

BUNDESGERICHTSHOF

2100 094

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 52/64

URTEIL

Verkündet am

4. Mai 1966
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Genossenschaftlichen Hopfenverwertungszentrale GmbH
in N[REDACTED], E[REDACTED]str. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
Diplom-Brauingenieur Johann Sch[REDACTED] in N[REDACTED], E[REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Tatjana B. H[REDACTED] geb. F[REDACTED] in Bad T[REDACTED], S[REDACTED]straße Nr. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

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

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 10. Dezember 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Alleinerbin des während des Rechtsstreits verstorbenen Maklers Simon F. (im folgenden: Erblasser), dem durch Schreiben vom 2. Februar 1955 von der sowjetzonalen Dienststelle Deutscher Innen- und Außenhandel (DIA), Abteilung Nahrung, mitgeteilt worden war, der DIA habe Interesse an Hopfenkäufen und erwarte die Übersendung von Mustern und Preisangeboten seriöser Fachfirmen der Bundesrepublik. Der Erblasser traf sich am 8. Februar 1955 mit dem Geschäftsführer Dr. Bu. der Beklagten zu einer Besprechung, bei der ins Auge gefaßt wurde, daß die Beklagte unter Zwischenschaltung einer Händlerfirma eine größere Menge Hopfen an den DIA liefern wollte. Man verabredete eine gemeinsame Vorsprache bei dem DIA für den 22. März 1955. Die Beklagte übersandte dem Erblasser ein Preisangebot nebst Mustern zur Weiterleitung an den DIA. Am 22. März 1955 stellte sich der Erblasser, nachdem er vorher der Beklagten abgesagt hatte,

- 3 -

nicht in Be[REDACTED] ein. Dr. Bu[REDACTED], den das Absagetelegramm des Erblassers nicht mehr rechtzeitig erreicht hatte, sprach in Begleitung des Prokuristen Te[REDACTED] der Maklerfirma Po[REDACTED] & Co. bei dem DIA vor. Zu einem Abschluß kam es bei dieser Gelegenheit nicht. In der Folgezeit standen der Erblasser und die Beklagte in Schriftwechsel.

Am 5. Mai 1955 schloß die Beklagte ohne Zuziehung des Erblassers einen Kaufvertrag mit dem DIA über 200 to Hal[REDACTED] Hopfen, Ernte 1954, zum Preise von 295 DM je Zentner. Der Erblasser machte einen Provisionsanspruch in Höhe von 10 DM je Zentner Hopfen gegen die Beklagte geltend. Er trat einen Teil dieser Forderung in Höhe eines Betrages von 10 000 DM an den Rentner August A[REDACTED] in Be[REDACTED] Ch[REDACTED] ab, der wiederum einen Teilbetrag von 1 200 DM gegen die Beklagte einklagte. Die Beklagte erhob Widerklage auf Feststellung, daß dem Kläger keine Rechte aus der Abtretung zustehen. Das Oberlandesgericht Nürnberg hat der Klage entsprochen und die Widerklage, soweit sie die Abtretung der aus dem Geschäft vom 5. Mai 1955 hergeleiteten Provisionsforderung betraf, abgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der vorliegenden Klage verlangte der Erblasser von der Beklagten Zahlung der restlichen Provisionsforderung in Höhe von 30 000 DM nebst Zinsen, dabei zweier Teilbeträge an Pfändungsgläubiger und des Restes an ihn selbst. Das Landgericht entsprach der Klage in Höhe von 26 000 DM nebst Zinsen und wies sie im übrigen ab. Auf die Berufung des Erblassers sprach das Oberlandesgericht der inzwischen in den Rechtsstreit eingetretenen Klägerin den vollen Klagebetrag zu. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.



Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage in vollem Umfange weiter.

Entscheidungsgründe:

1.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils der Nachprüfung des den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites bildenden Anspruches nicht entgegensteht. Denn nunmehr ist der Teil des Provisionsanspruches streitig, der nicht abgetreten und nicht Gegenstand des Vorprozesses war (RGZ 120, 319; Baumbach-Lauterbach 27. Aufl. § 322 Anm. 2 C).

II.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß auch der hier streitige Teil des Provisionsanspruches sachlich gerechtfertigt ist.

1.) Es stützt sich ebenso wie die im Vorprozeß urteilenden Gerichte auf die Schreiben der Beklagten vom 14. Februar und vom 26. März 1955, aus denen sich ergibt, daß die Beklagte die Maklerdienste des Erblassers in Anspruch genommen hat. Es führt aus, die Beklagte habe sich darüber im klaren sein müssen, daß der Erblasser für seine Tätigkeit eine Vergütung erwarte. Unerheblich sei, daß die Beklagte das Geschäft mit dem DIA zunächst unter Einschaltung eines Händlers habe tätigen wollen, der auch die Provision habe zahlen sollen. Da sie dann dazu übergegangen sei, den Hopfen direkt an den DIA zu verkaufen,

habe sie auf diese Weise die Vermittlungstätigkeit des Erblassers in Anspruch genommen und sei ihm, ohne daß es einer neuen Vereinbarung bedurft hätte, provisionspflichtig geworden.

Diese Erwägungen hatte bereits das Berufungsgericht im Vorprozeß angestellt. Sie waren in dem Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 16. Januar 1961 gebilligt worden. Der Senat sieht, da ein Rechtsirrtum nicht erkennbar ist, keine Veranlassung, von dem Standpunkt des VII. Zivilsenats abzuweichen. Auch nach Auffassung des erkennenden Senats ist der Maklervertrag des Erblassers mit der Beklagten dadurch zustande gekommen, daß die Beklagte durch den Abschluß des Vertrages mit dem DIA ohne Einschaltung der Händlerfirma und ohne Hinzuziehung des Erblassers, aber in Kenntnis der Provisionsforderung des Erblassers sich dessen bisherige Vermittlungstätigkeit zunutze machte.

Da das Berufungsgericht davon ausgeht, daß die Beklagte zunächst den Erblasser wegen der Provision an die einzuschaltende Handelsfirma verwiesen hatte, bedurfte es hierüber keiner Beweisaufnahme.

Die Beurteilung ändert sich auch nicht, wenn der Erblasser Dr. Bu[REDACTED] ausdrücklich erklärt haben sollte, er habe einen Auftrag des DIA, Angebote über Hopfenverkäufe einzuholen. Der Erblasser war unstreitig Handelsmakler und damit ohnedies gehalten, für beide Parteien tätig zu werden, so daß ihm gemäß § 99 HGB, wenn nichts anderes vereinbart worden wäre, jede der beiden Parteien zur Hälfte provisionspflichtig geworden wäre. Die Beklagte konnte daher aus einem von der Revision als übergangen gerügten Hinweis des Erblassers auf einen Auftrag des DIA

nicht den Schluß ziehen, daß der Erblasser für sie unentgeltlich tätig werden wollte; es könnte sich allenfalls fragen, ob sie der Annahme sein durfte, daß sie jedenfalls nicht mehr als die Hälfte der Provision zu tragen habe. Auf diese Frage wird an anderer Stelle noch einzugehen sein. Die Revision kann sich jedenfalls nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Hinweis des Erblassers, er sei vom DIA mit der Einholung von Angeboten beauftragt, bei der Beklagten die Vorstellung erweckt habe, der Erblasser wolle für sie unentgeltlich tätig werden. Denn es ist unter den Parteien unstreitig, daß die Provisionsfrage am 8. Februar 1955 ausdrücklich besprochen wurde. Daß es für die Entscheidung unerheblich ist, wenn die Beklagte dem Erblasser dabei erklärte, er solle sich die Provision von der einzuschaltenden Handelsfirma zahlen lassen, wurde bereits erörtert.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Beklagte, um mit dem DIA ins Geschäft zu kommen, überhaupt der Hilfe eines Maklers bedurfte. Die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe einschlägiges Vorbringen der Beklagten übergangen, ist daher ebenfalls unbegründet.

2.) Ebenso wie das Oberlandesgericht im Vorprozeß hält es das Berufungsgericht auf Grund der Erklärung des im Vorprozeß vernommenen damaligen Abteilungsleiters Li [REDACTED] des DIA für erwiesen, daß der Erblasser eine Vermittlungstätigkeit entfaltet hat. Nach dieser Bekundung habe, so führt das Berufungsgericht aus, der Erblasser dem Zeugen Li [REDACTED] das Angebot der Beklagten nebst Mustern übergeben; Li [REDACTED] habe die Muster dem damaligen Kontorleiter D [REDACTED] mit der Empfehlung weitergegeben, nach Prüfung der Rentabilität den Vertrag mit der Beklagten abzuschließen.

Diese Bekundung, die bereits dem Urteil des VII. Zivilsenats im Vorprozeß zugrunde lag, reicht zur Annahme einer vermittelnden Tätigkeit des Erblassers aus. Wie in diesem Urteil ausgeführt ist, kann eine vermittelnde Tätigkeit des Maklers schon durch Einwirkung auf den anderen Vertragsteil in Richtung auf einen Abschluß gegeben sein, wenn der Makler diesem nur ein Angebot übermittelt (RG JW 1917, 538; BGB RGRK 11. Aufl. § 652 Anm. 5).

Die Revision verweist auf den Schriftsatz der Beklagten vom 2. April 1963, in dem am Schluß die nochmalige Vernehmung des Zeugen Li [REDACTED] beantragt wird. Sie rügt, das Berufungsgericht habe diesen Antrag unter Verstoß gegen § 286 ZPO übergangen. Sie bezieht sich auch auf den Schriftsatz der Beklagten vom 1. Oktober 1963, in dem die Beklagte die Beoidigung des im Vorprozeß vorgenommenen Zeugen Li [REDACTED] beantragt. Auch diesen Antrag habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Li [REDACTED] sei zwar, was die Beklagte übersehen habe, bereits beoidigt gewesen. Das Berufungsgericht hätte aber nach Auffassung der Revision bei dieser Sachlage den Antrag auf Beoidigung des Li [REDACTED] ebenfalls als Antrag auf nochmalige Vernehmung auslegen müssen.

Die Rüge ist nicht begründet. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt nicht vor. Es ist kein Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht die Prozeßführung der Parteien ersichtlich dahin gedeutet hat, daß sie mit der Verwertung der im Vorprozeß stattgefundenen Beweisaufnahme, also auch mit der Verwertung der damaligen Aussage des Zeugen Li [REDACTED], einverstanden seien. Das lag umso näher, als es sich in beiden Prozessen um Teile desselben Provisionsanspruches handelt. Hierfür spricht insbesondere auch der Antrag der Beklagten im Schriftsatz vom 1. Oktober 1963,

den Zeugen Li [REDACTED] auf seine im Vorprozeß gemachte Aussage zu beidigen. Dieser Antrag ergibt unzweideutig, daß auch die Beklagte die Vernehmung dieser Zeugen im Vorprozeß so aufgefaßt wissen wollte, als ob sie im vorliegenden Rechtsstreit erfolgt wäre. Bei einer solchen Lage konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß dem Beweisantrag der Beklagten als Antrag auf wiederholte Vernehmung im Sinne des § 398 ZPO auffassen und hierüber nach seinem Ermessen entscheiden.

Unbegründet ist ferner die Verfahrensrüge der Revision, der Antrag der Beklagten, die Zeugen L [REDACTED] und P [REDACTED] darüber zu vernehmen, Liebscher habe keine Kopfenmuster erhalten, sondern lediglich aus dem Anmeldebuch des DIA ersehen, daß der Erblasser vorgesprochen habe, sei unter Verstoß gegen § 286 ZPO übergangen worden. Die Revision meint, Li [REDACTED] habe möglicherweise bei seiner Aussage eine andere Unterredung mit der hier streitigen Vorsprache des Erblassers verwechselt.

Das Berufungsgericht brauchte diese Beweise nicht zu erheben, weil der Zeuge Li [REDACTED] selbst vernommen worden war und es sich bei den angebotenen Beweismitteln nur um indirekte Beweise handelte.

3.) Entsprechend den Ausführungen im Revisionsurteil des Vorprozesses hält auch das Berufungsgericht im Hinblick darauf, daß sich der Vertragsabschluß zeitlich an die Vermittlungstätigkeit des Erblassers anschließt, eine Vermutung für die Ursächlichkeit der Vermittlung für gegeben. Diese Erwägung entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. außer dem Urteil des Vorprozesses Urt.v. 4. Juli 1960 - VII ZR 221/59), von der abzuweichen, der erkennende Senat keine Veranlassung sieht.

4.) Es ist daher mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß es Sache der Beklagten war, diese Vermutung zu widerlegen.

Das Berufungsgericht hält den der Beklagten obliegenden Nachweis nicht für erbracht.

Ihr Schreiben vom 31. März 1955 spreche dagegen, daß die angebahnten Verhandlungen endgültig gescheitert gewesen seien. Unerheblich sei, daß der Erblasser an den Besprechungen am 22./23. März 1955 nicht teilgenommen und der Sachbearbeiter beim DIA, der Zeuge P [REDACTED], nach seiner Bekundung zu diesem Zeitpunkt von der vorangegangenen Vermittlungstätigkeit des Erblassers keine Kenntnis gehabt habe. Denn nach der Aussage des Li [REDACTED] habe jedenfalls der damals noch im Amt befindliche und daher letztlich zuständige Kontorleiter D [REDACTED] diese Kenntnis gehabt, die dann auch ihren Niederschlag in den Akten des DIA gefunden habe. Denn der Zeuge P [REDACTED] habe bekundet, daß die von ihm weitergeführten Verhandlungen auf Grund der Unterlagen, die D [REDACTED] hinterlassen habe, erfolgte; ob sich der Zeuge P [REDACTED], was er verneine, erinnern könne, daß ihm der Erblasser durch Li [REDACTED] oder D [REDACTED] empfohlen worden sei, sei daher ohne Bedeutung; das Schreiben des Erblassers vom 14. (gemeint ist ersichtlich der 24.) April 1955 an die Beklagte zeige auch, daß er als Makler nach wie vor bestrebt gewesen sei, den Hopfen seiner Auftraggeberin abzusetzen.

Diese Feststellungen und Erwägungen, die im wesentlichen in derselben Weise auch im Vorprozeß getroffen und vom Revisionsgericht des Vorprozesses gebilligt worden waren, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie bewegen sich auch im wesentlichen auf dem der Nachprüfung durch

das Revisionsgericht verschlossenen Gebiete der Beweiswürdigung. Soweit im Hinblick hierauf Revisionsrügen überhaupt zulässig sind, sind sie nicht begründet.

Die Revision versucht darzutun, das Berufungsgericht habe die Bekundung des Zeugen P. [REDACTED] vom 2. Oktober 1962 falsch verstanden und daher auch falsche Schlüsse daraus gezogen. Das Berufungsgericht habe nämlich übersehen, daß P. [REDACTED] ausgesagt habe, es sei ihm von D. [REDACTED] nichts über irgendwelche Empfehlungen übergeben und auch sonst kein Hinweis erteilt worden.

Die Rüge ist unbegründet. Es lag im tatrichterlichen Ermessen des Berufungsgerichts, es auf die Kenntnis des später allerdings ausgeschiedenen Abteilungsleiters D. [REDACTED] abzustellen. Wenn es, wie das Berufungsgericht des Vorprozesses als nicht widerlegt angesehen hat, daß es ohne diese Kenntnis des D. [REDACTED] nicht zu der Unterredung vom 22./23. März 1955 oder zu den Aufzeichnungen des D. [REDACTED] gekommen wäre, so ist hierin ein Rechtsverstoß nicht enthalten.

Bei dieser Sachlage kommt es ferner nicht darauf an, ob der Zeuge P. [REDACTED] auch von dem Sachbearbeiter Li. [REDACTED] keine Empfehlungen über den Erblasser oder die Beklagte erhalten hat. Unerheblich ist auch, daß D. [REDACTED] dem P. [REDACTED] gegenüber eine Bemerkung gemacht haben mag, die Beklagte sei auf Empfehlung des Prokuristen Te. [REDACTED] der Firma Po. [REDACTED] zu empfangen. Das Berufungsgericht brauchte daher schon aus diesem Grunde entgegen einer Rüge der Revision die Vernehmung des Zeugen P. [REDACTED] zu diesen Behauptungen der Beklagten nicht anzuordnen, ganz abgesehen davon, daß diese Behauptungen dasselbe Beweisthema betrafen, zu dem der Zeuge P. [REDACTED] bereits im Vorprozeß

und in diesem Rechtsstreit vernommen worden war, so daß die Beklagte Gelegenheit hatte, ihm die entsprechenden Vorhaltungen zu machen. Aus denselben Gründen ist es auch kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht der durch Benennung desselben Zeugen P. [REDACTED] und des ebenfalls schon vernommenen Büroleiters L. [REDACTED] des DIA unter Beweis gestellten, ganz allgemein gehaltenen Behauptung der Beklagten, der Abschluß vom 5. Mai 1955 sei ohne jeden Zusammenhang mit dem Erblasser und Li. [REDACTED] getätigt worden, nicht mehr nachgegangen ist.

