 883, 884).

43 (5) Für eine Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf Nachweis- und Vermittlungsmaklerverträge spricht zudem der Sinn und Zweck der verbraucher-schützenden Regelungen für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz. Fernabsatzverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass Anbieter und Verbraucher sich nicht physisch begegnen und der Verbraucher die vom Unternehmer angebotene Ware in der Regel nicht vor Vertragsschluss in Augenschein nehmen oder

sich Kenntnis von den Eigenschaften der Dienstleistung verschaffen kann (vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG). Um der daraus erwachsenden Gefahr von Fehlentscheidungen des Verbrauchers zu begegnen, wird ihm ein Widerrufsrecht eingeräumt (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2003 - VIII ZR 295/01, BGHZ 154, 239, 242 f. zu § 3 FernAbsG; Urteil vom 30. November 2010 - VIII ZR 337/09, BGHZ 187, 268 Rn. 23; Urteil vom 12. November 2015 - I ZR 168/14, WM 2016, 968 Rn. 30).

44 (6) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Verbraucher beim Maklervertrag anders als bei anderen Vertragstypen weniger schutzbedürftig sei, weil die Entscheidung für den Abschluss des Hauptvertrags, in dessen Folge der Provisionsanspruch zur Entstehung gelangt, stets auf einer eingehenden Prüfung des Objekts beruhe und zudem die notarielle Beurkundung Schutz vor übereilten Entscheidungen biete.

45 Es kann offen bleiben, ob eine solche am Schutzzweck orientierte einschränkende Auslegung des Begriffs der Dienstleistung im Bereich des Fernabsatzrechts mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Zweifel bestehen schon deshalb, weil die Richtlinie 97/7/EG nach ihrem Artikel 14 einen Mindestschutz bezweckt. Jedenfalls trifft die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu, der Kunde des Immobilienmaklers sei weniger schutzwürdig als andere Verbraucher, die im Wege des Fernabsatzes Waren erwerben oder ein Unternehmen mit Dienstleistungen beauftragen. Der Verbraucher, der einen Vertrag über den Kauf einer Immobilie abschließt, ist zwar durch das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags vor einer übereilten Entscheidung geschützt. Es geht im Streitfall jedoch nicht um die Frage, ob ein Verbraucher beim Immobilienkauf durch ein Widerrufsrecht zu schützen ist, sondern um die Entscheidung des Verbrauchers, bei der Suche nach einer für ihn geeigneten Immobilie einen Makler zu beauftragen. Da in Deutschland die vom Immobilienkäufer zu zahlenden Maklerprovisionen üblicherweise in einem Prozentsatz des Kaufprei-

ses für die Immobilie bestehen, übersteigen die durch einen Vertrag mit einem Immobilienmakler ausgelösten Ansprüche bei weitem die Verpflichtungen, die durch die Anschaffung von Waren des täglichen Bedarfs im Fernabsatz ausgelöst werden. Dies spricht entgegen der Annahme des Berufungsgerichts dafür, Verbrauchern, die mit Fernkommunikationsmitteln einen Maklervertrag abgeschlossen haben, ein Widerrufsrecht zu gewähren.

46 (7) Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, der streitgegenständliche Vertrag weise keinen grenzüberschreitenden Charakter auf, so dass nicht auf ein weites, unionsrechtlich geprägtes Verständnis des Begriffs der Dienstleistung abgestellt werden könne. Die Richtlinie 97/7/EG bindet den nationalen Gesetzgeber auch in Bezug auf reine Inlandsfälle. Mittelbar ergibt sich dies aus den Erwägungsgründen 2 und 4 der Richtlinie 97/7/EG. Danach wirken sich unterschiedliche Verbraucherschutzbestimmungen für den Fernabsatz negativ auf den Wettbewerb zwischen den Unternehmen im Binnenmarkt aus. Aus diesem Grunde sei es geboten, auf Unionsebene eine Mindestanzahl gemeinsamer Regeln in diesem Bereich einzuführen. Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber die Definition des Fernabsatzvertrags aus der Richtlinie 97/7/EG übernommen und den Begriff des Dienstleistungsvertrags weit verstanden wissen wollen. Danach soll ein Vertrag über Dienstleistungen Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge aller Art erfassen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658 S. 30).

47 ee) Der Beklagte und die Zedentin haben den in Rede stehenden Maklervertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems im Sinne von § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB aF geschlossen.

48 (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, der vom Beklagten abgeschlossene Maklervertrag sei von vornherein kein selbständig wechselseitig zu erfüllender Vertrag, sondern ein Annex zu einem Vertrag, der planmäßig niemals allein unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln und ohne eingehende Begutachtung der Ware abgeschlossen werde. Dies gelte auch für die Leistung des Maklers selbst. Der Makler werde typischerweise Besichtigungen der Immobilien durchführen, bei denen weitere Informationen zu dem beworbenen Objekt gegeben würden. Der Abschluss des Vertrags könne zwar über Fernkommunikationsmittel erfolgen, dessen Abwicklung jedoch nicht. Aus diesem Grund könne nicht angenommen werden, dass ein Immobilienmakler den Vertrieb seiner Leistungen im Fernabsatz organisiere. Diese Sichtweise hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

49 (2) Das Berufungsgericht ist im Ansatz allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass ein Fernabsatzvertrag nicht immer schon dann anzunehmen ist, wenn der Vertrag unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen ist, sondern nur dann, wenn dies im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems geschieht.

50 (3) Der Begriff des für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems ist weder im deutschen Gesetz noch in der zugrunde liegenden Richtlinie 97/7/EG definiert. Es wird deshalb in der Literatur und in der Rechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Fernabsatzgeschäft nur vorliegt, wenn es bis zu seiner Abwicklung zu keinem persönlichen Kontakt der Vertragsparteien kommt (vgl. AG Wiesloch, JZ 2002, 671; Münch-Komm.BGB/Wendehorst, 5. Aufl., § 312b Rn. 33; aA Schinkels in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., Kap. 8 Rn. 30; Neises, NZM 2000, 889, 891; Bürger, NJW 2002, 465, 466; Axmann/Degen, NJW 2006, 1457, 1461; Grams, ZfIR 2014, 319, 320, 321; Lange/Werneburg, NJW 2015, 193, 194). Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden.

51

(4) Der deutsche Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Existenz eines organisierten Vertriebssystems verlangt, dass der Unternehmer mit - nicht notwendig aufwendiger - personeller und sachlicher Ausstattung innerhalb seines Betriebs die organisatorischen Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmäßig im Fernabsatz zu tätige Geschäfte zu bewältigen. Dabei sind an die Annahme eines solchen Vertriebs- oder Dienstleistungssystems insgesamt keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drucks. 17/12637, S. 50). Nur Geschäfte, die unter gelegentlichem, eher zufälligem Einsatz von Fernkommunikationsmitteln geschlossen werden, sollen aus dem Anwendungsbereich ausscheiden (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658 S. 30). Der sachliche Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts soll demnach beispielsweise nicht schon dann eröffnet sein, wenn der Inhaber eines Geschäfts ausnahmsweise eine telefonische Bestellung entgegennimmt und die Ware dem Kunden nicht in seinem Ladenlokal übergibt, sondern mit der Post versendet. Die Grenze zum organisierten Fernabsatzsystem soll jedoch dann überschritten sein, wenn der Inhaber eines Geschäfts Waren nicht nur gelegentlich versendet, sondern systematisch auch mit dem Angebot telefonischer Bestellung und Zusendung der Waren wirbt (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658 S. 31). Damit soll der Betreiber eines stationären Ladenlokals, der seine Leistungen ausschließlich vor Ort erbringt, nicht davon abgehalten werden, ausnahmsweise auch eine telefonische Bestellung entgegen zu nehmen (vgl. HK-BGB/Schulte-Nölke aaO § 312b Rn. 6; Neises, NZM 2000, 889, 891; Manowski, ZMR 2002, 317, 323).

- 52 Eine solche Situation liegt im Streitfall nicht vor. Die Zedentin hat mit der Internetplattform "ImmobilienScout24" einen Onlinemarktplatz genutzt, um Kaufinteressenten für von ihr vertriebene Immobilien zu finden und Maklerkunden zu gewinnen. Diese Immobilienplattform ist nicht auf eine persönliche, sondern auf eine elektronische oder telefonische Kontaktaufnahme angelegt. Anlass für eine solche Kontaktaufnahme sind die Internetanzeigen, in denen Makler wie die Zedentin mit ihnen von den Verkäufern an die Hand gegebenen Immobilien für ihre Maklerleistungen werben. Typisch ist außerdem, dass es wie im Streitfall durch Fernkommunikationsmittel zum Vertragsschluss kommt. Dienstleister, die ein Internetportal wie "ImmobilienScout24" nutzen, organisieren den Vertrieb ihrer Leistungen für den Fernabsatz. Bietet ein Makler in dieser Weise seine Dienste im Internet an und stellt er den Kontakt zu seinen Kunden auf elektronischem oder telefonischem Weg her, schließt er nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig Fernabsatzverträge.
- 53 (5) Unerheblich ist der vom Berufungsgericht für die Beurteilung des Streitfalls als maßgeblich angesehene Umstand, dass die Durchführung des Maklervertrags nicht auf elektronischem Weg erfolgt. Entscheidend ist allein, ob die Provisionszahlungspflicht des Maklerkunden auf einem Vertragsabschluss im Fernabsatz beruht. Sowohl § 312b Abs. 1 Satz 1 BGB aF als auch Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 97/7/EG stellen für die Qualifikation des Fernabsatzvertrags auf die Form seines Abschlusses ab.
- 54 Der Verbraucher, der ohne persönlichen Kontakt zum Dienstleister eine Leistungsverpflichtung eingeht, ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht deswegen weniger schutzbedürftig, weil im Anschluss an den Vertragsschluss ein persönlicher Kontakt bei der Ausführung der Dienstleistung erfolgt. Vielmehr wird häufig bei im Fernabsatz geschlossenen Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen ein persönlicher Kontakt folgen, wenn die vereinbarte Dienstleistung vom Unternehmer nicht ausschließlich an seinem

Firmensitz ausgeführt werden kann. Dasselbe gilt für die Bestellung von Waren im Fernabsatz. Der Besteller einer Sache verpflichtet sich dabei zunächst zum Kauf und erhält erst später die Möglichkeit, die Ware zu prüfen. Es ist gerade der Zweck der Richtlinie 97/7/EG und der ihrer Umsetzung in deutsches Recht dienenden Vorschrift des § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB aF, die Wahlfreiheit des Verbrauchers zu schützen, der ohne die Möglichkeit, die Ware oder die Dienstleistung zu prüfen, eine vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung der Ware oder der Dienstleistung eingegangen ist (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658, S. 15). Von seiner Wahlfreiheit kann der Verbraucher nur bei Vertragsschluss Gebrauch machen. Zu diesem Zeitpunkt soll der Gefahr von Fehlentscheidungen des Verbrauchers begegnet werden, weil er aufgrund der räumlichen Distanz die vom Unternehmer angebotene Ware in der Regel nicht vor Vertragsschluss in Augenschein nehmen oder sich Kenntnis von den Eigenschaften der Dienstleistung verschaffen kann (Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG; Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drucks. 14/2658, S. 15; vgl. BGH, WM 2016, 968 Rn. 30). Diese Gefahr kann durch spätere persönliche Kontaktaufnahmen nach Vertragsschluss, auch wenn diese von Anfang geplant und gewünscht waren, nicht beseitigt werden. Eine hiervon abweichende Betrachtungsweise liefe dem Schutzzweck des Fernabsatzrechts zuwider (vgl. Neises, NZM 2000, 889, 891; Lechner, NZM 2013, 751, 754; Grams, ZfIR 2014, 319, 320, 321).

- 55 e) Der vom Beklagten am 6. März 2014 erklärte Widerruf des Maklervertrags ist fristgerecht erfolgt.

56 aa) Nach § 355 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB in der im Streitfall gemäß Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB maßgeblichen, bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage, wenn die Widerrufsbelehrung spätestens bei oder unverzüglich nach Vertragsschluss erteilt wird und wenn der Unternehmer im letzteren Fall den Verbraucher gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB unterrichtet hat. Sie beträgt einen Monat, wenn sie später erteilt wird. Nach § 355 Abs. 4 Satz 1 BGB aF erlischt das Widerrufsrecht spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. Dies gilt jedoch gemäß § 355 Abs. 4 Satz 3 BGB aF dann nicht, wenn der Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. Da der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, hatte die Widerrufsfrist noch nicht zu laufen begonnen, als er den Widerruf am 6. März 2014 erklärt hat.

57 bb) Hieran ändert der Umstand nichts, dass durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU vom 20. September 2013 (BGBl. I, S. 3642) mit Wirkung zum 13. Juni 2014 eine maximale Widerrufsfrist von zwölf Monaten und 14 Tagen seit dem Vertragsschluss eingeführt worden ist (§ 356 Abs. 3 Satz 3 BGB nF). Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB erlischt das Widerrufsrecht bei vor dem 13. Juni 2014 im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Dienstleistungsverträgen bei fehlender Belehrung mit Ablauf des 27. Juni 2015. Der Widerruf des Beklagten erfolgte vor diesem Stichtag. Zudem hat der Beklagte den Widerruf innerhalb von zwölf Monaten und 14 Tagen nach dem frühestens am 20. März 2013 erfolgten Vertragsschluss erklärt, so dass der Widerruf auch nach der Neuregelung rechtzeitig erfolgt wäre.

58 f) Das Widerrufsrecht des Beklagten war zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung am 6. März 2014 noch nicht gemäß § 312d Abs. 3 BGB aF erloschen. Dafür hätte bei einer Dienstleistung der Vertrag von beiden Seiten auf aus-

drücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt sein müssen, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat. Dies war vorliegend nicht der Fall, weil der Beklagte seine Pflicht zur Provisionszahlung vor der Ausübung des Widerrufsrechts nicht erfüllt hatte.

59 4. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig.

60 a) Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht der Zedentin kein Anspruch auf Wertersatz in Höhe der vereinbarten Provision zu.

61 aa) Nach § 312e Abs. 2 BGB in der seit dem 4. August 2011 geltenden Fassung, der weitgehend § 357 Abs. 8 Satz 1 BGB in der seit dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung entspricht, hat der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten, wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und wenn er ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 16. März 2006 - III ZR 152/05, NJW 2006, 1971 Rn. 34) zum Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 3 BGB in der bis zum 3. August 2009 geltenden Fassung reagiert, nach der das Widerrufsrecht auch ohne Erteilung einer Widerrufsbelehrung bereits dann erlischt, wenn der Unternehmer mit Zustimmung des Verbrauchers mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat. Die Neuregelung in § 312e Abs. 2 BGB aF hat zur Folge, dass Unternehmer auf eigene Rechnung leisten, solange der Vertrag nicht vollständig erfüllt ist (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen, BT-Drucks. 16/10734, S. 7, 10, 11).

62 bb) Die Voraussetzungen des § 312e Abs. 2 BGB aF liegen nicht vor, weil der Beklagte über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden ist. Bei einer solchen Sachlage ist es ausgeschlossen, dass die Zedentin den Beklagten darauf hingewiesen haben könnte, dass er nach einem erklärten Widerruf Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung zu leisten habe. Ein solcher Hinweis setzt dennotwendig die Erteilung einer Widerrufsbelehrung voraus, an der es im Streitfall fehlt.

63 cc) Nach alledem steht der Zedentin weder ein Provisionsanspruch noch ein Wertersatzanspruch gegen den Beklagten zu. Diese Rechtsfolge beruht auf der gesetzgeberischen Entscheidung, die Unternehmer anzuhalten, den Verbrauchern eine Widerrufsbelehrung zu erteilen und diese auf ihre Wertersatzpflicht hinzuweisen, wenn der Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist auf Wunsch des Verbrauchers mit der Ausführung seiner Dienstleistungen beginnt.

64 Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof bei einem Widerruf eines Teilzahlungsgeschäfts über Maklerleistungen gemäß § 501 Satz 1 BGB aF einen Wertersatzanspruch des Maklers in Höhe des objektiven Werts der Maklerleistung bejaht hat (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 - III ZR 252/11, BGHZ 194, 150 Rn. 25). Diese Entscheidung betraf nicht den Fall eines Widerrufs eines Fernabsatzvertrags. Im Falle des Bestehens eines solchen Widerrufsrechts stellt § 312e Abs. 2 BGB aF besondere Voraussetzungen an den Wertersatzanspruch, die für den Widerruf von Teilzahlungsgeschäften nicht gelten.

65 b) Der Zedentin steht gegen den Beklagten kein bereicherungsrechtlicher Anspruch in Höhe der geltend gemachten Maklerprovision zu (§§ 812, 818 BGB), den sie an die Klägerin hätte abtreten können. Dies gilt schon deshalb, weil ein Bereicherungsanspruch voraussetzt, dass der Maklervertrag unwirksam ist. Der von dem Beklagten erklärte Widerruf führt jedoch nicht dazu, dass der mit der Zedentin geschlossene Maklervertrag nichtig ist. Der Widerruf hat die

vertragliche Grundlage nicht rückwirkend beseitigt, sondern das wirksame Vertragsverhältnis lediglich mit Wirkung ex nunc in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage von derjenigen bei einem unwirksamen Vertragsverhältnis (BGHZ 194, 150 Rn. 27).

66 c) Das Berufungsurteil erweist sich entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung auch nicht gemäß § 354 Abs. 1 HGB als richtig, wonach derjenige, der - wie hier die Zedentin - in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, dafür "auch ohne Verabredung" Provision nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern kann. Die Vorschrift des § 354 Abs. 1 HGB greift dann nicht ein, wenn eine vorrangige Vergütungsvereinbarung getroffen wurde oder eine Vergütung für die fragliche Tätigkeit kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (Kindler in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 354 Rn. 17). Im Streitfall haben sich die Zedentin und der Beklagte auf eine bestimmte Provision geeinigt. Zudem sehen die verbraucher-schützenden Regelungen des BGB vor, dass der Zedentin wegen des vom Beklagten erklärten Widerrufs kein Provisions- oder Wertersatzanspruch zustehen soll. Bei einer derartigen Sachlage ist für eine Anwendung von § 354 HGB kein Raum.

67 III. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union ist nicht veranlasst.

68 1. Die von der Revisionserwiderung aufgeworfene Frage, ob Art. 3 Abs. 1 4. Spiegelstrich der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen ist, dass Maklerverträge zur Anbahnung von Grundstückskaufverträgen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind, ist zweifelsfrei zu verneinen.

69 a) Nach dieser Regelung gilt die Richtlinie 97/7/EG nicht für Verträge, die für den Bau und den Verkauf von Immobilien geschlossen werden oder die sonstige Rechte an Immobilien mit Ausnahme der Vermietung betreffen. Der

Wortlaut dieser Regelung erfasst die Vermittlung oder den Nachweis einer Möglichkeit zum Kauf einer Immobilie nicht. Da es sich um eine Ausnahmeregelung handelt, ist sie eng auszulegen (EuGH, NJW 2005, 3055 Rn. 21 - easyCar/OFT zu Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG).

70 b) Für dieses Auslegungsergebnis sprechen auch die mit Art. 3 Abs. 1 4. Spiegelstrich der Richtlinie 97/7/EG weitgehend wortgleichen Regelungen in Art. 3 Abs. 3 Buchst. e und f der Richtlinie 2011/83/EU und insbesondere deren Erwägungsgrund 26. Darin heißt es, dass Verträge über die Übertragung von Immobilien oder von Rechten an Immobilien oder die Begründung oder den Erwerb solcher Immobilien oder Rechte, Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden sowie über die Vermietung von Wohnraum vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind, dagegen Dienstleistungsverträge insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung von Anbauten an Gebäuden und im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden, die keine erheblichen Umbauarbeiten darstellen, wie auch Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern und über die Vermietung von Räumen für andere als Wohnzwecke unter diese Richtlinie fallen sollten. Es spricht alles dafür, dass diese Erwägungsgründe der Richtlinie 2011/83/EU zum Geltungsbereich der Richtlinie bereits für die Vorgängerrichtlinie 97/7/EG gegolten haben und dass deshalb die Dienstleistungen von Immobilienmaklern bereits von der Richtlinie 97/7/EG erfasst wurden.

71 2. Für die Regelung des Wertersatzanspruchs in § 312e Abs. 2 BGB aF des Unternehmers nach erfolgtem Widerruf ist im Streitfall entscheidungserheblich allein das nationale Recht. Soweit dieses über das Schutzniveau der Richtlinie 97/7/EG hinausgehen sollte, steht dem die Richtlinie nicht entgegen. Sie sieht in ihrem Artikel 14 lediglich ein Mindestmaß an Verbraucherschutz vor, so dass die Mitgliedsstaaten nicht daran gehindert waren, ein noch höheres

Schutzniveau vorzusehen. Auf die Frage, ob § 312e Abs. 2 BGB aF mit der Richtlinie 2011/83/EU in Einklang steht, die in ihrem Artikel 4 eine Vollharmonisierung vorsieht und in Art. 7 Abs. 3, Art. 8 Abs. 8 und Art. 14 Abs. 3 und 4 die Frage des Wertersatzes bei einem vom Verbraucher erklärten Widerruf eines Fernabsatzvertrags über Dienstleistungen erstmals regelt, kommt es nicht an, weil diese Richtlinie zum Zeitpunkt des hier in Streit stehenden Vertragsschlusses im März 2013 noch nicht in deutsches Recht umgesetzt war und die Umsetzungsfrist des Art. 28 der Richtlinie 2011/83/EU noch nicht abgelaufen war.

72 3. Da mithin an der Auslegung der Richtlinie 97/7/EG keine vernünftigen Zweifel bestehen, ist eine Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union gem. Art. 267 AEUV nicht erforderlich (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - AIFA/Doc Generici).

73

IV. Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und, da die Sache gemäß § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung reif ist, auf die Berufung des Beklagten die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Itzehoe, Entscheidung vom 30.05.2014 - 6 O 379/13 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 22.01.2015 - 16 U 89/14 -