

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2127 033

BGB § 652

Grundsätzlich liegt in dem einem Makler erteilten Auftrag, ein bestimmtes Geschäft mit einem bestimmten Interessenten zu fördern, und in der Abrede, zu diesem Zweck über das Geschäft Stillschweigen zu bewahren, weder ein Alleinauftrag, noch macht sich der Auftraggeber schadenersatzpflichtig, wenn er einen weiteren Makler damit beauftragt, das Geschäft mit einem anderen Interessenten zustande zu bringen.

BGH, Urt. v. 9. November 1966 - VIII ZR 170/64 - OLG Hamm
LG Bielefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 170/64

URTEIL

Verkündet am

9. November 1966
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm H [REDACTED], Inhaber der Firma
Maklerbüro H [REDACTED] in B [REDACTED], Ke [REDACTED], [REDACTED]-Haus,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gutsbesitzer Heinrich J [REDACTED] in Bl [REDACTED]
[REDACTED]-L [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. März 1964 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und seine Ehefrau waren Eigentümer des in B. gelegenen BU. Sie verkauften am 7. August 1962 zum Preise von 6,5 Millionen den Hof an die Stadt B., die bereits seit Jahren an dem Erwerb interessiert war. Am selben Tag erwarben sie als Ersatz für den verkauften Hof das Gut Bl. in Bl./L., den sog. Ma.hof. Beide Geschäfte vermittelte der Makler S., der von der Stadt B. eine Provision erhielt. Der Kläger betreibt unter einer im Handelsregister eingetragenen Firma Maklergeschäfte. Er verlangt im vorliegenden Rechtsstreit Provision bzw. Schadensersatz für die ihm nach seiner Auffassung durch Verschulden des Beklagten entgangene Maklervergütung.

Er hat vorgetragen, er sei vom Beklagten, mit dem er schon seit 1960 wegen des Erwerbs eines Ersatzhofes in Verbindung gestanden habe, beauftragt worden, zum Zwecke

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des Verkaufs des Bü[REDACTED]hofes mit einer kapitalkräftigen Baugesellschaft Fühlung aufzunehmen. Er habe am 21. März 1962 eine Besprechung zwischen dem Beklagten und Vertretern der Gemeinnützigen Aktiengesellschaft für Angestelltenheimstätten (G[REDACTED]) zustande gebracht, bei der der Beklagte sich grundsätzlich zum Verkauf des Hofes, die Vertreter der G[REDACTED] zur Zahlung eines angemessenen Kaufpreises bereit erklärt hätten. Dieser habe etwas über den Preis liegen sollen, den die Stadt B[REDACTED] zu zahlen bereit war. Alle Beteiligten hätten sich zu strengstem Stillschweigen verpflichtet. Diese Verpflichtung sei bei einer zweiten Besprechung am 10. Mai 1962 bekräftigt worden. Unter Bruch dieser Verschwiegenheitsabrede habe der Beklagte den Makler S[REDACTED] eingeschaltet, der ohne Wissen des Klägers den Bü[REDACTED]hof der Stadt B[REDACTED] im Alleinauftrag des Beklagten angeboten habe und in den Genuß der Maklerprovision gekommen sei. Ihm, dem Kläger, sei hierdurch ein Schaden von 195 000 DM (3 % = 6,5 Millionen) entstanden. Er hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung eines Teilbetrages von 6 500 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat Widerklage auf Feststellung erhoben, daß dem Kläger Schadensersatzansprüche nicht zustehen. Er hat bestritten, dem Kläger einen Maklerauftrag erteilt zu haben. Die Besprechungen mit der G[REDACTED] seien unverbindliche Vorverhandlungen gewesen. Der Kläger habe gewußt, daß für ihn, den Beklagten, eine Veräußerung des Bü[REDACTED]hofes nur in Betracht kam, wenn er gleichzeitig einen Ersatzhof erwerben konnte. Den habe ihm der Makler S[REDACTED], der sich ohne sein Zutun bei ihm gemeldet habe, angeboten. Die Vereinbarung, Stillschweigen zu bewahren, habe ihn

nicht daran gehindert, andere Möglichkeiten der Veräußerung des Bü[hofes] wahrzunehmen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Antrag aus den Vorinstanzen weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der Beklagte mit dem Kläger einen Maklervertrag geschlossen hat. Der Kläger habe gleichwohl, so hat es ausgeführt, keinen Anspruch auf Maklerlohn, weil seine Tätigkeit für den Verkauf des Bü[hofes] nicht ursächlich gewesen sei. Die Ursächlichkeit sei nicht vertraglich abbedungen worden. Dem Kläger sei weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten ein Alleinauftrag erteilt worden, durch den ein Provisionsanspruch auch ohne seine Mitwirkung beim Verkauf hätte begründet werden können. Ob seine Bemühungen sich dahin ausgewirkt hätten, daß die Stadt B[] dem Beklagten 6,5 Millionen DM statt 5,5 Millionen DM gezahlt habe, könne dahinstehen. Einmal sei es zweifelhaft, ob daraus überhaupt Provisionsansprüche entstehen konnten, zum anderen beruhten insoweit die Behauptungen des Klägers auf reinen Vermutungen. Dem Kläger stünden auch keine Ansprüche nach § 354 hGB zu; denn auch nach dieser Vorschrift seien erfolglose Bemühungen eines Maklers nicht zu vergüten. Zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzungen des Beklagten

lägen nicht vor. Er sei auch nach Abschluß des Maklervertrages und trotz der übernommenen Verpflichtung zum Stillschweigen berechtigt gewesen, andere Makler zu beauftragen. Unerlaubte Handlungen des Beklagten (§§ 823, 826 BGB) seien gleichfalls nicht zu erkennen.

II.

Diese Ausführungen, die sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete bewegen, lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Revision bekämpft sie erfolglos.

1. Dem Maklervertrag ist wesentlich, daß eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung des Maklerlohnes erst entsteht, wenn ein vom Makler nachgewiesenes oder vermitteltes Geschäft zustande kommt, und daß der Auftrag bis dahin grundsätzlich jederzeit widerrufen werden kann. Auch ist der Auftraggeber frei, ob er das vom Makler nachgewiesene oder vermittelte Geschäft abschließen will. Er braucht den Gesichtspunkt, daß der Vergütungsanspruch erst mit Abschluß des Geschäftes entsteht, bei seiner Entschließung nicht zu berücksichtigen (Urteil des erkennenden Senats vom 18. April 1966 VIII ZR 111/64 = NJW 1966 1404). Gegen die Gefahr, trotz Aufwendungen und Bemühungen keinen Anspruch auf Vergütung zu erlangen, kann sich der Makler durch vertragliche Abreden, insbesondere durch Vereinbarung eines Alleinauftrags schützen, der in der Regel den Widerruf auf bestimmte Zeit ausschließt und dessen Inhalt regelmäßig dahin geht, daß der Makler eine Vergütung auch dann zu beanspruchen hat, wenn das Geschäft ohne seine Mitwirkung zustande kommt. Wenn der Alleinauftrag auch die Verpflichtung des Maklers begründet, für den Auftraggeber tätig zu werden (Urteil des erkennenden Senats vom 21. März 1966 VIII ZR 290/63

= NJW 1966, 1406), und somit dem Auftraggeber den Vorteil besonders intensiver Tätigkeit des Maklers verschafft, so belastet er ihn doch andererseits mit der Einschränkung, die Dienste anderer Makler, die in der Lage sind, das gewünschte Geschäft zustande zu bringen, nicht in Anspruch nehmen zu können, ohne Gefahr zu laufen, mehrere Provisionen bezahlen zu müssen. Deshalb muß der Wille des Maklers, einen Alleinauftrag zu erhalten, beim Abschluß des Maklervertrages deutlich zum Ausdruck kommen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß es Sache des Maklers ist, zu erklären, ob er einen Maklervertrag schließen will, daß etwaige Unklarheiten zu seinen Lasten gehen und daß er die Beweislast für das Zustandekommen eines Maklervertrages trägt (BGH-Urt. vom 4. Juli 1960 VII ZR 221/59 = LM BGB § 652 Nr. 8 a). Nichts anderes gilt, wenn der Makler einen den Auftraggeber in seiner Entschlußfreiheit einengenden Alleinauftrag abschließen will oder abgeschlossen zu haben behauptet.

2. Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze seiner Würdigung des Prozeßstoffs zugrundegelegt.

a) Unstreitig ist hier ein Alleinauftrag nicht ausdrücklich erteilt worden. Es liegt nicht einmal ein schriftlicher Vertrag vor. Das ist, zumal bei der wirtschaftlichen Bedeutung des Rechtsgeschäfts auffallend. Es bedurfte daher der Feststellung besonderer Umstände, aus denen sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) ergab, daß die Parteien einen Alleinauftrag vereinbaren wollten. Einem solchen Umstand hat das Berufungsgericht mit Recht nicht in der Abrede gesehen, über den geplanten Verkauf des Bü[hofes an die Gagfah Stillschweigen zu bewahren.

b) Die Revision meint, durch diese Abrede sei der Kläger in der Ausübung seiner Maklertätigkeit ausschließlich auf die Förderung des Verkaufs an die Gagfah beschränkt worden. Er sei damit gegenüber anderen Maklern im Nachteil gewesen, die den Bü[REDACTED]hof frei hätten anbieten können. Angesichts der bereits weit fortgeschrittenen Verhandlungen mit der G[REDACTED], bei denen nur noch die Ermittlung des Kaufpreises offen gewesen sei, habe der Kläger die Verschwiegenheitsabrede nicht anders auffassen können, als daß er vom Beklagten einen Alleinauftrag erhalten habe.

Dieser Angriff gegen die Auslegung der Verschwiegenheitsabrede durch das Berufungsgericht kann keinen Erfolg haben. Die Revision geht daran vorbei, daß grundsätzlich jeder Maklervertrag, wenn er nicht auf bestimmte Zeit geschlossen wurde, frei widerruflich ist, und daß es dem Auftraggeber, wenn kein Alleinauftrag vorliegt, freisteht, auch die Dienste anderer Makler in Anspruch zu nehmen. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Auftraggeber den Makler mit der Förderung eines bestimmten Geschäftes betraut. Es bleibt ihm allein überlassen, ob er dieses Geschäft abschließen, und ob er andere Makler damit beauftragen will, Möglichkeiten für den Abschluß eines auf denselben Gegenstand sich beziehenden Geschäftes mit weiteren Personen zu suchen. Will der erste Makler sich wegen der Einengung seiner Betätigung gegen die Konkurrenz anderer Makler schützen, so muß er sich durch, wenn nicht ausdrückliche, so doch klare Abreden, im allgemeinen durch Vereinbarung eines Alleinauftrages sichern. Zu der Vereinbarung, ein bestimmtes Geschäft dadurch zu fördern, daß die Beteiligten, um Störungen durch Dritte zu vermeiden,

strengste Geheimhaltung verabreden, hat deshalb das Berufungsgericht mit Recht keinen stillschweigende Erteilung eines Alleinauftrages gesehen. Es wäre, wie das Berufungsgericht gleichfalls zutreffend ausgeführt hat, Sache des Klägers gewesen klarzustellen, daß er in der Verschwiegenheitsabrede eine auf den Abschluß eines Alleinauftrages zielende Vereinbarung erblickte.

c) Die Revision hält das deshalb für verfehlt, weil nicht der Kläger dem Beklagten die Verpflichtung zum Stillschweigen auferlegt habe, sondern umgekehrt der Beklagte dem Kläger. Ob es hierauf überhaupt ankommen könnte, kann dahinstehen; denn der Kläger stützt sich insoweit auf neues tatsächliches Vorbringen, das im Revisionsrechtszuge nicht beachtlich ist. In den Vorinstanzen hatte er stets vorgetragen, die Verschwiegenheitsabrede sei im allseitigen Interesse und Einverständnis getroffen worden. Bei diesem Sachverhalt, der im Revisionsrechtszug als richtig zu unterstellen ist, war es am Kläger, deutlich zu machen, wenn er die Inanspruchnahme anderer Makler durch den Beklagten ausschließen und sich damit den Provisionsanspruch auch für den Fall eines Verkaufs des Bültmannshofes ohne seine Mitwirkung sichern wollte.

d) Dazu bestand hier um so mehr Anlaß, als dem Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bekannt war, daß der Beklagte die Veräußerung des Bü[REDACTED]hofes von der Möglichkeit abhängig machte, gleichzeitig einen Ersatzhof erwerben zu können. Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte diese Feststellung nicht ohne die vom Kläger beantragte Vernehmung der Zeugen Ho[REDACTED] und M[REDACTED] treffen dürfen. Dem schon in erster Instanz gestellten, im zweiten Rechtszuge nicht ausdrücklich wiederholten Beweisantrag brauchte das Berufungsgericht

schon deshalb nicht nachzugehen, weil der Kläger im Berufungsverfahren vorgetragen hat, er habe entgegen der Darstellung des Beklagten nicht behauptet, daß ihm die Verknüpfung des Verkaufs des Bü[REDACTED]hofes mit dem Kauf eines Ersatzhofes nicht bekannt gewesen sei. Kannte der Kläger aber insoweit die Einstellung des Beklagten, so konnte er, der damals einen Ersatzhof nicht anzubieten hatte, nach den rechtlich einwandfreien Erwägungen des Berufungsgerichts nicht erwarten, daß der Beklagte in der Verschwiegenheitsabrede eine ausschließliche Bindung an ihn und wegen der Gefahr, ein zweites Mal provisionspflichtig zu werden - jedenfalls im Ergebnis - einen Verzicht auf die Inanspruchnahme der Dienste auch solcher Makler sehen konnte, die ihn durch das Angebot eines Ersatzhofes zur Veräußerung des Bü[REDACTED]hofes erst veranlassen konnten und die, was nahe lag, ihrerseits das Angebot von der Erteilung eines Auftrages hinsichtlich des Bü[REDACTED]hofes abhängig machten.

3. Dem Kläger, der Kaufmann ist, steht kein Provisionsanspruch nach § 354 HGB zu. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteile v. 4. April 1966 VIII ZR 102/64 = WM 1966, 621 und v. 27. April 1966 VIII ZR 24/64) ist die Tätigkeit eines Maklers nach dieser Vorschrift insoweit zu vergüten, als bei Bestehen eines Vertrages unter der Voraussetzung des § 652 BGB ein Provisionsanspruch bestünde. Da die Tätigkeit des Klägers für den Kauf des Hofes an die Stadt B[REDACTED] nicht ursächlich war, entfällt ein Anspruch aus § 354 HGB. Ob bei Abschluß eines nichtigen oder unwirksamen Alleinauftrages ein Anspruch auf Maklerlohn nach dieser Vorschrift begründet sein könnte, wenn der Makler das Geschäft nicht zustande gebracht hat, bedarf hier keiner Entscheidung, weil nach

den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts der Wille der Parteien nicht auf den Abschluß eines Alleinauftrages gerichtet war.

4. Der Kläger hat auch keine Provision dafür zu beanspruchen, daß nach seiner Behauptung die Stadt B [REDACTED] anstelle der ursprünglich vorgesehenen 5,5 Millionen DM mit Rücksicht auf die auf seine Bemühungen zurückgehenden Verhandlungen des Beklagten mit der G [REDACTED] schließlich 6,5 Millionen DM gezahlt hat. Auf die insoweit erhobene Verfahrensrüge braucht nicht eingegangen zu werden. Es kann unterstellt werden, daß der Beklagte deshalb eine Million DM mehr erhalten hat, weil er der Stadt B [REDACTED] die Kaufabsichten der G [REDACTED] und deren Preisangebot mitteilte. Ein Makler hat, wenn, wie hier, nichts anderes vereinbart ist, nur Vergütung für eine Tätigkeit zu beanspruchen, durch die ein Vertrag zustande kommt, nicht aber dafür, daß der Auftraggeber mit einem anderen Interessenten einen nicht vom Makler vermittelten Vertrag deshalb zu günstigen Bedingungen abschließt, weil er die Ergebnisse von mit dem ursprünglichen Interessenten geführten Verhandlungen, die auf der Tätigkeit des Maklers beruhen, verwertet. Insoweit scheidet ein Provisionsanspruch auch nach § 354 BGB aus den unter Ziff. II 3 dargelegten Gründen aus.

5. auch Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung stehen dem Kläger nicht zu. Die Revision ist der Meinung, der Beklagte sei, wenn schon kein Alleinauftrag vorliege, mit Rücksicht auf die Verschwiegenheitsabrede zumindest verpflichtet gewesen, keinen anderen Makler zu beauftragen, bevor ihm, dem Kläger, Gelegenheit gegeben worden sei, auch seinerseits den Bü [REDACTED] hof anderen Interessenten als der G [REDACTED] anzubieten. Die Verletzung