III.

Eine Linrede der Arglist, auf die die Revision hinweist, ist ebenfalls nicht begründet. Es fehlt an jedem tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte durch das Schreiben des Erblassers vom 24. April 1955, in dem er mitteilt, im Interesse der Beklagten auch ein Kompensationsgeschäft in Erwägung gezogen zu haben, veranlaßt wurde, einen anderen Makler zuzuziehen.

IV.

Vergebens bemängelt die Revision schließlich, daß das Berufungsgericht der Klägerin einen Satz von 10 DM je Zentner des verkauften Hopfens als "übliche Vergütung" zugebilligt hat. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe der sehr beträchtlichen Menge der umgesetzten Ware nicht genügend Rechnung getragen, ist nicht begründet. Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsverstoß der Bekundung des Hopfengroßhändlers Ba. [REDACTED], der Gesellschafter der größten Hopfenfirma des Bundesgebietes ist, entnehmen, daß bei größeren Umsätzen ein geringerer Betrag als 10 DM je Zentner nur dann der Provision zugrundegelegt zu werden pflegt, wenn das ausdrücklich vereinbart wird.

V.

Auch der Ansicht der Revision, daß der Erblasser in seiner Eigenschaft als Handelsmakler von jeder Vertragspartei, also von der Beklagten und von dem DIA, gemäß § 99 HGB nur die Hälfte der Provision haben fordern können, ist nicht zu folgen. Es ist zwar der Regelfall, daß der Handelsmakler nicht nur zu seinem Auftraggeber, sondern auch zu dessen Vertragspartner in vertragliche Beziehungen tritt, daß er deshalb dem letzteren gegenüber ebenfalls Sorgfaltspflichten übernimmt und auch von ihm die Hälfte der Provision fordern kann. Diese in den §§ 98, 99 HGB getroffene gesetzliche Regelung hindert den Makler aber nicht, mit dem Auftraggeber eine abweichende Abrede über die Provisionsvergütung zu treffen. Er kann insbesondere ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Auftraggeber eine Einigung dahin treffen, daß dieser die ganze Provision zu zahlen habe. Selbstverständlich muß sich der Makler, falls er gegen die Vertragspartner seines Auftraggebers einen Anspruch auf die Hälfte der Provision durchsetzen und auch Zahlung erlangen kann, diese Zahlung anrechnen lassen (vgl. auch Schröder bei Schlegelberger HGB 4. Aufl. § 99 Anm. 9). Nicht anders liegen die Dinge, wenn sich der Erblasser am 8. Februar 1955 mit der Beklagten dahin geeinigt hatte, daß er die Provision von der einzuschaltenden Händlerfirma erhalten sollte. Denn die Beklagte mußte sich, wie bereits erörtert, beim Abschluß vom 5. Mai 1955 darüber im klaren sein, daß sie, wenn sie selbst als Verkäuferin auftrat, die Provision in voller Höhe zu tragen habe und sie nur um einen solchen Betrag kürzen dürfe, den der Erblasser tatsächlich vom DIA erhalten haben würde. Daß der DIA Provision an den Erblasser oder die Klägerin gezahlt habe, hat die Beklagte nicht behauptet. Bei dieser Sachlage kommt es

auf den im Berufungsurteil des Vorprozesses erörterten Gesichtspunkt nicht an, die Klägerin brauche sich schon deshalb nicht auf einen Anspruch gegen den DIA verweisen zu lassen, weil dieser nicht zu erkennen gegeben habe, daß er die Dienste des Erblassers auch für ihn geleistet ansehe.

VI..

Die Revision erweist sich demnach als unbegründet. Sie war mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Messner

Mormann