
Datum: 26.06.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 139/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0626.18U139.99.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 12 O 460/98

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 23. Februar 1999 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Klägerin beträgt 11.136,00 DM.

A.	1
Von der Darstellung des Tatbestandes wird	2
gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen.	3
B.	4
<u>Entscheidungsgründe</u>	5
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	6
I.	7

Der Klägerin steht gegen den Beklagten kein Anspruch auf Rückzahlung der Provision in Höhe von 11.136,00 DM aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Var. BGB zu.	8
Ohne Rechtsgrund hätten die Klägerin und ihr Ehemann gezahlt, wenn der Beklagte den Provisionsanspruch verwirkt hätte. Dies ist nicht der Fall.	9
1.)	10
§ 654 BGB findet hier unmittelbar keine Anwendung. Der Beklagte durfte grundsätzlich für beide Seiten tätig werden, zumal er für die Klägerin nicht als Vermittlungsmakler im Rechtssinne tätig war. Denn es ist nichts dafür dargelegt, daß er auf die Willensentschließung des Verkäufers einwirken sollte und nach Abschluß des Maklervertrages auf dessen Willensentschließung eingewirkt hat. Was die Klägerin als Vermittlungsleistung (Vorbereitung des Vertragsschlusses, Beauftragung des Notars, Einflußnahme auf den Inhalt des Vertrages) anführt, sind rechtlich gesehen keine Vermittlungsleistungen. Auch der vom Beklagten verwendete Briefkopf besagt dazu nichts, denn dann wäre dieser immer Vermittlungsmakler.	11
Der Beklagte hat auch dann den Provisionsanspruch nicht verwirkt, wenn er sich vom Verkäufer ebenfalls eine Provision hatte versprechen lassen und dies der Klägerin und ihrem Ehemann nicht offenbart hat. Der BGH (NJW 1970, 1075) steht zu Recht auf dem Standpunkt, daß der Doppelmakler nicht verpflichtet ist, seinen Vertragspartner über die Einzelheiten der mit der Gegenseite vereinbarten Vergütung zu informieren. Daraus darf freilich nicht geschlossen werden, daß der Makler der Wahrheit zuwider vorgeben darf, von der Gegenseite keine Provision zu erhalten. Hier hat der Beklagte bereits in seinem Angebot vom 2.6.1998 (Bl. 6 d.A.) darauf hingewiesen, daß er mit dem Verkauf fest und allein beauftragt sei. Selbst wenn er von der Verkäuferseite Provision zu beanspruchen hatte, hätte er den Provisionsanspruch gegenüber der Klägerin und ihrem Ehemann nicht verwirkt, weil er auch nach dem klägerischen Vorbringen nicht erklärt hat, von der Gegenseite keine Provision zu erhalten.	12
2.)	13
Der Beklagte hatte den Provisionsanspruch auch nicht analog § 654 BGB verwirkt. Der Makler verwirkt nach der h.M. im Schrifttum (vgl. Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., 1999, Rdnr. 717 m.w.N.; vgl. aber auch Staudinger/Reuter § 654 Rdnr. 9; MünchKomm-Roth § 654 Rdnr. 2, 20) und insbesondere nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. z.B. WM 1981, 1084), von der abzuweichen kein Anlaß besteht, seinen Provisionsanspruch, wenn er vorsätzlich oder in einer dem Vorsatz nahekommenden Weise seine Treuepflichten gegenüber dem Auftraggeber verletzt. Die Darlegung- und Beweislast für sämtliche Voraussetzungen des § 654 BGB trägt dabei der Auftraggeber (vgl. BGH NJW 1981, 2293, 2294; OLG Hamm NJW-RR 1994, 125; Staudinger/Reuter § 654 Rdnr. 15).	14
a)	15
Es kann hier nicht festgestellt werden, daß der Beklagte eine Treuepflicht vorsätzlich verletzt hat.	16
aa)	17
Von einer solchen Pflichtverletzung könnte zwar ausgegangen werden, wenn der Beklagte die teilweise Unrichtigkeit des Gutachtens des Architekten P (Bl. 28 d.A.) positiv gekannt oder	18

wenn er ins Blaue hinein falsche Angaben gemacht hätte, da er dann zumindest mit der Unrichtigkeit der Angaben gerechnet und daher bedingt vorsätzlich gehandelt hätte (BGH, Urt. v. 26.9.1997 X ZR 29/96 = ZfIR 1998, 81, 82). In dem Gutachten war unter der Rubrik "Straße" angegeben: "Zugang durch Privatweg zur öffentlichen Straße, ausgebaut, Asphalt mit Bürgersteig". Außerdem wird dort festgestellt, daß ein Recht der Zuwegung über die Flurstücke Nr. 229 und 231 bestehe.

Dies war zwar in der Sache unzutreffend. Daß der Beklagte dies wußte, ist aber nicht erwiesen. Zwar hat der Zeuge M bei seiner Vernehmung vor dem Senat ausgesagt, der Zeuge S habe ihm erklärt, daß er dem Beklagten gesagt habe, das von der Klägerin und ihrem Ehemann gekaufte Haus habe keine Zuwegung und andere Interessenten seien wegen dieses Umstandes "abgesprungen". Der Senat geht auch davon aus, daß der Zeuge S dies dem Zeugen M tatsächlich gesagt hat. Ob die Erklärung des Zeugen S gegenüber dem Zeugen M aber stimmte, hält der Senat für höchst zweifelhaft. Bei seinen Vernehmungen vor dem Senat, die sich wegen der Weitschweifigkeit und Sprunghaftigkeit des Zeugen recht schwierig gestalteten, hat der Zeuge S etwas ganz anderes ausgesagt. Bei seiner Vernehmung im Termin vom 31.01.2000 hat er sehr bestimmt erklärt, daß er mit dem Beklagten jedenfalls über die Zuwegung gar nicht gesprochen habe. Dazu habe auch keine Veranlassung bestanden, da eine Zuwegung vorhanden gewesen sei. Bei seiner Vernehmung am 26.06.2000, bei der auch der Zeuge M zugegen war, erklärte der Zeuge S sodann, er könne sich nicht mehr daran erinnern, ob er mit dem Beklagten über die fehlende Zuwegung gesprochen habe. Zumindest wisse er nicht mehr, ob er den Beklagten auf das Fehlen eines öffentlichen Weges hingewiesen habe. Angesichts dieses ständigen Wechsels seiner Angaben ist die Aussage des Zeugen S ohne Wert und so unzuverlässig, daß nicht feststellbar ist, wann er die Wahrheit gesagt hat und daß seine Erklärungen gegenüber dem Zeugen M stimmten. Daran hätte auch eine Vereidigung nichts geändert, weshalb der Senat von einer Vereidigung des Zeugen abgesehen hat. Es liegen somit keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, daß der Beklagte um die Unrichtigkeit des Gutachtens P wußte und die Klägerin und ihren Ehemann bewußt über das Vorhandensein bzw. Fehlen einer Zuwegung getäuscht hat.

19

Dies gilt auch, soweit die Klägerin behauptet und der Zeuge A bei seiner Vernehmung vor dem Senat bestätigt hat, der Beklagte habe dem Sinn nach gesagt, der an dem Kaufgrundstück entlangführende, im Eigentum von Nachbarn stehende Privatweg sei eine öffentliche Straße. Es ist schon wenig glaubhaft, daß der Beklagte etwas derartiges gesagt hat, denn nach dem Gutachten P, das der Beklagte der Klägerin überlassen hat, bestand allenfalls ein Recht der Zuwegung über die Wegparzellen, und es ist kaum vorstellbar, daß der Beklagte der Klägerin eine Auskunft erteilt hat, die nach dem übergebenen Gutachten falsch war. Jedenfalls wäre eine solche Auskunft durch die Überlassung des Gutachtens richtiggestellt worden.

20

bb)

21

Soweit nach der Aussage des Zeugen A im Notartermin von einer Baulast die Rede gewesen sein soll und sowohl der Beklagte als auch der Verkäufer P erklärt haben sollen es sei eine Baulast auf dem vorgelagerten Nachbargrundstück eingetragen, ohne eine solche wäre die Baugenehmigung für das Kaufobjekt nicht erteilt worden, handelt es sich dabei - soweit erkennbar - nur um eine Schlußfolgerung aus der Tatsache, daß die Baugenehmigung erteilt worden war. In der Tat war schwer vorstellbar, daß für die Errichtung des an keiner öffentlichen Straße und keiner Zuwegung liegenden Hauses ohne Baulast zu Lasten eines Nachbargrundstückes eine Baugenehmigung erteilt worden war. Im übrigen ergibt sich aus

22

einer Baulast keinerlei Anspruch gegenüber dem Nachbarn, und es ist eine Zuwegung dadurch keinesfalls gewährleistet. Letztlich ist darauf hinzuweisen, daß die Zuwegung zu dem Haus nach den Vorstellungen beider Parteien über den am Grundstück entlangführenden Privatweg und nicht über das vorgelagerte Nachbargrundstück erfolgen sollte. Mit der Frage der Baulast hatte das nichts zu tun.

Sollte der Beklagte, wie der Zeuge A bestätigt hat, nach Abschluß des Kaufvertrages wahrheitswidrig erklärt haben, daß er selbst das Baulastenverzeichnis der Stadt H eingesehen habe, führt dies erst recht nicht zu einer Verwirkung des Provisionsanspruchs, da eine Verletzung von Treuepflichten - eine solche hier unterstellt - nach Abschluß des Hauptvertrages nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 1985, 45) jedenfalls in aller Regel nicht zu Verwirkung, sondern nur zu Schadensersatzansprüchen führen kann, wenn zu diesem Zeitpunkt der Maklerlohn schon gezahlt worden ist. Der Maklerkunde kann aber auch nicht durch eine Verzögerung der Zahlung nach Eintritt der Fälligkeit des Provisionsanspruchs seine Rechtsstellung verbessern, so daß es die Interessenlage gebietet, bei einem Pflichtenverstoß des Maklers nach Abschluß des Hauptvertrages und damit nach Fälligkeit des Provisionsanspruchs eine Verwirkung im Regelfall zu verneinen (vgl. OLG Hamm, Urteil v. 24.10.1998, 18 U 65/96). 23

b) 24

Es läßt sich auch nicht feststellen, daß der Beklagte in einer dem Vorsatz nahekommenden grobfahrlässigen Weise wesentliche Vertragspflichten verletzt, etwa die Zuwegung zu dem Grundstück leichtfertig als gesichert dargestellt hätte, obwohl dies nicht zuträfe. Dem Beklagten brauchte sich nicht aufzudrängen, daß das Gutachten P in diesem Punkt falsch war. Dem Makler obliegt im Regelfall keine Erkundigungs- und Nachprüfungspflicht. Der Makler ist nur Wissensvertreter und schuldet seinem Auftraggeber keine Ermittlungen (vgl. OLG Düsseldorf OLGR 93, 349). Eine eventuelle Nachprüfung muß der Auftraggeber des Maklers selbst vornehmen; dies ist in aller Regel seine Sache und nicht die des Maklers. Etwas anderes gilt nur, wenn der Makler eine Zusicherung macht (BGH BB 56, 794), wenn er durch seine Werbung den Eindruck einer Überprüfung vermittelt hat (vgl. OLG München NJW 56, 1766) oder wenn es sich um besonders gefährliche Geschäfte handelt und der Auftraggeber offensichtlich unerfahren ist (vgl. OLG Köln MDR 59, 210). 25

Keiner dieser Ausnahmefälle liegt hier vor. Insbesondere steht nicht fest, daß der Beklagte Zusicherungen über die Zuwegung gemacht hat. Der Beklagte hatte schon in seinem Angebot vom 02.06.1998 (Blatt 6 d.A.) darauf hingewiesen, daß dem Angebot Angaben und Unterlagen des Verkäufers zugrunde lägen. Enthält das Angebot des Maklers den ausdrücklichen Hinweis, daß dieses auf Angaben des Verkäufers beruhe, so handelt es sich um die Weitergabe von Verkäuferangaben (und nicht um eine Zusicherung), was eine Haftung des Maklers regelmäßig ausschließt, soweit er nicht - was hier gerade nicht festgestellt werden konnte - die Unrichtigkeit dieser Angaben kennt (vgl. OLG Hamm RDM - Sammlung A 115 Bl. 28). Für den Umstand, daß der Beklagte auch bezüglich der Zuwegung nur Angaben des Verkäufers weitergeleitet und keine eigenen Zusicherungen gemacht hat, spricht auch § 4 des notariellen Kaufvertrages vom 30.06.1998, in dem der Verkäufer zusichert, daß ein "Recht auf Zuwegung" über die Flurstücke 229 und 231 (Wegparzellen) im Baulastenverzeichnis der Stadt H eingetragen sei. Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse der Beklagte hätte haben sollen, hierfür eine persönliche Gewähr zu übernehmen. Soweit der Zeuge A bei seiner Vernehmung vor dem Senat ausgesagt hat, der Beklagte habe erklärt, daß die Zuwegung gesichert sei, geschah dies erkennbar im Hinblick auf das Gutachten P, auf das der Beklagte nach eigener Darstellung der Klägerin (vgl. S. 2 des Schriftsatzes vom 26

12.02.1999, Bl. 36 d.A.) verwiesen hat. Daß der Beklagte vorgegeben und zugesichert hätte, die Frage der Zuwegung unabhängig von den Feststellungen des Gutachters selbst geprüft zu haben, folgt daraus nicht. Der Briefbogen des Beklagten (Bl. 68 d.A.), auf dem auf dessen Fachkompetenz verwiesen wird, rechtfertigt ebenfalls nicht die Annahme, der Beklagte habe alle Angaben des Verkäufers überprüft, da das gerade regelmäßig nicht die Aufgabe (auch eines fachlich versierten) Maklers ist. Auch handelte es sich bei der Klägerin und ihrem Ehemann nicht um geschäftlich unerfahrene Personen. Schließlich lag auch kein besonders gefährliches Geschäft vor.

Da somit eine Verpflichtung des Beklagten, das Gutachten des Architekten P auf seine Richtigkeit zu überprüfen, nicht bestand, kann er durch das Unterlassen einer Nachprüfung nicht in einer dem Vorsatz nahekommenden Weise gegen wesentliche Vertragspflichten verstoßen haben. 27

Das gilt auch, soweit der Beklagte den Grundbuchauszug nicht darauf überprüft hat, ob im Grundbuch ein Wegerecht (Grunddienstbarkeit) zu Gunsten des Eigentümers des von der Klägerin gekauften Grundstücks eingetragen war. Mangels einer eigenen Nachbesserungspflicht des Beklagten hat er durch die Weiterleitung des Auszugs an die Klägerin seiner vertraglichen Verpflichtung genügt. 28

II. 29

Der Klägerin steht auch kein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (pVV) des Maklervertrages zu. 30

Wie bereits im Rahmen der Frage der Verwirkung ausgeführt, kann nicht festgestellt werden, daß der Beklagte die Klägerin und ihren Ehemann bewußt über die Zuwegung getäuscht hat, und kann ihm auch nicht als Pflichtwidrigkeit angelastet werden, das Gutachten P nicht auf seine Richtigkeit überprüft und den Grundbuchauszug nicht eingesehen zu haben, sondern im Glauben an die Richtigkeit des Gutachtens davon ausgegangen zu sein, eine Zuwegung zu dem Grundstück sei vorhanden. Daraus folgt zugleich, daß ein schuldhafter Verstoß des Beklagten gegen vertragliche Pflichten insoweit nicht feststellbar ist. 31

Zwar kann der Beklagte - wenn auch nicht in einer dem Vorsatz nahekommenden Weise - auch noch dadurch gegen vertragliche Sorgfaltspflichten verstoßen haben, daß er auf eine Nachfrage der Klägerin oder ihres Ehemannes nach der Zuwegung nicht gesagt hat, er habe das Gutachten P nicht überprüft und könne sich für die Richtigkeit nicht verbürgen. Daß die Klägerin und ihr Ehemann dann den Kaufvertrag nicht oder nicht in der vorliegenden Form geschlossen hätten, liegt jedoch eher fern und kann nicht unterstellt werden. Der Beklagte hat, soweit vorgetragen und feststellbar, zumindest vor Abschluß des Kaufvertrages nie gesagt oder den Eindruck erweckt, ihm stünden andere Erkenntnisquellen als das Gutachten P zur Verfügung. Seine Äußerungen zur Zuwegung konnten daher nur dahin verstanden werden, daß man sich auf ein solches Gutachten verlassen könne. Es ist wenig plausibel, daß die Klägerin und ihr Ehemann von dem Kauf Abstand genommen hätten, wenn der Beklagte ausdrücklich klargestellt hätte, daß er das Gutachten des sich als Sachverständigen bezeichnenden Architekten P nicht auf seine Richtigkeit geprüft habe. Daß die Klägerin und ihr Ehemann der subjektiven und durch keine Tatsachen untermauerten Einschätzung des Beklagten zum Wert und zur Richtigkeit des Gutachtens entscheidendes Gewicht beigemessen hätten, ist wenig wahrscheinlich. 32

III. 33

34

Bezüglich der von der Klägerin vorsorglich erklärten Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen ist bereits nicht ersichtlich, wogegen aufgerechnet werden soll. Der Provisionsanspruch des Beklagten ist erfüllt. Es geht hier um die Rückforderung der Provision. Es fehlt also an gegenseitigen Forderungen i.S.v. § 398 BGB.

Die Berufung konnte daher keinen Erfolg haben. 35

IV. 36

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 546 Abs. 2, 708 Ziff. 10 ZPO. 37