

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 134; GewO § 34c Abs. 1 Nr. 1a

Trotz fehlender Gewerbeerlaubnis ist der zwischen
einem gewerbsmäßig tätigen Makler und seinem
Kunden abgeschlossene Nachweismaklervertrag wirksam.

BGH, Urt. v. 23. Oktober 1980 - IVa ZR 33/80 OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 33/80

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

23. Oktober 1980

Hellmann,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Herrn Adolf R., E.

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

Frau Helga D. geb. G., H.straße, U.

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 12. Dezember 1978 aufgehoben und das Urteil der Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg vom 17. März 1978 geändert:

Die Beklagte wird verurteilt an den Kläger 3.633,- DM nebst 9% Zinsen seit dem 20. März 1977 zu zahlen.

Der Kläger hat von den Kosten der I. Instanz 2/5 zu tragen. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten eine Provision, weil er der Ansicht ist, er sei für sie mit Erfolg als Nachweismakler tätig gewesen.

Der Kläger, der selbst keine Maklererlaubnis hatte, arbeitete im Frühjahr 1977 in dem Maklerbüro seines Sohnes.



Bereits früher hatte die Beklagte ihn um Nachricht gebeten, falls er ein für sie geeignetes Hausgrundstück wisse. Dieser Bitte kam der Kläger im Februar 1977 nach, als die Eheleute Ro[REDACTED] ein Hausgrundstück in U[REDACTED]-V[REDACTED] verkaufen wollten. Er besprach die Kaufgelegenheit mit der Beklagten und ihrem Ehemann, besichtigte mit beiden das Kaufobjekt am Sonnabend, dem 12. Februar 1977, und überließ der Beklagten schließlich für das folgende Wochenende den Hausschlüssel. Bei der Rückgabe des Schlüssels am Montag, dem 14. Februar 1977, konnten sich die Parteien weder über den Kaufpreis - gefordert waren 125.000 DM - noch über die Provisionsforderung des Klägers von 5 oder 6% einigen. Die Beklagte wollte ohne ihren Ehemann nichts entscheiden.

Zwei Tage später erwarb die Beklagte das Hausgrundstück durch notariellen Kaufvertrag für 110.000 DM. Auf diesen Preis hatte der Makler Stamm die Forderung der Eheleute Ro[REDACTED] gedrückt. Dieser Makler hatte das Grundstück am Abend des 14. Februar 1977 der Beklagten für zunächst 112.000 DM angeboten. Seine Maklerprovision von letztlich 3.000,- DM hat die Beklagte bezahlt.

Der Kläger, gegen den Haftbefehle vom 22. Juli 1976, 19. Juli und vom 9. November 1978 im Schuldnerverzeichnis eingetragen worden sind, hat in I. Instanz von der Beklagten 6.150,- DM nebst 9% Zinsen seit dem 20. März 1977 verlangt. Nach Klagabweisung hat er mit seiner Berufung nur noch 3.633,- DM (3% zuzüglich Mehrwertsteuer) nebst Zinsen als Provision begehrt. Diesen Antrag verfolgt der

Kläger mit der zugelassenen Revision weiter, nachdem seine Berufung zurückgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers muß dazu führen, ihm die verlangte Provision zuzusprechen, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die dafür erforderlichen Voraussetzungen insgesamt erfüllt sind, insbesondere entgegen seiner Rechtsansicht der Grundstückskaufvertrag vom 16. Februar 1977 infolge der Nachweistätigkeit des Klägers abgeschlossen worden ist.

1) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Maklervertrag dadurch zustandegekommen, daß die Beklagte sich die auf ihre Bitte hin vom Kläger erbrachten typischen Maklerdienste hat leisten lassen und dabei den gesamten Umständen entnehmen mußte, daß dies entgeltlich geschehen sollte. Es könne ungeklärt bleiben, ob der Kläger bei seinen früheren Kontakten mit der Beklagten als Verkäufermakler aufgetreten sei. Als die Beklagte auf die Nachricht des Klägers hin ihn im Büro besucht und mit ihm das Grundstück besichtigt habe, sei kein Anhalt für die Annahme vorhanden gewesen, daß er ausschließlich für den Verkäufer tätig und von diesem bezahlt würde. Die Beklagte habe sich selbst nicht vorgestellt, daß der Kläger ihr seine Dienste unentgeltlich leisten würde. Einer Einigung über den Provisionssatz habe es für den Vertragsschluß bei dem ersten Besuch nicht bedurft, vielmehr habe nach § 653

Abs. 2 BGB die übliche Provision als vereinbart gegolten; die spätere höhere Provisionsforderung des Klägers stelle sich rechtlich als Versuch einer Vertragsänderung dar.

Dieser Maklervertrag sei zwar auf die Leistung von dem Kläger verbotenen Diensten gerichtet, weil der Kläger keine Erlaubnis für gewerbsmäßige Maklertätigkeit besessen habe und diese zu Beginn des Jahres 1977 oder später wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse auch nicht bekommen haben würde. Nach dem Schutzzweck des Gesetzes führe dieser einseitige gewerberechtliche Verstoß aber nicht zur Nichtigkeit des Maklervertrages.

Ein Provisionsanspruch stehe dem Kläger aber deshalb nicht zu, weil die Beklagte nicht die vom Kläger am 12. Februar nachgewiesene Vertragsgelegenheit genutzt, sondern den Kaufvertrag später durch Ausnutzung der ihr von dem Makler Stamm geschaffenen und nachgewiesenen Vertragsgelegenheit geschlossen habe. Für die Beklagte sei die Kaufpreisdifferenz von 15.000 DM eine nicht zu überwindende Sperre für den Vertragsschluß gewesen, so daß die von dem zweiten Makler herbeigeführte Preisermäßigung eine neue und selbständig geschaffene Gelegenheit darstelle. Der herrschenden Auffassung wonach "Mitursächlichkeit" genüge, sei nicht zu folgen. Dieser Begriff sei nicht hinreichend bestimmt. Eine Mitverursachung im Sinne einer Förderung der Kaufbereitschaft reiche nicht stets aus. Der Erstnachweis sei kein Instrument, mit dem der Makler sich an anderweit erzielte Geschäftserfolge anhängen könne. Das Provisionsversprechen des Auftraggebers bei konkurrierenden Nachweisen, die verschiedene Makler für

dasselbe Objekt gegeben haben, könne vom Erstmakler nicht so verstanden werden, daß er auch dann entlohnt werden solle, wenn der Zweitmakler günstigere Bedingungen nachweise. Bei unbefangener Betrachtung müsse davon ausgegangen werden, daß bei einer erheblichen Preisdifferenz der Auftraggeber nur die günstigere Verkaufsgelegenheit sinnvoll nutze und verwirkliche. Folge man allerdings der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 11. März 1970 - IV ZR 803/68 - WM 1970, 855) und der herrschenden Meinung, so habe der Kläger die Provision verdient.

2. Die Ansicht des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei ein Nachweismaklervertrag zustande gekommen, wird von den dazu getroffenen Feststellungen getragen und ist zumindest im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Ein Nachweismaklervertrag ist jedenfalls dann geschlossen, wenn Kunde und Makler sich einig geworden sind, daß der Makler dem Kunden Verkaufs- bzw. Kaufgelegenheiten nachweisen und daß er dafür im Erfolgsfall ein Entgelt erhalten soll. Ist dessen Höhe nicht bestimmt, so ist der übliche Lohn als vereinbart anzusehen (§ 653 Abs. 2 BGB). Diese Voraussetzungen sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier gegeben.

Die Beklagte hatte von sich aus dem Kläger die Nachweistätigkeit angetragen. Sie hatte vorher den Kläger als im Maklergeschäft tätig kennengelernt. Deshalb war sie bereits bei ihrer Bitte um Benachrichtigung

auch aufgrund des Verhaltens des Klägers mit diesem einig, daß ihm die Provision zustehen sollte. Nicht die Provisionspflicht überhaupt, sondern nur die Höhe der Provision war zwischen den Parteien ungeklärt. Unter diesen Umständen weist die Revision mit Recht darauf hin, daß der Streit der Parteien über die Höhe der Provision erst nach Vertragsschluß entstanden ist.

3. Auch die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, trotz fehlender Gewerbeerlaubnis gem. § 34 c GewO für den Kläger greife § 134 BGB nicht ein, der Maklervertrag sei wirksam, ist zutreffend.

Die Rechtsprechung sieht in der Regel einen Vertrag dann als nichtig an, wenn beide Vertragsparteien durch seinen Abschluß einem gesetzlichen Verbot zuwidergehandelt haben. Entscheidend sind dabei stets Sinn und Zweck der in Rede stehenden gesetzlichen Bestimmung. Da hier allenfalls dem Kläger ein Gesetzesverstoß zur Last zu legen ist, hat das Berufungsgericht zutreffend darauf abgestellt, ob der Schutzzweck des Gesetzes so weit geht, daß die zivilrechtliche Sanktion der Nichtigkeit zu fordern ist.

Die Rechtsprechung hat das auch für Fälle der gesetzwidrigen Ausübung einer gewerblichen oder geschäftsmäßigen Tätigkeit angenommen, so für die unerlaubte Rechtsberatung (BGHZ 37, 258), für unerlaubte Arbeitsvermittlung (schon BGH WM 1969, 404, zuletzt bestätigt in BGH WM 1978, 949), für verbotene Heilmittelwerbung (BGHZ 53, 152), für im Reisegewerbe verbotenerweise vermittelte Darlehen (BGHZ 71, 358).

Ein so weitgehender Schutzzweck ist der hier in Rede stehenden Norm nicht zu entnehmen. Insbesondere ergibt sich daraus nicht, daß sie sich gegen die privatrechtliche Wirksamkeit und gegen den wirtschaftlichen Erfolg (vgl. dazu BGH NJW 1968, 2286) der Maklertätigkeit richten wolle.

Die Bestimmung des § 34c Abs. 1 Nr. 1 a GewO enthält kein ausdrückliches gesetzliches Verbot. Auch bedurfte das hier fragliche Rechtsgeschäft selbst, der Maklervertrag zwischen den Parteien, nicht der behördlichen Genehmigung. Vielmehr ist in dieser Vorschrift u.a. für gewerbsmäßige Tätigkeit als Immobilienmakler das Erfordernis der Erlaubnis der zuständigen Behörde aufgestellt. Als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen dieses Erfordernis legt die Gewerbeordnung selbst (§ 144 Abs. 1 Nr. 1 h) nur die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit fest. Eine strafrechtliche Verfolgung kommt erst bei beharrlicher Wiederholung der Gesetzesverstöße bzw. erheblichen Gefährdungen in Betracht (§ 148 GewO). Immerhin ist in einem anderen Fall in der Gewerbeordnung, nämlich bei einem Verstoß gegen die in § 115 GewO aufgestellten Regeln über die Berechnung und Auszahlung der Löhne in § 117 GewO als Rechtsfolge die Nichtigkeit ausdrücklich vorgesehen. Danach liegt der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber in § 34 c GewO eine mit nicht so scharfen Sanktionen bewehrte gewerberechtliche Ordnungsvorschrift schaffen wollte. Solche Vorschriften sind im allgemeinen nicht als Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB anzusehen (vgl. BGH LM BGB § 134 Nr. 56 = NJW 1968, 2286; ebenso MünchKomm/Mayer-Maly Rdn. 90, Soergel-Hefermehl 11. Aufl. Rdn. 20 u. 33, Staudinger/Dilcher 12. Aufl. Rdn. 31 jeweils zu § 134).

Weder die Entstehungsgeschichte noch der Wortlaut des § 34 c GewO lassen einen so weitreichenden Schutzzweck erkennen. Die nicht gewerbsmäßig ausgeübte Tätigkeit als Makler wird überhaupt nicht erfaßt. Durch das Erlaubnis-erfordernis soll die Möglichkeit eröffnet werden, den Zugang zum Gewerbe zu regeln, nicht erst nach Eintritt eines Schadens bei nachgewiesener Unzuverlässigkeit einzugreifen und die Gewerbeausübung zu untersagen (vgl. die Zitate aus BT-Drucks. VI/3535 bei Landmann/Rohmer/Marcks GewO I § 34 c Rdn. 2). Das Gesetz begnügt sich dabei in seinen Regelbeispielen mit einer Negativabgrenzung.

4. Nicht gefolgt werden kann dagegen den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Kausalität.

Der im Berufungsurteil unternommene Versuch, provisionspflichtiges Tätigwerden des Erstmaklers vom nicht provisionspflichtigen Tätigwerden unter dem Gesichtspunkt der Kausalität nach dem Abgrenzungskriterium des konkreten Provisionsversprechens zu unterscheiden, bleibt letztlich erfolglos. Er läuft auf das schon früher (OLG Köln AIZ 1975, 29) vertretene Ergebnis hinaus, unter einseitigem Schutz des Maklerkunden bei inhaltlich verschiedenen, dasselbe Objekt betreffenden Nachweisen mehrerer Makler nur den günstigeren Nachweis als ursächlich anzusehen.

Die Frage der Mitursächlichkeit in der hier gegebenen Fallgestaltung ist vom früheren IV. Zivilsenat zeitlich nach dem Berufungsurteil in dem Rechtsstreit

IV ZR 92/78 am 26. September 1979 entschieden worden (NJW 1980, 123 = WM 1979, 1363; vgl. auch schon WM 1970, 855).

Dabei ist abgestellt worden einmal darauf, ob der Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Erstmaklers und dem Kaufabschluß unterbrochen worden ist, zum anderen darauf, ob nicht jedenfalls die inhaltliche Gleichartigkeit zwischen dem vom Erstmakler nachzuweisenden und dem schließlich zustandegekommenen Rechtsgeschäft fehlt. An diesen Abgrenzungskriterien hält der Senat nach erneuter Prüfung auch im vorliegenden Fall fest. Sie führen dazu, nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen den Provisionsanspruch des Klägers zu bejahen.

Die Beklagte hat alle wesentlichen, ihren Kaufentschluß bestimmenden Einzelheiten durch den Nachweis des Klägers und die von ihm ermöglichten Besichtigungen erfahren. Lediglich der vom Kläger genannte Kaufpreis war ihr zu hoch. Dieser Kaufpreis war jedoch nicht etwa ein endgültiger Mindestpreis, sondern ein abänderbarer Betrag. Das war auch für die Beklagte erkennbar, weil in ihrem Beisein der Kläger versuchte, die Verkäufer telefonisch zu erreichen, um mit ihnen über die Herabsetzung zu verhandeln.

Dieser erhebliche Nachweisbetrag des Klägers ist auch nicht etwa dadurch entfallen, daß die Verhandlungen zwischen den Parteien gescheitert wären. Vielmehr stellt das Berufungsurteil dazu ausdrücklich fest, das Interesse der Beklagten an der vom Kläger nachgewiesenen Kaufgelegenheit sei - hinzuzufügen ist: trotz der Kaufpreishöhe - nicht ganz erloschen gewesen.

Die Ursächlichkeit des Nachweisbeitrags ist ferner nicht durch die spätere, nur am Abend des 14. Februar 1977 entfaltete Tätigkeit des Maklers Stamm entfallen. Das Berufungsurteil führt ausdrücklich aus, die Beeinflussung der Beklagten sei "noch wirksam gewesen, als die Beklagte mit dem Makler Stamm aufgrund des neuen Preisangebotes die Verhandlungen fortsetzte". Allerdings hat dieser nach den nicht angreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts von sich aus die letzte Ursache gesetzt, den "Durchbruch" geschafft, indem er die Verkäufer dazu brachte, den Kaufpreis auf 110.000 DM zu senken. Gerade wegen der im Nachweisbeitrag des Klägers liegenden Vorarbeit aber hat der Zweitmakler seine Bemühungen auf eine Herabsetzung der Verkäuferforderung beschränkt und konzentriert. Deshalb konnte die dann erreichte Herabsetzung den schon geweckten Kaufwillen in einen Kaufentschluß umwandeln. Dem Kläger als dem zuerst tätigen Makler hat die Beklagte die gleiche Chance nicht eingeräumt. Sie hat ihm diese vielmehr dadurch genommen, daß sie den Makler Stamm für sich tätig werden ließ. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß der zweite Makler seine Provisionsforderung im Gegensatz zum Kläger auf 3% beschränkte und schließlich sogar auf den festen Betrag von 3.000 DM herabsetzte. Denn auch dem Kläger gegenüber war die Beklagte mangels anderweitiger Vereinbarung nur zur Bezahlung der üblichen Provision verpflichtet.

Schließlich ist die inhaltliche Gleichartigkeit zu bejahen. Insoweit kann allerdings das vom Berufungsgericht hervorgehobene Provisionsversprechen von Bedeutung sein, weil es für die Frage der wirtschaftlichen Identität darauf ankommt, wie konkret der beabsichtigte

Vertrag im Maklervertrag festgelegt worden ist (vgl. MünchKomm/Schwerdtner Rdn. 88 zu § 652 BGB). Der hier zustandegekommene Grundstückskaufvertrag entspricht jedoch inhaltlich völlig demjenigen, den der Kläger nach dem Maklervertrag mit der Beklagten dieser als Gelegenheit nachweisen sollte.

5. Unter diesen Umständen hat der Senat gem. § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO selbst zu entscheiden. Der dem Kläger zustehende Provisionsanspruch steht der Höhe nach fest. Die Beklagte hat im zweiten Rechtszug nicht bestritten, daß die im örtlichen Bereich der Parteien übliche Vergütung 3% zuzüglich Mehrwertsteuer beträgt. Auch die verlangten Zinsen sind dem Kläger gemäß §§ 284, 288 BGB zuzusprechen. Die Beklagte hat nicht bestritten, daß der Kläger sie zum 20. März 1977 gemahnt und daß er Bankkredit von 9% in Anspruch genommen hat.

Dr. Hoegen Rottmüller Dehner

Dr. Schmidt-Kessel Dr. Zöpfs