

14

BUNDESGERICHTSHOF

2032 011

IM NAMEN DES VOLKES

IV_ZR_785/68

URTEIL

Verkündet am

30. April 1969
B l e c h e r ,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hossein E [REDACTED] P [REDACTED], Teppichhändler, M [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

Jürgen G [REDACTED], M [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED]

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß und der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das den Parteien anstelle der Verkündung am 6. September 1966 zugestellte Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Teppichhändler Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] hatten den Kläger, einen Immobilienmakler, beauftragt, ihnen ein vermietbares Ladengeschäft nachzuweisen und über dieses einen Mietvertrag zu vermitteln. Sie versprachen dem Kläger als Provision 4 % aus der Zehnjahresmiete. Der Kläger führte den Auftrag aus. Am 23. September 1963 wurde über ein Ladengeschäft ein Mietvertrag von dem Grundstückseigentümer Z[REDACTED] und Ma[REDACTED] unterzeichnet, in dem auf drei von diesen gleichfalls unterzeichneten Zusatzverträge verwiesen wurde. Nach einem dieser Verträge

- 3 -

sollte der ganze Mietvertrag nur gelten, wenn auch eine in dem Grundstück befindliche Halle vor dem 1. Dezember 1963 an Ma[REDACTED] vermietet würde.

Am 2. Oktober 1963 kamen Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] zusammen mit dem Beklagten in das Büro des Klägers. Ma[REDACTED] hatte den Kläger vorher telefonisch gebeten, einen Hallenmietvertrag und eine Mietbeitrittserklärung seiner beiden Geschäftsfreunde vorzubereiten. Bei dieser Zusammenkunft unterzeichnete Ma[REDACTED] allein den Hallenmietvertrag, datiert vom 1. Oktober 1963. Ferner unterzeichneten alle drei eine Erklärung, nach der der Beklagte und Me[REDACTED] den Mietvertrag mit den Zusatzverträgen und dem Hallenmietvertrag "in vollem Umfang mit allen Rechten und Pflichten beitragen".

Der Kläger sollte hierfür die Zustimmung des Vermieters beibringen und auch versuchen zu erreichen, daß die Miete für die Halle nur auf 2.700 DM und nicht auf 3.000 DM monatlich festgesetzt wurde. Bei dieser Gelegenheit wurde auch über die Höhe der Provision gesprochen. Der Kläger erklärte dem Beklagten, daß er von ihm, da sie keine besondere Abrede getroffen hätten, nur eine solche von 3 % aus der Zehnjahresmiete verlangen würde, was etwa 50.000 DM ausmache. Der Beklagte und seine Mitmieter erklärten, eine so hohe Provision nicht zahlen zu können. Sie versuchten, den Kläger zu bewegen, seine Forderung herabzusetzen und erklärten schließlich, einen Betrag von 25.000 DM zahlen zu wollen. Der Kläger ging hierauf nicht ein. Eine Einigung wurde nicht erzielt.

Der Kläger führte den ihm erteilten Auftrag aus.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Nachdem Ma[REDACTED] am 10. Oktober 1963 mit Z[REDACTED] eine Vereinbarung über vorzeitige Zahlung eines Teilbetrages des im 3. Zusatzvertrag vereinbarten verlorenen Zuschusses getroffen hatte, unterzeichnete Z[REDACTED] am gleichen Tag den Hallenmietvertrag und den Mietvertragsbeitritt. Das Mietverhältnis wurde in der Folgezeit nicht ausgenutzt, vielmehr von Z[REDACTED] fristlos gekündigt, weil die drei Mieter ihren finanziellen Verpflichtungen aus den Verträgen nicht nachkamen. Unstreitig sind Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] heute vermögenslos.

Der Kläger hat die drei Mieter als Gesamtschuldner auf Zahlung der Maklerprovision in Anspruch genommen. Die Klage gegen Ma[REDACTED] ist noch anhängig. Me[REDACTED] ist rechtskräftig verurteilt worden, als Gesamtschuldner an den Kläger 55.400 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn als Gesamtschuldner neben Me[REDACTED] einen Betrag von 49.320 DM nebst 5 % Zinsen seit dem Tage der Klagzustellung zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er macht geltend, ihm sei das vermietete Objekt am 2. Oktober 1963, als er zu dem Kläger gegangen sei, durch seine Geschäftsfreunde schon bekanntgewesen. Er habe dem Kläger keinen Maklerauftrag erteilt und auch seine Dienste nicht in Anspruch genommen. Er habe dem Mietvertrag auch gar nicht beitreten wollen, sondern wegen seiner mangelhaften Deutschkenntnisse geglaubt,

daß nur das von ihm beabsichtigte Gesellschaftsverhältnis zu Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] schriftlich fixiert werde. Er hat den Maklervertrag wegen Irrtums angefochten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts geändert und den Beklagten verurteilt, an den Kläger 49.320 DM nebst 4 % Zinsen als Gesamtschuldner neben dem Teppichhändler Me[REDACTED] zu zahlen. Der Beklagte hat Revision eingelegt. Er verfolgt seinen auf Klagabweisung gerichteten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat dem Kläger die mit der Klage begehrte Maklerprovision zugesprochen. Es hat aufgrund der Beweisaufnahme festgestellt, zwischen den Parteien sei am 2. Oktober 1963 ein Maklervertrag gemäß § 652 BGB zustande gekommen. Der Beklagte P[REDACTED] schulde für den erfolgreich abgeschlossenen Mietvertrag die übliche Provision von 3 % aus der Zehnjahresmiete, die als solche der Höhe nach unbestritten sei (§ 653 Abs. 1 und 2 BGB). Der Beklagte sei am 2. Oktober 1963, während die Verhandlungen über den Abschluß des Mietvertrags über das vom Kläger nachgewiesene Mietobjekt noch schwebten, hinzugezogen worden. Er habe sich im Büro des Klägers auf der Seite der ursprünglich als Auftraggeber aufgetretenen Mietinteressenten an den Verhandlungen beteiligt und auf deren Seite schließlich den Mietvertrag mit abgeschlossen. Dieser sei erst am 10. Oktober 1963 wirksam abgeschlossen worden. Der Beklagte habe die Maklerdienste des Klägers in Anspruch genommen. Dabei habe er gewußt, daß der Makler für den Nachweis eines

Ladengeschäfts als Mietobjekt und die Vermittlung beim Abschluß des Mietvertrages eine Provision verlange und nicht unentgeltlich tätig werde. Ihm sei auch bekannt gewesen, daß der Kläger für die Mieter und nicht etwa für den Vermieter Maklerdienste geleistet habe. Der Beklagte sei selbst als Auftraggeber aufgetreten. Er habe den Kläger gebeten, darauf hinzuwirken, daß der Vermieter sich für die Halle mit einer geringeren als der geforderten Miete von 3.000 DM monatlich begnügen möge. Aus den gesamten Umständen ergebe sich auch, daß der Kläger darauf hinwirken sollte, daß der Vermieter den Mietvertrag mit allen drei Interessenten, also auch mit dem Beklagten, schließe. Das Berufungsgericht stellt weiter fest, daß der Beklagte gegen Ende der Verhandlungen den Kläger gefragt habe, "wieviel Provision haben wir zu zahlen?" und daß der Kläger ihm daraufhin unmißverständlich erklärt habe, da er mit ihm nichts besonderes vereinbart habe, fordere er von ihm nur die übliche Provision von 3 % einer Zehnjahresmiete, was einen Betrag von etwa 50.000 DM ausmache. Der Beklagte habe sich nicht dagegen gewehrt, daß der Kläger auch von ihm eine Provision fordere. Er habe nur versucht, die Höhe der Provision zu drücken. Ungeachtet dessen sei aber der Maklervertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Dem Kläger habe die gesetzliche Regelung des § 653 BGB genügt und dem Beklagten die Erwartung, daß der Kläger Nachlaß gewähre und die Provision im Innenverhältnis von dem Mitmieter Ma[REDACTED] getragen würde, weil dieser dem Beklagten erklärt hatte, er wolle für die Provision allein aufkommen.

Die Revision macht geltend, ein Maklervertrag sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen, weil sie sich über die Höhe der von dem Beklagten zu zahlenden Vergütung nicht einig geworden seien. Diese Auffassung ist irrig. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß der Beklagte ungeachtet dessen, daß ihm die Provisionsforderung des Klägers zu hoch erschien, doch dessen Maklerdienste in Anspruch nehmen wollte. Diese Feststellung ist möglich. Ihr steht nicht entgegen, daß der Kläger die weiteren Erörterungen über die Höhe seiner Vergütung mit seinen Auftraggebern abgebrochen und erklärt hatte, darüber könne am nächsten Tage weiter verhandelt werden. Er habe jetzt keine Zeit mehr. Denn der Beklagte hat dem Kläger nicht erklärt, daß er seine Maklerdienste nicht in Anspruch nehmen wolle; wenn dieser auf seiner Forderung beharre. Er hat den Kläger weiter wirken lassen. Dieses Verhalten war, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei ausgeführt hat, nach § 157 BGB dahin zu verstehen, daß er auf jeden Fall die Dienste des Klägers als Makler in Anspruch nehmen wollte. Auch der Kläger hat das so verstanden. In einem solchen Fall greift, wenn die Parteien keine abweichende Vereinbarung über die Höhe der Provision getroffen haben, § 653 Abs. 2 BGB durch. Sie schließt die in einem Maklervertrag enthaltene Lücke auch dann, wenn nach dem Willen des Auftraggebers der Makler ungeachtet dessen tätig werden soll, daß eine Vereinbarung über die Höhe seiner Vergütung nicht erzielt worden ist. § 653 Abs. 2 BGB greift nur dann nicht durch, wenn der Auftraggeber zu erkennen gegeben hat, daß er die Tätigkeit des Maklers nur in Anspruch nehmen will, wenn zuvor eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung getroffen worden ist. Das hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Einwendungen des Beklagten gegen die von dem Kläger genannte Höhe der Provision waren demnach nach der Auffassung des Berufungsgerichts nur dahin zu verstehen, daß er an sich bereit war, die nach dem Gesetz geschuldete Provision zu zahlen; daß ihm die von dem Kläger genannte Summe allerdings zu hoch erschien, und daß er jedenfalls hoffte, den Kläger zu einem Entgegenkommen veranlassen zu können.

Die Angriffe, die die Revision gegen die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen richtet, sind unbegründet. Das Berufungsgericht hat den gesamten Prozeßstoff, insbesondere auch die Aussagen der Zeugen Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] sowie den von der Zeugin St[REDACTED] gefertigten Vermerk über die Verhandlung am 2. Oktober 1963 berücksichtigt. Es brauchte nicht ausdrücklich zu erörtern, daß die Vereidigung der Zeugen Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] nach § 391 ZPO nicht geboten war. Das Berufungsgericht hat aufgrund der Bekundungen der Zeugen festgestellt, daß beide sich nicht mehr genau an die Vorgänge erinnerten. Sie haben auch zum größten Teil nur Angaben über ihre eigenen Vorstellungen und Eindrücke gemacht. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht annehmen, daß eine Beeidigung auch nicht zu einem anderen und besseren Beweisergebnis führen würde. Das war offensichtlich und brauchte in dem angefochtenen Urteil nicht besonders erörtert zu werden.

Auch gegen die Gesetze über die Verteilung der Beweislast hat das Berufungsgericht nicht verstoßen. Es hat den Beweis dafür, daß der Beklagte dem Kläger einen Maklerauftrag erteilt hat, als geführt angesehen. Allerdings heißt es auf S. 19 der Urteilsausfertigung:

Der Beklagte sei vom Senat zum Gegenbeweis dafür zugelassen, daß er nie einen Auftrag erteilt habe, die Zustimmung des Z[REDACTED] zu dem günstigeren Hallenmietvertrag und zu dem Mietbeitritt zu besorgen. Dieser Beweis sei ihm nicht gelungen. Damit hat das Berufungsgericht sich nur mißverständlich ausgedrückt. Die folgenden Ausführungen gehören der Sache nach zu den unter 2) auf Seite 12 - 17 enthaltenen Darlegungen über das Zustandekommen eines Maklervertrags. Denn sie ergeben, daß die Bekundungen der Zeugen Ma[REDACTED] und Me[REDACTED] dieser Feststellung nicht entgegenstehen.

Vergebens wendet sich die Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, er sei der deutschen Sprache nicht genügend mächtig gewesen und habe gar keinen Mietvertrag mit Zäch abschließen wollen, vielmehr angenommen, daß ein Gesellschaftsvertrag zwischen Ma[REDACTED], Me[REDACTED] und ihm abgeschlossen werde. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beweisaufnahme ergeben, daß der Beklagten den Verhandlungen sehr wohl hat folgen können und daß er seinen Willen auch richtig zum Ausdruck gebracht hat. Diese Feststellung konnte das Berufungsgericht treffen, ohne einen Sprachsachverständigen zu hören. Es hat sie nicht nur auf die Bekundung der Zeugin St[REDACTED] gegründet, sondern auch zahlreiche andere Umstände berücksichtigt, z.B., daß der Beklagte schon seit etwa 8 - 9 Jahren in Deutschland und Inhaber eines größeren Geschäfts in einer der bedeutendsten Geschäftsstraßen der M[REDACTED]er Innenstadt war, daß er auch bei den Verhandlungen als Wortführer aufgetreten ist und daß schließlich auch sein sonstiges Vorbringen dieser seiner Einlassung entgegensteht. Die von der Revision angeführte

Entscheidung des Bundessozialgerichts (NJW 1957, 1087) betrifft andere Rechtsfragen, die hier nicht zu entscheiden sind.

Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision anführt, angenommen, daß die Provision im Innenverhältnis allein von Ma[REDACTED] hätte getragen werden müssen. Es hat auf Seite 15 der Urteilsausfertigung nur gesagt, der Beklagte habe dieses aufgrund der Äußerung des Ma[REDACTED] angenommen oder erwartet.

Mit Recht hat das Berufungsgericht dargelegt, der Beklagte könne seine dem Kläger gegenüber abgegebene Erklärung auch nicht deswegen anfechten, weil Ma[REDACTED] ihn über seine Zahlungskraft und seine Zahlungsbereitschaft getäuscht habe. Nach § 123 Abs. 2 BGB kann der Beklagte aus diesem Grunde nur anfechten, wenn der Kläger diese Täuschung erkannte oder kennen mußte. Das war nicht der Fall. Der Kläger ist vielmehr selbst von Ma[REDACTED] über diese Umstände getäuscht worden. Derjenige, der selbst getäuscht wird, kann die Täuschung nicht kennen.

Es braucht nicht erörtert zu werden, ob eine Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB hier nach § 122 BGB zur Folge hat, daß der geltend gemachte Anspruch dennoch begründet ist. Denn diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind zusätzlich. Sie tragen die Entscheidung nicht. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Beklagte sich über den Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung geirrt hat. Die getroffenen Feststellungen ergeben im Gegenteil, daß das Berufungsgericht die dahin gehende Behauptung des Beklagten für widerlegt angesehen hat.

Das Berufungsgericht mußte auch nicht deswegen zu einer anderen Feststellung gelangen, weil der Kläger die Unterredung über die Herabsetzung der von ihm geltend gemachten Forderung mit den Worten abbrach, er habe jetzt keine Zeit mehr; man könne darüber am nächsten Tag weiter sprechen. Denn das Verhalten des Beklagten ließ, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, eindeutig seinen Willen erkennen, der Kläger solle auf jeden Fall für ihn tätig werden. Der Beklagte hat auch den Kläger tätig werden lassen und er hat die Gelegenheit, auf die abgebrochene Unterredung zurückzukommen, nicht genutzt.

Mit Recht rügt die Revision dagegen, das Berufungsgericht habe es unterlassen zu prüfen, ob die von dem Kläger geforderte Provision auch üblich im Sinne des § 653 BGB ist. Das Berufungsgericht hat zwar auf S. 10 der Urteilsausfertigung ausgeführt, der Beklagte schulde für den erfolgreich abgeschlossenen Mietvertrag die übliche Provision von 3 % aus der Zehnjahresmiete, die als solche der Höhe nach unbestritten sei. Das kann aber nur so verstanden werden, der Beklagte habe nicht bestritten, daß die von dem Kläger geforderte Summe 3 % der Zehnjahresmiete entspreche. Daß dieses für solche Fälle die übliche Provision sei, hat er bestritten. Denn er hat, als er dem Kläger den Auftrag erteilte, gegen dessen Forderung Widerspruch erhoben. Er hat geltend gemacht, der Kläger könne nur erheblich weniger beanspruchen und es sei allgemein auch nur ein Betrag von 3 % der Fünfjahresmiete als Provision üblich. Unter diesen Umständen mußte das Berufungsgericht die Höhe der Forderung als bestritten ansehen. Es durfte der Klage nicht stattgeben, ohne zu entscheiden, ob der Kläger mit seiner Forderung nur die übliche Pro-

vision im Sinne des § 653 BGB geltend macht. Wegen dieses Rechtsfehlers muß das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Bei der erneuten Verhandlung hat das Berufungsgericht zu beachten, daß der Kläger zu beweisen hat, was üblicherweise in solchen Fällen als Provision verlangt und gezahlt wird. Dabei kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, welche Provision üblicherweise für die Vermittlung von Mietverträgen über Geschäftsräume schlechthin gezahlt wird. Sondern es sind die hier gegebenen besonderen Umstände zu berücksichtigen. Sie bestehen darin, daß dem Kläger das Objekt an sich bekannt war und daß er nur als weiterer Mieter in einen bereits vermittelten und abgeschlossenen Mietvertrag eintreten wollte. Sollte sich ergeben, daß es sich hier um einen Ausnahmefall handelt, für den sich hinsichtlich der Bemessung der Provision kein Ortsbrauch herausgebildet hat, dann gilt eine angemessene Provision als geschuldet (vgl. dazu Baumbach/Duden HGB § 355 Anm. 3 B). Der

Ansicht von BGB RGR-Komm. 11. Aufl. § 653 Anm. 4, wonach in einem solchen Fall § 315, 316 BGB anzuwenden seien, kann nicht gefolgt werden. Denn der Fall kann nicht dem gleichgestellt werden, in dem die Höhe der Provision nach dem Willen der Parteien einem der Vertragsschließenden überlassen werden soll. Sonach muß das Berufungsgericht, gegebenenfalls nach Anhörung eines Sachverständigen, entscheiden, welches Entgelt für die von dem Kläger erbrachte Leistung angemessen ist.

Senatspräsident Dr. Hauß
ist beurlaubt und dadurch
verhindert zu unterschreiben

Johannsen

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Bukow

Dr. Buchholz