dieser Verpflichtung führe zu Ansprüchen auf Ersatz der dadurch eingetretenen Schäden. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Nach dem Vortrag des Klägers war der ihm erteilte Maklerauftrag darauf beschränkt, einen Verkauf an die G. [REDACTED] zustande zu bringen. Die von ihm aus der Verschwiegenheitsabrede gefolgerte Verpflichtung des Beklagten würde demnach nicht nur eine Beschneidung des freien Widerrufsrechts, sondern auch die Abmachung zum Inhalt gehabt haben, daß der Beklagte, wenn er außer der Gagfah andere Käufer interessieren wollte, den Maklerauftrag erweitern und den Kläger auch insoweit beauftragen sollte. Für die Annahme einer derartigen Erweiterung der Pflichten des Beklagten wäre angesichts der grundsätzlichen Entschließungsfreiheit des Auftraggebers eine klare und eindeutige Abmachung erforderlich gewesen. Hieran fehlt es aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, aus denselben Gründen, an denen die Annahme eines Alleinauftrages scheiterte. Im übrigen läuft die Auffassung des Klägers im Ergebnis darauf hinaus, an die Stelle des gewünschten, aber nicht zustande gekommenen Alleinauftrages einen Schadensersatzanspruch mit im wesentlichen gleichem materiellen Inhalt treten zu lassen. Das ist mit dem Wesen des Maklervertrages, der nur bei entsprechender Abmachung eine Beschränkung des Widerrufsrechts und der Abschlußfreiheit des Auftraggebers zuläßt, nicht vereinbar.

b) Die Revision macht als besonderen Umstand, aus dem sich erweiterte Pflichten des Beklagten ergeben sollen, geltend, er sei nach den mit der G. [REDACTED] gepflogenen Verhandlungen nicht mehr "völlig frei" gewesen; es sei fehlerhaft, daß das Berufungsgericht angenommen habe, der Beklagte

sei nicht gehalten gewesen, die Verhandlungen weiter fortzusetzen.

Eine bindende Verpflichtung zur Veräußerung an die Gagfah hätte, gleichgültig ob sie dieser selbst oder dem Kläger gegenüber eingegangen worden war, der Form des § 313 BGB bedurft. Ob weit fortgeschrittene Vertragsverhandlungen möglicherweise Ansprüche der G. aus sog. Verschulden bei Vertragsschluß begründen könnten, kann gleichfalls dahinstehen. Die Freiheit des Auftraggebers seinem Makler gegenüber, abzuschließen oder den Vertragsschluß zu unterlassen, wird hierdurch nicht beeinflusst. Besonders intensive, insbesondere mit Unkosten verbundene Bemühungen um die G., die möglicherweise nach Treu und Glauben eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, hat der Kläger, der nicht einmal einen schriftlichen Vertrag für notwendig hielt, nicht behauptet.

c) Das Vorbringen, dem Kläger sei die Verpflichtung auferlegt worden, dem Beklagten einen möglichst günstigen Kaufpreis zu verschaffen, ist neu und in der Revisionsinstanz deshalb unbeachtlich. In den Tatsacheninstanzen war nur die Verpflichtung zur Verschwiegenheit behauptet und vorgetragen worden, daß die Vertreter der G. es übernommen hätten, durch Erkundigungen der Stadt B. sich um die Ermittlung eines angemessenen Kaufpreises zu bemühen. Ob, wie die Revision meint, die behauptete Verpflichtung eine besondere Treuepflicht des Beklagten hätte begründen können, die die Beauftragung eines anderen Maklers ausschloß, kann deshalb dahinstehen.

d) Der Beklagte war somit rechtlich nicht gehindert, dem Makler S. für die Veräußerung des Bü.hofes einen Alleinauftrag zu erteilen. Er brauchte dem Kläger

nicht Gelegenheit zu geben, den Bü[redacted]hof seinerseits weiteren Interessenten anzubieten oder sich mit S[redacted] wegen der Teilung der Provision in Verbindung zu setzen.

6. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch Ansprüche aus §§ 823, 826 BGB abgelehnt. In der Beauftragung Se[redacted] lag kein unzulässiger Eingriff in den Geschäftsbetrieb des Klägers. Da ein gewöhnlicher Maklervertrag vorlag, der jederzeit frei widerrufen werden konnte, kann dem Beklagten keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung vorgeworfen werden mit der Begründung, er habe es unterlassen, in Abänderung des ursprünglich beschränkten Auftrages den Kläger auch mit dem Nachweis anderer Interessenten als der G[redacted] zu betrauen.

7. Da es an einer Rechtsgrundlage für Schadensersatzansprüche fehlt, bedarf es keiner Prüfung, ob der Kläger ohne das Verhalten des Beklagten Provisionsansprüche erlangt hätte, sei es, daß er der Stadt B[redacted] als erster den Nachweis der Kaufmöglichkeit erbracht hätte, sei es, daß er mit S[redacted] ein Teilungsabkommen hätte schließen können.

III.

Die sonach unbegründete Revision war deshalb mit
der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier