

2100 071

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO § 549

§ 71 Abs. 2 Satz 2 der Hessischen Gemeindeordnung vom 25. Februar 1952 (GVBl 11) ist nichtrevisibles Landesrecht.

HGB § 354; BGB § 652

Ist der Maklervertrag zwischen einer Gemeinde und dem Kreditmakler wegen Nichtbeachtung von Zuständigkeits- und Formvorschriften der Gemeindeordnung - hier: § 71 der Hessischen Gemeindeordnung vom 25. Februar 1952 (GVBl 11) - nichtig, so wird durch die Verletzung der Zuständigkeits- und Formvorschrift nicht eine gesetzliche Haftung der Gemeinde aus § 354 HGB ausgeschlossen.

In einem solchen Fall hat der Makler einen Anspruch aus § 354 HGB nur, wenn - von der Rechtmäßigkeit des Maklervertrages abgesehen - im übrigen die Voraussetzungen des § 652 BGB erfüllt sind.

BGH, Urt. v. 4. April 1966 - VIII ZR 102/64 OLG Frankfurt
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 102/64

URTEIL

Verkündet am

4. April 1966
Klett, Justiz-
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

- 1) des Finanzberaters Günter F.C. P. in F. am M., Rheinallee,
- 2) des Kaufmanns Winfried Be. in F. am M., N. R.straße,

Kläger, Revisionskläger und Anschlußrevisionsbeklagter,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Stadt O. am M., gesetzlich vertreten durch
den Magistrat,

Beklagte, Revisionsbeklagte und Anschlußrevisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. . . . -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. April 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger und die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - Zivilsenat in Darmstadt - vom 13. Februar 1964 aufgehoben, soweit es nicht die Klage des Klägers zu 2 in Höhe von 474,12 DM abweist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger, beide Kreditmakler, erfuhren im Jahre 1957, daß die beklagte Stadt für den sozialen Wohnungsbau einen Kredit von mehreren Millionen DM suchte. Sie boten daraufhin ihre Dienste dem Stadtkämmerer an. Dieser beauftragte sie mit der Vermittlung eines solchen Kredits gegen eine Vermittlungsgebühr von 1 %. Die Kläger verlangen eine Maklergebühr von je 1/2 % von 3,6 Millionen DM = zusammen 36 000 DM. Nach den schriftlichen Unterlagen stellt sich der in Einzelheiten streitige Geschehensablauf wie folgt dar:



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Am 14. März 1957 schrieb im Auftrag der Kläger Rechtsanwalt Dr. H■■■■, der bei diesem Geschäft mit den beiden Klägern zusammenarbeitete, an den Stadtkämmerer:

"... kann ich Ihnen die erfreuliche Mitteilung machen, daß die Bausparkasse (GdF W■■■■) sich bereit erklärt hat, ein Kommunaldarlehen in Höhe von 3 Mio DM zur Verfügung zu stellen. Aus den Ihnen sicherlich bekannten Gründen mußte die Angelegenheit so abgewickelt werden, daß die Stadt einen Antrag über 2 Mio DM vorlegt, während die anderen Gelder, und zwar auch über jeweils 2 Mio DM auf andere Weise beantragt werden müssen. Ich darf wohl die Bedingungen als bekannt voraussetzen, nachdem Sie bereits Abschlüsse mit anderen Bausparkassen getätigt haben ... Ich bitte (dem Kläger zu 1) noch mitzuteilen, ob die Zwischenfinanzierung durch Sie besorgt wird oder ob diese von mir aus veranlaßt werden soll ..."

Am 16. März 1957 schrieb der Kläger zu 1 dem Stadtkämmerer:

"Betr. 3 Mio Kommunaldarlehen ...

Nach den für die Bausparkasse GdF W■■■■ gültigen Bestimmungen können von dem einzelnen Antragsteller nur Anträge auf 2 Mio gestellt werden. Für die weiteren 2 mal 2 Mio müßten andere Rechtspersönlichkeiten benannt werden, die den Abschluß tätigen (Städtisches E-Werk oder dergl.).

Ich bitte den ersten Antrag über 2 Mio durch die zuständigen Mitglieder des Magistrats unterzeichnen zu lassen, wobei noch anzugeben wäre, ob die Ansparung mit 1 Mio durch eine von der (Beklagten) zu benennenden Bank zu leisten wäre, oder ob eine Bank durch mich zu benennen wäre ..."

In der Niederschrift über eine Sitzung des Magistrats der beklagten Stadt vom 25. März 1957 heißt es:

"Der Magistrat nimmt zustimmend Kenntnis von dem Stand der Verhandlungen mit der Bausparkasse GdF W■■■■. Die Bausparkasse W■■■■ ist bereit, uns ein Darlehen in Höhe von 3 Mio DM zu gewähren ... Voraussetzung für die Gewährung des Darlehens ist der Abschluß eines Bausparvertrages über 6 Mio DM."

Am 29. März 1957 stellte der Stadtkämmerer für die Sitzung des Magistrats am 1. April 1957 folgenden schriftlichen Antrag:

"Der Magistrat wolle der Stv. Versammlung empfehlen zu beschließen:

1. Bei der Bausparkasse GdF W[REDACTED] ... 2 Bausparverträge über je 2 Millionen DM, zusammen 4 Millionen DM, davon einen durch die Stadtwerke abzuschließen, wobei die Ansparung mit 1 Million DM, zusammen 2 Millionen DM durch die Bank für Gemeinwirtschaft ... als Zwischenkredit zur Verfügung gestellt ... wird ...
2. Auf die Bausparsummen je einen weiteren Zwischenkredit von 1 Million DM, zusammen 2 Millionen DM bei der gleichen Bank ... aufzunehmen, die der Stadt als Sofortertlös zufließen
3. ...

Die anfallenden Gebühren

1 % Abschlußgebühr ...	=	40 000,-- DM
2 % Zuteilungsgebühr ...	=	40 000,-- DM
1 % Vermittlungsgebühr aus 4 Millionen DM	=	<u>40 000,-- DM</u>
zusammen		120 000,-- DM
entsprechen ... einem Auszahlungskurs von 94 % ..."		

Auszug aus der Niederschrift über die Sitzung des Magistrats vom 1. April 1957:

"Der Magistrat beschließt wie beantragt."

Aktenvermerk des Stadtkämmerers vom 2. April 1957:

"Bei der gestrigen Vorsprache des (Klägers zu 1) ergab sich, daß dieser bis jetzt nicht in der Lage ist, eine Zwischenfinanzierung des Bauspardarlehens in der seither üblichen Weise zu besorgen. (Der Kläger zu 1) hatte vielmehr die Zwischenfinanzierung der Stadt überlassen wollen ... ihm wurde bedeutet, daß noch andere Angebote vorliegen ... und um seine Entscheidung bezüglich des Zwischenkredits bis Wochenende gebeten. Eine verbindliche Zusage seitens der Stadt könne daher vorerst nicht gegeben werden."

Herr Dr. We [REDACTED] (Bezirksvertreter von W [REDACTED]) hat heute in der gleichen Sache angerufen und die gleiche Auskunft erhalten. Allerdings glaubt er die Zwischenfinanzierung über die Bank für Gemeinwirtschaft ... beschaffen zu können. Er will ebenfalls bis Ende der Woche Bescheid geben."

Aktenvermerk des Stadtkämmerers vom 4. April 1957:

- "1. Nach Mitteilung von Dr. Lehner (GdF W [REDACTED]) ist es nicht möglich, die Zwischenfinanzierung über die Bank für Gemeinwirtschaft zu beschaffen, so daß das Darlehensangebot hinfällig geworden ist.
2. Unter diesen Umständen muß der Magistratsantrag an die Stv. Versammlung zurückgezogen werden ..."

Am 5. April 1957 schrieb Dr. We [REDACTED] (Bezirksvertreter von [REDACTED]) an den Stadtkämmerer:

"Die Verhandlungen mit der Bank für Gemeinwirtschaft wegen der Vorfinanzierung der Grundsparrate des von Ihnen beabsichtigten Bausparvertrages kamen leider nicht zu einem Ergebnis, weil eine Refinanzierung ... nicht zu erhalten war. Ich bedauere daher, daß ich Ihre Wünsche in dieser Hinsicht nicht erfüllen kann und von dem geplanten Abschluß Abstand genommen werden muß. Ich danke Ihnen für Ihr Interesse und werde mir erlauben, Ihnen zu gegebener Zeit andere Vorschläge zu unterbreiten."

Auszug aus der Niederschrift über die Sitzung des Magistrats am 8. April 1957:

"Der Magistrat nimmt Kenntnis, daß die Darlehensverhandlungen mit der Bausparkasse "Gemeinschaft der Freunde W [REDACTED]" erfolglos verlaufen sind, da eine Refinanzierung des Darlehens (2 Mio DM) durch die Bank für Gemeinwirtschaft nicht möglich war."

Dr. We [REDACTED] besorgte darauf von der Commerz- und Kreditbank, Filiale O [REDACTED], die Zusage einer Zwischenfinanzierung. Entsprechend einer Magistratsvorlage vom 6. Mai 1957 beschloß die Stadtverordnetenversammlung am 15. Mai 1957:

"..."

1. Bei der Bausparkasse GdF W [REDACTED] ... 2 Bausparverträge über je 1,8 Mio DM, zusammen 3,6 Mio DM, davon einen durch die Stadtwerke abzuschließen. Dabei wird die Ansparung mit je 750 000 DM, zusammen 1,5 Mio DM, durch die Commerz- und Kreditbank O [REDACTED] am M [REDACTED] als Zwischenkredit ... zur Verfügung gestellt ...
2. Nach der in 2 Jahren erfolgenden Zuteilung der 3,6 Mio DM betragenden Bausparsumme wird der der Stadt nach Ziff. 1 gewährte Zwischenkredit von 1,5 Mio abgelöst ..."

Dementsprechend schloß die beklagte Stadt 2 Bausparverträge über insgesamt 3,6 Mio DM mit der W [REDACTED] und erhielt für die Ansparraten in Höhe von 1,5 Mio DM einen Zwischenkredit bei der Commerz- und Kreditbank O [REDACTED].

Die Kläger behaupten:

Sie hätten durch ihre Verhandlungen mit der Bausparkasse Wüstenrot deren grundsätzliche Bereitschaft herbeigeführt, den von der beklagten Stadt benötigten Kommunalkredit in der Form von Bauspardarlehen zu gewähren und schon dadurch die zugesagte Provision verdient. Außerdem habe der Stadtkämmerer ihnen Kundenschutz zugesichert. Bei der Abwicklung dieses Geschäfts habe der Stadtkämmerer sie, um der Beklagten die Vermittlungsprovision zu ersparen, mit Hilfe des Bezirksvertreters von W [REDACTED] bewußt ausgeschaltet. Er habe auf ihre Rückfrage wiederholt erklärt, sie (Kläger) sollten sich wegen der Beschaffung des Zwischenkredits noch nicht bemühen, bis die Stadtverordnetenversammlung das Kreditvorhaben genehmigt habe. Die Zwischenzeit habe der Stadtkämmerer benutzt, um durch den Bezirksvertreter von W [REDACTED] den erforderlichen Zwischenkredit bei der Commerz- und Kreditbank selbst zu besorgen. Die Aktenvermerke des Stadtkämmerers vom 2. und 4. April 1957 seien

demnach inhaltlich unrichtig. Das Schreiben des Bezirksvertreters von W[REDACTED] vom 5. April 1957 sei bestellte Arbeit gewesen. Obschon der Stadtkämmerer sie von der Besorgung des Zwischenkredits abgehalten habe, hätten sie - ohne sein Wissen - schon vorsorglich bei der Zentrale der Commerz- und Kreditbank in F[REDACTED] wegen des Zwischenkredits vorgefühlt; sie seien deshalb insoweit auch an der Beschaffung des Zwischenkredits beteiligt gewesen. Hilfsweise stützen die Kläger ihren Anspruch in Höhe von zusammen 30 000 DM auf einen angeblichen mündlichen Vergleichsvorschlag des Oberbürgermeisters der Beklagten, den sie innerhalb einer ihnen gewährten Bedenkfrist angenommen hätten.

Die beklagte Stadt behauptet demgegenüber, ihr Stadtkämmerer habe die Kläger nicht mit der Herstellung von Beziehungen zur Bausparkasse W[REDACTED] beauftragt, da ihr sowohl W[REDACTED] wie auch die Möglichkeit, Kommunalkredite in der Form von Bauspardarlehen bei Bausparkassen zu erhalten, selbstverständlich bekannt gewesen seien. Bei der Beschaffung von Kommunalkrediten in dieser Form sei es ihr ausschließlich auf die Beschaffung des für die Ansparraten erforderlichen Zwischenkredits angekommen. Hierzu hätten sich die Kläger (siehe Aktenvermerke des Stadtkämmerers) außerstande erklärt. Den Zwischenkredit bei der Commerz- und Kreditbank O[REDACTED] habe allein der Bezirksvertreter von W[REDACTED] besorgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen: Es hält die Sachdarstellung der Kläger durch die Zeugenaussage des (früheren) Stadtkämmerers für widerlegt und folgert schon aus einer "vernünftigen, wirtschaftlichen Betrachtung" des unstreitigen Sachverhalts, der beklagten Stadt sei es nicht auf die Vermittlung von Bausparverträgen, sondern auf einen

in kürzester Frist zur Verfügung stehenden Barkredit angekommen. Das Berufungsgericht nimmt an, ein Maklervertrag sei nicht rechtswirksam zustande gekommen, weil die in § 71 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) in der Fassung vom 25. Februar 1952 (GVBl 11) vorgeschriebene besondere Schriftform nicht gewahrt sei. Jedoch könnten die Kläger für die Vermittlung der Bausparverträge nach § 354 HGB eine angemessene Vergütung in Höhe von 10 % der von ihnen geforderten Provision, also zusammen 3 600 DM verlangen. In dieser Höhe hat das Berufungsgericht die beklagte Stadt verurteilt. Die Kläger verfolgen mit der Revision ihren ursprünglichen Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von insgesamt 36 000 DM weiter, mit Ausnahme eines als unzulässig (Forderungspfändung) abgewiesenen Teilbetrages von 474,12 DM. Die Beklagte erstrebt mit der Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage. Die Parteien beantragen wechselseitig die Zurückweisung des Rechtsmittels der anderen Partei.

Entscheidungsgründe:

1. Nach § 71 Abs. 2 Satz 1 HGO bedürfen Erklärungen einer Gemeinde, durch die diese verpflichtet wird, der Schriftform und sind nur rechtsverbindlich, wenn sie vom Bürgermeister oder seinem allgemeinen Stellvertreter und von einem weiteren Magistratsmitglied handschriftlich unterzeichnet und mit dem Dienstsiegel versehen sind. Das gilt nach Satz 2 nicht für Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde nicht von erheblicher Bedeutung sind. Das Berufungsgericht nimmt an, der den Klägern durch den Stadtkämmerer mündlich erteilte Maklerauftrag sei weder ein Geschäft der laufenden Verwaltung

noch ein Geschäft von nicht erheblicher Bedeutung gewesen und unterliege deshalb der Zuständigkeits- und Formvorschrift des § 71 Abs. 2 HGO. Die Revision rügt Verletzung dieser Vorschrift.

a) Revisibilität des § 71 Abs. 2 HGO

Die Hessische Gemeindeordnung gilt nur für das Gebiet des Landes Hessen und damit nicht über den Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt hinaus. Wie der Bundesgerichtshof bereits in BGHZ 34, 375, 377 entschieden hat, ändert daran die Tatsache nichts, daß Senate des Oberlandesgerichts in Darmstadt und Kassel ihren Dienstsitz haben; denn diese Senate sind nur detachierte Senate des einen Oberlandesgerichts in Frankfurt. Daß die Gemeindeordnungen anderer deutscher Länder dem § 71 Abs. 2 Satz 2 HGO gleiche oder ähnliche Bestimmungen enthalten, ist für die Revisibilität dieser Vorschrift ebenfalls ohne Bedeutung. Wie der Bundesgerichtshof in BGH LM ZPO § 549 Nr. 47 für das Länderbeamtenrecht entschieden hat, genügt es für § 549 ZPO nicht, daß in mehreren Ländern eine inhaltsgleiche Regelung besteht. Dadurch würden diese Vorschriften nur dann revisibel werden, wenn die Übereinstimmung bewußt und gewollt zum Zwecke der Vereinheitlichung aufrechterhalten oder herbeigeführt worden wäre. Ebenso wie im Beamtenrecht ist aber auch im Recht der Gemeindeverfassung die Entwicklung dahin gegangen, daß sich die Länder von dem einheitlichen Reichsrecht - der Deutschen Gemeindeordnung und der revidierten Deutschen Gemeindeordnung - gelöst haben. Die Rüge, § 71 Abs. 2 HGO sei verletzt, ist deshalb unbeachtlich. Das Revisionsgericht hat demnach davon auszugehen, daß der Maklervertrag der Kläger mit der Beklagten gemäß § 125 BGB nichtig ist.

b) Replik der Arglist

In der Berufungsinstantz hatten die Kläger geltend gemacht, die Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, wenn sie sich auf die Formnichtigkeit des Maklervertrages berufe; die Revision ist hierauf nicht zurückgekommen. Die auch ohne Rüge zu prüfende Einwendung der Kläger erweist sich als unbegründet.

Inwieweit dem von öffentlich-rechtlichen Körperschaften erhobenen Einwand der Nichtigkeit eines Vertrages wegen Zuständigkeits- oder Formmangels mit der Replik der Arglist begegnet werden kann, ist zweifelhaft (zur Rechtsprechung vgl.: RGZ 157, 207 ff; 162, 137 ff; OGHZ 1, 242 ff; OGH NJW 1950, 70; BGHZ 6, 330; 21, 59 ff; 32, 375 ff). Der vorliegende Fall gibt wegen seiner besonderen Gestaltung keine Veranlassung zu einer grundsätzlichen Stellungnahme. Denn sicher genügt für die Replik der Arglist nicht, daß der Beamte seinen Zuständigkeitsbereich und die geltenden Formvorschriften hätte kennen und für ihre Beachtung hätte sorgen sollen. Da dies reglmäßig zu bejahen sein wird, würden die in Frage stehenden Zuständigkeits- und Formvorschriften praktisch ihre Bedeutung verlieren, wenn die öffentlich-rechtlichen Körperschaften schon unter diesen Voraussetzungen sich auf deren Verletzung nicht mehr berufen könnten. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß dem Stadtkämmerer, der nicht Jurist war, aufseiten der Kläger zwei Juristen (der Kläger zu 1 als ehemaliger Anwalt und Rechtsanwalt H■■■■) gegenüberstanden, von denen ebenfalls die Kenntnis der einschlägigen Vorschriften erwartet werden konnte. Daß der Stadtkämmerer sie insoweit absichtlich getäuscht habe, behaupten die Kläger selbst nicht. Soweit sie ihm unredliches Verhalten anlasten, liegt das außerhalb der hier interessierenden Nichtbeachtung des § 71 Abs. 2 HGO:

Sie werfen ihm nicht vor, das Zustandekommen eines formgültigen Vertrages verhindert zu haben, sondern, den mündlichen Vertrag nicht eingehalten zu haben. Daraus läßt sich aber kein Argument dafür gewinnen, daß die Beklagte sich hier auf die Verletzung des § 71 Abs. 2 HGO nicht berufen dürfe. Schließlich fehlt es hier auch an der sonst von der Rechtsprechung (vgl. BGH LM BGB § 276 (Fc) Nr. 2) aufgestellten Voraussetzung, daß die Nichtanerkennung des formal fehlerhaften Vertrages für den Vertragsgegner zu untragbaren Ergebnissen führt. Denn die Kläger haben, soweit ihnen überhaupt auf Grund eines gültigen Maklervortrages Ansprüche gegen die Beklagte zustehen würden, gegen sie Provisionsansprüche auf Grund des § 354 HGB (siehe nachstehend unter 2), allerdings nicht in Höhe der vortraglich vereinbarten, sondern in Höhe der ortsüblichen Sätze. Dieser Unterschied bedeutet für die Kläger, wenn er überhaupt ins Gewicht fallen sollte, keinesfalls eine untragbare Härte.

2. Nach § 354 HGB kann ein Kaufmann, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, dafür auch ohne Verabredung Provision nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern. Das gilt auch für die Tätigkeit eines Handelsmaklers, der - ohne gültigen Maklervertrag - einen Kredit vermittelt (RGZ 122, 229 ff) und deshalb auch für die Kläger als Finanzierungsmakler. Der Grund der gesetzlichen Regelung liegt darin, daß nach der Verkehrssitte der Kaufmann für einen anderen nicht umsonst tätig wird, und daß deshalb grundsätzlich jeder, der die Tätigkeit eines Kaufmanns für sich in Anspruch nimmt, damit zu rechnen hat, sie bezahlen zu müssen. Das Gesetz sieht in diesem Sachverhalt einen ausreichenden Grund, dem Kaufmann einen Vergütungs-

anspruch ohne Vereinbarung auf Grund Gesetzes zu geben. Die Verkehrssitte ersetzt also insoweit die vertragliche Abrede. Daraus ergibt sich als (einschränkende) Voraussetzung für § 354 HGB, daß die Tätigkeit eines Kaufmanns nur insoweit zu vergüten ist, als auch nach einem zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrage der Kaufmann einen Anspruch auf Vergütung hätte. Bei der Leistung von Maklertätigkeit besteht ein solcher Anspruch mithin nur unter den Voraussetzungen des § 652 BGB. Die Kläger können deshalb gemäß § 354 HGB Provision für ihre Tätigkeit nur verlangen, wenn sie bei Gültigkeit des mit dem Stadtkämmerer mündlich geschlossenen Vertrages einen Maklerlohn beanspruchen könnten.

Nach § 652 BGB ist der Auftraggeber zur Entrichtung des Maklerlohnes nur verpflichtet, wenn "der" Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Die Frage ist, was hier unter dem von den Klägern zu vermittelnden Vertrage zu verstehen ist. Das Berufungsgericht begnügt sich mit der Feststellung, unstreitig hätten die Kläger den Kredit vermitteln sollen. Es folgert daraus, mit der Vermittlung der Bausparverträge hätten die Kläger nur einen Teil ihres Auftrags erfüllt und könnten deshalb nur einen entsprechenden Teil - vom Berufungsgericht auf 10 % geschätzt, - des vereinbarten Maklerlohnes verlangen. Diese Schlußfolgerung hält den Angriffen beider Revisionen nicht stand.

a) Anschlußrevision der Beklagten

aa) Einer Verurteilung der Beklagten aus § 354 HGB steht allordings nicht entgegen, daß der Stadtkämmerer, der die Maklertätigkeit der Kläger in Anspruch genommen hat, nach § 71 Abs. 2 HGO nicht zum Abschluß eines Makler-

vertrages namens der Beklagten befugt war. Denn § 71 HGO regelt nur die Vertragshaftung (RGZ 122, 229, 232 für § 56 Nr. 8 der früheren Städteordnung für die Provinz Westfalen), schließt aber nicht die gesetzliche Haftung aus § 354 HGB aus. Für § 354 ist nur erforderlich, daß der Kaufmann befugterweise seine Tätigkeit für den anderen ausgeübt hat. Es kann also nicht mehr verlangt werden, als daß aufseiten der Beklagten ein dazu befugtes Organ die Tätigkeit der Kläger in Anspruch genommen hat. Ob dies schon für die Person des Stadtkämmerers zu bejahen ist, mag dahinstehen. Denn der Magistrat selbst hat in der Sitzung vom 25. März 1959 "zustimmend Kenntnis von dem Stand der Verhandlungen mit der Bausparkasse" genommen und damit die Inanspruchnahme der Kläger als Makler gebilligt.

bb) Zu Recht rügt aber die Anschlußrevision, daß das Berufungsgericht sich nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt hat, der Weg zur Bausparkasse sei ihr bekannt gewesen und habe ihr jederzeit ohne Vermittlung offengestanden; von Wert sei für sie nur die Vermittlung des für die Ansparrate erforderlichen Zwischenkredits gewesen. Dem haben die Kläger die Behauptung entgegengesetzt, die Bausparkassen seien keineswegs ohne weiteres bereit gewesen, in der Form von Bausparkrediten Kommunalkredite, sei es auch für Bauzwecke, zu geben, weil solche Geschäfte für sie aufgabenfremd gewesen seien; demgegenüber sei die Beschaffung eines Kredits für die Ansparrate für eine Stadt wie die Beklagte nur "Handgelenks-Arbeit" gewesen. Ohne zu diesem einander widersprechenden Vortrag der Parteien Stellung zu nehmen, durfte das Berufungsgericht die Beklagte nicht verurteilen. Denn war der Vortrag der Beklagten richtig, so haben die Kläger durch Her-

stellung der Verbindung zur Bausparkasse keine Tätigkeit entfaltet, die im Sinne des ihnen erteilten "Auftrags" lag und von irgendeinem Wert für die Beklagte war. Eine solche Tätigkeit brauchte die Beklagte auch nach § 354 HGB nicht zu vergüten. Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht - im Gegensatz zum Landgericht, das hierauf im wesentlichen sein Urteil gestützt hat - die Darstellung der Beklagten für offensichtlich unrichtig hält. Dies hätte im Übrigen einer nachprüfbaren Begründung bedurft. Das Revisionsgericht kann selbst Feststellungen nicht treffen. Die (teilweise) Verurteilung der Beklagten kann deshalb keinen Bestand haben.

b) Revision der Kläger

Dasselbe gilt für die (teilweise) Abweisung der Klage als unbegründet.

aa) Ist das vorstehend zu Ziffer 2 a bb wiedergegebene Vorbringen der Kläger richtig, den Verhandlungen mit der Bausparkasse sei im Rahmen des den Klägern erteilten "Auftrags" eine wesentliche oder sogar die überwiegende Bedeutung zugekommen, so würde ihre Maklertätigkeit - ebenso wie beim Vorliegen eines rechtswirksamen Maklervertrages - nach § 354 HGB zu vergüten sein, weil sie mit dazu beigetragen hätte, der Beklagten den gesuchten Kredit zu beschaffen.

bb) Das Berufungsurteil hat ferner das Vorbringen der Kläger nicht beschieden, sie hätten durch Fühlungnahme mit der Zentrale der Commerz- und Kreditbank in F[REDACTED] den Weg dafür geebnet, daß die Zweigstelle O[REDACTED] der Beklagten den benötigten Kredit für die Leistung der Ansparrate gab. Das Revisionsgericht kann die insoweit erhobenen Beweise und das Verhandlungsergebnis nicht selbst würdigen.

Auch dies macht die Aufhebung des Berufungsurteils insoweit erforderlich, als es die Klage als unbegründet abgewiesen hat (§ 286 ZPO). Denn wie beim Maklervertrag konnte auch im Anwendungsbereich des § 354 HGB schon eine Anbahnung des von der Beklagten benötigten Bankkredits diese provisionspflichtig machen.

cc) Ohne Erfolg bleibt die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe § 826 BGB als Anspruchsgrundlage übersehen. Richtig ist, daß das Berufungsgericht die Behauptung der Kläger nicht beschieden hat, der Stadtkämmerer habe sie absichtlich mit dem Hinweis, die Stadtvorordnetenversammlung habe die Kreditaufnahme noch nicht genehmigt, von weiteren Bemühungen um den Bankkredit abgehalten, bis der Bezirksvertreter von W[REDACTED] über die Commerz- und Kreditbank den Kredit besorgt hatte. Das Berufungsgericht meint, hierauf komme es nicht an, weil die Kläger mangels vertraglicher Beziehungen keinen Anspruch darauf gehabt hätten, ihre Tätigkeit für die Beklagte fortzusetzen. Die Begründung des Berufungsgerichts ist dahin zu ergänzen, daß auch bei einem rechtswirksamen Maklervertrag die Kläger einen solchen Anspruch nicht gehabt hätten. Denn da kein Allein- oder Festauftrag erteilt war, wäre die Beklagte berechtigt gewesen, den Maklerauftrag jederzeit zu widerrufen. Dann kann aber der Beklagten eine sittenwidrige Schädigung der Kläger nicht schon deshalb vorgeworfen werden, weil sie - dies unterstellt - die Kläger mit Ausflüchten von Bemühungen um den Bankkredit abgehalten und damit möglicherweise die Entstehung eines Anspruchs aus § 354 HGB vereitelt hat.

dd) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe auf jeden Fall jedem Kläger

15 000 DM zuerkennen müssen, weil die Kläger ein entsprechendes mündliches Vergleichsangebot des Oberbürgermeisters der Beklagten angenommen hätten. Das Berufungsgericht hat insoweit Feststellungen nicht getroffen. Es nimmt an, auch insoweit sei § 71 Abs. 2 HGO nicht beachtet und deshalb der angeblich zustande gekommene Vergleich auf jeden Fall nichtig. Dies kann von der Revision aus den oben zu 1 a erörterten Gründen nicht mit Erfolg gerügt werden.

cc) Auf weitere Rügen der Revision braucht beim gegenwärtigen Stand des Verfahrens nicht eingegangen zu werden. Das gilt für die Angriffe sowohl gegen die Höhe des aus § 354 HGB zuerkannten Betrages wie gegen den Beginn der Verzinsung. Ferner bedarf § 812 BGB, auf den die Revision als weitere selbständige Anspruchsgrundlage hinweist, keiner Erörterung; § 812 BGB kommt neben § 354 HGB nicht in Betracht.

Wegen der unter 2 a bb), 2 b aa), bb) erörterten Rechtsfehler war das Berufungsurteil, soweit es von den Parteien angefochten worden ist, aufzuheben (§ 564 ZPO). Gemäß § 565 ZPO war die Sache in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; ihm war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Dr. Gelhaar

Mormann

Artl