

für die amtliche Sammlung

Satz: HGB § 345

Satz: Ein Handelsbrauch, der aus dem Grunde nicht zur Anwendung kommt, weil die ihm unterliegenden Geschäfte eine Zeitlang wegen besonderer Umstände nicht zur Ausführung gelangen, läßt den Handelsbrauch als solchen nicht untergehen. Vollzieht sich jedoch der Anschluß der Geschäfte nach Wiederaufleben des Geschäftszweiges mit Rücksicht auf die in der Zwischenzeit eingetretenen Umstände in völlig anderer Weise wie früher, so kommt auch dem früheren Handelsbrauch keine Bedeutung mehr zu.

Genzeichen: II ZR 102/50

Teil v. 27. Oktober 1951

OLG. Hamburg.

Verkündet
am 27. Oktober 1951
Hirth, Justizangestellter
als Urkundesbeamter
der Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Max W [REDACTED], H [REDACTED], L [REDACTED],
Klägers und Revisionsklägers,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

g e g e n

Herbert S [REDACTED], handelnd unter der nicht
eingetragenen Firmenbezeichnung P [REDACTED]-I [REDACTED],
Film-Produktionsgesellschaft, H [REDACTED], W [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagten und Revisionsbeklagten,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1951 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bun-
desrichter Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Fischer und
Dr. Benkard für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 24. August 1951
wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte stellt unter der nicht eingetragenen Firma "Pa. [REDACTED] - I. [REDACTED], Film-Produktionsgesellschaft" Filme her. Er schloß am 28. Dezember 1948 mit der Pa. [REDACTED] F. [REDACTED] GmbH in G. [REDACTED] (im Nachfolgenden kurz "Pa. [REDACTED]" genannt) einen schriftlichen Vertrag ab, inhalts dessen er die Aufführungs- und Verwertungsrechte an dem Film "Gruß und Kuß Veronika" für die britische Besatzungszone des Bundesgebietes und die Westsektoren von Berlin an diese übertrug. In dem Vertrage war vorgesehen, daß gegebenenfalls der Pa. [REDACTED] auch die Aufführungs- und Verwertungsrechte für die amerikanische und französische Besatzungszone Deutschlands übertragen werden sollten. Die Parteien vereinbarten, daß der Beklagte von den bei der Pa. [REDACTED] eingehenden "Leihmieten" aus der Verwertung des Films 30 % erhalten, und daß die Pa. [REDACTED] auf diesen Betrag eine à conto-Zahlung von DM 150.000 an den Beklagten leisten sollte (§ 4 des Vertrages). DM 50.000 waren an ihn in bar bei Aushändigung des Negativs, der Mastercopie und der Zensurbescheide, weitere DM 50.000 in zwei Akzepten der Pa. [REDACTED] zu zahlen. Diese à conto-Zahlung sollte sich um eine weitere à conto-Zahlung in Höhe von DM 75.000 für den Fall erhöhen, daß die Vorführung des Films in der amerikanischen und französischen Besatzungszone durch die zuständigen Zensurbehörden genehmigt würde.

Diesen Vertrag hat der Kläger vermittelt. Hier-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der hatte der Beklagte dem Kläger eine Provision in Höhe von 11 % der bei ihm eingehenden Beträge zugesagt und zwar mit der Maßgabe, daß, soweit er selbst Zahlung in Akzepten erhielt, die Provision an den Kläger in Teilakzepten in entsprechender Höhe geleistet werden sollte.

Die Vertragsparteien haben am 3. Januar 1949 telefonisch die Vereinbarung getroffen, den Vertrag vom 28. Dezember 1948 aufzuheben. Dieser Vereinbarung gingen die nachfolgenden Verhandlungen voraus:

Der Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, daß die Parteien bei Abschluß des Abkommens in Abänderung des § 4 des schriftlichen Vertrages vereinbart hätten, daß die erste in bar zu zahlende Rate in Höhe von DM 50.000 am 30. Dezember 1948 in seinem, des Beklagten, Büro in Hamburg, eingehen sollte. Tatsächlich ist diese Rate beim Beklagten nicht am 30. Dezember 1948 eingegangen, sondern die Partei [REDACTED] übersandte einen Scheck, den sie erst am 31. Dezember 1948 an den Beklagten zur Absendung brachte. Da die Partei [REDACTED] somit ihre vom Beklagten behauptete Zusage auf Barzahlung von DM 50.000 am 30. Dezember 1948 nicht eingehalten hatte, telegraphierte der Beklagte an diesem Tage an die Partei [REDACTED], daß er die Nichtigkeit des Vertrages feststelle. Das Telegramm des Beklagten kreuzte sich mit einem Telegramm der Partei [REDACTED] an den Beklagten vom gleichen Tage. Dieses Telegramm enthielt die Mitteilung, daß ein Scheck

wegen besonderer Umstände mit Milbotenbrief an den Beklagten unterwegs sei. Nach Eingang des Telegramms des Beklagten vom 30. Dezember 1948 telegrafierte die Pa. dem Beklagten, sie habe von der von ihm festgestellten Vertragsnichtigkeit Kenntnis genommen und konstatiere nunmehr ihrerseits die Erledigung der Verhandlungen. Der Beklagte seinerseits telegrafierte mit Rücksicht auf das bei ihm inzwischen eingegangene Telegramm der Pa. vom 30. Dezember 1948 am 31. Dezember 1948, daß er seine Rücktrittserklärung unter der Voraussetzung widerrufe, daß bis zum 3. Januar 1949 der avisierte Scheck und die beiden Wechsel in seinem Besitz seien. Die Pa. antwortete auf dieses Telegramm mit Schreiben vom 3. Januar 1949; sie hielt in diesem Schreiben ihren Standpunkt, daß der Vertrag hinfällig geworden sei, aufrecht. Am gleichen Tage kam es zu der erwähnten telefonischen Vereinbarung über die Aufhebung des Vertrages.

Der Kläger ist der Ansicht, daß ihm eine Provision in Höhe von 11 % auf insgesamt DM 225.000 zustehe, nimmt aber den Beklagten zunächst nur für die Beträge in Anspruch, die für die Überlassung des Films in der britischen Zone und den Westsektoren Berlins zu zahlen gewesen seien und die er mit Rücksicht auf die vereinbarten à conto-Zahlungen mit DM 150.000 bewertet. Er hat demzufolge Klage mit dem Antrage erhoben, den Beklagten zur Zahlung von

DM 16.500 (11 % von DM 150.000) nebst Zinsen zu verurteilen.

Zur Begründung der Klage hat er vorgetragen, er sei als Makler tätig geworden, seine Provision sei mit Abschluß des Vertrages verdient. Der Vertrag sei abgeschlossen worden. Die in gegenseitiger Übereinstimmung der Vertragsparteien am 3. Januar 1949 erfolgte Aufhebung des Filmverwertungsvertrages beruhe seinen Anspruch auf Maklerprovision nicht; im übrigen sei diese Vertragsaufhebung willkürlich durch den Beklagten erfolgt. Die Panorama sei zur Zahlung des Betrages von DM 50.000 nach dem Vertrage vom 28. Dezember 1948 erst nach Besichtigung und Genehmigung des Films sowie nach Anhändigung der Zensurbescheide verpflichtet gewesen. Besichtigung und Genehmigung seien aber erst am Nachmittag des 30. Dezember 1948 erfolgt, die Zensurbescheide seien an diesem Tage der Pa. von dem Beklagten noch nicht übergeben worden.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hat geltend gemacht, der Kläger sei nicht als Makler, sondern als Agent tätig geworden und habe daher einen Anspruch auf Provision erst nach Ausführung des Geschäftes. Diese sei aber nicht erfolgt. Selbst wenn man aber dem Kläger die Maklereigenschaft zugestehen wollte, so könne er die geltend gemachte Provision aus dem Grunde nicht beanspruchen, weil der Vertrag von der aufschiebenden Bedingung abhängig

gemacht worden sei, daß die Pa[REDACTED] in Abänderung des schriftlichen Vertrages vom 28. Dezember 1948 ihre Zusage, die ersten DM 50.000 so rechtzeitig in bar zu zahlen, daß der Betrag am 30. Dezember 1948 in seinem Besitz gewesen sei, nicht gehalten habe. Des weiteren bestehe im Filmverleihgeschäft ein Handelsbrauch, wonach die Provision nicht schon bei Abschluß, sondern erst bei Ausführung des Geschäfts und zwar jeweils in Höhe des tatsächlichen Eingangs zur Entstehung gelange.

Der Kläger hat diese Ausführungen in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung bestritten.

Das Landgericht hat nach dem Klagantrag erkannt, Das Berufungsgericht hat unter Aufhebung des Urteils 1. Instanz die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision, mit der der Kläger Wiederherstellung des im ersten Rechtszuge ergangenen Urteils erstrebt, der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Tätigkeit, die der Kläger bei der Vermittlung des Vertrages vom 28. Dezember 1948 zwischen dem Be-

klagen und der Panorama entfaltet habe, rechtlich als die eines Maklers zu beurteilen sei. Es schließe sich hinsichtlich der Beurteilung dieser Rechtsfrage den Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils an. Hierzu hatte das Landgericht ausgeführt, daß der Beklagte nicht den Beweis erbracht habe, daß der Kläger ständig damit betraut gewesen sei, für das Handelsgewerbe des Beklagten Geschäfte zu vermitteln.

Das Berufungsgericht hat somit auf Grund des vorgetragenen Sachverhalts und in freier Würdigung des Beweisergebnisses die Tätigkeit des Klägers für den Beklagten in tatsächlicher Beziehung dahin gewürdigt, daß der Kläger für den Beklagten, ohne von ihm damit ständig betraut zu sein, die Vermittlung eines Vertrages über die Aufführungs- und Verwertungsrechte an dem Film "Gruß und Kuß Veronika" übernommen habe. Dies ist für das Revisionsgericht bindend. Auch die Rechtsfolge, die das Berufungsgericht an diese tatsächliche Feststellung knüpft, nämlich, daß eine solche Tätigkeit als die eines Handelsmaklers anzusprechen sei, ist frei von Rechtsirrtum.

Die von dem Kläger ausgeübte Tätigkeit, von der

nach dem Gutachten des vernommenen Sachverständigen nicht zweifelhaft ist, daß er sie gewerbmäßig ausübt, entspricht den Begriffsmerkmalen, die § 93 HGB für einen Handelsmakler erfordert. Der von dem Kläger geltend gemachte Anspruch ist somit rechtlich als Geltendmachung einer Maklerprovision zu beurteilen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß seine Vermittlungstätigkeit ursächlich für den zwischen der Beklagten und der Pa. [REDACTED] abgeschlossenen Vertrag vom 28. Dezember 1948 gewesen ist. Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum unbestritten, daß, soweit es sich um im Handelsgesetzbuch nicht geregelte Verpflichtungen des Auftraggebers gegenüber dem Handelsmakler handelt, diese Lücke durch die Bestimmungen über den Maklervertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 652 ff) ausgefüllt wird (BGHZ II ZR 107/50; RGZ 101, 209 210).

Nach § 652 Abs 1 BGB ist die Maklerprovision grundsätzlich verdient, wenn der Vertrag infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist. Durch die nachträgliche Vereinbarung der Vertragsparteien am 3. Januar 1949 über die Auflösung des Vertrages ist die Verpflichtung des Beklagten zur Provisionszahlung nicht berührt worden (RG in JW 1906 S 134 135; KG in HRR 1935 Nr 726).

Der Kläger würde dennoch die Provision mit Abschluß des Vertrages nicht verdient haben, wenn dieser unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden wäre. In die em Falle hätte der Kläger einen

Anspruch auf die Provision erst im Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung erworben (§ 652 Abs 1 Satz 2 BGB).

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der Vertrag nicht unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sei. Dies ist allerdings insoweit nicht zutreffend, als im § 9 des Vertrages bestimmt ist, daß der Vertrag vorbehaltlich der Besichtigung des Films durch Pa. "gelte". Es ist aber zwischen den Parteien unbestritten, daß diese Besichtigung des Films am 30. Dezember 1948 durch die Pa. erfolgt ist. Somit war diese Bedingung zu diesem Zeitpunkt erfüllt. Bezüglich der weiteren, von dem Beklagten aufgestellten Behauptung, der Vertrag vom 28. Dezember 1948 sei unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden, daß die erste Rate der dem Beklagten von der Pa. zu zahlenden Vergütung für die Überlassung der Aufführungs- und Verwertungsrechte des Films von DM 50.000 in bar am 30. Dezember 1948 sich in den Händen des Beklagten befinden sollte, sind die Ausführungen im Berufungsurteile widerspruchsvoll. Während im Tatbestande ausgeführt ist, der Kläger habe behauptet, es sei unrichtig, daß der Geschäftsführer der Pa., G., dem Beklagten bei Vertragsschluß den Eingang des Barbetrages für den 31. Dezember 1948 (soll heißen 30. Dezember 1948) zugesagt habe, stellt es in den Entscheidungsgründen fest, daß es zwischen den Par-

teilen unstreitig sei, daß der Geschäftsführer der Pa[REDACTED], G[REDACTED], beim Abschluß des Vertrages den Eingang des ersten Teilbetrages für den 30. Dezember 1948 fest zugesagt habe. Aber dieser Widerspruch war für die Entscheidung des Berufungsurteils bedeutungslos, da selbst in dem Falle, daß diese Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen sein sollte, sie nicht als echte aufschiebende Bedingung angesehen werden könnte. Das Berufungsgericht führt unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil aus, sie sei eine uneigentliche Bedingung, sie wäre lediglich als eine der Vertragsvereinbarungen zwischen dem Beklagten und der Pa[REDACTED] zu werten. Gegen die Annahme, in ihr eine aufschiebende Bedingung, von deren Eintritt der Vertrag abhängig sein sollte, zu erblicken, spreche der Umstand, daß sie nicht in dem schriftlichen Vertrage aufgenommen worden sei, in dessen § 10 die Parteien vereinbarten, daß Änderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen. Schon daraus gehe hervor, daß die Vertragsparteien ihr nicht eine so wesentliche Bedeutung beigemessen haben, daß mit ihrer Erfüllung der Vertrag stehen oder fallen solle. Dies gehe auch eindeutig aus dem späteren Verhalten des Beklagten hervor. Er habe sich, obwohl die Pa[REDACTED] ihm die erste Rate von DM 50.000 nicht am 30. Dezember 1948 in bar gezahlt habe, mit einer späteren Zahlung durch Scheck einverstanden erklärt. Zu dieser Auslegung ist das Berufungsgericht auf Grund

des vorliegenden Vertragstextes und in Würdigung des Vortrages der Parteien gelangt. An diese Tatsachenwürdigung und Auslegung, die keine Verletzung anerkannter Rechtsgrundsätze erkennen lassen und den Gesetzeszweck nicht verletzen, ist das Revisionsgericht gebunden.

Dem Berufungsgericht war daher zuzustimmen, daß der schriftliche Vertrag vom 28. Dezember 1948 keine aufschiebende Bedingung enthalte, deren Nicht-eintritt den Provisionsanspruch des Klägers nicht habe zur Entstehung kommen lassen.

Der Beklagte hat aber weiter vorgebracht, mit dem Kläger vereinbart zu haben, daß die Provision nur bei Abwicklung des Vertrages von dem Kläger gefordert werden könne. Im übrigen bestünde in der Filmbranche ein Handelsbrauch, nach welchem eine Provision, die auf prozentuale Beteiligung des Maklers an den Einnahmen des Herstellers aus dem Filmverwertungsvertrage abgestellt sei, jeweils mit Eingang dieser Einnahmen zur Entstehung gelange.

Hierzu führt das Berufungsgericht aus, es sei zwar richtig, daß eine schriftliche Parteivereinbarung hierüber nicht vorliege, daß aber gleichwohl eine solche Vereinbarung als Vertragsinhalt festgestellt werden könne, wenn sie im Verkehr zwischen Filmvermittler und Filmproduzenten allgemein üblich sei und daher von den Parteien als vereinbart angenommen werden müsse (§ 346 HGB). Das Berufungsgericht

ist in Würdigung der gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen v. Hartlieb zu der Überzeugung gelangt, daß nach der in der Filmbranche bestehenden Usance die Ansprüche des Vermittlers bei prozentualer Beteiligung erst in dem Zeitpunkte entstehen, in dem diese Beträge bei dem Auftraggeber eintreffen. Insoweit sei diese Handelsusance ohne ihre ausdrückliche Vereinbarung Vertragsinhalt geworden und müsse als echte aufschiebende Bedingung angesehen werden. Von ihr sei bei der Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Prozeßparteien auszugehen.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie führt aus, die Annahme des Berufungsgerichts sei irrtümlich zustande gekommen. Das Berufungsgericht habe wesentliche Umstände übersehen und habe den Begriff des Handelsbrauches verkannt. § 346 HGB sei verletzt. Es stehe fest, daß der Vertrag am 8. Dezember 1948 abgeschlossen worden sei. In diesem Zeitpunkte habe aber nach den übereinstimmenden Gutachten des Dr. v. Hartlieb und des Dr. Schwerin sich noch keine Verkehrssitte über Vermittlerprovision bei Filmverwertungsverträgen bilden können, da bis zum Ende des Jahres 1948 derartige Geschäfte, wenn überhaupt, höchstens in der Filmbranche getätigt worden seien. Nach allgemeiner Rechtsansicht in Rechtsprechung und Schrifttum sei für die Entstehung eines Handelsbrauchs neben tatsächlicher Übung eine allgemeine Überzeugung und ein ausreichender Zeitraum

erforderlich. Es fehle also zumindest im Dezember 1948 nach dem Gutachten des Dr. Hartlieb an einem ausreichenden Zeitraum, in welchem sich diese Handelsusage habe bilden können. Auch dem Umstande, daß etwa ein derartiger Handelsbrauch vor 1945 bestanden habe, was der Sachverständige nicht aus eigener Sachkenntnis habe bekräften können, könne bei den völlig veränderten Umständen nach dem Kriege keine Bedeutung mehr bei gemessen werden.

Grundlage für die Anerkennung eines Handelsbrauches ist § 346 HGB, der besagt, daß unter Kaufleuten auf die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche Rücksicht zu nehmen sei. Der Handelsbrauch gilt nur für die Verhältnisse unter Kaufleuten. Der Kläger ist Kaufmann nach § 1 HGB. Dagegen ist der Beklagte kein Kaufmann, er handelt unter der nicht eingetragenen Firmenbezeichnung **Film-Produktionsgesellschaft**. Da die Herstellung von Filmen nicht zu den Grundhandelsgeschäften gehört, ist der Beklagte auch nicht Mindorkaufmann. Ausnahmsweise können aber Handelsbräuche auch für Nichtkaufleute von Bedeutung sein. Dies wird man dann annehmen müssen, wenn ein Nichtkaufmann ein Geschäft in einem Handelszweige mit einem Kaufmann tätigt, und es in der Weise abschließt, wie es in Branchekreisen üblich ist (vgl. JW 1914 S. 673/674). Es werden daher bei einem solchen Ges. hätte die von dem Kaufmann übernommenen Pflichten sich nach der Han-

delsübung seines Geschäftszweiges richten und demgemäß die getroffenen Vereinbarungen zugunsten des Nichtkaufmannes gemäß dieser Handelsübung auszulegen und zu ergänzen sein (Düringer-Machenburg, das Handelsgesetzbuch 1932 zu § 364 IGB (nm 12)). Um so mehr wird man dies annehmen müssen, wenn feststeht, daß der Lichtkaufmann, wie in vorliegenden Rechtsstreite viele Jahre lang in der deutschen Filmbranche tätig war, ihm die Handelsbräuche dieses Handelszweiges vertraut sind und er seine kaufmännische Tätigkeit in dieser Branche durch vor ihm nicht verschuldete Umstände aus nunmehr überholten rassistischen Gesichtspunkten während der Herrschaft des Nationalsozialismus aufgeben mußte.

In einem solchen Fall muß daher ein zwischen einem Kaufmann und einem Lichtkaufmann getätigter Vertrag unter Berücksichtigung der für derartige Verträge bestehenden Handelsbräuche als abgeschlossen gelten und ist in der Weise auszulegen, wie es nach der in der Branche geltenden Handelsusage üblich ist.

Was nun die Ausführungen der Revision betrifft, das Berufungsgericht habe den Begriff des Handelsbrauches vorkannt, so ist ihr darin zuzustimmen, daß es zur Bildung einer Handelsusage eines gewissen Zeitraumes, der Zustimmung der Beteiligten und der tatsächlichen Übung bedarf (RGZ 110, 47/487). Zu Unrecht geht aber die Revision davon aus, dieser Han-

delsbrauch habe sich Ende des Jahres 1948 nicht bilden können, da bis zu diesem Zeitpunkte Vermittlungsgeschäfte in der Filmbranche nur höchst selten vorgekommen seien. Hierbei übersieht sie, daß das Gutachten des Dr. v. Hartlieb, dessen Ausführungen das Berufungsgericht sich zu eigen macht, gar nicht davon ausgeht, daß sich dieser Handelsbrauch in der Filmbranche erst Ende des Jahres 1948 gebildet, sondern bereits vor 1945 bestanden habe. Allerdings seien, so führt das Gutachten aus, Vermittlungsgeschäfte während der Zeit des Nationalsozialismus insbesondere in der Kriegszeit und auch in der Nachkriegszeit selten getätigt worden. Dies habe seinen Grund darin gehabt, daß unter der Herrschaft des Nationalsozialismus die Filmvermittlung, die vor 1933 wirtschaftlich von grosser Bedeutung gewesen sei, durch die ständig wachsende Einflußnahme des Staates auf die Filmwirtschaft immer mehr zurückgedrängt worden sei und schließlich in den Kriegsjahren, in denen die gesamte Filmwirtschaft der staatlichen Lenkung unterlag, keine Rolle mehr gespielt habe. In den Jahren nach dem Zusammenbruch, in welchen von einer deutschen Filmproduktion nicht gesprochen werden könne, habe die deutsche Filmwirtschaft den Besatzungsmächten unterstanden. Erst in der zweiten Hälfte des Jahres 1947 sei die deutsche Filmproduktion zu neuem Leben erwacht. Dies habe die Wiederkehr der Filmvermittler mit sich gebracht, die seit Ende 1948 in wachsender Zahl sich diesem Handelszweige widmeten.

Wenn auch der Sachverständige erklärt hat, daß er die Verhältnisse in der Filmwirtschaft in den Jahren vor 1945 nicht aus eigener Erfahrung kenne, sondern diese Kenntnisse sich von bekannten Filmvermittlern beschafft habe, so konnte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision sehr wohl seine Ansicht insoweit auf das Gutachten stützen. Einem Sachverständigen steht es frei, Gutachten anderer Sachverständiger herbeizuziehen (Sydow-Busch ZPO 22. Aufl. Vorbem. zu § 402 ZPO Ann. 5).

Der Umstand, daß eine Handelsusance aus dem Grunde nicht zur Anwendung kommt, weil die der Usance unterliegenden Geschäfte eine Zeit lang wegen besonderer Umstände, wie Krieg oder Kriegsfolgen, nicht zur Ausführung kommen, läßt die Handelsusance als solche nicht untergehen. Wenn nach Überwindung der abnormalen Zeiten der Abschluß von Geschäften in einer Handelsbranche sich wieder in normalen Bahnen bewegt, so kann sehr wohl die für solche Geschäfte bestehende Handelsusance, die nur mangels Abschlusses derartiger Geschäfte geruht hat, mit der Wiederbelebung dieses Geschäftszweiges wieder in Wirksamkeit treten. Dies würde nur dann nicht der Fall sein, wenn der Abschluß der Geschäfte nach dem Wiederaufleben des Geschäftszweiges sich mit Rücksicht auf die in der Zwischenzeit eingetretenen Umstände in völlig anderer Weise als früher vollziehen würde. Knüpft aber der Handelsverkehr an die frühere Zeit an, werden Geschäfte wieder in der gleichen Weise wie vor

Eintritt des anomalen Verhältnisses abgeschlossen, so gelten auch die gleichen Handelsbräuche, unter denen die früheren gleichliegenden Geschäfte getätigt wurden, insbesondere dann, wenn es sich, wie in vorliegenden Rechtsstreit, um eine Usance handelt, die durch die politische und wirtschaftliche Umgestaltung Deutschlands in keiner Weise berührt worden ist und die früher und jetzt nur den Zweck verfolgt, eine gerechte Verteilung des Risikos unter den Beteiligten zu gewährleisten, eines Risikos, das in der Filmbranche heute noch viel größer ist als es in der Vorkriegszeit war. Hat somit das Berufungsgericht das Gutachten des Sachverständigen v. Hartlieb in erschöpfender Weise in logischer Anwendung der Denkgesetze gewürdigt, so ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß auch bei Abschluß des Vertrages am 28. Dezember 1948 in der Filmbranche die Usance bestand, daß der Verkäufer die Provision erst bei Ausführung des Geschäfts verlangen kann, sofern seine Provision in einer prozentualen Beteiligung an den Gewinn seines Auftraggebers besteht. Auch die weitere Würdigung des Gutachtens des Dr. v. Hartlieb durch das Berufungsgericht, daß dieser bestehende Handelsbrauch dahin auszulegen sei, daß der Verkäuferanspruch erst mit der Ausführung des Geschäfts zur Entstehung gelange und nicht etwa lediglich eine Stundungsabrede beinhalte, ist in der Revisionsinstanz unangreifbar. Auch hier handelt es sich um eine in freier Beweiswürdigung auf Grund des Vortrages der

Parteien und auf Grund der Beweisaufnahme vom Berufungsgericht gewonnene Überzeugung, die denkgesetzlich möglich ist und keine Verletzung anerkannter Rechtsgrundsätze erkennen läßt. Die von der Revision angeführte Stelle in RGK zum BGB zu § 652 Anm 2b stützt die Ansicht der Revision nicht, daß, wenn der Maklerlohn im Verhältnis zu den Leistungen abgerechnet werden soll, es sich lediglich um die Festsetzung eines Fälligkeitstermines handle. Diese Stelle besagt nur, daß diese Auslegung möglich, aber keineswegs, daß die andere Auslegung, in ihr eine Bedingung für die Entstehung des Anspruchs zu erblicken, unmöglich sei. Diese beiden Möglichkeiten hat aber auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Es ist jedoch zu der Überzeugung gelangt, daß die Mandelausgabe nicht auf die Fälligkeit, sondern auf die Entstehung der Provision abstehe.

Auch der weitere Angriff der Revision, der Beklagte habe den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt, indem er den Eingang der Zahlungen aus dem Fililverwertungsvertrage vereitelt habe (§ 152 BGB), kann keinen Erfolg haben. Er scheitert an der Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht behauptet, daß der Beklagte von solchen Motiven bestimmt worden sei. Es müsse vielmehr davon ausgegangen werden, daß der Grund für die Zustimmung des Beklagten, den Vertrag mit der Panorama aufzuheben, in seinem Mißtrauen in die finanzielle Leistungsfähigkeit dieser Gesellschaft gefunden werden müsse.

- 19 -

Wenn schließlich das Berufungsgericht geprüft hat, ob dem Kläger der Provisionsanspruch in sinngemässer Anwendung des § 88 Abs 2 HGB zustehe, was nach seiner Ansicht der Fall sein würde, wenn die Ausführung des Geschäfts infolge eines Verhaltens des Beklagten unterblieben wäre, das nicht durch einen wichtigen Grund in der Person des Vertragspartners - der Kontrahens - gerechtfertigt werde, so erübrigt sich ein Eingehen hierauf. Der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung vom 3. Juni 1951 - II ZR 107/50 - (EGHZ 2,281) sich dahin ausgesprochen, daß er eine sinngemässe Anwendung des § 88 Abs 2 HGB in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf Maklerverträge ablehne. Auf die in dieser Entscheidung hierzu angeführten Gründe kann verwiesen werden.

Dem Berufungsgericht war daher im Endergebnis zuzustimmen und die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Canter Dr. Drost Dr. Selowsky
Dr. Fischer Dr. Benkard