

31

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 653 Abs. 2

Ist die Höhe der Vergütung des Maklers in dem Maklervertrag zunächst nicht bestimmt worden und deshalb der übliche Lohn als vereinbart anzusehen, dann hat die Beweislast für eine nachträgliche Beschränkung des Maklerlohnes auf einen Betrag unterhalb des Üblichen der Auftraggeber zu tragen.

BGH, Urt. v. 31. März 1982 - IVa ZR 4/81 - OLG Frankfurt
LG Frankfurt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 4/81

URTEIL

Verkündet am

31. März 1982
Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E[REDACTED] E[REDACTED]- & R[REDACTED]gesellschaft mbH,
F[REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre Ge-
schäftsführerin Beate N[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED],
F[REDACTED],

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

g e g e n

Firma B[REDACTED] F[REDACTED]gesellschaft AG, K[REDACTED]-
[REDACTED]/T[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, Ernst-Werner
R[REDACTED] und Dipl. Kaufmann Dieter S[REDACTED], W[REDACTED]
Straße [REDACTED], K[REDACTED]/T[REDACTED],

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

31

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 4. November 1980 aufgehoben, soweit es zum Nachteil der Klägerin erkannt hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Aufgrund Kaufvertrages vom 3. Juli 1978 erwarb Firma R., G. Gesellschaft mbH & Co A. Kommanditgesellschaft, ein Grundstück in K. / T. zum Preise von 4.200.000,- DM. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Maklerlohn in - angeblich üblicher - Höhe von 5% und 12% Mehrwertsteuer darauf (235.200,- DM) nebst Zinsen in Anspruch, weil sie der Beklagten das Grundstück zum Ankauf nachgewiesen und weil sie den Ankauf durch die (von der Beklagten als Käuferin eingeschaltete, von dieser abhängige) Firma R.



vermittelt habe. Dieser Anspruch ergebe sich entweder aus einem von den Parteien geschlossenen Maklervertrag oder aus § 354 HGB. Die Beklagte hält sich nicht für verpflichtet, der Klägerin eine Vergütung zu zahlen. Ein Maklervertrag sei nicht zustande gekommen, Maklerdienste habe ihr die Klägerin nicht geleistet, und 5% seien als Maklerlohn auch nicht üblich. Sie habe der Klägerin lediglich aus Kulanz eine Provision von 2% zugesagt; damit sei die Klägerin einverstanden gewesen.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 117.600,- DM nebst Zinsen verurteilt und hat die Klage im übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klägerin weitere Zinsen zugesprochen und hat die weitergehende Berufung der Klägerin und die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teil ihrer Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt teilweise zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Oberlandesgericht hat einen Anspruch der Klägerin aus § 354 Abs. 1 HGB verneint, weil hier eine Abrede über eine Provisionszahlung getroffen worden sei. Kurz vor der Protokollierung des Kaufvertrages sei der Klägerin nämlich von seiten der Beklagten eine Provision zugesagt worden.

Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der (gesetzliche) Provisionsanspruch

gemäß § 354 Abs. 1 HGB setzt in der Tat voraus, daß es an einer Vereinbarung, durch die die betreffende Vergütung geregelt wird, fehlt (BGH Urteil vom 18. April 1973 - IV ZR 6/72 - WM 1973, 817, 815; ebenso z.B. MünchKomm-Schwerdtner, BGB § 652 Rdn. 81; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 5. Aufl. Anm. 2, 12; Baumbach/Duden/Hopt, HGB 24. Aufl. § 354 Anm. 2 c; Düringer/Hachenburg/Werner, HGB 3. Aufl. § 354 Anm. 8 unter 4.).

2. Dagegen hat das Berufungsgericht der Klägerin einen vertraglichen Vergütungsanspruch zugebilligt. Es hat offen gelassen, ob bereits vor der Provisionszusage der Beklagten ein Maklervertrag zwischen den Parteien zustandegekommen ist. Die Klägerin könne die übliche Vergütung nicht verlangen, wenn eine bestimmte - niedrigere - Provision vereinbart worden sei. Die Beweislast dafür, daß die von der Beklagten behauptete - niedrigere - Vergütung nicht vereinbart worden sei, treffe die Klägerin. Die Behauptung der Beklagten, ihr Geschäftsführer habe der Klägerin kurz vor der Protokollierung des Kaufvertrages erklärt, ihre Bemühungen würden mit der bei der Beklagten üblichen Provision von 2% honoriert, habe die Klägerin nicht voll widerlegt. Zwar sei bei der Provisionszusage der Beklagten ein bestimmter Provisionssatz (von 2%) nicht genannt worden. Nicht auszuschließen sei aber, daß die Beklagte der Klägerin eine (von dieser akzeptierte) Zusage "nach Maßgabe des im Hause der Beklagten Üblichen" gemacht habe. Eine solchermaßen bestimmbare Provisionshöhe, die hier 2 bis 3% betrage, sei einer bestimmten Vergütung im Sinne von § 653 Abs. 2 BGB gleichzusetzen. Die Klägerin müsse sich mit einem Mittelwert von 2,5% begnügen; sie dürfe nicht auf dem Höchstsatz von 3% beharren.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist zutreffend. Behauptet der Auftraggeber des Maklers die Vereinbarung einer bestimmten - niedrigeren - Vergütung und verlangt der Makler stattdessen die - höhere - übliche Provision, dann trägt der Makler die Beweislast dafür, daß die von seinem Auftraggeber behauptete Vergütungsvereinbarung nicht zustande gekommen ist (RG Warn 1923/1924 Nr. 135; für § 632 BGB: RG JW 1907, 175; BGHZ 80, 257, 258 f. und ständig: Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast Bd. 1 BGB § 653 Rdn. 4 Fn. 11; Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. S. 290 f.; Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, 1975 S. 104 ff.; a.M. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 349; MünchKomm-Schwerdtner BGB § 652 Rdn. 179; von Mettenheim NJW 1971, 20; Werneburg ZP 62 (1941), 322, 329; Honig BB 1975, 447, 448). Die "Nichtbestimmung" der Höhe der Vergütung ist ein negatives Tatbestandsmerkmal für den Anspruch auf den üblichen Lohn gemäß § 653 Abs. 2 BGB. Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Makler auch für dieses anspruchsbegründende Merkmal die Beweislast zu tragen. Daß der Makler einen derartigen negativen Beweis nicht führen könne, trifft nicht zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind an die Führung eines derartigen Beweises keine unerfüllbaren Forderungen zu stellen. Deshalb kann der Makler sich in entsprechenden Fällen auf den Nachweis beschränken, die substantiierten Darlegungen seines Auftraggebers über die von diesem behauptete Vereinbarung der - niedrigeren - Vergütung zu widerlegen.

Dennoch kann die angefochtene Entscheidung nicht bestehen bleiben.

Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob zwischen den Parteien nicht schon vor der - nicht ausgeräumten - Vergütungszusage der Beklagten ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Der Senat hat daher revisionsrechtlich zugunsten der Klägerin einen derartigen Vertrag zu unterstellen; das Berufungsgericht wäre nicht gehindert gewesen, den Vertrag der Klägerin (vgl. Schriftsatz vom 4. Mai 1979 S. 3 f. = Bl. 59 f. GA; S. 2 des Urteils des Landgerichts) einen solchen Maklervertrag zu entnehmen. Da weiterhin nicht auszuschließen ist, daß der Klägerin hieraus ohne die vom Berufungsgericht als nicht widerlegt behandelte Vergütungsvereinbarung ein Anspruch auf die (möglicherweise höhere) übliche Provision zustünde, würde sich die Frage nach der Beweislast für die Darstellung der Beklagten anders stellen, als das Berufungsgericht angenommen hat. Alsdann würde es sich bei dem Vortrag der Beklagten um die Behauptung einer **n a c h t r ä g l i c h e n** Beschränkung des Maklerlohnes der Klägerin auf einen Betrag unterhalb des Üblichen handeln. Die Beweislast für eine derartige Beschränkung, ein (teilweise) rechtsvernichtendes Merkmal hätte nach allgemeinen Grundsätzen nicht die Klägerin, sondern die Beklagte zu tragen (vgl. z.B. MünchKomm-Soergel, BGB § 632 Rdn. 20; Ermann/Seiler, BGB 7. Aufl. § 632 Rdn. 28; Soergel/Mühl, BGB 11. Aufl. § 632 Rdn. 8; Baumgärtel/Laumen § 653 BGB Rdn. 4 Fn. 14).

Sollte sich ergeben, daß der - unterstellte - Anspruch der Klägerin auf die allgemein übliche Vergütung durch nachträgliche Vereinbarung auf die bei der Beklagten üb-

lichen Sätze gekürzt worden ist, dann wird weiter zu prüfen sein, ob die Klägerin diese Vereinbarung etwa dahin verstehen durfte, mit einer Vergütung von 3% rechnen zu können. Die Ausführungen des Berufungsgerichts (BU 9 Abs. 1 a.E.) berücksichtigen diesen Gesichtspunkt nicht.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs