
Datum: 29.05.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 236/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0529.18U236.99.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 9 O 213/99

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 19.08.1999 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auf-erlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Es beschwert die Klägerin in Höhe von 10.614,00 DM.

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 29. September 1998 einen schriftlichen, als "Maklerverkaufsauftrag" überschriebenen Maklervertrag, mit dem die Beklagten die Klägerin beauftragten, ihnen für die in ihrem Eigentum stehende Immobilie S-Straße in C einen Käufer nachzuweisen oder einen Kaufvertrag zu vermitteln. In Ziff. 6 der Auftragsbedingungen, die Inhalt des Vertrages waren, heißt es:

1

2

3

"Der Verkäufer verpflichtet sich, während der Laufzeit (zu ergänzen: des Maklervertrages) keinen anderen Makler einzuschalten und eigene Interessenten an den Makler zu verweisen."

Die Beklagten hatten schon vor Abschluß des Maklervertrages mit der Klägerin die Sparkasse E informiert, daß sie die vorbezeichnete Immobilie verkaufen wollten. Der bei der Sparkasse E angestellte Zeuge G2 wandte sich am 03.12.1998 telefonisch an die Beklagten, erreichte diese aber nicht. Er hinterließ auf dem Anrufbeantworter eine Nachricht, die die Beklagte zu 2) am 04.12.1998 zu einem Rückruf veranlaßte. Der Zeuge G2 teilte der Beklagten zu 2) dabei mit, er habe Kaufinteressenten für das Objekt, nämlich die Zeugen K und K2. Die Beklagte zu 2) verwies den Zeugen G2 an die Klägerin. Es kam daraufhin zu einer Kontaktaufnahme des Zeugen G2 mit der bei der Klägerin angestellten Zeugin L. Dabei wurde ein Besichtigungstermin mit den vom Zeugen G2 benannten Kaufinteressenten K und K2 vereinbart. An den Verhandlungen mit diesen war auch die Zeugin L beteiligt, wobei die Einzelheiten streitig sind. Jedenfalls erwarben die Zeugen K und K2 durch notariellen, vom Zeugen I beurkundeten Vertrag vom 15. Dezember 1998 das Objekt. 4

Die Klägerin hat die Beklagten auf Zahlung einer Maklerprovision in Höhe vereinbarter 1,5 % des Kaufpreises in Anspruch genommen und im einzelnen vorgetragen, welche Maklerleistungen sie erbracht habe. Die Klägerin hat beantragt, 5

die Beklagten zu verurteilen, an sie als Gesamtschuldner 10.614,00 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 22.03.1999 sowie 20,00 DM Mahnkosten zu zahlen. 6

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und die Darstellung der Klägerin zum Umfang ihrer Maklertätigkeit teilweise bestritten. Sie haben behauptet, der Kaufvertrag sei nicht durch eine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit der Klägerin zustande gekommen. 7

Das Landgericht, auf dessen Urteil vom 19.08.1999 zur weiteren Darstellung des Tatbestandes Bezug genommen wird, hat der Klage i.H.v. 10.614,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 23.03.1999 stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen. Zur Begründung der Zuerkennung der Maklerprovision hat das Landgericht ausgeführt, es liege jedenfalls eine für den Abschluß des Kaufvertrages mitursächliche Vermittlungstätigkeit der Klägerin vor. 8

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, die geltend machen, die Klägerin habe weder eine Nachweis- noch eine Vermittlungstätigkeit entfaltet, zumindest einen etwaigen Provisionsanspruch verwirkt, weil die Mitarbeiterin L der Klägerin sich zu Ungunsten der Beklagten in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet habe. Wegen des Vorbringens der Beklagten in den Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 23.11.1999 sowie den Schriftsatz vom 17.05.2000 Bezug genommen. 9

Die Beklagten beantragen, 10

die Klage unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils in vollem Umfang abzuweisen. 11

Die Klägerin beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Sie tritt dem Sachvortrag der Beklagten zum Teil entgegen und meint, zumindest eine Vermittlungsprovision verdient zu haben. Sie trägt dazu Näheres vor. Wegen der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf die Berufungserwiderung vom 27.04.2000 verwiesen. 14

<u>Entscheidungsgründe:</u>	15
Die zulässige Berufung der Beklagten ist in vollem Umfang begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagten kein Provisionsanspruch zu.	16
1.	17
Der Senat läßt dahingestellt, ob die Klägerin eine den gesetzlichen Voraussetzungen des § 652 BGB genügende Maklerleistung erbracht hat.	18
a.	19
Wie im Senatstermin im einzelnen erörtert, hat die Klägerin die späteren Käufer, die Zeugen K und K2, den Beklagten nicht als Kaufinteressenten nachgewiesen. Es ist unstreitig, daß der Zeuge G2, ein Mitarbeiter der Sparkasse E, der von der Verkaufsabsicht der Beklagten wußte, sich zunächst an d i e s e gewandt und sie darauf angesprochen hat, daß er Kaufinteressenten (die Zeugen K und K2) habe, die am Erwerb des Grundbesitzes interessiert seien (vgl. S. 13 der Berufungserwiderung). Der Nachweis der Gelegenheit zum Verkauf des Objektes an die späteren Erwerber ist damit gerade nicht von der Klägerin, sondern von der Sparkasse E durch den Zeugen G2 erbracht worden.	20
b.	21
Nach eigener Darstellung der Klägerin dürfte sie auch keine Vermittlungsleistung im Rechtsinn erbracht haben. Vermittlung im Sinne des Gesetzes liegt nur vor, wenn der Makler auf die Entschließung des anderen Partners des Hauptvertrages bewußt einwirkt, um dessen Bereitschaft zum Abschluß des Hauptvertrages zu fördern (vgl. BGH NJW 1976, 1844; BGH MDR 1968, 405; Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rdn. 226). Erschöpft sich die Tätigkeit des Maklers in der Weitergabe von Informationen, so fungiert er als neutraler Bote und wirkt er nicht auf die Entschließung des anderen Teils ein (vgl. Schwerdtner a.a.O. Rdn. 223). Ebenso wenig ist eine Vermittlung darin zu sehen, daß dem Kaufinteressenten eine Besichtigung ermöglicht oder ein Notar mit der Beurkundung des Kaufvertrages beauftragt wird (vgl. OLG Frankfurt AIZ A 106 Bl. 1). Die Vermittlung setzt somit ein Einwirken auf den anderen Teil in dem Sinn voraus, daß der Makler über das bloße Überbringen von Informationen hinaus mit dem anderen Teil verhandelt, d.h. ihm den Vertragsschluß nahe legt. Eine Vermittlung in diesem Sinn ist von der Klägerin kaum schlüssig dargelegt worden. Nach ihrer eigenen Darstellung erschöpfte sich ihre Tätigkeit darin, den Beklagten und den Käufern die Vorstellungen des jeweils anderen Teils vom Inhalt des Kaufvertrages mitgeteilt zu haben (vgl. S. 4 6 der Berufungserwiderung) sowie bei der Vorbereitung des Notartermines mitgewirkt zu haben. Daß sie darüber hinaus den Erwerbern den Abschluß des Kaufvertrages nahe gelegt und in dieser Richtung auf sie eingewirkt hätte, behauptet die Klägerin selbst nicht.	22
c.	23
Letztlich kann jedoch offen bleiben, ob die Klägerin eine Vermittlungstätigkeit im Sinne des Gesetzes entfaltet hat. Ebenso bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob Ziff. 6 der Auftragsbedingungen der Klägerin, wonach der Auftraggeber verpflichtet sein soll, eigene Interessenten an den Makler zu verweisen, Anlaß zu der Auslegung gibt, daß weil in einem solchen Fall ein für den Abschluß des Hauptvertrages ursächlicher Nachweis kaum noch vorstellbar ist und eine Vermittlungstätigkeit je nach Sachlage oft ausscheidet zur Auslösung der Provisionspflicht eine Maklertätigkeit anderer Art (Übermittlung von Informationen,	24

Ermöglichung einer Besichtigung des Kaufobjektes) ausreicht, wogegen hier sicherlich schon spricht, daß der Maklerkunde dies dem (Formular)Vertrag schwerlich mit der hinreichenden Sicherheit entnehmen kann. Schließlich kann auch offen bleiben, ob in der Verweisung von Interessenten, die dem Maklerkunden nicht durch den Makler, sondern auf andere Art und Weise bekannt geworden sind, an den Makler eine konkludente Abänderung des ursprünglichen Maklervertrages in dem Sinn gesehen werden kann, daß der Makler zur Begründung der Provisionspflicht seines Kunden weder einen Nachweis noch eine Vermittlungstätigkeit im Sinne des Gesetzes zu erbringen braucht, sondern andere Tätigkeiten ausreichen.

2. 25

Denn der Maklerkunde schuldet keine Provision, wenn der Makler mit einem Interessenten, den der Auftraggeber auf Grund einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Maklers enthaltenen sog. Hinzuziehungs- oder Verweisungsklausel an den Makler verwiesen hat, Verhandlungen führt und es dadurch zum Abschluß des Hauptvertrages kommt. Darüber besteht, soweit diese Frage behandelt wird, im Ergebnis Einigkeit (vgl. Staudinger/Reuter, BGB, § 652 Rdz. 198 a.E.; Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rdz. 733; LG Bremen NJWRR 1989, 761), wenn auch die Begründungen unterschiedlich sind. 26

a. 27

Es ist seit langem einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, daß eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie sie hier in Ziff. 6 der Auftragsbedingungen der Klägerin niedergelegt ist und wonach der Maklerkunde eigene Interessenten an den Makler zu verweisen hat, nicht zulässig und wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 AGBG unwirksam ist (vgl. z.B. BGH NJW 1973, 1194; NJW 1984, 360; Palandt/Sprau, BGB, § 652 Rdz. 61; MünchKommRoth, BGB, § 652 Rdz. 232; Staudinger/Reuter, BGB, § 652 Rdz. 198; Schwerdtner a.a.O. Rdz. 997 m.w.N.). 28

b. 29

Aus der Unwirksamkeit einer solchen Klausel wird teils die Konsequenz gezogen, daß eine Provisionspflicht des Maklerkunden, wenn der Makler im Hinblick auf die Klausel eingeschaltet worden ist, deswegen nicht bestehe, weil die Provision für eine "solche Vermittlung" nicht wirksam versprochen worden sei (so Staudinger/Reuter a.a.O.). Ob dieser auf den ersten Blick plausibel erscheinenden Begründung gefolgt werden kann, ist nicht unproblematisch. Die Provision wird dem Makler für eine erfolgreiche Tätigkeit, nach dem Gesetz eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung, versprochen. Erbringt der Makler, nachdem sein Kunde einen Interessenten an ihn verwiesen hat, die geschuldete Leistung, wirkt er etwa auf den Interessenten ein und kommt es gerade auf Grund der vom Makler geleisteten Überzeugungsarbeit zum Abschluß des Hauptvertrages, so liegen nach dem Gesetz die Voraussetzungen des Courtageanspruchs vor, denn das Gesetz stellt einen wirksamen Maklervertrag vorausgesetzt nicht darauf ab, wie es zu der Maklertätigkeit gekommen ist, sondern nur darauf, ob der Makler die vertraglich geschuldete Leistung erbracht und ob sie zum Erfolg geführt hat. Eine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit etwa ist auch dann eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Maklerleistung, wenn der Makler sie erbringt, nachdem sein Kunde einen Interessenten auch auf Grund einer unwirksamen Hinzuziehungsklausel an ihn verwiesen hat. Nimmt der Kunde die Leistung in Anspruch, obwohl er es nicht zu tun brauchte, ändert das an der Provisionspflicht regelmäßig nichts. Verweist etwa ein Maklerkunde einen Interessenten ganz bewußt an den Makler, ohne daß er nach dem Maklervertrag (auch nach den zugrunde liegenden Allgemeinen 30

Geschäftsbedingungen) dazu verpflichtet war, und erbringt der Makler eine den Provisionsanspruch auslösende erfolgreiche Vermittlungsleistung, bestehen schwerlich irgendwelche Bedenken, dem Makler einen Provisionsanspruch zuzubilligen, und zwar auch ohne daß es der Konstruktion einer konkludenten Abänderung des Maklervertrages bedürfte, die im übrigen nur möglich ist, wenn der Makler was nicht zu sein braucht erfährt, daß der Interessent sich zuvor direkt an den Maklerkunden gewandt hatte. Jedenfalls wird soweit ersichtlich die Auffassung, dem Makler stehe bei einer solchen Fallgestaltung keine Provision zu, nirgends vertreten. Die Bedenken gegen die Zuerkennung einer Provision werden nicht dadurch erweckt, daß der Kunde nicht zur Hinzuziehung des Maklers verpflichtet war und für eine dann erbrachte Maklerleistung keine Provision versprochen hätte, sondern sie ergeben sich dann, wenn der Maklerkunde in dem durch eine unwirksame gesetzeswidrige Hinzuziehungsklausel verursachten Irrtum, den Makler hinzuziehen zu müssen, eine Maklerleistung veranlaßt, die nach dem Gesetz provisionspflichtig ist. Darin scheint dem Senat der Kern des Problems zu liegen.

c. 31

Letztlich können die Bedenken gegen die aufgezeigte Literaturmeinung jedoch auf sich beruhen, weil der Senat im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis kommt. Denn die Klägerin hat einen eventuellen Provisionsanspruch in jedem Fall verwirkt. Der Makler verwirkt entsprechend § 654 BGB den Provisionsanspruch nach allgemeiner Auffassung, insbesondere nach der Rechtsprechung des BGH, von der abzuweichen kein Anlaß besteht, dann, wenn er vorsätzlich oder in einer dem Vorsatz nahe kommenden grob fahrlässigen Weise seine Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber verletzt (vgl. z.B. BGH WM 1981, 1084; Staudinger/Reuter, a.a.O. zu § 654 Rdz. 9 m.w.N.; MünchKommBGB, § 654 Rdz. 20; Schwerdtner a.a.O. Rdz. 717 m.w.N.). Eine solche Pflichtverletzung ist der Klägerin anzulasten. 32

aa. 33

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß es seit Jahren einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist, daß Hinzuziehungs- und Verweisungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (wie hier Ziff. 6 der Auftragsbedingungen) unzulässig und unwirksam sind (vgl. oben zu Ziff. 2 a). Auf die seit vielen Jahren insoweit gefestigte Rechtsprechung ist auch in für Makler bestimmten Fachzeitschriften schon vor Jahren hingewiesen worden (vgl. schon AIZ 1984 Heft 10 = RDMSammlung A 103 Bl. 17; AIZ 1992 Heft 4 = RDMSammlung A 101 Bl. 5). Es ist davon auszugehen, daß diese eingefahrene höchstrichterliche Rechtsprechung einem durchschnittlichen Makler, der sich über die rechtlichen Belange seines Berufsstandes auch nur in Grenzen informiert, bekannt ist. Das gilt hier in besonderem Maße, weil sich bei jedem Alleinauftrag die Frage stellt, welche eigenen Bemühungen der Maklerkunde noch entfalten darf. Wenn dennoch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Maklers eine Klausel enthalten ist, die dem Maklerkunden die Verpflichtung auferlegt, eigene, ohne Beteiligung des Maklers gefundene Interessenten an den Makler zu verweisen, so muß das bei einem durchschnittlichen Makler als der bewußte Versuch gewertet werden, den uninformierten Kunden darüber zu täuschen, daß dieser mit solchen Interessenten, die sich ohne Zutun des Maklers an ihn gewandt haben, selbst verhandeln darf. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß die Klägerin als gewerbliches Unternehmen über die von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen der Zulässigkeit von Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Maklers so schlecht informiert wäre, daß ihr nicht bekannt wäre, daß Verweisungsklauseln wie die vorliegende in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam vereinbart werden können. 34

