

II. ZR. 23/58

Verkündet
am 23. März 1959

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Karl S [REDACTED] in K [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
.. Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] ..

gegen

den Makler Martin H e [REDACTED] in D [REDACTED], Ha [REDACTED] str. [REDACTED],
Kläger und Revisionsbeklagten,
.. Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. März 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Haager, Liesecke und Dr. Reinicke

für Recht erkennt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
7. Zivilsenates des Oberlandesgerichts in Köln vom
12. Dezember 1957 wird auf Kosten des Beklagten zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Eigentümer des Grundstücks K■■■■, H■■■ Straße ■■■ - ■■■■, auf dem sich die Passage-Lichtspiele befinden. Gläubiger des Beklagten betrieben die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Der Beklagte versuchte, um das Grundstück für sich zu erhalten, zunächst eine Umbeleihung des Grundstücks durchzuführen. Als dieser Weg nicht zum Ziele führte, versuchte er, das Grundstück an eine Filmgesellschaft zu verkaufen. Auch dieser Versuch scheiterte. Mit der Umbeleihung und dem Verkauf hatte der Beklagte den Kläger beauftragt, der von Beruf Mäkler ist und sich vor allem mit der Vermittlung von Kinogrundstücken befaßt. Als im Mai 1955 die Zwangsversteigerung des Grundstücks unmittelbar bevorstand, nahm der Beklagte Verhandlungen mit dem Kaufinteressenten Gerhardt auf. Er bat den Kläger, bei den Verhandlungen am 20. Mai 1955 zugegen zu sein. Der Kläger sagte dies zu und erschien am 20. Mai 1955, von Kassel kommend, in K■■■■, wo die Verhandlungen zwischen dem Beklagten und Gerhardt im Gange waren, aber zu keinem Ergebnis geführt hatten. Der Kläger schaltete sich in die Verhandlungen ein, und unter seiner Mitwirkung kam am Abend des 21. Mai 1955 ein Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und Gerhardt zu einem Kaufpreis von 1 620 000 DM zustande.

Der Kläger ist der Auffassung, er habe den Vertrag als Mäkler vermittelt, ihm stehe daher eine Provision von 1 % zu. Er hat demgemäß beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 16 200 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Er ist der Ansicht, der Kläger habe den Kaufvertrag nicht als Mäkler vermittelt; seine

- 3 -

Tätigkeit habe vielmehr ausschließlich darin bestanden, ihn, den Beklagten, bei den Verhandlungen zu beraten.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 4 960 DM (Beratungsgebühr) nebst Zinsen stattgegeben und die Klage im übrigen abgewiesen. Beide Parteien haben gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat der Klage abzüglich eines Betrages von 2 000 DM, den der Beklagte während des zweiten Rechtszuges an den Kläger gezahlt hatte, stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, der Kläger habe eine vermittelnde Tätigkeit ausgeübt und der Kaufvertrag sei auf Grund dieser seiner Tätigkeit zustande gekommen.

1. Die Revision greift diese Ausführungen des Berufungsgerichts an. Sie ist der Ansicht, G [REDACTED] sei von vornherein bereit gewesen, das Grundstück für 1 600 000 DM zu kaufen. Diese Tatsache schließe aus, daß der Kläger eine Vermittlungstätigkeit ausgeübt habe. Der Kläger habe vielmehr ausschließlich auf Seiten des Beklagten und für diesen verhandelt. Von einem Verhandeln mit beiden Parteien könne nicht die Rede sein.



Der Revisionsangriff kann keinen Erfolg haben. Die Ausführungen der Revision widersprechen der Feststellung des Berufungsgerichts. Ein Makler übt zwar keine vermittelnde Tätigkeit aus, wenn der Kaufinteressent von vornherein und während der Dauer der Verhandlungen zum Vertragsabschluß zu einem bestimmten Kaufpreis bereit ist und die Tätigkeit des Maklers sich ausschließlich darauf erstreckt, auf seinen Auftraggeber, den Grundstückseigentümer, einzuwirken und ihn zu bewegen, daß er den Vertrag zu diesem Kaufpreis abschließe; der Makler hat in derartigen Fällen nicht auf den Kaufinteressenten eingewirkt, und dies ist Voraussetzung, um von einer vermittelnden Tätigkeit zu sprechen. Das Berufungsgericht hat dies aber nicht verkannt, vielmehr ausdrücklich ausgeführt, die Dinge hätten nicht so gelegen, als habe sich die Tätigkeit des Klägers darauf beschränkt, den widerstrebenden Beklagten zu bewegen, auf das Angebot des Kaufinteressenten Gerhardt einzugehen; der Kläger habe vielmehr immer wieder auf G. im Hinblick auf den Abschluß des Kaufvertrages eingewirkt und immer wieder die Differenzen, die bei den Verhandlungen aufgetaucht seien, ausgeglichen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Kläger auch mit G. verhandelt hat, und das Verhandeln stellt eine typische Vermittlungstätigkeit dar (Reichel, Maklerprovision 1913 S. 144). Wenn sich die Tätigkeit des Klägers, wie die Revision meint, nicht von der Tätigkeit des Rechtsanwalts He. unterschieden hat, so folgt daraus nicht, daß der Kläger den Beklagten nur beraten hat; es ergibt sich hieraus vielmehr lediglich, daß auch der Rechtsanwalt He. auf den Käufer eingewirkt und damit eine vermittelnde Tätigkeit ausgeübt hat.

2. Die Revision ist weiter der Auffassung, die Tatsache, daß G [REDACTED] von vornherein zum Abschluß eines Kaufvertrages zu einem Kaufpreis von 1 600 000 DM bereit gewesen sei, schließe jedenfalls aus, daß die vermittelnde Tätigkeit des Klägers den Abschluß des Kaufvertrages herbeigeführt hätte. Auch dieser Auffassung der Revision kann nicht zugestimmt werden. Die vermittelnde Tätigkeit eines Maklers ist zwar nicht ursächlich für den Abschluß eines Kaufvertrages geworden, wenn der Käufer von vornherein und während der Dauer der Verhandlungen bereit gewesen ist, den Vortrag zu einem bestimmten Kaufpreis zu schließen, zu dem er später auch zustandegekommen ist, und sich die vermittelnde Tätigkeit des Maklers ausschließlich auf den Versuch erstreckt hat, einen höheren Kaufpreis herauszuholen; die vermittelnde Tätigkeit des Maklers ist dann ohne Erfolg geblieben und für den Abschluß des Kaufvertrages zu dem niedrigeren Kaufpreis, den der Käufer ohnehin zahlen wollte, nicht ursächlich geworden. Auch dies hat das Berufungsgericht aber nicht verkannt. Es hat vielmehr ausgeführt, trotz der Kaufbereitschaft des G [REDACTED] wäre der Vertrag im vorliegenden Fall nicht zustandegekommen, wenn der Kläger nicht auf G [REDACTED] eingewirkt hätte. G [REDACTED] hätte die Vertragsverhandlungen trotz seiner "an sich" oder "grundsätzlich" bestehenden Bereitschaft, das Grundstück zu kaufen, endgültig abgebrochen, wenn der Kläger ihn nicht bewogen hätte, am Verhandlungstisch zu bleiben und wenn der Kläger nicht immer wieder die Differenzen zum Ausgleich gebracht hätte. Die vermittelnde Tätigkeit des Klägers war also nicht erfolglos. Sie hat vielmehr den Vertragsabschluß erst ermöglicht; ohne seine Tätigkeit wäre nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trotz der grundsätzlichen Kaufbereitschaft des G [REDACTED] ein Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden. Die vermittelnde

Tätigkeit des Klägers wäre also im vorliegenden Fall auch dann kausal geworden, wenn der Kaufvertrag zu dem Preise von 1 600 000 DM abgeschlossen worden wäre, also zu dem Preis, den der Käufer ursprünglich grundsätzlich zu zahlen bereit war.

II.

Das Berufungsgericht hat weiter dargelegt, der Kläger habe seine Tätigkeit im Rahmen eines zwischen ihm und dem Beklagten abgeschlossenen Mäklervertrages ausgeübt und zwischen den Parteien sei stillschweigend vereinbart worden, daß dem Kläger für seine Tätigkeit ein Mäklerlohn zustehen solle.

1. Die Revision greift diese Ausführungen des Berufungsgerichts an. Sie ist der Ansicht, der Beklagte habe den Kläger nur gebeten, ihn bei dem Abschluß der Verhandlungen zu beraten. Die gegenteilige Feststellung des Berufungsgerichts verstoße gegen § 286 ZPO. Das Berufungsgericht habe einmal nicht beachtet, daß der Beklagte unter Beweis- antritt vorgetragen habe, er habe den Kläger fernmündlich am 19. oder 20. Mai 1957 gebeten, ihn zu "beraten". Dieser Ansicht der Revision kann nicht zugestimmt werden. Die Revision setzt sich mit diesen Ausführungen in Widerspruch zu den Behauptungen, die der Beklagte in den Tatsacheninstanzen aufgestellt hat. Dort hat der Beklagte nicht vorgetragen, er habe den Kläger ausdrücklich gebeten, ihn zu "beraten", sondern seinen Wunsch, der Kläger möge an den Verhandlungen teilnehmen, damit begründet, Rechtsanwalt He[REDACTED] besitze nicht die nötige Erfahrung und sei zudem überarbeitet. Aus diesen Worten konnte der Kläger aber, wie das Beru-

fun gsgericht zutreffend festgestellt hat, nicht den Schluß ziehen, er solle nicht als Mäkler, sondern ausschließlich als Berater des Klägers tätig werden.

Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger selbst im Verlaufe der Verhandlungen erklärt habe, er komme aus "Liebe zum Objekt"; damit habe der Kläger zu erkennen gegeben, daß er nicht als Mäkler gekommen sei. Aus dieser Äußerung des Klägers, die darin ihren Grund hatte, daß er dieses Grundstück bereits einmal an den Beklagten vermittelt hatte, ergibt sich aber nichts für die Frage, ob der Kläger als Mäkler oder ausschließlich als Berater des Beklagten tätig sein sollte.

Die Revision meint sodann, wenn sich der Kläger fernmündlich lediglich zur Beratung bereit erklärt habe, er aber, ohne dies erkennen zu lassen, willens gewesen sei, sich als Mäkler zu betätigen und daraus einen Provisionsanspruch herzuleiten, dann müsse sein Vorbehalt, nur gegen Provision tätig zu werden, gemäß § 116 BGB unbeachtlich sein. Diese Auffassung der Revision geht von der Auffassung aus, der Kläger habe sich fernmündlich nur zur Beratung bereit erklärt. Diese Voraussetzung widerspricht aber den Feststellungen des Berufungsgerichts. Der Revisionsangriff ist damit gegenstandslos.

Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Kläger die Bitte des Beklagten um Teilnahme an den Verhandlungen in Kenntnis der Tatsache angenommen habe, daß ein Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufvertrages von ihm aus nicht mehr in Frage komme, da der Beklagte bereits in festen Ver-

handlungen mit dem späteren Käufer gestanden habe, der un-
streitig ohne Vermittlung des Klägers kaufwillig und bereit
gewesen sei, 1 600 000 DM zu zahlen. Die Rüge der Revision
ist nicht berechtigt. Der Kläger verlangt keine Nachweis-,
sondern eine Vermittlerprovision, und die vermittelnde Tä-
tigkeit des Klägers war, wie der Lauf der Verhandlungen ge-
zeigt hat, nicht dadurch gegenstandslos, daß Gerhardt grund-
sätzlich bereit war, das Grundstück für 1 600 000 DM zu kau-
fen.

Die Angriffe der Revision können somit keinen Erfolg
haben, soweit sie sich gegen die Feststellung des Berufungs-
gerichts richten, zwischen den Parteien sei spätestens bei
dem Ferngespräch am 19. oder 20. Mai 1957 ein Maklervertrag
zustandegekommen. Im übrigen wird die Feststellung, die Par-
teien hätten einen Maklervertrag geschlossen, durch die
Hilfserwägung des Berufungsgerichts getragen, der Beklagte
sei mit der Vermittlungstätigkeit des Klägers während der
langwierigen Verhandlungen am 20. und 21. Mai 1957 einver-
standen gewesen. War der Beklagte mit dieser erkennbar für
ihn geleisteten Maklertätigkeit des Klägers einverstanden
und hat er diese Tätigkeit für sich verwertet, so liegt je-
denfalls hierin der Abschluß eines Maklervertrages. Ob der
Beklagte sich hierbei genaue Vorstellungen über die Höhe der
Maklerprovision gemacht hat, ist entgegen der Auffassung der
Revision unerheblich.

2. Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffas-
sung des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei still-
schweigend ein Maklerhonorar vereinbart worden.

Die Revision rügt zunächst, daß das Berufungsgericht

Rechtsanwalt He[REDACTED] nicht als Zeugen über die Behauptung des Beklagten gehört habe, der Kläger habe sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, bei den Verhandlungen unter der Voraussetzung mitzuwirken, daß er für diese Tätigkeit keinen Lohn erhalte, sondern damit abgefunden werde, daß er mit der Vermittlung zum Ankauf eines anderen Kinos beauftragt werden solle. Die Rüge der Revision ist unberechtigt. Rechtsanwalt He[REDACTED] war bereits vor dem Landgericht als Zeuge über dieses Beweisthema vernommen worden. Es stand daher im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es den Zeugen erneut vernehmen wollte (§ 398 ZPO).

Das Berufungsgericht hat auch bei der Würdigung dieser Zeugenaussage keinen Rechtsfehler begangen. Es hat dieser Aussage nicht entnommen, daß die Parteien eine derartige Vereinbarung getroffen haben. Diese Beweiswürdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden, da der Zeuge lediglich bekundet hat, er habe aus der Äußerung des Beklagten, der Kläger habe ihm seinerzeit das Grundstück vermittelt, er sei Kinofachmann und besorge ihm nach Verkauf des Grundstücks ein anderes Kino, den Schluß gezogen, daß das Entgelt für den Kläger in der Erteilung dieses Auftrages bestehen sollte, weil ihm, dem Zeugen, aus einer anderen Sache bekannt gewesen sei, daß der Beklagte eine ähnliche Tätigkeit in ähnlicher Weise geregelt habe.

Die Revision beanstandet weiter, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Der Makler müsse beweisen, daß eine stillschweigende Vereinbarung über den Maklerlohn zustandegekommen sei; es sei nicht Aufgabe des Auftraggebers

zu beweisen, daß eine Abrede getroffen sei, dem Makler solle keine Vergütung zustehen. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß den Beklagten die Beweislast treffe; es führt aus, die vom Beklagten behauptete Vereinbarung sei nicht bewiesen. Die Frage, wen in derartigen Fällen die Beweislast treffe, ist in Rechtslehre und Rechtsprechung bestritten. Staudinger/Riedel (11. Aufl. 1958 § 653 Anm. 6 c mit Nachw.) vertritt die Auffassung, wenn der Auftraggeber Unentgeltlichkeit behaupte, so treffe ihn die Beweislast, da er eine Abweichung von der gesetzlichen Regel für sich in Anspruch nehme; hierbei sei gleichgültig, ob die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit ursprünglich oder nachträglich getroffen sei. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob dieser Auffassung gefolgt werden kann; denn das Berufungsurteil beruht nicht auf der Auffassung, den Beklagten treffe die Beweislast. Das Berufungsgericht hat es nicht auf die Beweislast abgestellt; es hat vielmehr ausgeführt, es sei überzeugt, daß die Parteien keineswegs eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Klägers vereinbart hätten.

Die Revision rügt sodann, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die übliche Maklergebühr 3 % betrage, sich also bei einem Objekt von 1 620 000 DM auf rund 50 000 DM belaufe. Es sei keineswegs behauptet und auch vom Berufungsgericht nicht festgestellt, daß eine derartige Kalkulation bei den Verhandlungen irgendeine Rolle gespielt oder etwa bewußt oder beiderseits aus den Erörterungen herausgenommen sei. Aus diesen Ausführungen der Revision ergibt sich aber nur, daß die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung über die Höhe der Provision getroffen haben, folgt aber nicht, daß der Kläger seine Tätigkeit unentgeltlich leisten sollte.

Die Revision meint, der Kläger sei auch darüber im klaren gewesen, daß er keine Maklerprovision gegen den Beklagten geltend machen könne. Denn er habe sich wegen seiner Vergütung zunächst in Abwesenheit des Beklagten an den Käufer G. gewandt und erst dann, als dieser abgelehnt habe, vorsichtig bei Rechtsanwalt He. nach seiner Bezahlung erkundigt. Mit diesen Ausführungen geht die Revision von Feststellungen aus, die das Berufungsgericht nicht getroffen hat. Das Berufungsgericht hat vielmehr festgestellt, daß der Kläger nach Abschluß der Verhandlungen die Frage seiner Vergütung angeschnitten habe, ohne daß sich der (anwesende) Beklagte dem Kläger gegenüber darauf berufen habe, daß ihm nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung für seine Tätigkeit keine Vergütung zustehe.

Schließlich kann auch, entgegen der Auffassung der Revision, aus der vom Beklagten unter Beweis gestellten Tatsache, er habe sich nach Vertragsabschluß bei dem Notar nach dem Honorar für die Beratung durch einen Rechtsanwalt oder einen Notar erkundigt, nicht gefolgert werden, zwischen den Parteien sei kein Maklervertrag oder jedenfalls keine stillschweigende Vereinbarung über einen Maklerlohn zustande gekommen. Es ist durchaus möglich, daß der Beklagte sich nach Beurkundung des Kaufvertrages trotz Abschluß eines Maklervertrages und trotz einer stillschweigenden Vereinbarung eines Maklerlohnes versucht hat, den Kläger mit einer geringeren Vergütung abzufinden.

Da somit die Rügen der Revision nicht berechtigt sind und das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsfehler er-

kennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO, zurückzuweisen.

Dr.Nestelski Dr.Kuhn Dr.Haager Liesocke Dr.Reinicke