
Datum: 11.01.2024
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 123/21
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2024:0111.18U123.21.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 08 O 167/19
Schlagworte: Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts
Normen: § 181 BGB
Leitsätze:

"Sind die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG im Verhältnis zur KG und der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im Verhältnis zur GmbH jeweils von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, bedeutet dies nicht ohne Weiteres eine Befreiung des Geschäftsführers im Verhältnis zur KG.

Der Geschäftsführer kann sich in einem solchen Fall grundsätzlich auch nicht selbst im Namen der KG von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien, um ein einzelnes Rechtsgeschäft im Namen der KG mit sich selbst abschließen zu können."

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 16.08.2021 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Münster, Aktenzeichen 8 O 167/19, unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 wird insoweit aufrechterhalten, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger 124.950 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.07.2016 sowie 2.480,44 € außergerichtliche Kosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.12.2018 zu zahlen.

Im Übrigen wird das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten ihrer Säumnis im Kammertermin vom 26.11.2020. Im Übrigen werden die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz dem Kläger zu 16 % und der Beklagten zu 84 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des gegen sie zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen, soweit das Urteil die auf Containergeschäfte gestützte Provisionsforderung des Klägers in Höhe von 24.667,52 € und die darauf entfallenden Nebenforderungen betrifft.

<u>Gründe:</u>	1
A.	2
Der Kläger macht mehrere Provisionsansprüche gegen die Beklagte geltend.	3
Im Herbst des Jahres 2015 wandte sich die Beklagte an den Kläger und bekundete Interesse an dem vom Kläger als Makler zum Kauf angebotenen Objekt „Hotel E.“ in V.. Mit E-Mail vom 29.09.2015 übersandte der Kläger der Beklagten neben anderen Unterlagen ein Exposé, in dem es hieß: „Provision: 5 % zzgl. gesetzl MwSt.“ Unter dem 20.10.2015 sandte die Beklagte an den Kläger ein Schreiben zu dem Objekt (Anl. K1 zur Anspruchsbegründung, Bl. 18 der Akten), in dem es hieß:	4
„LOI zum Objekt C.-straße.##-## in ##### S.	5
Nutzung: Hotel, Boardinghouse	6
Zimmer: 100	7
Grundstück: ca. 12.000 qm	8
Kaufpreis: 4 Mio €	9
Courtage: 3,57 % inkl. MWST	10
Sehr geehrter Herr J.,	11
<i>o.g. Objekt ist uns von Ihnen vorgestellt worden. Wir sind am Ankauf der Immobilie sehr stark interessiert. Uns wurden bislang keine prüffähigen Unterlagen zur Verfügung gestellt, daher bitten wir um weitergehende Informationen. (...)</i>	12

Mit notariellem Kaufvertrag vom 14.04.2016 (Anl. K2, Bl. 19 ff. der Akten) erwarb die G. GmbH das Objekt zum Preis von 3.500.000 €, wobei sie von dem notariell bevollmächtigten Kläger vertreten wurde. Die G. GmbH war mit notarieller Urkunde vom 01.02.2016 durch die Beklagte, ihre alleinige Gesellschafterin, errichtet worden.

Der Kläger stellte der Beklagten eine – nunmehr streitgegenständliche – Provision in Höhe von 124.950 € (= 3,57 % von 3.500.000 €) in Rechnung. Mit Mahnschreiben vom 01.07.2016 setzte er erfolglos eine Zahlungsfrist bis zum 15.07.2016. 14

Die Parteien schlossen zudem eine schriftliche „*Provisionsvereinbarung zum Vertrieb von Containern*“ (Anl. K5, Bl. 37 der Akten). Der Kläger sollte auf dem Markt verfügbare Container an die Beklagte vermitteln. Die Beklagte beabsichtigte, die Container zur Verwendung als provisorische Flüchtlingsunterkünfte an verschiedene Gemeinden zu verkaufen. Dem Kläger sollten als „*Provision für die Bestellung der Gemeinden*“ 5 % der Gesamtkaufpreissumme zuzüglich 19 % Umsatzsteuer zustehen. 15

Die Beklagte verkaufte vom Kläger vermittelte Container an die Städte Z., N., F., X. und D.. Im Jahr 2016 stellte der Kläger der Beklagten diesbezüglich eine Gesamtprovision in Höhe von 99.814,82 € brutto in Rechnung (5,95 % von 1.677.560 €). Die Beklagte zahlte hierauf 75.147,30 €. Die Differenz in Höhe von 24.667,52 € ist Teil der Klageforderung. 16

Der Kläger trat die aus den Containergeschäften resultierende Provisionsforderung an die A. GmbH & Co. KG ab. Er ist Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der KG und seitens der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Komplementär-GmbH wiederum ist im Verhältnis zur KG von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Kommanditistin der KG ist Frau U. J.. 17

Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.12.2018 (Anl. K4, Bl. 35 f. der Akten) ließ der Kläger die Beklagte zur Begleichung der streitgegenständlichen Provisionsforderungen in Höhe von 124.950 € und 24.667,52 € auffordern. 18