Es spricht somit alles dafür, daß die Klägerin insoweit bewußt versucht hat, die Beklagten über ihre Pflichten und Rechte aus dem Maklervertrag zu täuschen, um in jedem Falle in den Genuß einer Provision zu kommen. Es ist auch in hohem Maße wahrscheinlich, daß der Klägerin die Täuschung gelungen ist und die Beklagte zu 2) den Zeugen G2, der die Kaufinteressenten beigebracht hatte, deswegen an die Klägerin verwiesen hat, weil sie glaubte, dazu aus dem Vertrag verpflichtet zu sein. Die Beklagte zu 2) hat bei ihrer Anhörung vor dem Senat auf Nachfrage, ohne daß das Thema der Verwirkung insoweit (auch schriftsätzlich) je angesprochen worden wäre, erklärt, sie habe den Zeugen G2 deswegen an die Klägerin verwiesen, weil sie geglaubt habe, dazu aufgrund des Maklervertrages verpflichtet gewesen zu sein. Die Beklagte zu 2) hat zwar auch angegeben, sie die Beklagten hätten den mit dem Verkauf verbundenen Streß nicht haben wollen und sich deswegen an die Klägerin gewandt. Sie hat aber klargestellt, daß sie die Verhandlungen mit dem Zeugen G2 und den von diesem mitgeteilten Interessenten allein fortgeführt hätten, wenn sie davon ausgegangen wären, dazu im Verhältnis zur Klägerin berechtigt gewesen zu sein. Dies erscheint auch überzeugend, denn nachdem ernsthafte Interessenten von der Sparkasse E genannt worden waren und der Zeuge G2 sich bereits mit den Beklagten in Verbindung gesetzt hatte, bestand kaum ein Grund, die weiteren Verhandlungen der Klägerin zu überlassen und damit eine Provisionspflicht auszulösen. Es spricht somit alles dafür, daß die Beklagte durch eine von der Klägerin bewußt herbeigeführte Täuschung über ihre Rechte und Pflichten veranlaßt worden sind, den Zeugen G2 und die von ihm beigebrachten Interessenten an die Klägerin zu verweisen. Die Klägerin hat die Beklagten auch zu diesem Zeitpunkt nicht darüber aufgeklärt, daß die Beklagten entgegen dem Inhalt der Auftragsbedingungen durchaus berechtigt waren, die Verhandlungen mit den nicht von der Klägerin beigebrachten Interessenten selbst zu führen. Damit hat die Klägerin ihren Treuepflichten aus dem Maklervertrag in so hohem Maße zuwider gehandelt, daß sie eines Maklerlohns unwürdig ist und einen eventuellen Courtageanspruch verwirkt hat. Es kann nicht angehen, daß ein Makler durch Täuschung seiner Kunden einen Courtageanspruch erlangt.

bb. 35

Aber auch wenn man davon ausgehen wollte, daß der Klägerin bzw. ihrem Geschäftsführer nicht bekannt war, daß Verweisungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zulässig und wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 AGBG unwirksam sind, die Klägerin also über die rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen nur unzureichend informiert war, vermag sie das nicht zu entlasten. Ein Makler, der sich um die vom Gesetz in der Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit vielen Jahren aufgezeigten rechtlichen Grenzen seines Tuns nicht informiert, kann nicht besser gestellt werden als ein Makler, der pflichtgemäß davon Kenntnis nimmt, sich aber über die gesetzlichen Vorgaben hinwegsetzt. Ein Makler, der vor der durch das Gesetz vorgegebenen Rechtslage die Augen verschließt und sie schlicht nicht zur Kenntnis nimmt, handelt in einer dem Vorsatz nahe kommenden leichtfertigen Weise seinen Pflichten zuwider und ist des Provisionsanspruchs jedenfalls dann unwürdig, wenn die Umstände dafür sprechen, daß der unerfahrene Maklerkunde sein Verhalten an dem Vertragswortlaut im Glauben an die Wirksamkeit der Vereinbarung orientiert und dadurch Nachteile erleidet oder zu erleiden droht. Es kann nicht hingenommen werden, daß Makler sich um die vom Gesetz vorgegebenen Grenzen der Vertragsfreiheit nicht kümmern und gerade dadurch erreichen, daß ein Kunde, der in Unkenntnis der Rechtslage eine unwirksame Vereinbarung für wirksam hält und sein Verhalten daran ausrichtet, provisionspflichtig wird (so zu Recht auch Schwerdtner, a.a.O., Rdn. 733). Der Klägerin steht somit kein Provisionsanspruch zu. 36

3.

Ob die Klägerin sich dadurch, daß sie die Beklagten den Vertrag mit der rechtlich unzulässigen Hinzuziehungsklausel unterschreiben ließ und diese dadurch über ihre Rechte und Pflichten täuschte, nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß (c.i.c.) schadensersatzpflichtig gemacht haben könnte mit der Folge, daß sie die Beklagten von einer etwaigen Provisionspflicht freizustellen hätte (so in einem vergleichbaren Fall LG Bremen NJWRR 1989, 761; ablehnend wenn auch ohne nähere Begründung Staudinger/Reuter a.a.O., §§ 652, 653 Rdz. 198 a.E.), kann hier offen bleiben, da die Klägerin jedenfalls im Hinblick auf die Verwirkung keinen Provisionsanspruch hat und sich das Problem des Schadensersatzes daher nicht stellt.

38

4.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 546 Abs. 2, 708 Ziff. 10 ZPO.

39

40