

4/6

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 652

- a) Zum Begriff der "Vermittlung".
- b) Zur Frage, ob der Auftraggeber auch dem ersten Makler Maklerlohn schuldet, wenn er unter Täuschung des ersten Maklers das Geschäft über einen zweiten Makler zustande bringt.

BGH Urt.v. 6. Dezember 1967 - VIII ZR 289/64 - OLG Hamburg
IG Hamburg

46

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 289/64

URTEIL

Verkündet am

6. Dezember 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Reederei des indischen Motorschiffes "A [REDACTED],
die Firma S [REDACTED] (O [REDACTED] Pvt. Ltd., K [REDACTED],
[REDACTED] C [REDACTED] Str., vertreten durch S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft in Firma D. F [REDACTED],
N [REDACTED] & G [REDACTED] Nflg., vertreten durch den allein
vertretungsberechtigten Gesellschafter Georg W [REDACTED]
in H [REDACTED], O [REDACTED]-W [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Messner, Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 25. Juni 1964 aufgehoben, soweit die Beklagte verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin - Handelsmaklerin - befaßt sich u.a. mit dem Nachweis und der Vermittlung des Kaufs und des Verkaufs von Seeschiffen. Im Jahre 1959 war sie als Agent der Beklagten - einer indischen Reederei - bei der Abwicklung eines Schiffskaufs tätig. In der zweiten Dezemberhälfte 1959 äußerte das Vorstandsmitglied S. [REDACTED] der Beklagten bei einer Unterredung auf dem Büro der Klägerin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gegenüber deren Mitinhaber W[REDACTED] sen., er habe Interesse an dem Erwerb europäischer Schiffe. Die Klägerin (W[REDACTED]) wies die Beklagte (P[REDACTED]) darauf hin, daß die Firma H[REDACTED] & Co. in B[REDACTED] die 3 Motorschiffe "Paul H[REDACTED]", "Heinrich H[REDACTED]" und "Hans H[REDACTED]" zu verkaufen beabsichtige. Die Klägerin beschaffte sich über den Korrespondentreeder, die Firma O[REDACTED] & Co. in B[REDACTED], die aber vom Reeder nicht mit dem Verkauf der Schiffe befaßt war, Unterlagen über die Schiffe (Generalplan, Motorausrüstungsplan u.a.) und machte diese Anfang Februar 1960 der Beklagten zugänglich. Ein Angestellter der Klägerin (Vogeler) besichtigte ferner - ebenfalls über den Korrespondent-Reeder - am 5. Februar 1960 eines der Schiffe ("Hans H[REDACTED]") und erstattete der Beklagten einen Besichtigungsbericht. Mit Schreiben vom 13. Februar 1960 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die Schiffe seien für sie nicht mehr interessant, weil die Maschinen schon während des Krieges gebaut und viel älter als die Schiffe seien. Auf einen Brief der Klägerin vom 15. Februar 1960, in dem diese gleichwohl den Ankauf der Schiffe als vorteilhaft hinstellte, erwiderte die Beklagte am 23. Februar 1960 erneut, sie habe wegen des Alters der Maschinen an den H[REDACTED]-Schiffen kein Interesse mehr. Trotzdem bestanden auch noch in der folgenden Zeit zwischen den Parteien Kontakte wegen der H[REDACTED]-Schiffe. Die Beklagte bot 30 % des Kaufpreises als Barzahlung an, der Rest sollte innerhalb von 4 Jahren gezahlt werden, soweit das Schiff dieses Geld verdiente ("as-you-earn"-Klausel). Die Klägerin teilte demgegenüber der Beklagten mit, der Reeder verlange volle Barzahlung. Im April 1960 erbat die Beklagte telegrafisch von der Klägerin eine Festofferte des Reeders; eine solche vermochte die Klägerin nicht zu beschaffen.

41

Die Beklagte hatte neben der Klägerin - und ohne daß diese davon wußte - die Londoner Maklerfirma Ha[REDACTED], M[REDACTED] & Co. wegen des Ankaufs der 3 H[REDACTED]-Schiffe eingeschaltet. Diese hatte spätestens seit Ende Februar 1960 - nach der Behauptung der Beklagten schon früher - Kontakt mit der Bremer Maklerfirma S[REDACTED] & Co., die vom Reeder einen Maklerauftrag für den Verkauf der Schiffe hatte. Mit Fernschreiben vom 1. März 1960 übermittelte die Firma S[REDACTED] dem Reeder H[REDACTED] ein erstes Festgebot der Beklagten. Im Laufe des März und April 1960 wurden auf diesem "Maklerkanal" wiederholt Angebote und Gegenangebote gewechselt; zuletzt erhielt die Beklagte vom Reeder eine bis zum 17. Mai 1960 befristete Option. Am 18. Mai 1960 einigten bei einer abschließenden Besprechung der Reeder und die Beklagte (Swraj P[REDACTED]) sich mündlich über den Verkauf der 3 Schiffe an die Beklagte. Die formellen Verträge wurden später abgeschlossen. Durch Vermittlung der Klägerin, die nichts davon wußte, daß der Reeder schon mit der Beklagten einig geworden war, fand ebenfalls am 18. Mai 1960, nachmittags, zwischen der Beklagten, vertreten durch Swraj P[REDACTED], und dem Reeder, vertreten durch einen Prokuristen, in Anwesenheit eines Angestellten der Klägerin zum Schein ein Verkaufsgespräch statt, das ergebnislos endete. Bei dem Erwerb der Schiffe durch die Beklagte wurde aus devisenrechtlichen Gründen eine Londoner Firma (Ir[REDACTED] Ltd.) als Zwischenhändler eingeschaltet, die gegenüber dem Reeder als Barkäufer die Schiffe für einen niedrigeren Preis kaufte und sie für £ 810.000 an die Beklagte weiterverkaufte. Diese zahlte an die Londoner Maklerfirma eine Provision von £ 6.500, die Firma [REDACTED] erhielt vom Reeder eine Provision von £ 6.800. Die Klägerin wandte

sich wegen einer Provision zunächst an den Reeder, wurde aber von diesem, ebenso wie später von der Beklagten, mit ihrer Forderung abgewiesen.

In diesem Rechtsstreit hat die Klägerin von der Beklagten zunächst eine Maklerprovision von £ 16.200 (= 2 % von £ 810.000) verlangt. Das Berufungsgericht hat ihr £ 8.100 zugesprochen und ihre Mehrforderung abgewiesen. Die Klägerin hat Revision nicht eingelegt. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision Abweisung der ganzen Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat die Klageforderung nach deutschem Recht beurteilt, weil die auf deutsches Recht hinweisenden Anknüpfungspunkte gewichtiger seien als die Anknüpfungspunkte für die anglo-indische Rechtsordnung, und weil außerdem die Parteien selbst den Rechtsstreit der deutschen Rechtsordnung unterstellt hätten. Die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen; ein Rechtsfehler ist nicht ersichtlich.

2. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe der Klägerin schlüssig einen Maklerauftrag für die Vermittlung des Ankaufs der 3 H[REDACTED]-Schiffe erteilt. Auch dies nimmt die Revision hin. Die Feststellung des Berufungsgerichts ist deshalb für das Revisionsgericht bindend.

3. a) Die Beklagte hat im Berufungsrechtszuge behauptet und unter Beweis gestellt, die vom Reeder beauftragte Maklerfirma S [REDACTED] habe schon im Mai 1959 die von der Beklagten beauftragte Londoner Maklerfirma über die Verkaufsabsichten des Reeders unterrichtet und die Londoner Maklerfirma habe schon im Sommer 1959 diese Information an die Beklagte weitergegeben. Das Berufungsgericht hat die Rechtslage getrennt für diesen und für den anderen Fall erörtert, daß, wie bis in die Berufungsinstanz hinein unstreitig war, die Beklagte erstmals im Dezember 1959 durch die Klägerin von der Kaufmöglichkeit erfahren habe. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klageforderung in Höhe des zuerkannten Betrages im einen wie im anderen Falle begründet. Das Berufungsgericht hat demnach unterstellt, daß die Beklagte die Kaufmöglichkeit bereits kannte, als die Klägerin sie im Dezember 1959 auf die Honold-Schiffe hinwies.

b) Der Einwand der Revisionsbeklagten (Klägerin), für eine solche Unterstellung sei kein Raum gewesen, weil die Beklagte gemäß §§ 288, 290 ZPO an ihr früheres Geständnis gebunden gewesen sei, ist unbegründet. Die Beklagte hatte die Sachdarstellung der Klägerin nicht im Sinne des § 288 ZPO zugestanden, sondern sie nur im Sinne des § 138 Abs. 3 ZPO nicht ausdrücklich bestritten. Dies konnte sie gemäß § 531 ZPO in der Berufungsinstanz nachholen. Es ist deshalb auch in der Revisionsinstanz zu unterstellen, daß die Beklagte schon vor Dezember 1959 wußte, daß die Honold-Schiffe zum Verkauf standen.

c) Das Berufungsgericht verneint für diesen Fall, daß die Klägerin der Beklagten im Sinne des § 652 BGB die Gelegenheit zum Kauf der Schiffe nachgewiesen habe; auch sei die anschließende Vermittlungstätigkeit der Beklagten für das Zustandekommen des Vertrages nicht ursächlich gewesen, weil schon seit März 1960 über den zweiten Maklerkanal mit Festofferten verhandelt wurde und der Vertrag unabhängig von den Vermittlungsbemühungen der Klägerin allein über diesen Maklerkanal zustande gekommen sei. Diese Feststellungen werden von der Revision, als ihr günstig, nicht beanstandet. Auch ein Rechtsfehler zum Nachteil der Revisionsbeklagten (Klägerin) ist nicht ersichtlich. Nach allgemeiner Auffassung, setzt der Begriff des Nachweises im Maklerrecht voraus, daß dem Auftraggeber die mitgeteilte Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages noch nicht bekannt war: Eine bekannte Gelegenheit kann nicht mehr nachgewiesen werden. Daß die Vermittlungsbemühungen der Klägerin über den Korrespondent-Reeder irgendwelchen Einfluß auf das Zustandekommen des Geschäfts gehabt habe, behauptet die Klägerin selbst nicht. Es kann deshalb unentschieden bleiben, wieweit die Befugnisse des Korrespondent-Reeders nach dem Gesetz (§ 493 HGB) oder auf Grund konkreter Vereinbarung reichten. Das (zum Schein geführte) Verkaufsgespräch vom 18. Mai 1960 fand erst statt, als über den Verkauf bereits entschieden war; ihm kommt als Mitursache für das Zustandekommen des Vertrages schon aus diesem Grunde keine Bedeutung zu.

d) Das Berufungsgericht bejaht gleichwohl eine Provisionsforderung der Klägerin:

Die Beklagte habe - unterstelle man, daß sie schon im Jahre 1959 über ihren Londoner Makler von der Kaufgelegenheit erfahren hatte - die Klägerin von Anfang an getäuscht und hintergangen, und zwar in besonders krasser Form bei dem "Verkaufsgespräch" vom 18. Mai 1960. Sie handele deshalb rechtsmißbräuchlich, wenn sie sich darauf berufe, die Vermittlungstätigkeit der Klägerin habe das Zustandekommen des Geschäfts nicht beeinflusst. Sie müsse sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als hätte die Tätigkeit der Klägerin das Geschäft (mit) - zustande gebracht.

Dem kann nicht gefolgt werden.

4. a) Von einem Rechtsmißbrauch der Beklagten kann nicht die Rede sein. Die Beklagte übt überhaupt nicht ein Recht aus, wenn sie sich darauf "beruft", daß hier einzelne Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben seien. Das Gericht hat vielmehr von sich aus die gesetzlichen Voraussetzungen der Klageforderung zu prüfen, gleichgültig ob die beklagte Partei sich auf das Fehlen einzelner Voraussetzungen beruft oder nicht. Das wirkliche Anliegen des Berufungsgerichts geht dahin, eine fehlende Voraussetzung des Anspruchs aus § 652 BGB - die Mitursächlichkeit der Maklertätigkeit - durch die Tatsache eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten zu ersetzen.

Das kann aber - etwa in entsprechender Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB - nur in Frage kommen, wenn es auf das treuwidrige Verhalten der Beklagten zurückzuführen wäre, daß die Tätigkeit der Klägerin nicht zum Erfolg geführt hat, wenn also die Beklagte treuwidrig vereitelt hätte, daß sämtliche Voraussetzungen für die Entstehung des Provisionsanspruchs der Klägerin eintraten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist das jedoch nicht der Fall gewesen.

b) Da hier unterstellt wird, daß die Klägerin eine Nachweistätigkeit nicht entfaltet hat, müßte sie, um den Maklerlohn zu verdienen, als Vermittler beim Verkauf der Schiffe tätig gewesen sein, ferner müßte diese Vermittlertätigkeit (mit)ursächlich für das Zustandekommen des Kaufvertrages gewesen sein. "Vermitteln" im Sinne des § 652 BGB verlangt Verhandeln mit beiden Parteien, also mit dem Auftraggeber und dem Dritten, mit dem Ziel, einen Vertrag zustande zu bringen. Es ist weder notwendig noch ausreichend, daß der Makler seinem Auftraggeber mit Rat und Tat zur Seite steht. Erforderlich ist aber, daß er Verbindung zum Dritten aufnimmt und auf diesen einwirkt, einen Vertrag mit dem Auftraggeber zu schließen. Dadurch, daß die Klägerin über den Korrespondent-Reeder Unterlagen über die Schiffe beschaffte und ferner der Beklagten einen Besichtigungsbericht übersandte, konnte sie deshalb die Maklerprovision nicht verdienen, auch wenn die Unterlagen für die Beklagte von Nutzen gewesen sein sollten. Zu einer echten Vermittlungstätigkeit war die Klägerin überhaupt nicht in der Lage, wie sich im April 1960 herausstellte, als sie auf die Aufforderung der Beklagten ein konkretes Angebot des Reeders nicht beschaffen konnte. Ob die Klägerin glaubte, oder glauben durfte, über den Korrespondent-Reeder eine Verbindung zum

Reeder zu haben, ist für die Frage des Maklerlohnes unerheblich. Entscheidend ist, daß der "Draht" der Klägerin beim Korrespondent-Reeder endete, der weder seitens des Reeders mit dem Verkauf der Schiffe befaßt war, noch die Bemühungen der Klägerin an diesen weitergeleitet hat.

c) Ob die Bewertung, die das Berufungsgericht dem Verhalten der Beklagten pauschal zuteil werden läßt, ("... hat sie die Klägerin ... von Anfang an getäuscht und hintergangen...") in vollem Umfange zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß die Beklagte die Gebote des kaufmännischen Anstandes grob verletzt hat, indem sie am 18. Mai 1960, nachdem sie schon mit dem Reeder einig geworden war, der Klägerin ein Verkaufsgespräch (mit negativem Ausgang) vorspiegelte, offensichtlich um sie von vornherein davon abzuhalten, sich mit einer Provisionsforderung an die Beklagte zu wenden. Dieses und auch das übrige Verhalten der Beklagten, an dem das Berufungsgericht Anstoß nimmt, kann es jedoch nicht rechtfertigen, der Klägerin eine Provisionsforderung zuzusprechen, obschon sie - ohne von der Beklagten daran gehindert worden zu sein - keine Leistung erbracht hat, die einen Provisionsanspruch begründen würde. Insoweit läuft der Standpunkt des Berufungsgerichts darauf hinaus, zu Lasten des Auftraggebers ein Gegenstück zur Bestimmung des § 654 BGB zu schaffen. Wie der Makler durch grob treuwidriges Verhalten seinen Lohnanspruch verwirkt, so würde umgekehrt - folgte man dem Berufungsgericht - grob treuwidriges Verhalten des Auftraggebers den Lohnanspruch des Maklers begründen können. Das ist abzulehnen.

Verletzt der Auftraggeber schuldhaft seine Vertragspflichten, so wird er dem Makler gegenüber schadensersatzpflichtig. Dabei hat es nach dem Gesetz sein Bewenden, wenn nicht der Auftraggeber den Eintritt der Voraussetzungen des § 652 BGB treuwidrig vereitelt hat. Das trifft hier nicht zu. Wie immer das Verhalten der Beklagten zu bewerten sein mag, so ist sie doch jedenfalls nicht dafür verantwortlich, daß es der Klägerin nicht gelungen ist, mit ihren Vermittlungsbemühungen den Reeder als den Vertragsgegner ihres Auftraggebers zu erreichen.

d) Das angefochtene Urteil kann deshalb nicht aufrecht erhalten werden. Nach den bisher getroffenen Feststellungen ist die Klageforderung nicht begründet, wenn, wie mit dem Berufungsgericht zu unterstellen ist, der Beklagten die Möglichkeit, die H[REDACTED]-Schiffe zu kaufen, bereits von anderer Seite nachgewiesen war, als im Dezember 1959 die Unterredung zwischen Swraj P[REDACTED] und dem Mitinhaber der Klägerin stattfand. Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 564 ZPO) war deshalb gemäß § 565 ZPO die Sache zur weiteren Aufklärung insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, als es die Beklagte verurteilt hat.

5. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß die Klägerin als erste der Beklagten die H[REDACTED]-Schiffe nachgewiesen hat, so wird zu prüfen sein, ob die Klägerin gleichwohl 1 % "Vermittlungs"-Courtage, oder nur 0,75 % Nachweis-Courtage verlangen kann. Hierfür würde es darauf ankommen, ob nach Handelsbrauch ein Schiffsmakler, der dem Käufer nicht nur die Kaufgelegenheit nachgewiesen, sondern sich, wie die Klägerin, weiterhin um das Zustandekommen des Geschäfts bemüht hat, die höhere Courtage

verdient hat. Dafür wird allerdings in aller Regel nicht die Rechtsansicht eines sachkundigen Maklers genügen, vielmehr ist zu belegen, daß ein ständig praktizierter Handelsbrauch vorliegt.

Da von der erneuten Entscheidung des Berufungsgerichts auch abhängt, welche Partei die Kosten der Revisionsinstanz zu tragen hat, war auch diese Kostenentscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger Dr. Messner Dr. Weber Mormann Braxmaier