

18

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 653 Abs. 1

- a) Nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist eine Maklerleistung dann, wenn die Umstände zu der Annahme (Prognose) zwingen, die Maklerleistung würde unterbleiben, wenn dem Makler angesonnen würde, ohne (hier: Verkäufer-) Provision tätig zu werden.
- b) Ist die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten, dann trägt der Auftraggeber die Beweislast für die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit.

BGH, Urt. v. 12. Februar 1981 - IVa ZR 94/80 OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 94/80

URTEIL

Verkündet am

12. Februar 1981
Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Hoteliers Paul P [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],
Bad-H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die V [REDACTED] K [REDACTED] e.G., K [REDACTED] gesetzlich
vertreten durch ihren Vorstand die Bankdirektoren
Kurt A [REDACTED] und Horst S [REDACTED], beide B [REDACTED]straße [REDACTED],
K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 28. Juni 1979 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht des gewerbsmäßigen Maklers Alfons K. Zahlung von Maklerlohn für die Vermittlung des Verkaufs eines Grundstücks des Beklagten in H-M an Frau Irene Sc. zum Preise von 799.750 DM. Von der Käuferin hat der Makler für die Vermittlung bereits eine Vergütung erhalten. Die Klägerin behauptet, zwischen dem Makler und dem Beklagten sei vereinbart worden, daß der Beklagte eine Provision von 3% vom Kaufpreis nebst 11 % Mehrwertsteuer zu zahlen habe. Der Beklagte hat behauptet, er habe mit dem Makler vereinbart, daß dieser für ihn un-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



entgeltlich tätig werden und Provision nur von dem Käufer erhalten solle.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 26.631,68 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr bis auf einen Teil der begehrten Zinsen stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, zwischen dem Makler und dem Beklagten sei 1975 mündlich ein Maklervertrag abgeschlossen worden, der die Vermittlung des Verkaufs des Grundstücks des Beklagten in H [REDACTED] - M [REDACTED] zum Gegenstand gehabt habe. Dem stehe es nicht entgegen, wenn die Vermittlungstätigkeit des Maklers für den Beklagten unentgeltlich habe erfolgen sollen; die Provisionspflicht des Auftraggebers sei nämlich nicht Voraussetzung eines Maklervertrages, sondern dessen abdingbare Rechtsfolge.

Die Revision beanstandet diese Ausführungen nicht; sie halten der rechtlichen Nachprüfung zumindest im Ergebnis stand.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht nach eingehender Beweisaufnahme nicht festgestellt, daß der Beklagte dem Makler eine Vergütung für die Vermittlung des Verkaufs seines Grundstücks im Sinne von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich oder stillschweigend versprochen hätte. Läßt sich eine derartige Feststellung nicht treffen, dann ist zu prüfen, ob ein Maklerlohn nicht gemäß § 653 Abs. 1 BGB als vereinbart gilt (vgl. Senatsurteil vom 23. Oktober 1980 - IVa ZR 27/80 = LM BGB § 653 Nr. 5). Diese Vorschrift kommt zum Zuge, wenn die Maklerleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Voraussetzung für das Eingreifen dieser Bestimmung ist aber stets, daß dem Makler eine konkrete Leistung übertragen ist. Das Berufungsgericht hat eine solche vertragliche "Übertragung" (von ihm als Maklervertrag bezeichnet) angenommen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Anders als in dem Fall, den der Senat aaO entschieden hat und in dem es um den Abschluß des zweiten Vertrages bei Doppeltätigkeit eines Maklers ging, war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier hinreichend klar, daß der Makler "für" den Beklagten tätig werden und also (auch) dessen Makler sein sollte. Die sich hieran anschließende weitere Frage, ob diese dem Makler übertragene Leistung für den Beklagten entgeltlich oder unentgeltlich sein sollte, ist für die Annahme der Übertragung hier daher, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, ohne Bedeutung.

2. Das Berufungsgericht hält den Beklagten für verpflichtet, für die unstreitig erfolgte Vermittlung

des Verkaufs des Grundstücks des Beklagten Maklerprovision zu zahlen. Es lägen nämlich hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, daß die dem Makler übertragene Leistung nur gegen Vergütung zu erwarten gewesen sei. Als solche Anhaltspunkte hat das Berufungsgericht es gewertet: Der Beklagte sei gewerbsmäßiger Makler. Aus seinen Einkünften als Makler bestreite er seinen Lebensunterhalt und seine Alterssicherung. In Erfüllung des Maklervertrages habe er beachtlichen Aufwand erbracht, was von vorneherein absehbar gewesen sei. Ferner hat das Berufungsgericht sich insoweit bezogen auf die Bedingungen des vorangegangenen Maklervertrages mit dem Beklagten über die Gaststätte H. in Sch., mit denen der Beklagte entsprechend der Ortsüblichkeit in Niedersachsen auch vom Verkäufer zu zahlende Maklerprovision akzeptiert habe. Besondere persönliche Beziehungen, die für ein Gefälligkeitsverhältnis sprechen könnten, hätten nicht bestanden. Die Beweislast dafür, daß der Makler trotzdem habe unentgeltlich tätig werden sollen, habe der Beklagte zu tragen. Diesen Beweis habe der Beklagte nicht geführt.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach § 653 Abs. 1 BGB, den das Berufungsgericht hier zutreffend anwendet, gilt ein Maklerlohn als vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung (hier: Vermittlung des Verkaufs eines bestimmten Grund-

stücks) den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist. Der Makler (oder dessen Rechtsnachfolger) muß hier zweierlei dartun und gegebenenfalls beweisen: einmal die tatsächlichen U m s t ä n d e , aus denen sich ergeben soll, daß die Vermittlung nur gegen Vergütung zu erwarten war, und zum anderen, daß diese Umstände die Vermittlung bei vorausschauender Beurteilung (Prognose) tatsächlich nur gegen eine Vergütung e r w a r t e n ließen.

Ähnlich wie der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes es in seinem Urteil vom 12. Mai 1975 (III ZR 179/72 = LM BGB § 612 Nr. 9) für den Dienstvertrag zu § 612 BGB ausgeführt hat, kommt es auch für § 653 Abs. 1 BGB unabhängig von der Meinung des einen oder des anderen Vertragspartners maßgebend auf die objektive Gesamtlage des Einzelfalles an. Deshalb sind zunächst alle Umstände, die hier von Bedeutung sein können, festzustellen, und zwar vornehmlich etwa bestehende Übungen, Art und Umfang sowie Dauer der Maklerleistungen, die Berufs- und Erwerbsverhältnisse des Maklers sowie die Beziehungen der Beteiligten zueinander. Das Berufungsgericht ist dieser Aufgabe in rechtsfehlerfreier Weise nachgekommen.

Von der Feststellung der Umstände im Sinn von § 653 Abs. 1 BGB ist die weitere Prüfung zu unterscheiden, ob die Maklerleistung unter den gegebenen Umständen tatsächlich nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist

eine Maklerleistung dann, wenn die Umstände zu der Annahme (Prognose) zwingen ("nur"), die Maklerleistung werde unterbleiben, wenn dem Makler angeboten würde, ohne Provision (hier: Verkäuferprovision) tätig zu werden. Diese hier (nachträglich) anzustellende Prognose obliegt dem Tatrichter. Kann der Tatrichter eine entsprechende Feststellung treffen, dann gilt die Vergütung gemäß § 653 Abs. 1 BGB als vereinbart (ebenso für § 632 Abs. 1: Urteil des VII. Zivilsenats vom 18. Januar 1971 - VII ZR 82/69 - unveröffentlicht). Bleibt dagegen eine solche Prognose unsicher und durfte bei der gegebenen Sachlage (auch) angenommen werden, der Makler werde sich vielleicht doch mit der Käuferprovision begnügen, dann besteht ein solcher Anspruch nicht.

Das Berufungsgericht hat die Rechtslage auch insoweit nicht verkannt. Es hat festgestellt, daß die von Kariger übernommene Maklerleistung hier nur gegen Vergütung (durch den Beklagten) zu erwarten war. Diese Feststellung ist hier rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Bei dieser Sachlage muß entschieden werden, wer die Beweislast trägt, wenn der Vertragspartner des Maklers dessen Anspruch aus § 653 Abs. 1 BGB entgegenhält, es sei vereinbart worden, daß die Maklerleistung für ihn unentgeltlich sei.

Die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, daß der Maklerlohn gemäß § 653 Abs. 1 BGB als vereinbart gilt, hat nach allgemeiner Meinung der Makler darzulegen und

zu beweisen (vgl. Urteil des BGH vom 24. März 1965 - VIII ZR 124/63 = NJW 1965, 1226 m.N.; ebenso Urteil vom 16. Januar 1970 - IV ZR 800/68 = NJW 1970, 700 f). Wer dagegen die Beweislast trägt, wenn der Auftraggeber die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit behauptet, ist bislang nicht eindeutig geklärt. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage in seinem Urteil vom 24. März 1965 (aaO) ausdrücklich offengelassen.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird ganz überwiegend angenommen die Beweislast treffe insoweit den Auftraggeber des Maklers (vgl. z.B. Rosenberg, Die Beweislast treffe insoweit den Auftraggeber des Maklers (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. S. 291 und AcP 94, 1, 90 FN. 128; Staudinger/Riedel, 11. Aufl. § 653 BGB Nr. 6, Soergel/Mormann, 10. Aufl. § 653 Nr. 1; Ermann/Werner, 6. Aufl. § 653 BGB Rdn. 4; MünchKomm/Schwerdtner § 652 BGB Rdn. 180; Schwerdtner, Maklerrecht 2. Aufl. Rdn. 167; BGH LM BGB § 612 Nr. 9 und Urteil vom 31. März 1969 - VII ZR 169/66 = DB 1969, 1022, beide für § 612 BGB; RG WarnRspr 1914, Nr. 117 S. 164 für § 632 BGB; OLG Rostock, Recht 1909 Nr. 1478; OLG Kassel SeuffArch 75 Nr. 128; a.A.: BGB - RGRK, 12. Aufl. § 653 Rdn. 1; Soergel/Erdsiek/Mühl, 9. Aufl. § 652 BGB Nr. 32; OLG Dresden Recht 1906 Nr. 2096).

Der Senat schließt sich dieser auch vom Berufungsgericht in der vorliegenden Sache gebilligten Auffassung an. Sind die Malerleistungen den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten, dann fällt die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit aus dem Rahmen. Wer eine solche von der Regel des § 653 Abs. 1 BGB abweichende

Vereinbarung behauptet, muß daher die Beweislast für diese seine Behauptung tragen. Gelingt ihm dieser Beweis - wie im vorliegenden Falle den Beklagten - nicht, dann muß der auf die Vergütung gerichteten Klage stattgegeben werden.

3. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber für nicht durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO). Da das angefochtene Urteil auch sonst keine Rechtsverstöße zum Nachteil der Beklagten enthält, ist die Revision zurückzuweisen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs