
Datum: 23.08.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 7/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:0823.18U7.99.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 3 O 237/98

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 18.09.1998 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert die Klägerin in Höhe von 12.000,00 DM.

Von der Darstellung des **Tatbestandes** wird gem. § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg, denn die Klage ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht begründet.

I.

1

2

3

4

5

Der von der Klägerin - aus eigenem und hilfsweise aus abgetretenem Recht des Zeugen X2 - geltend gemachte restliche Provisionsanspruch ergibt sich weder aufgrund eines Maklervertrages (§ 652 Abs. 1 BGB) noch aufgrund eines vom Beklagten abgegebenen deklaratorischen Schuldanerkenntnisses.

1. 6

Wie auch bei den Erörterungen im Senatstermin vom 23.08.1999 letztlich unstreitig geblieben ist, war der ursprüngliche Makleralleinauftrag vom 05.09.1997 (Bl. 17, 18 d.A.) für den Beklagten provisionsfrei, so daß sich hieraus kein Zahlungsanspruch der Klägerin ergeben kann. 7

2. 8

Soweit der Beklagte in dem mit Datum vom 24.10.1997 versehenen Schriftstück eine Provisionspflicht in Höhe von 17.000,00 DM für den Verkauf des Objekts bestätigt hat (Bl. 4, 106 d.A.) - diese schriftliche Bestätigung beruht in jedem Falle auf einer entsprechenden mündlichen Provisionszusage vor Abschluß des notariellen Kaufvertrages, wobei die Parteien lediglich darüber streiten, ob das Schriftstück erst am Tag der Datierung (so die Klägerin) oder bereits vor Kaufvertragsabschluß erstellt und mit falschem Datum versehen wurde (so der Beklagte) -, liegt darin ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis oder eine Abänderung des ursprünglichen Maklervertrages. In jedem Falle kann sich der Beklagte aber einredeweise darauf berufen, daß er aufgrund eines ihm zustehenden Schadensersatzanspruches aus positiver Vertragsverletzung so gestellt werden kann, als hätte er die Provisionsverpflichtung nicht abgegeben; somit steht der Klägerin ein durchsetzbarer Zahlungsanspruch nicht zu. 9

a) 10

Aufgrund der erstinstanzlichen Vernehmung des Zeugen X2 steht zur Überzeugung des Senats fest, daß der Zeuge vor Abschluß des notariellen Kaufvertrages vom 30.09.1997 - nachdem die Kaufinteressenten X3 bereits gewonnen waren - dem Beklagten gesagt hat, er müsse 17.000,00 DM inklusive Mehrwertsteuer als Schaden zahlen; wenn er das nicht zahlen wolle, werde er - der Zeuge - nicht verkaufen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß die - insgesamt in sich stimmige - Aussage vor dem Landgericht etwa mißverständlich protokolliert worden sein könnte, wie es der Klägervertreter im Senatstermin angedeutet hat. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß der Zeuge das von ihm bekundete Abhängigmachen des Verkaufs von der Zahlung von 17.000,00 DM bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung auf gerichtliche Nachfrage noch einmal wiederholt hat. Auch in der Berufungserwiderung vom 10.06.1999 hat der Klägervertreter vorgetragen, daß der Zeuge dem Beklagten erklärt habe, dieser müsse zu der von dem Kaufinteressenten zu zahlenden Provision von 16.000,00 DM noch etwas dazulegen; ansonsten würde die Klägerin den Verkauf der Immobilie an diese nicht weiterverfolgen, da sie schließlich nicht umsonst arbeiten wolle. Dieser Vortrag entspricht - bei etwas "gewählterer" Ausdrucksweise - im Kern der erstinstanzlichen Zeugenaussage, wobei es allerdings wesentlich lebensnäher erscheint, daß der Zeuge die Worte so gebraucht hat, wie es seiner Bekundung entspricht. Diese Aussage des Zeugen erscheint auch uneingeschränkt glaubhaft; eine solche Erklärung entsprach durchaus seiner (subjektiven) Interessenlage und fügt sich auch nahtlos in das objektive Geschehen - die Weigerung der Kaufinteressenten, eine höhere Provision als 16.000,00 DM zu zahlen und die (zumindest) mündlich vom Beklagten vor der Kaufvertragsbeurkundung abgegebene Provisionszusage - ein. Vor diesem Hintergrund sieht sich der Senat zu einer wiederholten Vernehmung des Zeugen gem. § 398 ZPO nicht 11

veranlaßt.

b)

12

Das Abhängigmachen des Verkaufs an einen Interessenten von der Übernahme einer Provisionsverpflichtung durch den Beklagten in Höhe von 17.000,00 DM stellte eine schuldhafte Vertragsverletzung dar; denn eine solche Verhaltensweise verstieß eindeutig gegen den für den Beklagten provisionsfreien Makleralleinauftrag vom 05.09.1997. Nach dessen Inhalt war die Klägerin bzw. der Zeuge X2 nämlich nicht befugt, einen Verkauf an die Interessenten X3 von einer Provisionszusage des Beklagten abhängig zu machen. Auch die Klägerin bzw. der Zeuge X2 war an den Makleralleinauftrag bis zum 31.12.1997 gebunden, ohne daß ersichtlich ist, daß eine Widerrufs- oder Kündigungsmöglichkeit bestanden hätte. Nach Ziffer 3 a) des Makleralleinauftrags bestand für den Makler die Verpflichtung, den Auftrag nachhaltig und unter Ausnutzung aller sich ergebenden Abschlußchancen zu bearbeiten. Auch wenn zu berücksichtigen ist, daß die Klägerin (bzw. der Zeuge X2 nach Ziffer 1) des Makleralleinauftrags nur den Nachweis von Kaufinteressenten oder die Vermittlung des Kaufvertragsabschlusses schuldete, brachte dies aber jedenfalls für sie die Verpflichtung mit sich, bei einem bereits gewonnenen Interessenten den Kaufvertragsabschluß nicht durch eigene Untätigkeit zu behindern oder sogar gezielt zu hintertreiben. In diesem Zusammenhang mußte der Makler sein Interesse, von dem Interessenten eine Käuferprovision zu erlangen, hinter die Interessen seines Auftraggebers an einem schnellen Verkauf zurückstellen; denn die Erlangung einer Käuferprovision von dem Kaufinteressenten lag nach der Ausgestaltung des Makleralleinauftrags im alleinigen Risikobereich des Maklers. Dafür bestand im Gegenzuge wiederum die Verpflichtung des Auftraggebers, während der Vertragslaufzeit keine Maklerdienste Dritter in Anspruch zu nehmen. Ist bei einer solchen Vertragsgestaltung der Makler der Meinung, er habe seine Vertragspflichten bereits vollständig erfüllt, und trifft dies zu, muß er dem Auftraggeber jedenfalls die Möglichkeit eröffnen, den Verkauf selbst zum erfolgreichen Abschluß zu bringen. Er darf hingegen nicht den Eindruck erwecken, er werde den ins Auge gefaßten Verkauf - unter Verstoß gegen die vertraglich übernommenen Pflichten - scheitern lassen, solange sich der Auftraggeber nicht zu Zahlungen bereit finde, die nach ursprünglichen Makleralleinauftrag gar nicht geschuldet waren. Genau dies hat der Zeuge X2 nach seiner eigenen Aussage hier aber getan. Dabei handelte es sich bei den Herren X3 nicht um vom Beklagten selbst gewonnene Interessenten; vielmehr hatten diese sich gerade - wenn auch möglicherweise zunächst unmittelbar beim Beklagten - auf die Zeitungsanzeige der Klägerin bzw. des Zeugen X2 hin gemeldet. Die Zeitungsanzeige (vgl. zu deren Wortlaut Bl. 13 d.A.) war aber - was dem Provisionsinteresse eines Maklers im allgemeinen nur wenig dienlich ist - in der Weise abgefaßt, daß ein Interessent das Objekt schon ohne Mithilfe des Maklers finden konnte. Die Tatsache, daß die Kaufinteressenten sich vor diesem Hintergrund auf Vorkenntnis beriefen und nicht zur Zahlung der üblichen Käuferprovision von 3 % zzgl. Mehrwertsteuer bereit waren, hat die Klägerin bzw. der Zeuge X2 sich also vor allem der eigenen - nur wenig geschickten - Vorgehensweise bei der Vermakelung des Objekts anzulasten. Dies verbot es erst recht, nachträglich durch Ausübung von Druck - nämlich durch das eindeutig vertragswidrige Inaussichtstellen eines Scheiternlassens der Verkaufsverhandlungen - eine Provisionsverpflichtung des Beklagten herbeizuführen.

c)

14

Die schuldhafte Pflichtverletzung des Zeugen X2 ist der Klägerin - sofern sie selbst Vertragspartnerin war - gem. § 278 BGB zuzurechnen. Sollte indes der Zeuge X2 Vertragspartner gewesen sein, so ist ohne weiteres von einer eigenen schuldhaften

15

Pflichtverletzung des Maklers auszugehen; die darauf gestützte Einrede kann der Beklagte gem. § 404 BGB auch der Klägerin als Zessionarin entgegenhalten.

d) Selbst wenn der Beklagte - wie die Klägerin vorträgt - entsprechend der Datierung des Schriftstücks die Provisionszahlung erst am 24.10.1997 schriftlich zugesagt hätte, schließt dies die Berufung auf ein vertragswidriges Verhalten des Zeugen X2 - etwa nach dem Rechtsgedanken der §§ 141, 144 BGB - nicht aus. Denn auch aus der Sicht des Zeugen X2 wollte der Beklagte damit lediglich seine schon vor der Kaufvertragsbeurkundung mündlich abgegebene Zahlungszusage schriftlich bestätigen. Es ist auch nicht ersichtlich, daß es bereits zu jener Zeit unter den Beteiligten irgendwelche Zweifel an der Rechtsbeständigkeit dieser Verpflichtung gegeben hätte. 16

3. 17

Da somit der Provisionsforderung der Klägerin ein Schadensersatzanspruch des Beklagten aus positiver Vertragsverletzung einredeweise entgegengehalten werden kann, braucht nicht entschieden zu werden, ob darüber hinaus - wofür vieles spricht - auch die Voraussetzungen der Verwirkung gem. § 654 BGB oder sogar einer Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung gem. § 123 BGB erfüllt sind. 18

II. 19

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 20