



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 198/15

Verkündet am:
12. Januar 2017
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 652; BGB aF § 312b Abs. 1 und 2, § 312d Abs. 1, § 355 Abs. 1

- a) Für die Erklärung eines Widerrufs nach § 355 Abs. 1 BGB aF braucht der Verbraucher das Wort "widerrufen" nicht zu verwenden. Es genügt, wenn der Erklärende deutlich zum Ausdruck bringt, er wolle den Vertrag von Anfang an nicht gelten lassen.
- b) In der Anzeige der Verteidigungsbereitschaft im Rechtsstreit liegt keine Widerrufserklärung. Eine im Prozess ausgesprochene Anfechtung einer Vertragserklärung wegen arglistiger Täuschung kann dagegen als Widerruf ausgelegt werden.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 198/15 - OLG Frankfurt am Main
LG Darmstadt

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2017 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 zu 2 wird das Urteil des 12. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. August 2015 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 2 erkannt worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten zu 2 wird das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 27. Februar 2014 weiter abgeändert.

Die Klage gegen den Beklagten zu 2 wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte zu 2 meldete sich Anfang September 2012 auf eine Internetanzeige, mit der ein Grundstück in G. zum Verkauf angeboten wurde. Mit E-Mail vom 14. September 2012 teilte die Klägerin dem Beklagten zu 2 mit, die Eigentümerin des Objekts in G. wolle nicht mehr ver-

kaufen. Die Klägerin wies den Beklagten zu 2 in derselben E-Mail auf ein vergleichbares Objekt in Ge. hin, das sie im Portal "Immobilienscout24" im Internet anbot. In dieser ein Einfamilienhaus betreffenden Anzeige war die Klägerin als Ansprechpartnerin bezeichnet. Weiter fand sich dort ein Hinweis auf eine Provision von 5,95% vom Kaufpreis und deren Fälligkeit bei notarieller Beurkundung. Der Beklagte zu 2 bedankte sich bei der Klägerin per E-Mail vom selben Tag für die Information und bat um einen Besichtigungstermin des Objekts in Ge. am 15. September 2012. Die Klägerin bot ihm per E-Mail einen Besichtigungstermin an diesem Tag an und teilte ihm die genaue Anschrift des Objekts mit. Der Beklagte zu 2 und seine Ehefrau, die Beklagte zu 1, besichtigten das Objekt mehrfach. Nachdem der Beklagte zu 2 gegenüber der Klägerin ein Kaufangebot in Aussicht gestellt hatte, teilte ihm die Klägerin per E-Mail vom 17. September 2012 den Namen des Verkäufers mit. Einen weiteren Besichtigungstermin sagte der Beklagte zu 2 mit der Begründung ab, er habe es sich anders überlegt und werde kein Kaufangebot abgeben.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 12. Oktober 2012 erwarben die Beklagten das Objekt in Ge. zum Preis von 350.000 €. Die Klägerin stellte den Beklagten mit Schreiben vom 26. August 2013 eine Provision in Höhe von 20.825 € in Rechnung. Der Beklagte zu 2 verweigerte den Ausgleich mit der Begründung, das Objekt sei mangelhaft, die Klägerin habe ihn und die Beklagte zu 1 unzureichend beraten.

3 Die Klägerin hat behauptet, die Beklagten hätten eine von ihr üblicherweise verwendete Reservierungsvereinbarung unterschrieben, in der sie ihr eine Provision in Höhe von 5,95% des Kaufpreises versprochen hätten. Dieses Schriftstück habe sie nach der Absage des Beklagten zu 2 in der Annahme vernichtet, das Geschäft sei nicht zustande gekommen. Sie hat die Beklagten auf

Zahlung der in Rechnung gestellten Provision nebst Zinsen in Anspruch genommen.

4 Die Beklagten haben mit Schriftsatz vom 14. Oktober 2013 im schriftlichen Vorverfahren ihre Verteidigungsbereitschaft angezeigt und mit der Klagerwiderrung vom 8. November 2013 vorgetragen, sie hätten ein Schriftstück mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt nicht unterschrieben, vorsorglich haben sie die Anfechtung einer solchen Erklärung erklärt.

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen. Die Berufung des Beklagten zu 2 hat es zurückgewiesen.

6 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte zu 2 seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe gegen den Beklagten zu 2 ein Anspruch auf Zahlung von Maklerlohn gemäß § 652 Abs. 1 BGB zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Der Beklagte zu 2 habe aufgrund der Mitteilung der Klägerin vom 14. September 2012 gewusst, dass diese als Maklerin tätig sei; er habe weiter von dem Objekt, auf welches sie hingewiesen habe, Kenntnis genommen. Dadurch, dass der Beklagte zu 2 die Klägerin auf der Grundlage dieser Informationen um einen Besichtigungstermin gebeten und diesen mit ihr wahrgenom-

men habe, sei der Maklervertrag zustande gekommen. Der Beklagte zu 2 habe aufgrund der Internetanzeige erkennen können, dass sich das darin enthaltene Provisionsverlangen an den Käufer richte. Die Klägerin habe dem Beklagten zu 2 ein Objekt nachgewiesen, über welches ein Kaufvertrag zustande gekommen sei.

9 II. Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten zu 2 hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die gegen ihn gerichtete Klage für begründet erachtet. Der Klägerin steht gegen den Beklagten zu 2 kein Anspruch auf Maklerlohn gemäß § 652 Abs. 1 BGB zu.

10 1. Anders als die Revisionserwiderung meint, ist das der Klage stattgebende landgerichtliche Urteil nicht rechtskräftig geworden.

11 a) Die Zulässigkeit der Berufung ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu überprüfen. Ein gültiges und rechtswirksames Verfahren vor dem Revisionsgericht ist nur möglich, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig beendet ist. Das setzt neben der Zulässigkeit der Revision voraus, dass das erstinstanzliche Urteil durch eine zulässige Berufung angegriffen worden und die Rechtskraft dieses Urteils damit in der Schwebe gehalten ist (BGH, Urteil vom 30. September 1987 - IVb ZR 86/86, BGHZ 102, 37, 38; Urteil vom 26. Januar 2006 - I ZR 121/03, GRUR 2006, 429 Rn. 23 - Schlank-Kapseln; Urteil vom 4. Februar 2010 - IX ZR 18/09, NJW 2010, 1364 Rn. 19).

12 b) Es kann allerdings nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden, dass der Beklagte zu 2 seine Berufung gegen das landgerichtliche Urteil rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist am 30. Juni 2014 begründet hat.

- 13 aa) Der Beklagte zu 2 als Berufungsführer hat den rechtzeitigen Eingang der Berufungsbegründung zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2000 - IX ZR 251/99, NJW 2000, 1872, 1873; Beschluss vom 8. Oktober 2013 - VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rn. 10). Hierfür gilt der sogenannte Freibeweis (BGH, Beschluss vom 30. Oktober 1997 - VII ZB 19/97, NJW 1998, 461). Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zu 2 hat die Berufungsbegründung per Telefax an das Berufungsgericht übersandt. Für die Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Fernkopie übersandten Schriftsatzes kommt es darauf an, ob die gesendeten Signale noch vor Ablauf des letzten Tags der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind (BGH, Beschluss vom 25. April 2006 - IV ZB 20/05, BGHZ 167, 214 Rn. 18; Beschluss vom 7. Juli 2011 - I ZB 62/10, juris Rn. 3). Der Ausdruck durch das Gerät ist nicht maßgeblich (BGHZ 167, 214 Rn. 18; BGH, Beschluss vom 14. Mai 2013 - III ZR 289/12, NJW 2013, 2514 Rn. 11).
- 14 bb) Der dem Beklagten zu 2 obliegende Beweis ist nicht durch den Eingangsstempel des Berufungsgerichts vom 30. Juni 2014 auf der in der Gerichtsakte abgehefteten zehneitigen Berufungsbegründung geführt, die per Telefax übersandt worden ist. Die rechtzeitige Einlegung der Berufung wird gemäß § 418 Abs. 1 ZPO zwar im Regelfall durch den Eingangsstempel des Gerichts auf dem entsprechenden Schriftsatz nachgewiesen (BGH, NJW-RR 2014, 179 Rn. 10). Der Eingangsstempel auf dem Ausdruck eines Telefaxschreibens erbringt jedoch keinen Beweis dafür, dass die für die Rechtzeitigkeit des Eingangs maßgebliche Speicherung noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist in dem Telefaxgerät des Gerichts erfolgt ist, da dem keine eigene Beobachtung desjenigen zugrunde liegt, der den Stempel angebracht hat. Der Vorgang der Speicherung elektronischer Daten im Empfangsgerät ist einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung nicht zugänglich. Mit der Anbringung des Eingangsstempels wird deswegen kein beobachteter Vorgang beurkundet, der den Zeit-

punkt des Eingangs vor oder nach Mitternacht belegen könnte (BGH, Beschluss vom 15. September 2009 - XI ZB 29/08, juris Rn. 9). Aus dem Eingangsstempel mit dem Datum 30. Juni 2014 ergibt sich weiter nicht, dass das Telefax mit der Berufungsbegründung dem Berufungsgericht spätestens an diesem Tag vorlag. Nach der vom Senat eingeholten Auskunft des Berufungsgerichts ist versäumt worden, den Eingangsstempel auf den 1. Juli 2014 umzustellen.

15 cc) Im Streitfall ist nachgewiesen, dass der Empfang der vom Telefaxgerät des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 2 gesendeten Signale noch vor Ablauf des 30. Juni 2014 vom Telefaxgerät des Berufungsgerichts begonnen hat. Auf allen zehn Seiten des in der Gerichtsakte befindlichen Ausdrucks der per Telefax übermittelten Berufungsbegründung ist unten folgender Ausdruck aufgebracht: "Empfangszeit 30. JUN. 23:22". Ausweislich des Faxeingangsjournals des Berufungsgerichts vom 30. Juni und 1. Juli 2014 hat das dortige Telefaxgerät um 23:22 Uhr von dem Fernmeldeanschluss der Prozessbevollmächtigten der Beklagten während einer Übertragungsdauer von 51 Minuten und 39 Sekunden Signale empfangen. Der Beginn des Empfangs dieser Signale liegt damit vor Mitternacht, das Ende des Empfangs liegt danach.

16 dd) Es kann nicht festgestellt werden, dass die Speicherung der gesamten Berufungsbegründungsschrift im Telefaxgerät des Berufungsgerichts vor Mitternacht geendet hat.

17 (1) Am oberen Rand des in der Gerichtsakte befindlichen Telefaxexemplars der Berufungsbegründungsschrift, das aus zehn fortlaufenden Seiten besteht, sind vom Telefaxgerät der anwaltlichen Vertreter der Beklagten stammende Daten angegeben, die den rechtzeitigen Eingang in Frage stellen. Dort sind die Telefaxnummer, der Name der anwaltlichen Vertreter der Beklagten sowie Uhrzeit und Datum aufgedruckt. Auf Seite 1 ist die Uhrzeit "23:52:29" und

das Datum "30-06-2014" angegeben. Auf Seite 10 ist die Uhrzeit "00:15:38" und das Datum "01-07-2014" aufgedruckt. Dies weist darauf hin, dass die Signale zur letzten, die Unterschrift tragenden Seite der Berufungsbegründung erst nach Ablauf des 30. Juni 2014 eingegangen sind.

18 (2) Der Beklagte zu 2 hat einen Telefax-Sendebericht vorgelegt, nach dem am 30. Juni 2014 beginnend um 23:26:17 Uhr bei einer Sendedauer von 25 Minuten und 31 Sekunden zehn Seiten vom Faxgerät seines Prozessbevollmächtigten erfolgreich an den Telefaxanschluss des Berufungsgerichts versandt wurden. Auf dem Bericht ist außerdem verkleinert die erste Seite der Berufungsbegründungsschrift abgebildet. Dies spricht für eine vollständige Übertragung der Signale für die zehnsseitige Berufungsbegründung vor 24 Uhr.

19 (3) Ausweislich des Faxeingangsjournals des Berufungsgerichts hat das dortige Telefaxgerät ab 23:22 Uhr zwanzig Seiten von dem Fernmeldeanschluss der Prozessbevollmächtigten der Beklagten empfangen. Es ist danach davon auszugehen, dass die aus zehn Seiten bestehende Berufungsbegründung doppelt an das Berufungsgericht übermittelt worden ist. Da das vom Beklagten zu 2 vorgelegte Sendeprotokoll des Telefaxgeräts seiner zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten, das einen erfolgreichen, um 23:26:27 Uhr begonnenen Versand von zehn Seiten ausweist, am 30. Juni 2014 um 23:52:29 Uhr erstellt worden ist und die erste Seite der in der Akte befindlichen Berufungsbegründungsschrift mit der Faxkennung der Beklagtenvertreter die Uhrzeit 23:52:29 trägt, spricht alles dafür, dass es sich bei dem in der Gerichtsakte befindlichen Ausdruck um das zweite Exemplar der Berufungsbegründung handelt. Diese Umstände sind ein Indiz dafür, dass die Signale betreffend das erste Exemplar der Berufungsbegründung rechtzeitig beim Berufungsgericht eingegangen sind.

20 (4) Die Revisionserwiderung hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht geltend gemacht, es sei möglich, dass das erste Exemplar der Berufungsbegründung nicht unterschrieben war. Angesichts des unmittelbar bevorstehenden Fristablaufs und des erheblichen Zeitdrucks, unter dem die Prozessbevollmächtigten der Beklagten standen, kann ein solches Versehen bei der Ausfertigung des Schriftsatzes nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Ob tatsächlich die Unterschrift gefehlt hat, hat der Senat nicht feststellen können, weil sich der Verbleib der ersten zehn Seiten der Telefaxsendung bis zur mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren nicht hat aufklären lassen. Das Berufungsgericht hat auf die Anfrage des Senats mitgeteilt, das zweite Exemplar der Berufungsbegründungsschrift sei auf der dortigen Geschäftsstelle nicht vorhanden; bei Zustellung des Originals der Berufungsbegründung versende die Geschäftsstelle eventuell zuvor eingegangene Telefaxabschriften an die Gegenseite.

21 c) Der Senat hat davon abgesehen, bei dem zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin nach dem Verbleib der fehlenden Telefaxabschrift zu fragen, weil es hierauf im Hinblick auf den von den Beklagten beim Berufungsgericht gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung nicht mehr ankommt. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten zu 2 mit Beschluss vom 9. Januar 2017 Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Begründung seiner Berufung gewährt. Diese Entscheidung ist gemäß § 238 Abs. 3 ZPO unanfechtbar.

22 2. Im Ergebnis zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass zwischen dem Beklagten zu 2 und der Klägerin ein Maklervertrag gemäß § 652 BGB zustande gekommen ist.

23 a) Eine ausdrückliche Vereinbarung darüber, dass die Klägerin für den
Beklagten zu 2 als Maklerin tätig wird und der Beklagte ihr im Erfolgsfall eine
Provision zu zahlen hat, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts al-
lerdings nicht getroffen worden.

24 b) Der Beklagte zu 2 und die Klägerin haben jedoch durch konkludentes
Verhalten einen Maklervertrag geschlossen.

25 aa) 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;
Urteil vom 3. Mai 2012 - III ZR 62/11, NJW 2012, 2268 Rn. 10; 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 aus-
zuschließen, 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; NJW 2016, 2317 Rn. 13). Weist der Makler
in einem Zeitungs- oder Internetinserat eindeutig auf die fällig werdende Mak-
lerprovision 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 Maklervertrags ausge-
hen (BGH, NJW 2012, 2268 Rn. 10 f. mwN).

26 bb) Der Beklagte zu 2 hat der Klägerin dadurch, dass er sie per E-Mail vom 14. September 2012 in Kenntnis des Provisionsverlangens um einen Besichtigungstermin gebeten hat, ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags gemacht.

27 (1) Ein ausdrückliches Provisionsverlangen kann in einer Zeitungsanzeige oder einem Internetinserat enthalten sein, sofern der Hinweis so gestaltet und geeignet ist, dem durchschnittlichen Interessenten die entstehende Provisionspflicht unzweideutig vor Augen zu führen. Wie das unmissverständliche Provisionsbegehren erklärt wird, ist dabei grundsätzlich gleichgültig. Der entsprechende Hinweis in einer Zeitungs- oder Internetanzeige genügt jedenfalls gegenüber den Kunden, die sich auf diese Anzeige melden, wobei die Umstände des jeweiligen Einzelfalls für die Bewertung der Eindeutigkeit des Provisionsverlangens ausschlaggebend sind (BGH, NJW 2012, 2268 Rn. 12).

28 (2) Die Klägerin hat den Beklagten zu 2 mit ihrer E-Mail vom 14. September 2012 auf das Objekt in Ge. hingewiesen, das sie im Internetportal "Immobilienscout24" anbot. In der Anzeige ist die Klägerin als Ansprechpartnerin bezeichnet. Außerdem heißt es in der Anzeige, dass die Provision 5,95% vom Kaufpreis beträgt und bei notarieller Beurkundung fällig wird. Darin liegt ein eindeutiges, an den Käufer gerichtetes Provisionsverlangen. Wendet sich der Interessent nach Kenntnisnahme einer solchen Anzeige an den Makler, liegt darin das Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags.

29 (3) Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beklagte zu 2 die Anzeige im Internetportal "ImmobilienScout24", auf die die Klägerin in ihrer E-Mail hingewiesen hat, zur Kenntnis genommen hat. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass der Beklagte zu 2 die Existenz dieser Anzeige und eine

Kenntnisnahme hiervon bestritten habe. Das Berufungsgericht hat angenommen, der E-Mail des Beklagten zu 2, mit der dieser sich bei der Klägerin "für die Info über das Objekt in Ge. " bedankt habe, sei zu entnehmen, dass er die Internetanzeige zur Kenntnis genommen habe. Diese Beurteilung wird durch den Inhalt der E-Mail des Beklagten gestützt und entspricht zudem der Lebenserfahrung. Es erscheint ausgeschlossen, dass der potentielle Käufer einer Immobilie allein aufgrund der Angabe, es stehe ein Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung in einer Anliegerstraße zum Verkauf, eine Besichtigung vereinbart, ohne dem in derselben E-Mail enthaltenen Hinweis auf eine Anzeige im Internet nachzugehen.

30 cc) Dieses Angebot des Beklagten zu 2 hat die Klägerin dadurch angenommen, dass sie dem Beklagten zu 2 per E-Mail die Adresse des Objekts mitgeteilt und mit ihm einen Besichtigungstermin vereinbart hat.

31 3. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin die den Provisionsanspruch auslösende Leistung erbracht hat, indem sie dem Beklagten zu 2 das von diesem später erworbene Einfamilienhaus und den Verkäufer benannt und ihm damit die Gelegenheit zum Abschluss des Kaufvertrags nachgewiesen hat. Dagegen erhebt die Revision keine Einwendungen.

32 4. Die Revision macht mit Erfolg geltend, der Beklagte zu 2 habe den Maklervertrag gemäß §§ 312b, 312d Abs. 1 Satz 1, § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB aF wirksam widerrufen.

33 a) Dem Beklagten zu 2 steht ein Widerrufsrecht nach dem Fernabsatzrecht zu.

- 34 aa) Im Streitfall richtet sich die Beantwortung der Frage, ob zugunsten des Beklagten zu 2 ein Widerrufsrecht bestand, gemäß Art. 229 § 32 Abs. 1 EGBGB nach § 312d Abs. 1, § 312b Abs. 1 und 2 und § 355 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (im Folgenden: BGB aF), weil der Maklervertrag zwischen dem Beklagten zu 2 und der Klägerin am 14. September 2012 geschlossen worden ist.
- 35 bb) 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.
- 36 cc) Der Bundesgerichtshof hat nach dem Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass 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 ist. Für eine weite Auslegung des Begriffs der Dienstleistung sprechen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die systematische Auslegung und der Sinn und Zweck der Norm (BGH, Urteil vom 7. Juli 2016 - I ZR 30/15, NJW 2017, 1024 Rn. 37 ff.).

Dieser Begriff erfasst deshalb auch Nachweis- oder Vermittlungsmaklerverträge.

37 dd) Der Beklagte zu 2 hat den Maklervertrag als Verbraucher (§ 13 BGB) geschlossen, weil er auf den Nachweis eines für eigene Wohnzwecke genutzten Einfamilienhauses gerichtet war. Es ist nicht ersichtlich, dass der beabsichtigte Erwerb überwiegend der gewerblichen oder der selbständigen beruflichen Tätigkeit des Beklagten zu 2 zugerechnet werden kann.

38 ee) Der Maklervertrag der Parteien ist unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen worden. Das in der per E-Mail geäußerten Bitte um Durchführung eines Besichtigungstermins liegende Angebot des Beklagten zu 2 hat die Klägerin angenommen, indem sie dem Beklagten zu 2 per E-Mail die genaue Lage des Objekts und einen Termin genannt hat. Beide Vertragserklärungen sind damit per E-Mail abgegeben worden. Der Vertrag ist deshalb entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht erst anlässlich der Durchführung des ersten Besichtigungstermins zustande gekommen.

39 ff) Der Fernabsatzvertrag der Parteien ist unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems zustande gekommen. Die Klägerin 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 Klägerin 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 (BGH, NJW 2017, 1024 Rn. 52).

40 b) Der Beklagte zu 2 hat dieses Widerrufsrecht fristgerecht ausgeübt.

41 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. Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-richtlinie 2011/83/EU vom 20. September 2013 (BGBl. I, S. 3642) hat mit Wirkung zum 13. Juni 2014 eine maximale Widerrufsfrist von zwölf Monaten und 14 Tagen seit dem Vertragsschluss eingeführt (§ 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.

42 bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Verbraucher das Wort "widerrufen" nicht zu verwenden. Es genügt, wenn der Erklärende deutlich zum Ausdruck bringt, er wolle den Vertrag von Anfang an nicht gelten lassen (BGH, Urteil vom 16. April 1986 - VIII ZR 79/85, BGHZ 97, 351,

358; Urteil vom 21. Oktober 1992 - VIII ZR 143/91, NJW 1993, 128, 129; Urteil vom 25. April 1996 - X ZR 139/94, NJW 1996, 1964, 1965; Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearbeitung 2012, § 355 Rn. 31 mwN). Deshalb können die Umstände des Einzelfalls ergeben, dass die Erklärung eines "Rücktritts" als Widerruf auszulegen ist (BGH, Urteil vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 151/95, NJW 1996, 2156, 2158). Ob diese Rechtsprechung einer Modifizierung im Hinblick darauf bedarf, dass der Gesetzgeber in § 355 Abs. 1 Satz 3 BGB in der seit dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung angeordnet hat, dass aus der Widerrufserklärung der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgehen muss, bedarf keiner Entscheidung. Im Streitfall gilt § 355 Abs. 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung, die keine entsprechenden Anforderungen an die Widerrufserklärung stellt.

43 cc) Soweit der anwaltliche Vertreter der Beklagten nach Zustellung der Klageschrift mit Schriftsatz vom 14. Oktober 2013 die Verteidigungsbereitschaft beider Beklagten angezeigt hat, liegt darin allerdings keine Widerrufserklärung (aA OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 1438 f.). Die Erklärung der Verteidigungsbereitschaft ist - anders als eine Widerrufserklärung - eine Prozessklärung, die die allgemeine Erklärung enthält, der Klage entgegenzutreten zu wollen (§ 276 Abs. 2 Satz 1 ZPO) und die zur Folge hat, dass kein Versäumnisurteil nach § 331 Abs. 3 ZPO ergehen kann. Dagegen ist die Widerrufserklärung materiellrechtlicher Natur und hat den Inhalt, der Erklärende wolle an einem Vertrag nicht festhalten. Dem steht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen, mit der dieser die Annahme der Vorinstanz gebilligt hat, in einem Schreiben, in dem ein "Rücktritt" erklärt worden war, und in einem Widerspruch gegen einen Mahnbescheid liege ein Widerruf (BGH, NJW 1996, 2156, 2158). Dieser Entscheidung kann kein allgemeiner Grundsatz dahingehend entnommen werden, dass eine Prozessklärung als Widerruf einer Vertragserklärung ausgelegt werden muss. In jenem Verfahren hatte der Widerrufende ein vorpro-

zessuales Schreiben verfasst, das bereits als Widerruf zu verstehen war. Die Revision zeigt nicht auf, dass es im Streitfall eine vorgerichtliche Erklärung des Beklagten zu 2 mit einem entsprechenden Inhalt gibt. Im Streitfall enthält die Verteidigungsanzeige der Beklagten ebenfalls keine Begründung.

44 dd) Mit Erfolg macht die Revision geltend, der Beklagte zu 2 habe dadurch den Widerruf des Maklervertrags erklärt, dass er in der Klageerweiterung vom 8. November 2013 die Vertragserklärung wegen arglistiger Täuschung angefochten habe. Er habe damit deutlich gemacht, er wolle einen etwaigen Vertragsschluss von Anfang an nicht gelten lassen.

45 (1) Diese Anfechtungserklärung bezieht sich zwar auf eine nach Behauptung der Klägerin von dem Beklagten zu 2 unterzeichnete schriftliche Bestätigung, nach der sich dieser verpflichtet haben soll, ihr eine Käuferprovision bei Abschluss eines Kaufvertrags über das Objekt zu zahlen.

46 (2) Diese Erklärung ist jedoch dahingehend auszulegen, der Beklagte zu 2 wolle einen etwa mit der Klägerin geschlossenen Maklervertrag widerrufen. Wird eine auf einen bestimmten Vertrag gerichtete Erklärung durch die Vertragspartei wegen arglistiger Täuschung angefochten, wird damit hinreichend deutlich gemacht, dass der Anfechtende einen etwaigen Vertrag nicht gegen sich gelten lassen will (BGH, Urteil vom 2. Mai 2007 - XII ZR 109/04, NJW 2007, 2110 Rn. 28; insoweit zutreffend OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 1438, 1439). Da zwischen den Parteien nur ein einziges Vertragsverhältnis in Streit steht, muss die Anfechtungserklärung des Beklagten dahin verstanden werden, dass er an einem etwa mit der Klägerin zustande gekommenen Maklervertrag nicht festgehalten werden will.

- 47 5. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Wertersatz in Höhe der vereinbarten Provision zu.
- 48 a) 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. Danach leisten Unternehmer auf eigene Rechnung, solange der Vertrag nicht vollständig erfüllt ist (BGH, NJW 2017, 1024 Rn. 61).
- 49 b) Die Voraussetzungen des § 312e Abs. 2 BGB aF liegen nicht vor, weil der Beklagte zu 2 über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden ist. Bei einer solchen Sachlage ist es ausgeschlossen, dass die Klägerin den Beklagten zu 2 darauf hingewiesen hat, er habe nach einem erklärten Widerruf Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung zu leisten. Ein solcher Hinweis setzt denknotwendig die Erteilung einer Widerrufsbelehrung voraus, an der es im Streitfall fehlt.

50

III. 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 zu 2 die Klage unter weiterer Abänderung des landgerichtlichen Urteils auch gegen den Beklagten zu 2 abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 27.02.2014 - 3 O 274/13 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 12.08.2015 - 12 U 67/14 -