

2

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 652

Zur Frage, ob der Makler seinen Provisionsanspruch behält, wenn der Vertragsgegner des Auftraggebers des Maklers von einem ihm vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht Gebrauch macht.

BGH, Urt. v. 10. Januar 1973 - VIII ZR 221/71 - OLG Nürnberg
LG Ansbach

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 221/71

URTEIL

Verkündet am

10. Januar 1973

Scheibl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Franz H [REDACTED], Fabrikdirektor a.D. in L [REDACTED],
F [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

V [REDACTED] S [REDACTED] H [REDACTED], W [REDACTED], N [REDACTED],
Anstalt des öffentlichen Rechts mit dem Sitz in H [REDACTED],
vertreten durch den Verwaltungsrat,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Dr. Gelhaar, Claßen, Mormann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 22. September 1971 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers gegen die Abweisung der Feststellungsklage durch das Landgericht zurückweist; im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision trägt der Kläger 3/4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die restlichen Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger schuldete einer Frau D., einer Kundin der beklagten Sparkasse, am 1. März 1965 aus Darlehen 10 000 DM. Zur Sicherung des Darlehens ver-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

pfändete der Kläger an diesem Tage der Gläubigerin ein Gemälde (angeblich von Boldini). Frau D. trat ihre Darlehensforderung an die Beklagte ab. Diese erstritt im Jahre 1968 gegen den Kläger ein rechtskräftiges Urteil zur Zahlung von 9 313,09 DM. Im Mai 1969 bewilligte die Beklagte dem Kläger Ratenzahlung. Der Kläger hielt die Raten nicht ein. Mit Schreiben vom 16. März 1970 an den damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten bat der Kläger, der zugleich Gegenforderungen gegen Frau D. geltend machte, um eine Endabrechnung per 31. März 1970, ferner um Angabe, an welchem Ort er das Bild gegen Zahlung des offenen Restes übernehmen könne. Der Anwalt der Beklagten lehnte die Bitte des Klägers durch Schreiben vom 19. März 1970 ab, ebenso die Beklagte, an die der Kläger sich mit Schreiben vom 31. März 1970 wandte.

Der Kläger behauptet, es sei ihm im April 1970 durch Vermittlung des ihm persönlich bekannten ehemaligen Bürgermeisters von F., Lorenz T., gelungen, das Bild für 38 000 US \$ an einen Amerikaner mit der Maßgabe zu verkaufen, daß das Bild bis spätestens 30. April 1970 16 Uhr zu übergeben war. Hierüber verhält sich folgende schriftliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und Tiefenthaler:

"Zwischen Herrn Bürgermeister Lorenz T. F. einerseits und (dem Kläger) andererseits, wird hiermit folgendes vereinbart:

1. Herr Bürgermeister T. kauft im Auftrage (des Klägers) ein Gemälde von Giovanni Boldini gemäß übergebenem Foto und Gutachten von Herrn Prof. S. W., für Sfr. 120.000,-

2. Der von dem amerikanischen Bekannten von Herrn Bürgermeister T. [REDACTED] bezahlte Mehrpreis, d.h. die Differenz zwischen Sfr. 120.000,- und US Dollar 38.000,- steht Herrn T. [REDACTED] als persönlicher Gewinn zur alleinigen Verfügung und ist, falls der gesamte Preis bei Übernahme des Bildes an (den Kläger) ausgezahlt wird, unverzüglich von (Kläger) an Herrn T. [REDACTED] auszufolgen.
3. (Der Kläger) erklärt, daß das Gemälde in unbeschädigtem Zustand ist und in seinem alleinigen Eigentum steht. Das Bild ist lediglich mit einigen tausend Mark belastet und zur Zeit bei (der Beklagten) deponiert, bzw. in treuhänderischer Verwahrung, als Sicherheit für Beträge, die im wesentlichen zurückgezahlt sind, bis auf einen Rest von einigen Tausend Mark für Zinsen. Das Bild wird gem. vorliegendem Gerichtsurteil Zug um Zug gegen Bezahlung des offenen Saldos an (den Kläger) herausgegeben. ...
4. Das Bild ist bis spätestens 30. April 1970, 16 Uhr, an Herrn T. [REDACTED] in L. [REDACTED] zu übergeben, gegen Barzahlung des Kaufpreises. Dieser letzte Termin ist unbedingt einzuhalten, weil das Bild vom Käufer noch einer Spedition zum Transport nach Amerika übergeben werden muß und der Käufer am 1. Mai 1970 selbst die Rückreise nach den USA antritt.
5. Nach Übergabe und Bezahlung des Gemäldes gelten sämtliche gegenseitigen Ansprüche, gleich welcher Art auch immer, als ausgeglichen.
6. (Der Kläger) erhält eine Anzahlung von 25 % aus 120.000,- Sfr., d. sind Sfr. 30.000,-, deren Empfang hiermit bestätigt wird und übernimmt die Verpflichtung für sorgfältige und pünktliche Erledigung des Geschäftes.

7. Erfüllungsort ist L [REDACTED], Gerichtsstand
F [REDACTED].

F [REDACTED], den 20. April 1970

Sfr. 30.000,- (Dreissigtausend erhalten)

gez. Franz H [REDACTED]

gez. Lorenz T [REDACTED]

Am 27. April 1970 richtete der Kläger folgenden eingeschriebenen Eilbrief an die Beklagte:

"Betr.: Ausgleich Ihrer Restforderung gem.
Urteil des LG München 8. O.44/66 LG München I.

Gemäß dem oben bezeichneten Urteil des LG. München haben Sie mir Zug um Zug gegen Zahlung von DM 9.313.09 nebst Zinsen herauszugeben:

- a/ den Wechsel über DM 21.500 v. 20.12.1961
- b/ das Ölgemälde von Boldini mit der Originalexpertise von Prof. S [REDACTED].

Ich habe inzwischen an Sie DM 9.000.- bezahlt.-

Die angefallenen Zinsen sind mir bisher nicht bekanntgegeben worden, trotzdem ich mit meinen Schreiben vom 16. März 1970 an Herrn RA. F [REDACTED] und vom 31.3.70 an Sie darum gebeten habe.

Es ist mir auch die Auskunft darüber verweigert worden, wo ich das Bild von Boldini gegen Bezahlung Ihrer Restforderung für die Zinsen übernehmen kann.

Ich habe das Bild inzwischen nach F [REDACTED] / Vorarlberg für Sfr. 120 000.- (Einhundertzwanzigtausend Sfr.) zuzüglich der Mehrwertsteuer verkauft und eine angemessene Anzahlung erhalten.

Ein längeres Zuwarten bis zu Ihrer Auskunfterteilung ist mir nicht möglich, weil ich das Gemälde zum 30. ds. Mts. zu liefern habe.

Ich fordere Sie daher letztmalig auf, mir postwendend mitzuteilen, wo ich das Gemälde bis zum 30. April 1970 mittags gegen Bezahlung der Zinsen, die mir noch bekanntzugeben sind, übernehmen kann.

Falls Sie die rechtzeitige Übernahme durch weiteres Schweigen verhindern, erkläre ich hiermit Aufrechnung Ihrer gesamten Restforderung und stelle Ihnen das Gemälde zu dem oben genannten Preis in Rechnung, die am 30.4.70 mit einer Nachfrist von 3 Tagen fällig wird.

Ich mache ausdrücklich darauf aufmerksam, daß ich Sie für den gesamten Schaden haftbar mache, der mir daraus entstehen könnte, daß Sie mir mein Eigentum widerrechtlich vorenthalten. Auch der durch verspätete Zahlung entstehende Schaden wird Ihnen von mir in Rechnung gestellt werden.

Mit Ihrem Anwalt, an den Sie mich verwiesen haben, habe ich in dieser Sache nichts zu tun, da es sich um eine rein kaufmännische Sache handelt und keine Rechtsprobleme, die Ihr Anwalt zu vertreten hat."

Die Beklagte beantwortete das Schreiben nicht. Der Kläger hat das Bild und die Expertise nicht zurückerhalten. Er verlangt von der Beklagten Schadensersatz. Dazu hat er vorgetragen:

Nach der Vereinbarung mit T [REDACTED] vom 20. April 1970 schulde er diesem eine Maklerprovision in Höhe der Differenz zwischen 38 000 US \$ und 120 000 sfr, das seien 29 009,60 DM. Er könne von der Beklagten Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen. Ferner entstehe ihm ein weiterer beträchtlicher Schaden voraussichtlich dadurch, daß der von dem Amerikaner bewilligte Kaufpreis besonders hoch gewesen und voraussichtlich bei einem erneuten Verkauf nicht mehr zu erzielen sei.

Der Kläger hat deshalb von der Beklagten Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber T. [REDACTED] im Betrage von 29 009,60 DM nebst Zinsen verlangt, ferner die Feststellung, daß die Beklagte ihm jeden weiteren Schaden zu ersetzen habe, der ihm durch die Nichtrückgabe des Gemäldes entstanden sei und noch entstehen werde.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

1. Die Maklerprovisionsschuld des Klägers

a) Das Berufungsgericht verneint einen Provisionsanspruch T. [REDACTED] aus der Vereinbarung vom 20. April 1970:

T. habe das Bild nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter des Amerikaners gekauft. Der Kaufvertrag sei weder unter einer aufschiebenden noch unter einer auflösenden Bedingung geschlossen; vielmehr sei dem Käufer lediglich der Rücktritt für den Fall vorbehalten worden, daß das Bild nicht termingemäß übergeben werde. Der Käufer sei deshalb berechtigterweise vom Kauf zurückgetreten. T. habe den Verkauf als Makler

des Klägers vermittelt. Sein Provisionsanspruch sei jedoch - so sei die Vereinbarung vom 20. April 1970 auszulegen - mit dem Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag entfallen.

Das Berufungsgericht entnimmt schon aus dem Wortlaut der Vereinbarung

(Nr. 2: "Der von dem amerikanischen Bekannten (T. [REDACTED]) ... bezahlte Mehrpreis ... steht Herrn T. als persönlicher Gewinn zur ... Verfügung und ist, falls der gesamte Preis bei Übernahme des Bildes an (den Kläger) ausbezahlt wird, unverzüglich vom (Kläger) an Herrn T. auszufolgen.")

einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, daß nach dem Willen der Vertragsparteien ein Provisionsanspruch T.s davon abhängen sollte, daß der Kläger den Kaufpreis auch erhielt, das Geschäft also durchgeführt wurde. Die gegenteilige Annahme widerspreche - so das Berufungsgericht - dem von T. erkannten Willen und dem Interesse des Klägers diametral. Dementsprechend habe auch T. selbst bisher nichts unternommen, um seinen vermeintlichen Provisionsanspruch gegen den Kläger durchzusetzen. Von Bedeutung sei ferner, daß T. kein gewerblicher Makler sei, sondern sich mehr aus Liebhaberei mit dem Kunsthandel befasse. Ferner seien die Vertragsparteien (vgl. Nr. 3 der Vereinbarung) von der Erwartung ausgegangen, dem Kläger werde es gelingen, das verpfändete Bild bis zu dem festgesetzten Übergabetermin freizubekommen. Da ihm dies jedoch aus von ihm nicht zu vertretenden Umständen nicht gelungen sei,

entfalle ein etwa entstandener Provisionsanspruch T.s jedenfalls aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Die Rügen der Revision bleiben erfolglos.

b) Das Gesetz (§ 652 BGB) regelt nicht die Frage, ob der Makler seinen Provisionsanspruch behält, wenn der Vertragsgegner des Auftraggebers des Maklers von einem ihm vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend auf die Auslegung der Vereinbarung vom 20. April 1970 abgehoben. Das Revisionsgericht kann diese Auslegung, weil die genannte Vereinbarung ein Individualvertrag ist, nur beschränkt nachprüfen. Diese Nachprüfung ergibt keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts.

c) Zu Unrecht meint die Revision, der Kläger habe es gegenüber dem Käufer und damit auch gegenüber dem Makler T. zu vertreten, daß ihm die rechtzeitige Beschaffung des Bildes nicht gelungen sei. Ob dies im Verhältnis zu dem amerikanischen Käufer zutrifft, weil beim Verkauf einer Spezies-Sache der Verkäufer dem Käufer gegenüber grundsätzlich für seine (ursprüngliche) Leistungsfähigkeit einzustehen hat, mag dahinstehen. Im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Makler besteht ein solches Garantieverhältnis nicht. T. wußte, daß im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Kläger das Bild nicht zur Verfügung stand. Der Kläger hat in der kurzen ihm zur Verfügung stehenden Frist alles Zumutbare getan, das Bild zu beschaffen. Wenn ihm dies nicht gelungen ist, hat er dies gegenüber T. nicht zu vertreten.

d) Zu Unrecht glaubt die Revision für ihren Standpunkt etwas mit dem Hinweis gewinnen zu können, daß, wenn es bei der Abweisung der Klage verbleibe, in einem Rechtsstreit zwischen T. und dem Kläger dieser von einem anderen Gericht, das die Sach- und Rechtslage anders beurteile, gleichwohl zur Zahlung von Maklerprovision verurteilt werden könne, ohne dann bei der Beklagten Rückgriff nehmen zu können. Einer solchen Gefahr konnte der anwaltlich beratene Kläger dadurch entgehen, daß er gemäß § 72 ZPO dem T. den Streit verkündete. Dann wäre gemäß §§ 74, 68 ZPO in einem Rechtsstreit T.s gegen den Kläger das Gericht daran gebunden, daß im vorliegenden Rechtsstreit ein Provisionsanspruch des Maklers rechtskräftig verneint ist. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, dem anwaltlich beratenen Kläger in dieser Hinsicht Hinweise zu geben.

2. Der Schadensersatzanspruch des Klägers

a) Das Berufungsgericht führt aus:

Mit der Abtretung der Forderung durch Frau D. an die Beklagte sei das Pfandrecht der Frau D. an dem Bilde gemäß § 401 BGB auf die Beklagte übergegangen. Diese sei nach ihrem eigenen Vortrag mindestens mittelbare Besitzerin gewesen. Nach §§ 1251 Abs. 2, 1223 BGB habe deshalb der Kläger die Rückgabe des Bildes gegen Befriedigung der Beklagten verlangen können. Die Beklagte habe keinen Grund gehabt, eine Antwort auf das Schreiben des Klägers vom 21. März 1970, mit dem er um Angabebat, gegen Zahlung welchen Betrages er wo das Gemälde in Empfang nehmen könne, brüsk abzulehnen. Ebensowenig

lasse sich das vorausgegangene Schreiben des Rechtsanwalts der Beklagten vom 19. März 1970 rechtfertigen, mit dem dieser eine gleiche Bitte des Klägers im Schreiben vom 16. März 1970 abgeschlagen habe. Denn die Beklagte mache auch Vollstreckungskosten geltend, deren Höhe dem Kläger nicht bekannt gewesen sei. Auch sei der Beklagten zuzumuten gewesen, dem Kläger die für ihn schwierige Zinsberechnung, die ihr als Bank keine nennenswerte Mühe gemacht hätte, abzunehmen. Der Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Bildes sei durch seine Schreiben vom 16. und 31. März 1970 fällig geworden, durch die Mahnung im Schreiben des Klägers vom 27. April 1970 sei die Beklagte in Verzug gesetzt worden. Die Beklagte habe es deshalb zu vertreten, daß sie dem Kläger nicht vor dem 30. April 1970 Gelegenheit gegeben habe, durch Zahlung der ihm bekannt zu gebenden Restschuld das Bild zurückzuerhalten.

Die Herausgabepflicht habe aber nur bis zum 13. Juli 1970 bestanden. Mit Schreiben von diesem Tage habe der Kläger mit seinem - angeblich sehr viel höheren - Schadensersatzanspruch gegen die Forderung der Beklagten aufgerechnet und Herausgabe des Bildes ohne Gegenleistung verlangt. Da die Aufrechnung nicht wirksam gewesen sei, habe die Beklagte nicht gegen § 1223 BGB verstoßen, wenn sie seitdem die Herausgabe des Bildes abgelehnt habe. Weiterer von der Beklagten zu ersetzender Schaden habe deshalb nicht mehr entstehen können. Soweit der Kläger Feststellung einer Pflicht des Beklagten, den künftigen Schaden zu ersetzen, beantrage, sei daher die Feststellungsklage unbegründet, hinsichtlich des bereits entstandenen Schadens aber unzulässig, weil der Kläger insoweit Lei-

stungsklage erheben könne und deshalb kein Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO mehr habe.

Der erkennende Senat folgt dem Berufungsgericht zwar in der Wertung des Verhaltens der Beklagten, nicht aber in den daraus sich ergebenden rechtlichen Folgerungen.

b) Gemäß § 1251 Abs. 2 BGB trat die Beklagte als neuer Pfandgläubiger mit der Erlangung des Besitzes anstelle der Frau D. in die mit dem Pfandrecht verbundenen Verpflichtungen gegen den Kläger ein. Wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, war die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den genauen Stand ihrer Forderung, durch deren Bezahlung er das Bild einlösen konnte, mitzuteilen, ferner auch, wo er gegen Zahlung des von der Beklagten geforderten Betrages das Bild abholen konnte. Diese Pflicht war jedenfalls in dem Zeitpunkt sofort zu erfüllen, als der Kläger mit eingeschriebenem Eilbrief vom 27. April 1970 unter Hinweis auf den Verkauf des Bildes, die Lieferfrist bis zum 30. April 1970 und den eventuell drohenden Schaden um die schon wiederholt erbetene Auskunft ersuchte. Sollte die Beklagte, worauf der Schriftwechsel hindeuten könnte, aufgrund früheren Verhaltens des Klägers seine Leistungsbereitschaft und seine Leistungsfähigkeit nicht ernst genommen haben, so ist jedenfalls nicht ersichtlich, worin eine solche Skepsis der Beklagten auch gegenüber den detaillierten Angaben des Klägers im Schreiben vom 27. April 1970 begründet sein konnte, in dem der Kläger ausdrücklich darauf hinwies, er habe auf den Kaufpreis von 120 000 sfr eine angemessene Anzahlung erhalten. Die Beklagte war

deshalb schon aus der allgemein dem Vertragsgegner geschuldeten Sorgfaltspflicht (§ 242 BGB) verpflichtet, das ihr Zumutbare zu tun, um den Kläger vor Schaden zu bewahren, und ihm deshalb die Auskünfte zu erteilen, die er benötigte, um das Bild rechtzeitig einlösen zu können und das Geschäft mit dem Amerikaner abzuwickeln.

Das Berufungsgericht hat demnach insoweit zu Recht eine Schadensersatzpflicht der Beklagten bejaht.

c) Seinen Schaden hat der Kläger (abgesehen von seiner vermeintlichen Provisionspflicht gegenüber dem Makler) in erster Linie damit begründet, daß bei einem erneuten Verkauf des Bildes der in dem Kaufvertrag mit dem Amerikaner erzielte Kaufpreis nicht mehr zu erreichen sei. Dieser Schaden mag zwar schon Ende April 1970 entstanden sein, als der Amerikaner vom Kaufvertrag zurücktrat. Der Kläger hat aber dargelegt, daß er seinen Schaden erst beziffern könne, wenn er das Bild zurückerhalten habe und den jetzt für das Bild zu erzielenden Kaufpreis ermitteln könne. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht nicht zu Recht die Feststellungsklage hinsichtlich des bereits entstandenen Schadens wegen fehlenden Feststellungsinteresse als unzulässig abweisen. Es handelt sich in Wirklichkeit um einen in der Entwicklung befindlichen Schaden, bei dem gerade eine Feststellungsklage der geeignete Rechtsbehelf des Geschädigten sein kann.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgericht hat sich hierin durch das Schreiben des Klägers vom 13. Juli 1970 nichts wesentliches geändert. Warum die darin aus-

gesprochene Aufrechnung der angeblich höheren Schadensersatzforderung des Klägers - diese unterstellt - gegen die Darlehensforderung der Beklagten nicht wirksam gewesen sein soll, wie das Berufungsgericht meint, ist nicht ersichtlich. War aber die Aufrechnung wirksam und dadurch die Forderung der Beklagten getilgt, so war der Kläger berechtigt, nunmehr gemäß § 1223 Abs. 1 BGB die Rückgabe des Pfandes zu verlangen. Die Begründung für die Abweisung der Widerklage als unzulässig hinsichtlich des bereits entstandenen Schadens und als unbegründet hinsichtlich des noch entstehenden Schadens ist deshalb rechtlich nicht haltbar.

Gemäß § 564 ZPO war daher das angefochtene Urteil, soweit es die Abweisung der Feststellungsklage durch das Landgericht bestätigt, aufzuheben.

d) Der Senat kann jedoch nicht schon abschließend selbst entscheiden. Das Berufungsgericht hat sich mit weiteren Einwendungen der Beklagten gegen den Schadensersatzanspruch des Klägers nicht befaßt. Die Beklagte hat insbesondere die Entstehung eines Schadens im Rechtssinne bestritten, einmal, weil es sich bei dem Verkauf an den Amerikaner um ein Scheingeschäft handele, ferner, weil, wie inzwischen ermittelt worden sei, das Bild kein echter Boldini und nur 2 000 bis 3 000 DM wert sei. Unter diesen Umständen sei das angebliche Geschäft mit dem Amerikaner eine unerlaubte Handlung und deshalb nichtig gewesen.

Die Sache war deshalb gemäß § 565 ZPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen war, soweit über sie noch nicht gemäß § 92 ZPO entschieden worden ist.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Claßen

Mormann

Hoffmann