

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 177/76

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
26. Oktober 1977
H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma S [REDACTED] & Co. GmbH, Immobilien, Franchise KG,
vertreten durch den Geschäftsführer Josef S [REDACTED], U [REDACTED]
[REDACTED], M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kraftfahrzeugmeister Theo B [REDACTED],
Sc [REDACTED] B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Knüfer, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. November 1976 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin übt ihre Maklertätigkeit nach einer von ihr als "Franchise-System" bezeichneten Organisationsform aus. Sie hat mit mehr als 50 selbständigen Maklern im gesamten Bundesgebiet sogenannte Franchise-Vereinbarungen getroffen. Nach dem Inhalt dieser im wesentlichen gleichlautenden Verträge üben die Einzelmakler (Franchise-Nehmer) ihre Tätigkeit ausschließlich im Rahmen der Franchise-Organisation aus. Sie sind verpflichtet, von ihnen eingebrachte Objekte auf Formularen der Klägerin (Franchise-Geberin) in deren Namen und Auftrag aufzunehmen, zu bearbeiten und an die Zentrale der Klägerin weiterzulei-

- 3 -

ten. Die Klägerin teilt jedes bei ihr eingehende Objekt den anderen Franchise-Nehmern mit, denen damit ebenfalls die Möglichkeit eröffnet ist, die Gelegenheit zu verwerten. Die Rechnungsstellung, das Inkasso und der gesamte Kundenschriftwechsel sind Aufgabe der Klägerin. Die Klägerin erhält für ihre Tätigkeit als Franchise-Geblerin 20 % der kassierten Provisionen, während der Provisionsrest von ihr an den oder die beteiligten Einzelmakler abgeführt wird.

Im Kölner Raum bestehen Franchise-Vereinbarungen u.a. mit der Immobilienfirma W[REDACTED] & M[REDACTED] sowie mit dem Immobilienmakler Ba[REDACTED].

Am 14. März 1972 erteilte der Hauseigentümer L[REDACTED] der Klägerin über die Firma W[REDACTED] & M[REDACTED] einen befristeten Alleinauftrag zum Verkauf des Anwesens Kurfürstenstraße 20 in Bonn. Als Provision wurden 3 % des Verkaufspreises zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Die Preisvorstellungen L[REDACTED] lagen bei 230.000,-- DM.

Die Firma W[REDACTED] & M[REDACTED] übersandte den Auftragsschein an die Klägerin, die eine Objektbeschreibung anfertigte und den anderen Franchise-Nehmern zusandte. Außerdem annoncierte die Firma W[REDACTED] & M[REDACTED] das Objekt in den örtlichen Tageszeitungen.

In der Folgezeit trat der Beklagte als Kaufinteressent mit der Firma W[REDACTED] & M[REDACTED] in Kontakt. Nach mehreren Verhandlungen einigten er und L[REDACTED] sich am 8. Mai 1972 auf einen Kaufpreis von 80.000,-- DM. Beide



vereinbarten weiter, den notariellen Kaufvertrag am Folgetag, dem 9. Mai 1972, abzuschließen.

Ebenfalls am 8. Mai 1972 besichtigte der Makler Baltes mit einem weiteren Kaufinteressenten das ihm von der Klägerin mitgeteilte Objekt. Er wußte zu diesem Zeitpunkt, daß die Firma W[REDACTED] & M[REDACTED] einen Kaufinteressenten an der Hand hatte, der bereit war, 80.000,-- DM für das Anwesen zu bezahlen.

Der Beklagte kaufte am 9. Mai 1972 das Anwesen, allerdings nunmehr zu einem Preis von 95.500,-- DM.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten eine Maklerprovision in Höhe von 3.180,15 DM (3 % aus 95.500,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer).

Der Beklagte hält den geltend gemachten Provisionsanspruch für verwirkt. Er hat hierzu vorgetragen:

Der Franchise-Nehmer der Klägerin, Ba[REDACTED], habe am 8. und 9. Mai 1972 versucht, zugunsten eines eigenen Kaufinteressenten den Beklagten aus dem Geschäft herauszudrängen. Baltes habe L[REDACTED] telefonisch mitteilen lassen, daß sein Kaufinteressent bereit sei, mehr als 80.000,-- DM für das Anwesen zu bezahlen. Hierdurch sei er - Beklagter - gezwungen gewesen, sein Angebot mehrfach zu erhöhen, da er von Ba[REDACTED] und dessen Kaufinteressenten immer wieder überboten worden sei. Am 9. Mai 1972 habe Baltes den Verkäufer L[REDACTED] vor dem Notariat abgefangen. Er habe versucht, ihn in letzter Minute durch ein um 500,-- DM höheres Preisangebot dazu zu bewegen, den Kauf-

vertrag nicht mit ihm - Beklagten -, sondern mit dem anderen Kaufinteressenten abzuschließen. Hierauf habe Loh sich jedoch nicht eingelassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin den geltend gemachten Provisionsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts versuchte der Makler Ba■■■■, in letzter Minute den Abschluß eines Kaufvertrages zwischen L■■ und dem Beklagten zu verhindern. Ihm war dabei bekannt, daß L■■ und der Beklagte sich bereits endgültig einig waren und im Begriffe standen, den notariellen Kaufvertrag abzuschließen.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts liegt in diesem Verhalten des Maklers Ba■■■■ das sich die Klägerin nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse, eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Interessen des Beklagten, derentwegen der Provisionsanspruch gemäß § 654 BGB verwirkt sei. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

II.

Vom Wortlaut her betrifft § 654 BGB nur den hier nicht vorliegenden Fall einer unerlaubten Doppeltätigkeit des Maklers. Nach feststehender Rechtsprechung findet diese Vorschrift jedoch auch dann Anwendung, wenn ein Makler in einer vorsätzlichen oder doch an Vorsatz grenzenden grob fahrlässigen Weise anderen wesentlichen Vertragspflichten zuwiderhandelt, die Interessen seines Auftraggebers hierdurch erheblich verletzt und daher den Maklerlohn nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat (BGHZ 36, 323, 326 f; BGH WM 1976, 477, 478). Dabei ist es ohne Belang, ob der gegen seine Verpflichtungen verstoßende Makler nur für eine oder erlaubtermaßen für beide Seiten tätig ist (anderer Ansicht Erman/Werner, BGB 6. Aufl., § 654 Rn. 6 und Schwerdtner, Maklerrecht 1975, Rn. 261; sie lehnen bei Verletzung der dem Doppelmakler obliegenden Pflichten eine Anwendung von § 654 BGB ab). In § 654 BGB kommt nämlich ein von der Treue- und Sorgfaltspflicht des Maklers ausgehender allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck, wonach dem Makler bei besonders schwerwiegenden Treuepflichtverletzungen kein Provisionsanspruch zustehen soll (BGHZ 36, 323, 327). Pflichtverletzungen dieser Art sind bei Einzel- wie auch bei Doppelmaklertätigkeit denkbar. Für eine unterschiedliche Behandlung besteht kein Anlaß (vgl. BGH WM 1976, 477 ff; Senatsurteil vom 3. Juni 1977 - IV ZR 71/76).

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so steht dem Makler kein Provisionsanspruch zu. Ob dem Auftraggeber infolge der Pflichtverletzung ein Schaden ent-

standen ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (herrschende Meinung: vgl. BGHZ 36, 323, 326; Palandt/Thomas, BGB 36. Aufl., § 654 Anm. 1 a; Soergel/Mor-mann, BGB 10. Aufl., § 654 Rn. 1; Staudinger/Riedel, BGB 11. Aufl., § 654 Rn. 3; anderer Ansicht Schwerdtner aaO, Rn. 147, 148).

III.

Das Berufungsgericht geht von einer Doppelmaklertätigkeit der Klägerin aus. Dabei unterstellt es zu ihren Gunsten, daß zwischen ihr und dem Beklagten überhaupt Vertragsbeziehungen bestanden.

Im Rahmen der erlaubten Doppeltätigkeit ist der Makler verpflichtet, die Interessen beider Auftraggeber zu wahren und sich im Rahmen der ihm gegenüber beiden obliegenden Treuepflicht einer strengen Unparteilichkeit zu befleißigen (BGHZ 48, 344, 347 f). Ob ein Doppelmakler bereits immer dann seine dem Käufer gegenüber obliegende Treuepflicht verletzt, wenn er dem Verkäufer weitere Kaufinteressenten und deren Preisvorstellungen mitteilt, bedarf hier keiner Klärung (vgl. hierzu RG in Seuff.Arch. Bd. 56 Nr. 24). Das von dem Berufungsgericht festgestellte Verhalten des Maklers Ba■■■■ bestand nicht nur in einer neutralen Information des Verkäufers L■■ über eine anderweitige Verkaufsmöglichkeit. Vielmehr versuchte Ba■■■■ in Kenntnis der zwischen Loh und dem Beklagten bereits erzielten Einigkeit, den bevorstehenden Abschluß des notariellen Kaufvertrages

zugunsten seines Kaufinteressenten zu hintertreiben. Verfährt ein Makler in dieser Weise gegenüber seinem Auftraggeber, so verletzt er auch bei zulässiger Doppelmaklertätigkeit seine Treuepflicht in so schwerem Maße, daß eine Verwirkung des Provisionsanspruchs grundsätzlich gerechtfertigt erscheint (RG in Seuff.Arch. Bd. 56 Nr. 24). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Makler im Einzelfall für den Käufer als Vermittlungs- oder als Nachweismakler tätig war. Auch den Nachweismakler trifft nämlich eine nachwirkende Treuepflicht, die es ihm verbietet, nach erfolgtem Nachweis den Interessen seines Auftraggebers auf solche Art zuwiderzuhandeln (BGHZ 48, 344, 346; Schwerdtner aaO, Rn. 250 Fußn. 19).

IV.

Die Vorschrift des § 278 BGB findet im Rahmen von § 654 BGB Anwendung (allgemeine Meinung: vgl. OLG München JR 1961, 95 ff; Palandt/Thomas aaO, § 654 Anm. 3 a; Staudinger/Riedel aaO, § 654 Rn. 3; Soergel/Morrmann aaO, § 654 Rn. 2; vgl. auch BGH in AIZ 1964, 76, 78). Gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse im vorliegenden Fall für das Verhalten des Maklers Ba■■■■ gemäß § 278 BGB einstehen, wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe es zu Unrecht als unerheblich angesehen, daß Ba■■■■ als Franchise-Nehmer der Klägerin selbständiger Makler geblieben sei. Hieraus ergebe sich nämlich, daß er nur

eigenen, seinem Auftraggeber gegenüber obliegenden Verpflichtungen nachgekommen sei. Da zwischen seinem Kaufinteressenten und der Klägerin keine vertraglichen Beziehungen bestanden hätten, sei Baltes auch nicht Erfüllungsgelhilfe der Klägerin gewesen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die zwischen dem anderen Kaufinteressenten und Ba[REDACTED] bzw. der Klägerin bestehenden rechtlichen Beziehungen spielen bei der Frage, ob § 278 BGB hier Anwendung findet, keine Rolle. Wesentlich ist allein das vom Berufungsgericht im Verkaufsfall Loh zugunsten der Klägerin unterstellte Bestehen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien dieses Prozesses und die sich hieraus ergebende Verpflichtung der Klägerin, den Interessen des Beklagten nicht zuwiderzuhandeln. Hat sie sich im Rahmen dieser Verpflichtung des Maklers Ba[REDACTED] als ihrer Hilfsperson bedient, so muß sie für dessen Verhalten einstehen, mag Ba[REDACTED] selbst auch aufgrund einer eigenen, seinem Kaufinteressenten gegenüber obliegenden Verpflichtung tätig geworden sein.

Besteht die dem Schuldner obliegende Verbindlichkeit in einem Unterlassen, wie dies hier der Fall ist, so hat er für das Verhalten eines Dritten dann einzustehen, wenn es mit dem Aufgabenbereich, in dem der Dritte nach dem Willen des Schuldners tätig ist, in sachlichem Zusammenhang steht (BGHZ 23, 319, 323; 31, 358, 365 f). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei bejaht.

Nach dem unstreitigen Parteivorbringen hatte der Verkäufer L. der Klägerin einen Makler-Alleinauftrag erteilt. Der Versuch des Maklers Ba., als sogenannter Kundenmakler für den Verkäufer einen Kaufinteressenten zu finden, lag somit im Willen der Klägerin, die sich insoweit ihres Franchise-Nehmers als Erfüllungsgehilfen bediente. Hiervon geht auch das Berufungsgericht ersichtlich aus.

Das Berufungsgericht hat einen sachlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Kundenmaklers Ba. und der Pflichtverletzung gegenüber dem Beklagten ohne Rechtsirrtum bejaht. Der erforderliche Zusammenhang wird dadurch begründet, daß dem Verkäufer L. nur ein Käufer vermittelt oder nachgewiesen werden konnte, entweder der Beklagte oder der Kaufinteressent des Maklers Ba.. Mit seiner Tätigkeit berührte Ba. daher zwangsweise auch die Interessensphäre des Beklagten. Sein Versuch, den eigenen Kaufinteressenten an die Stelle des Beklagten zu setzen, mußte notwendigerweise dem Kaufinteresse des Beklagten zuwiderlaufen. Der Annahme eines sachlichen Zusammenhangs steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, daß sich aus der nach dem Willen der Klägerin von Ba. ausgeübten Tätigkeit nicht von vornherein Unterlassungspflichten ergaben, die der Klägerin dem Beklagten gegenüber oblagen, sondern daß Ba. erst durch eine Überschreitung seines Aufgabenbereichs in das zwischen den Parteien bestehende Pflichtenverhältnis eingriff. Der Versuch einer vertragswidrigen Beeinflussung des Verkäufers L. fiel nämlich nicht völlig aus dem allgemeinen Umkreis jenes Aufgabenbereichs heraus, in dem Ba. nach

dem Willen der Klägerin tätig war (vgl. BGHZ 31, 358, 360). Vielmehr begründete gerade das von der Klägerin praktizierte Franchise-System und die in ihm vorgesehene Konkurrenz der einzelnen Kundenmakler die Gefahr einer unlauteren Einflußnahme auf den Verkäufer. Bei einer derartigen Sachlage ist die Anwendung von § 278 BGB auch dann gerechtfertigt, wenn der Erfüllungsgehilfe nach dem Willen des Schuldners zunächst nicht im Rahmen des Schuldverhältnisses tätig ist, aus dessen Verletzung Ansprüche hergeleitet werden.

V.

Der geltend gemachte Provisionsanspruch ist allerdings nur dann gemäß § 654 BGB verwirkt, wenn der Klägerin eine schwerwiegende Vertragsverletzung zuzurechnen ist, die sich als vorsätzlicher, zumindest aber als ein an Vorsatz grenzender grob fahrlässiger Pflichtverstoß darstellt. Das Berufungsgericht scheint davon auszugehen, daß eine dieser Voraussetzungen hier erfüllt ist. Mit Sicherheit läßt sich dies dem Berufungsurteil jedoch nicht entnehmen, da ausdrückliche Ausführungen hierzu fehlen.

Dennoch ist es nicht erforderlich, das Berufungsurteil aus diesem Grunde aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, da der Senat die erforderliche Würdigung selbst nachholen kann. Fehlen im Berufungsurteil

Ausführungen zur Verschuldensfrage, so ist das Revisionsgericht nicht gehindert, die erforderliche Prüfung selbst nachzuholen, wenn alle entscheidungserheblichen Tatsachen feststehen und eine weitere Aufklärung nicht in Betracht kommt. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze, die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nachholung einer vom Berufungsgericht unterlassenen Auslegung entwickelt worden sind (BGHZ 65, 107, 112).

Der Makler Ba■■■■, dessen Verschulden die Klägerin zu vertreten hat, hat vorsätzlich gehandelt. Nach den Feststellungen des Tatrichters, die keinen Rechtsfehler enthalten und von der Revision auch nicht angegriffen werden, war Ba■■■■, als er am 8. Mai 1972 mit seinem Kaufinteressenten das Objekt besichtigte, bekannt, daß die Firma W■■■■ & Mü■■■■ bereits einen Interessenten an der Hand hatte, der für das Haus 80.000,-- DM zahlen wollte. Am 9. Mai 1972 wußte Ba■■■■, daß sich L■■ und der Beklagte mündlich auf einen Kaufpreis von 95.500,-- DM endgültig geeinigt hatten und im Begriff waren, dementsprechend den notariellen Kaufvertrag abzuschließen. Sozusagen im letzten Augenblick versuchte Baltes auf der Straße vor der Notariatskanzlei, die zwischen Verkäufer und Käufer getroffene Preisabsprache wieder zu zerstören, um mittels eines höheren Angebots von 500,-- DM das Geschäft mit seinem Kaufinteressenten zustande zu bringen.

Das Berufungsgericht hat daher im Ergebnis zu Recht den geltend gemachten Provisionsanspruch als verwirkt angesehen.

VI.

Keiner Erörterung bedarf die Frage, welche Aussichten die Klage gehabt hätte, wenn die Klägerin den geltend gemachten Anspruch auf die ihr von der Firma W[REDACTED] & Mü[REDACTED] eingeräumte Inkassoberechtigung gestützt, also aus abgeleitetem Recht geklagt hätte. Das Berufungsgericht hat nämlich festgestellt, daß die Klägerin nur aus eigenem, nicht aber aus abgeleitetem Recht der Firma W[REDACTED] & Mü[REDACTED] klagt. Allein dieses vom Berufungsgericht festgestellte Parteivorbringen hat der Senat seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

VII.

Nach alledem war die Revision der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Grell

Dr. Buchholz

Knüfer

Dr. Hoegen

Dehner