

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

BGB § 670

Schmiergelder sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig,
und zwar auch dann nicht, wenn durch sie ein günstigerer
Preis erzielt worden ist.

BGH, Urt. v. 9. November 1964 - VII ZR 103/63 - OLG Hamburg
LG Hamburg

VII ZR 103/63

Verkündet
am 9. November 1964

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Hausmaklers K H R , H ,
T straße ,

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

- 1.) die Kauffrau E H ,
2.) den Kaufmann H W ,
beide wohnhaft: H B ,
K S Weg , ,

Kläger, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr.
und Dr. - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die
mündliche Verhandlung vom 9. November 1964 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel,
Dr. Vogt und Dr. Finke
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 19. Dezember
1962 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte vermittelte für die Kläger den Kauf und Verkauf von Grundstücken, die er auch für sie verwaltete. Hieraus entstand zwischen den Parteien Streit.

Die Kläger haben vor dem Landgericht zuletzt den Klageantrag gestellt:

den Beklagten zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 60.000 DM (Teilbetrag) nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 6. April 1962 u.a. der Klage in Höhe von 23.551,10 DM (ohne Zinsen) stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat u.a. diese Verurteilung in Höhe von (nur) 17.696,31 DM bestätigt.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, mit dem Ziele der Klageabweisung in Höhe des letztgenannten Betrages. Dieser ergibt sich aus folgenden Einzelposten:

1.) 15.589,03 DM ("Position 5"):

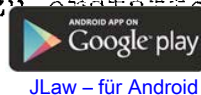
In seiner Abrechnung vom 11. April 1960 über den Verkauf des Grundstücks U-straße 1 - 5 setzte der Beklagte zu Lasten der Kläger u.a. folgende Posten ein:

"10. Courtage S	5.000 DM
11. Courtage A	18.805 DM".

Nach seiner Behauptung hat er sogar an S 6.000 DM und an A 18.815 DM gezahlt. Er hält die Kläger für verpflichtet, ihm diese Beträge zu erstatten.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Die Kläger haben demgegenüber vorgetragen: A sei Untermäkler des Beklagten, seine Provision müsse daher der Beklagte selbst tragen. Bei S habe es sich um "Schmiergeld" gehandelt, das sie dem Beklagten ebenfalls nicht zu erstatten brauchten.

Von den insgesamt strittigen 24.815 DM haben die Kläger für den vorliegenden Rechtsstreit nur 15.589,03 DM aus der Abrechnung gestrichen. Wie ihr Revisionsantrag vom 9. November 1964 ergibt, stützen sie sich dabei in erster Linie auf die Nichtberechtigung des Postens A , hilfsweise auch auf die des Postens S .

2.) 942.60 DM ("Position 15"):

Diesen Betrag hat der Beklagte nach seiner Behauptung im Zusammenhang mit dem Verkauf des Grundstücks W strasse - für die Erneuerung einer Generalvollmacht an A: gezahlt. In seiner Abrechnung hat er die Kläger damit belastet. Die Kläger haben sich u.a. damit verteidigt, der Beklagte habe im Prozeß auf diesen Betrag verzichtet.

3.) 1.164.68 DM:

Diese Summe hat der Beklagte unstreitig nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils zur teilweisen Erfüllung der vom Landgericht zuerkannten Forderung an die Kläger gezahlt.

Die Revision ist der Auffassung, das Oberlandesgericht hätte diese Zahlung in seinem Urteilsspruch berücksichtigen und den Betrag von der den Klägern im Berufungsurteil zuerkannten Summe von 17.696,31 DM abziehen müssen, was unstreitig nicht geschehen ist. Sie bittet um Klarstellung des Berufungsurteils.

Entscheidungsgründe:

I.

15.589.03 DM (Position 5):

Das Berufungsgericht führt aus:

Es sei unerheblich, ob die Parteien, wie der Beklagte behauptet habe, zunächst vereinbart hätten, der Beklagte solle gegen Zahlung von 110.000 DM das Grundstück U: straße auf eigene Rechnung verkaufen. Eine solche Vereinbarung, soweit sie bestanden haben sollte, sei unstreitig wieder aufgehoben worden.

Der Beklagte habe den Verkauf des Grundstücks als Makler vermittelt. Er sei dabei als Beauftragter oder als Geschäftsführer der Kläger tätig geworden, so daß er nach § 670 oder nach § 675 in Verbindung mit § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen beanspruchen könne. Die Zahlungen an A und S seien keine Aufwendungen, die er den Umständen nach habe für erforderlich halten dürfen.

A sei als Makler oder Untermakler tätig geworden. Die Kläger hätten A keinen Maklerlohn versprochen. Der Beklagte habe nicht nach Belieben weitere Makler für Rechnung der Kläger hinzuziehen dürfen, jedenfalls dann nicht, wenn er selbst als Makler tätig war und für sich selbst Maklerlohn berechnete. Unerheblich sei, daß die Käuferin (Fa. E.) die gesamten Maklergebühren übernommen habe. Es sei auch allgemeiner Geschäftsgebrauch, daß ein Makler, der Untermakler hinzuziehe, den Maklerlohn für diese aus seinem eigenen Maklerlohn zahlen müsse.

Bei den Zuwendungen des Beklagten an S.
(möglicherweise auch bei denen an A) handele es sich
um Schmiergelder. Solche Vereinbarungen verstießen gegen
die guten Sitten und seien nichtig. Schmiergelder seien
keine Aufwendungen, die der Beklagte den Umständen nach
hätte für erforderlich halten dürfen, gleichviel, ob ein
Kaufpreis von 710.000 DM auch ohne Schmiergelder zu erzielen
gewesen wäre oder nicht.

1.) Die Revision meint, der Beklagte habe den Verkauf nicht
als Makler, sondern als Beauftragter der Kläger vermittelt.
Das entspricht jedoch nicht den Feststellungen des Berufungs-
gerichts.

a) Dieses stellt vielmehr fest, daß der Beklagte den
Grundstücksverkauf als Makler der Kläger vermittelt hat.
Es spricht zwar außerdem von einer Tätigkeit des Beklagten
als eines Beauftragten der Kläger (§§ 675, 670 BGB). Damit
meint es jedoch ersichtlich weitere Tätigkeiten, die über
die Verkaufsvermittlung hinausgingen, und die der Beklagte
ebenfalls für die Kläger - insoweit als Beauftragter - über-
nommen hatte. Das Berufungsurteil ist somit dahin zu ver-
stehen, daß im Verhältnis der Parteien Maklerrecht anzuwenden
ist, soweit es sich um die bloße Vermittlungstätigkeit des
Beklagten beim Grundstücksverkauf handelt, während Auftrags-
recht gilt, soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang wei-
tere Aufgaben übernommen hat. Nur so geben die Ausführungen
des Berufungsgerichts einen Sinn. Wollte man sie anders ver-
stehen, so wären sie unlösbar widerspruchsvoll. Richtig ver-
standen sind sie aber frei von Rechtsirrtum.

b) Die Zahlung von Untermaklerlohn an A gehörte zur
Verkaufsvermittlung des Beklagten und ist daher nach Makler-
recht zu beurteilen. Es gilt daher § 652 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Danach sind einem Makler Aufwendungen nur zu erstatten, wenn es vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung haben jedoch die Parteien wegen der Zahlungen an A unstreitig nicht getroffen.

c) Nach dem erklärten Willen der Parteien sollte der Beklagte nicht einmal seinen eigenen Maklerlohn von 29.000 DM von den Klägern hereinholen, sondern ihn sich von der Käuferin Fa. E zahlen lassen, was auch geschehen ist. Die Kläger sollten also vereinbarungsgemäß wegen des Verkaufs U-straße überhaupt nicht mit Maklerlohn belastet werden. Das muß auch und erst recht für den vom Beklagten gezahlten Untermaklerlohn gelten.

d) Dafür, daß die Zahlungen des Beklagten an A ganz oder teilweise Schmiergelder gewesen wären, fehlt es an jeder Feststellung des Berufungsgerichts.

2.) Bei S stellt es dagegen die Zahlung von Schmiergeldern ausdrücklich fest. Damit meint es ersichtlich Zuwendungen, welche S dazu bewegen sollten, die Fa. E, bei der er angestellt war, zu veranlassen, das Grundstück U-straße für den überhöhten Preis von 710.000 DM zu erwerben. Solche Zuwendungen verstoßen in hohem Maße gegen die guten Sitten (vgl. BGH NJW 1962, 1099 mit weiteren Nachweisen). Das brauchte das Berufungsgericht nicht näher darzulegen.

a) Schmiergelder sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Ein von der Rechtsordnung mißbilligter Aufwand kann keinen rechtlich geschützten Erstattungsanspruch gemäß dem § 670 BGB auslösen. Das gilt auch dann, wenn die Zahlung von Schmiergeldern im Einzelfall zu einem "günstigeren" Abschluß geführt haben sollte. Dabei ist übrigens, worauf das Berufungsgericht

mit Recht hinweist, zu bedenken, daß ein nur mit Hilfe von Schmiergeldern zustande gebrachter Vertrag mit dem Risiko behaftet ist, daß der Vertragsgegner sich auf seine Nichtigkeit nach § 138 BGB beruft. Aber auch wenn das im Einzelfall nicht geschieht, wie anscheinend hier, so kann der, welcher Schmiergelder gezahlt hat, doch keinesfalls deren Erstattung verlangen.

b) Die Revision beruft sich darauf, daß hier die Kläger vom Beklagten Zahlung fordern, nicht umgekehrt.

Das geht fehl. Die Kläger verlangen nicht Erstattung von Schmiergeldern. Ihre Forderung beruht auf anderen Rechtsgründen. Der Beklagte will jedoch die Forderung der Kläger damit zu Fall bringen, daß er seinen angeblichen Erstattungsanspruch wegen der Schmiergelder in die Abrechnung einführt. Das geht nicht an, weil ihm nach dem oben Gesagten kein Erstattungsanspruch zusteht.

3.) Die Revision meint, da der Beklagte zunächst vereinbarungsgemäß das Grundstück für eigene Rechnung veräußert habe, könnten die Kläger, auch nach Aufhebung dieser Vereinbarung, nur die Herausgabe des von ihm erzielten Nettoerlöses (nach Abzug aller seiner Aufwendungen) fordern.

Damit greift die Revision in unzulässiger Weise die Auslegung an, welche das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dem Schreiben des Beklagten vom 8. April 1960 gegeben hat. Danach hat der Beklagte den Klägern in diesem Schreiben angeboten, er wolle den Grundstücksverkauf als für Rechnung der Kläger erfolgt abrechnen. Dieses Angebot haben die Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts angenommen. Die auf diese Weise zustande gekommene Vereinbarung der Parteien geht somit inhaltlich dahin, der Beklagte könne

und dürfe zu seinen Gunsten nichts daraus herleiten, daß möglicherweise nach einer früheren Vereinbarung das Grundstück als befugterweise für eigene Rechnung des Beklagten verkauft angesehen werden sollte.

- a) Ein Verstoß des Berufungsgerichts gegen die §§ 133, 157 BGB ist im Zusammenhang mit dieser Auslegung nicht ersichtlich.
- b) Die Annahme eines versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB) ist mit den Feststellungen des Berufungsgerichts unvereinbar.
- c) Eine Irrtumsanfechtung hat der Beklagte bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht erklärt.
- d) Die Revision meint, das Berufungsgericht gehe von der Annahme aus, daß 710.000 DM der Marktpreis des Grundstücks gewesen sei.

Es erörtert aber ausdrücklich auch die Möglichkeit, daß der Beklagte einen solchen Preis nur durch Aufwendung von Schmiergeld erzielen konnte. Dabei hat es ersichtlich die Zahlung an S im Auge.

4.) Die Revision rügt Übergehung von Beweisantritten, jedoch zu Unrecht.

- a) A war als Zeuge dafür benannt, daß das bombengeschädigte Haus U straße in der Reichsmarkzeit wieder aufgebaut worden und deshalb vielfach mangelhaft und primitiv gewesen sei.

Damit war aber noch kein Beweis dafür zu erbringen, daß das Hausgrundstück ohne die Zahlungen an A und

S nur für 650.000 DM zu verkaufen gewesen wäre.

b) Die Mäkler Holger G und P waren als Zeugen dafür benannt, daß der Beklagte für das Grundstück "zahlreiche Verkaufsaufgaben durchgeführt" habe, "auch über andere Hausmäkler".

Dieser Beweisantritt war unerheblich.

c) Der Beklagte hatte Sachverständigenbeweis dafür angeboten, daß er das Grundstück für maximal 650.000 DM hätte verkaufen können und daß dieser Preis angemessen gewesen wäre.

Auch diesen Beweis brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben, da es in seiner Begründung diese Möglichkeit berücksichtigt hat.

d) Der Schriftsatz vom 27. Februar 1962 enthält an der von der Revision angeführten Stelle keinen Beweisantritt.

e) Der Beweisantritt A S. 8 des Schriftsatzes vom 30. August 1961 war durch die Vernehmung A s vor dem Landgericht erledigt.

II.

942,60 DM (Position 15):

Der Beklagte hatte am Schluß seines Widerklageschriftsatzes vom 8. November 1960 vorgetragen, er habe diesen Betrag "ohne Rechnung" an A gezahlt, um ihn dazu zu bewegen, für das Geschäft "Grundstück W straße" eine neue Generalvollmacht zu erteilen. Da der Betrag auf Verlangen A s "schwarz" gezahlt worden sei, besitze er hierüber

keine Quittung. Er wolle es jedoch vermeiden, darüber noch eine weitere Diskussion herbeizuführen, und sei daher bereit, mit den 942,60 DM belastet zu werden. Demgemäß hat er auch diese Summe bei der Errechnung seines Widerklageantrags abgesetzt.

Die Kläger haben darauf in ihrem Schriftsatz vom 12. Dezember 1960 geantwortet, sie stellten fest, daß der Beklagte den Verbleib der 942,60 DM nicht nachweisen könne und die Kläger damit auch nicht belasten wolle. Der (damals noch auf Rechnungslegung gerichtete) Klageanspruch werde daher für erledigt erklärt.

Diese Erklärungen der Parteien hat das Berufungsgericht dahin gewürdigt, daß sie einen Erlaßvertrag darstellen. Diese Auslegung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

1.) Sie verstößt nicht gegen die §§ 133, 157 BGB. Unerheblich ist daher, ob auch eine andere, nämlich die von der Revision vertretene Auslegung möglich wäre, daß der Beklagte auf die Forderung nicht endgültig verzichten, sondern sie nur im Prozeß vorläufig fallen lassen wollte.

2.) Der Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht eine eigene Schuld gegenüber den Klägern anerkannt, sondern er hat den Klägern deren Schuld ihm gegenüber erlassen. Es kann daher keine Rede davon sein, daß er nach § 812 Abs. 2 BGB das Anerkenntnis kondizieren könnte. Die Vermögensverschiebung, die sich mit dem Erlaß der Forderung zwischen den Parteien vollzog, ist auch nicht rechtsgrundlos. Sie findet ihren Rechtsgrund in dem Erlaßvertrag. Diesen hat der Beklagte nicht wegen Irrtums angefochten.

3.) Unerheblich ist, daß im November 1960, als der Beklagte die schriftsätzlichen Erklärungen abgab, in denen das Berufungsgericht das Angebot eines Schulderrlasses erblickt, die Klage noch nicht auf Zahlung, sondern auf Rechnungslegung gerichtet war. Die Widerklage des Beklagten ging von Anfang an auf Zahlung, und der Beklagte hatte die 942,60 DM schon bei der Errechnung seines Widerklageantrags zu seinen Lasten abgesetzt. Daraus durfte das Berufungsgericht folgern, daß er auf diesen Betrag endgültig verzichten wollte.

III.

1.164,68 DM:

1.) Diese Summe hat der Beklagte nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils an die Kläger gezahlt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht haben dazu beide Parteien übereinstimmend erklärt, das landgerichtliche Urteil sei hinsichtlich dieses Betrages nicht angefochten und habe auch insoweit durch die Zahlung des Beklagten seine Erledigung gefunden. Dementsprechend hat der Beklagte vor dem Berufungsgericht die Änderung des landgerichtlichen Urteils und die Abweisung der Klage nur wegen seiner 1.164,68 DM übersteigenden Verurteilung beantragt.

2.) Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht nicht befugt, das landgerichtliche Urteil mit Rücksicht auf die zwischenzeitliche Zahlung der 1.164,68 DM abzuändern. Es hätte damit gegen § 308 ZPO verstoßen. Deswegen mußte es die landgerichtliche Verurteilung in Höhe der 1.164,68 DM bestehen lassen. Nichts anderes besagt der letzte Satz S. 20 des Berufungsurteils.

3.) Der Urteilsspruch des Berufungsgerichts, wonach der Beklagte verurteilt "wird", ist in Wahrheit keine neue Verurteilung, die über das landgerichtliche Urteil hinausginge,

sondern lediglich eine (teilweise) Bestätigung der Verurteilung des Beklagten durch das Landgericht (in Höhe von 17.696,31 DM). Das Berufungsgericht hat also nur ausgesprochen, daß der Beklagte zu der im Spruch des Berufungsurteils genannten Summe verurteilt "bleibt". Dieser Ausspruch ist auch bezüglich der in den 17.696,31 DM enthaltenen 1.164,68 DM rechtsfehlerfrei wie oben zu 2) dargelegt ist.

4.) Sollten die Kläger versuchen, in Höhe der bereits gezahlten 1.164,68 DM zu vollstrecken, so würde dem Beklagten dagegen die Vollstreckungsgegenklage offen stehen.

IV.

Nach alledem ist die Revision des Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke