

Für das Nachschlagewerk
Für die Amtliche Sammlung

Gesetz: § 652 BGB, § 88 Abs 2 HGB

Rechtssatz: Wird in einem Maklervertrag zwischen den Parteien vereinbart, dass in Abweichung des § 652 BGB die Maklerprovision nicht mit dem Abschlusse des provisionspflichtigen Vertrages, sondern erst nach seiner Durchführung zur Entstehung gelangen soll, so unterliegt diese Vereinbarung nicht der gesetzlichen Auslegungsregel des § 88 Abs 2 HGB, sondern ist lediglich nach ihrem Inhalt und Vertragszweck auszulegen.

Aktenzeichen: II ZR 107/50

Urt v 13. Juni 1951

OLG Hamburg

II ZR 107/50

Verkündet
laut Protokoll am
13. Juni 1951. gez. Braun,
Justizobersekretär, als
Urundsbeamter der Ge-
schäftsstelle.

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

der Firma Federico S. [REDACTED]-H. [REDACTED] (alleinige Inha-
berin Frau Irmgard L. [REDACTED]-R. [REDACTED]), H. [REDACTED], B. [REDACTED]-
[REDACTED]strasse 6,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H. [REDACTED] & Co., H. [REDACTED], G. [REDACTED]-H. [REDACTED]-
Platz 12,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1951 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der
Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Haidinger
und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 24. August
1950 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

T a t b e s t a n d :

Die Beklagte kaufte von der Firma Wilhelm S. [REDACTED] in B. [REDACTED] am 9. März 1949 amerikanische Fruchtkonserven. Der Kaufvertrag ist am gleichen Tage von den Parteien schriftlich niedergelegt worden. Nach dem Vertrage sollte die Beklagte zur Sicherung des Kaufpreises ein Akkreditiv in Höhe von DM 1.484.145,-- durch Barzahlung bei der Norddeutschen Kreditbank AG in B. [REDACTED] bis zum 13. März 1949 stellen. Die Beklagte erklärte in dem Vertrage, daß sie von dem Inhalt der Verkaufsbedingungen der "E. [REDACTED] F. [REDACTED] S. [REDACTED] S. [REDACTED] P. [REDACTED]" (im Nachfolgenden kurz EESSP genannt), zu denen die Verkäuferin ihrerseits die Konserven gekauft hatte, Kenntnis habe und dass demgemäß der Kaufvertrag von ihr mit der Maßgabe abgeschlossen werde, daß der Beklagten hinsichtlich Quantität und Qualität der Ware nicht mehr Rechte gegen die Firma Wilhelm S. [REDACTED] zustehen sollten, als diese Firma gegen ihre Verkäuferin, die EESSP, auf Grund der genannten Bedingungen erworben habe; die Ware werde "as is" verkauft. Zur Stellung des Akkreditivs ist es nicht gekommen. Den Kaufvertrag hat die Maklerfirma Ernst H. [REDACTED] in H. [REDACTED] in Gemeinschaft mit dem Handelsmakler Johann I. [REDACTED] in B. [REDACTED] vermittelt. Für die Vermittlung sagte die Beklagte den Vermittlern eine Provision in Höhe von 2 % zu; jedem der beiden Vermittler sollte die Hälfte der Provision zustehen. Mit Schreiben vom 25. April 1949 teilte die Beklagte der Maklerfirma Ernst H. [REDACTED] mit, daß der Kaufvertrag im gegenseitigen Einverständnis zwischen ihr, der Beklagten, und der Firma Wilhelm S. [REDACTED] am 4. April 1949 aufgelöst worden sei.

Die Firma Ernst H. [REDACTED] hat ihren angeblichen Provisionsanspruch, den sie mit insgesamt DM 19.348,86 errechnet am 4. Mai 1949 an die Klägerin abgetreten. Mit der Klage macht diese einen Teilbetrag des Provisionsanspruchs in Höhe von DM 2.100,-- geltend. Sie ist der Auffassung, daß die nachträgliche Auflösung des Vertrages den Provisionsanspruch

der Firma Ernst H. [REDACTED] nicht berührt habe.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat geltend gemacht, der Kaufvertrag sei unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden, daß es ihr möglich sein werde, das Akkreditiv in der von der Verkäuferin verlangten Höhe rechtzeitig zu stellen. Da ihr dies trotz ihrer Bemühungen nicht gelungen sei, stehe der Maklerfirma Ernst H. [REDACTED] der Provisionsanspruch nicht zu. Die Provision sei auch aus dem Grunde nicht zur Entstehung gelangt, weil die BESSP-Bedingungen in ihrer Gesamtheit zum Inhalt des Vertrages zwischen ihr und der Firma Wilhelm S. [REDACTED] gemacht worden seien. Aus der sinngemässen Anwendung der Ziffer 4 Abs 2 dieser Bedingungen ergebe sich aber, daß, sofern das Akkreditiv nicht rechtzeitig gestellt werde, der Vertrag "null und nichtig" sei. Ferner sei zwischen ihr und der Firma Ernst H. [REDACTED] vereinbart worden, daß die Provision nur von den tatsächlich getätigten Verkäufen gezahlt werden solle. Schließlich widerspreche es der in Hamburg geltenden Übung, eine Provisionsforderung von annähernd DM 20.000,-- aus einem nicht zur Durchführung gekommenen Geschäft geltend zu machen.

Die Klägerin hat diesen Ausführungen in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung widersprochen.

Das Landgericht und Oberlandesgericht haben nach Klagantrag erkannt. Hiergegen wendet sich die Revision, mit der die Beklagte die Klagabweisung erstrebt, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I. Es handelt sich um die Geltendmachung einer Maklerprovision. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Vermittlungstätigkeit der Firma Ernst H. [REDACTED] und des Maklers I. [REDACTED]

ursächlich für den Kaufvertrag zwischen der Beklagten als Käuferin und der Firma Wilhelm S. [REDACTED] als Verkäuferin der amerikanischen Fruchtkonserven war. Da die Firma Ernst H. [REDACTED] gewerbsmässig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren übernimmt, ist sie Handelsmakler im Sinne des § 93 HGB. Auf ihre Rechte und Pflichten finden daher die Vorschriften der §§ 93 ff HGB Anwendung. 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 Gesetzbuchs (§§ 652 ff) ausgefüllt wird (RGZ 101, 209 [2107]).

Nach § 652 Abs 1 BGB ist die Maklerprovision grundsätzlich verdient, wenn der Vertrag infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß die spätere Vereinbarung der Beklagten mit der Firma Wilhelm S. [REDACTED] über die Auflösung des Kaufvertrages die Verpflichtung der Beklagten zur Provisionszahlung nicht berührt habe (RG in JW 1906 S 134 [7357]; KG in HRR 1935 Nr 726). Insoweit macht die Revision auch keine Einwendungen geltend.

Das Berufungsgericht hat den Einwand, daß der Kaufabschluß zwischen der Beklagten und der Firma Wilhelm S. [REDACTED] nur aufschiebend bedingt zustande gekommen sei, nicht für begründet erachtet. Es hat vielmehr den Kaufvertrag dahin gewürdigt, der Vertrag sei nicht unter der Bedingung abgeschlossen worden, daß das Akkreditiv in der verlangten Höhe von der Beklagten rechtzeitig gestellt werde; vielmehr habe die Beklagte in dem Verträge die Verpflichtung zur Akkreditivstellung bedingungslos übernommen. Auch seien die EESSP-Bedingungen in ihrer Gesamtheit nicht Inhalt des Vertrages geworden, insbe-

sondere nicht die Ziffer 4 Abs 2 dieser Bedingungen, so daß nicht angenommen werden könnte, daß bei sinn gemässer Anwendung der Ziffer 4 Abs 2 eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien dahin zustande gekommen wäre, daß bei nicht rechtzeitiger Stellung des Akkreditivs von der Beklagten der Vortrag als "null und nichtig" angesehen werden sollte. Zu dieser Auffassung ist es auf Grund des vorliegenden Vertragstextes, der EESSP-Bedingungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme gelangt. An diese Tatsachewürdigung und Auslegung, die keine Verletzung anerkannter Rechtsgrundsätze erkennen lassen und denkgesetzlich möglich sind, ist das Revisionsgericht gebunden (vgl. RGZ 156, 129 1337).

Die Angriffe der Revision, die sich gegen die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts richten, bewegen sich auf dem dem Revisionsgericht verschlossenen Gebiet der Tatsachewürdigung. Sie scheitern an den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen. Danach hat der Berufungsrichter die Beweisaufnahme dahin gewürdigt, er könne nicht feststellen, daß der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Akkreditivstellung seitens der Beklagten abgeschlossen worden sei, und könne angesichts der widersprechenden Zeugenaussagen und entgegen dem Wortlaut des Vertrages auch nicht zu der Feststellung gelangen, daß die EESSP-Bedingungen in ihrer Gesamtheit Inhalt des Kaufabschlusses geworden seien.

Das Vorbringen der Revision, der abgeschlossene Kaufvertrag sei überhaupt nichtig, weil er von der Firma Wilhelm S. [REDACTED] unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung abgeschlossen sei, ist schon aus dem Grunde unbeachtlich, weil die Beklagte in den Tatsacheninstanzen keine Umstände vorgetragen hat, aus denen sich ergeben könnte, daß der Firma Wilhelm S. [REDACTED] von der EESSP eine tatsächliche Monopolstellung beim Verkauf von amerikanischen Fruchtconserven eingeräumt worden wäre.

II. Die Beklagte hatte weiter eingewandt, sie habe mit der Maklerfirma Ernst H. [REDACTED] die Zahlung einer Provision

nur für den Fall vereinbart, daß der Kaufvertrag zur Durchführung gelangen werde.

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob die behauptete Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Firma Ernst H. eine Stundungsabrede über die Zahlung der bereits entstandenen Provision oder eine echte Bedingung enthalte, von deren Eintritt die Entstehung des Provisionsanspruches abhängig gemacht worden sei. Es ist der Ansicht, daß selbst im letzteren, also für die Beklagte günstigeren Falle eine solche Vereinbarung dem Zahlungsanspruch der Klägerin nicht entgegenstehe. Durch eine derartige Vereinbarung sei zwar in rechtlich zulässiger Abweichung von der Vorschrift des § 652 BGB der Provisionsanspruch des Maklers nicht mit dem Abschluß, sondern erst mit der Durchführung des vermittelten Geschäfts zur Entstehung gelangt; in diesem Falle müsse aber in sinngemässer Anwendung des § 88 Abs 2 HGB, der dem Handlungsagenten die Provision auch dann zubilligt, wenn die Ausführung des Geschäftes infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn unterbleibt, auch dem Handelsmakler die Provision zugesprochen werden. Der gegenteiligen Ansicht des Reichsgerichts (RGZ 95, 134 137; RG in J 1916 S 1585; JW 1922 S 487) und der herrschenden Meinung im Schrifttum (Kommentar der Reichsgerichtsräte zum HGB Anm 7 vor § 93 HGB; Staudinger zu § 652 BGB Anm 30; Staub 14. Aufl Kommentar zum HGB Anm 23 und 28 vor § 94 HGB und zu § 88 HGB Anm 1), die eine entsprechende Anwendung des § 88 Abs 2 HGB auf den Maklervertrag ablehnen, könne nicht gefolgt werden, da auch zwischen dem Auftraggeber und dem Makler ein ähnliches Treueverhältnis bestehe wie zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten. Die Berücksichtigung dieses Treueverhältnisses erfordere die Anwendung des Rechtsgedankens des § 88 Abs 2 HGB auch auf das Verhältnis vom Auftraggeber zum Makler.

Den gegen diese Rechtsauffassung gerichteten Angriffen der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden.

Für die Beurteilung der Frage einer entsprechenden Anwendung des § 88 Abs 2 HGB auf den Maklervertrag in Fällen der vorliegenden Art ist es von entscheidender Bedeutung, daß nach den gesetzlichen Bestimmungen die Maklerprovision für den Regelfall zu einem anderen Zeitpunkt als die Provision des Handlungsagenten entsteht. Während der Makler seinen Provisionsanspruch nach § 652 BGB bereits mit dem Abschluß des Geschäfts erhält, entsteht der Provisionsanspruch des Handlungsagenten nach der gesetzlichen Auslegungsregel des § 88 Abs 1 HGB frühestens mit der Durchführung des Geschäfts, für welches die Provision mit ihm vereinbart ist. Diese verschiedene gesetzliche Regelung ist bedingt durch die Notwendigkeit einer verschiedenen wirtschaftlichen Beurteilung der Tätigkeit des Handlungsagenten einerseits und der des Maklers andererseits. Die Folge dieser verschiedenartigen dispositiven gesetzlichen Vorschriften ist naturgemäß, daß die Rechtsstellung des Handlungsagenten gegenüber seinem Auftraggeber eine sehr viel ungünstigere als die des Maklers ist. Der Handlungsagent würde ohne eine weitere besondere Vorschrift in zahlreichen Fällen mit Rücksicht auf die allgemeine Bestimmung des § 162 Abs 1 BGB einen Provisionsanspruch nicht erhalten, wenn das Geschäft zwar aus in der Person seines Auftraggebers liegenden aber nicht unbedingt Treu und Glauben zuwiderlaufenden Gründen nicht zur Durchführung gelangen würde. Diese Folgerung, die sich aus einer Anwendung der §§ 88 Abs 1 HGB, 162 Abs 1 BGB ergeben würde, erschien dem Gesetzgeber unannehmbar. Sie auszuschließen, ist der tragende Grundgedanke des § 88 Abs 2 HGB. Diese Erwägungen gelten, da es sich bei der Vorschrift des § 88 HGB um nachgiebiges Recht handelt, nur für den Fall, daß zwischen den Parteien nichts Abweichendes vereinbart ist. Der Gesetzgeber wollte mit anderen Worten durch die Aufnahme des § 88 Abs 2 HGB erreichen, daß auch ohne die Notwendigkeit besonderer Vereinbarungen zwischen den Parteien die gesetzlichen Dispositiv-Vorschriften im allgemeinen zu einer gerechten und billigen Regelung des Provisionsanspruches des Handlungsagen-

ten führen. Dagegen enthält § 88 Abs 2 HGB keine Vorschrift für eine Einschränkung abweichender Vereinbarungen oder für eine Auslegung besonderer Vereinbarungen zwischen den Parteien.

Aus diesen Gesichtspunkten, die für die Vorschrift des § 88 Abs 2 HGB maßgeblich sind, ergibt sich, daß sie auf den Maklervertrag nicht entsprechend angewendet werden können. Eine solche entsprechende Anwendung würde den Grundgedanken des § 88 Abs 2 HGB entscheidend berühren. Die Bestimmung würde dann nicht mehr eine notwendige Schutzvorschrift im Rahmen einer abdingbaren gesetzlichen Regelung sein, sondern sie würde - wie das gerade die entsprechende Anwendung des § 88 Abs 2 HGB durch das Berufungsgericht auf den vorliegenden Fall mit Deutlichkeit zeigt - zu einer praktisch bedeutsamen Auslegungsregel für besondere Parteivereinbarungen werden. Die Vorschrift des § 88 Abs 2 HGB empfängt ihren Sinn und ihre Rechtfertigung allein aus der vorausgehenden Regelung des Provisionsanspruches im Absatz 1 des § 88 HGB. Sie bezweckt aber in keiner Weise irgend einen Eingriff in besondere Parteivereinbarungen. Verlassen die Parteien bei Abschluß eines Vertrages den Boden der gesetzlichen Dispositiv-Vorschriften, dann müssen die abweichenden Vereinbarungen ausschließlich nach dem Inhalt der tatsächlich getroffenen Abrede ausgelegt werden. Hieraus folgt, daß die von dem Beklagten behauptete abweichende Vereinbarung über die Entstehung der Maklerprovision nicht unter die Regelung des § 88 Abs 2 HGB gestellt werden kann, sondern daß ihre Bedeutung allein nach ihrem Inhalt und Vertragszweck ausgelegt werden muß. Ist durch diese Vereinbarung die Entstehung des Provisionsanspruches von der Durchführung des vermittelten Geschäfts abhängig gemacht, so gilt diese Bedingung im Falle der Nichtausführung des an sich provisionspflichtigen Geschäfts nur dann als eingetreten, wenn der Auftraggeber die Durchführung des Geschäfts in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise vereitelt hat (RGZ 95, 134 137).

Das Berufungsgericht durfte daher unter diesen rechtlichen

Gesichtspunkten die Frage nicht dahingestellt sein lassen, welchen Inhalt die von der Beklagten behauptete Vereinbarung zwischen ihr und der Maklerfirma Ernst H. [REDACTED] gehabt hat. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die notwendigen Feststellungen über den Inhalt der Vereinbarung getroffen werden können.

In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls nochmals dazu Stellung nehmen müssen, welchen Inhalt die von der Beklagten behauptete Hamburger Usance über die Geltendmachung von Maklerprovisionen bei nicht durchgeführten Geschäften hat. Sollte der Vortrag der Beklagten, wie die Revision geltend macht, dahin zu verstehen sein, daß in Hamburg bei nicht abgewickelten Geschäften usancemässig überhaupt keine Maklerprovision zu zahlen sei, so wird auch dieser Umstand zu würdigen sein, ebenso wie die Behauptung der Beklagten, daß sie aus dem vorliegenden Geschäft, das zum Teil auf anderer Grundlage durchgeführt worden sei, an die Firma Ernst H. [REDACTED] bereits einen Provisionsbetrag in Höhe von DM 1.953,02 gezahlt habe.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, da eine abschliessende Entscheidung zur Sache noch nicht getroffen werden konnte.

Dr. Canter Dr. Drost Dr. Selowsky Dr. Haidinger Dr. Fischer