Am 28.12.2018 ist ein Antrag des Klägers auf Erlass eines Mahnbescheids gegen die Beklagte wegen der streitgegenständlichen Forderungen beim Mahngericht eingegangen. Der am 02.01.2019 erlassene Mahnbescheid ist der Beklagten am 11.01.2019 zugestellt worden. Nach Widerspruch der Beklagten hat das Mahngericht unter dem 15.01.2019 die Kosten für die Durchführung des streitigen Verfahrens vom Kläger angefordert. Eine entsprechende Zahlung ist am 12.07.2019 erfolgt. Am 15.07.2019 hat das Mahngericht das Verfahren an das Landgericht abgegeben. Mit Schreiben vom 07.08.2019, dem Klägervertreter am 14.08.2019 zugestellt, hat das Landgericht den Kläger aufgefordert, den Anspruch zu begründen. Mit Schriftsatz vom 14.02.2020, am selben Tag bei Gericht eingegangen, ist die Anspruchsbegründung erfolgt. 19

Der Kläger hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, zwischen ihm und der Beklagten sei ein wirksamer Maklervertrag über das Objekt „Hotel E.“ zustande gekommen, kraft dessen ihm eine Provision in Höhe von 3,57 % des Kaufpreises zustehe. Der Kaufvertrag sei mit der Beklagten geschlossen worden; im Übrigen bestehe zwischen der G. GmbH und der Beklagten eine enge wirtschaftliche Verflechtung. 20

Der Kläger hat behauptet, dass das Gesamtvolumen der provisionspflichtigen Containergeschäfte 1.677.585 € betragen habe. Die A. GmbH & Co. KG habe die daraus noch offene Provisionsforderung in Höhe von 24.667,52 € mit Vertrag vom 15.10.2018 (Anlage zum Schriftsatz vom 15.06.2021, Bl. 151 der Akten) an ihn zurückabgetreten, wobei 21

er selbst als Vertreter der KG gehandelt habe.

Der Kläger hat erstinstanzlich zunächst beantragt, 22

die Beklagte zu verurteilen, an ihn „149.617,52 € nebst 5 Prozent Zinsen über dem 23
Basiszinssatz aus 124.950 € seit dem 15.07.2016, aus weiteren 12.896,33 € seit
dem 05.11.2016 aus weiteren 11.741,19 € sowie 3.723,28 € außergerichtliche
Kosten nebst 5 Prozent hier aus, seit dem 29.12.2018 zu zahlen.“

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 26.11.2020 ist die Beklagte 24
nicht erschienen. Der Kläger hat seine Klageforderung hinsichtlich der außergerichtlichen
Kosten auf 3.438,63 € reduziert. Das Landgericht hat sodann ein antragsgemäßes
Versäumnisurteil erlassen (Bl. 100 f. der Akten), das der Beklagten am 08.12.2020 zugestellt
worden ist. Die Beklagte hat Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt, der am
22.12.2020 bei Gericht eingegangen ist.

Der Kläger hat daraufhin beantragt, 25

das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 aufrechtzuerhalten. 26

Die Beklagte hat beantragt, 27

das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 28

Sie hat die Ansicht vertreten, hinsichtlich des Hotelobjekts keine wirksame 29
Provisionsvereinbarung mit dem Kläger getroffen zu haben. Ihr Schreiben vom 20.10.2015
habe lediglich eine Absichtserklärung dargestellt, wie sich bereits aus der Bezeichnung als „
LOI“ („*letter of intent*“) ergebe. Im Übrigen habe der Kläger ihr nichts vermittelt, da nicht sie,
sondern – unstreitig – die G. GmbH das Hotel erwarb.

Die Beklagte hat zudem behauptet, dass der Kläger sie hinsichtlich des Hotelobjekts arglistig 30
getäuscht habe. Der Kläger habe wider besseres Wissen erklärt, dass die Stadt S. bzw. V.
bereit sei, einen Mietvertrag über fünf Jahre zu einer jährlichen Miete von 780.000 €
abzuschließen.

Die Beklagte hat hinsichtlich aller Klageforderungen die Einrede der Verjährung erhoben. 31

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf den 32
Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 16.08.2021 Bezug genommen.

Mit dem genannten Urteil hat das Landgericht das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 insoweit 33
aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von Zinsen aus 124.950 € vor dem 16.07.2016
verurteilt worden ist. Im Übrigen hat es das Versäumnisurteil aufrechterhalten.

Dagegen richtet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlichen 34
Schlussantrag weiterverfolgt.

35

Die Beklagte hält daran fest, dass ihr Schreiben vom 20.10.2015 nicht zum Abschluss eines Maklervertrags hinsichtlich des Objekts „Hotel E.“ geführt habe. Zudem sei ein etwaiger Provisionsanspruch verwirkt. Der Kläger habe erklärt bzw. die Beklagte in dem Glauben gelassen, dass ein Mietvertrag zur Nutzung des Hotels als Flüchtlingsunterkunft abgeschlossen sei.	
Die Beklagte behauptet erstmals, die Parteien hätten am 05.02.2016 besprochen, dass der Provisionsanspruch des Klägers nur fällig werde, wenn ein Mietvertrag mit der Stadt V. über eine Dauer von fünf Jahren vorliege. Es habe auch einen entsprechenden schriftlichen Maklervertrag gegeben, der jedoch nicht mehr auffindbar sei.	36
Die Beklagte beantragt,	37
unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 vollständig aufzuheben und die Klage abzuweisen.	38
Der Kläger beantragt,	39
die Berufung zurückzuweisen.	40
Er trägt unbestritten vor, dass er der Beklagten im Nachgang zu deren Schreiben vom 20.10.2015 wunschgemäß Objektunterlagen zur Verfügung gestellt und die Kontaktdaten der Verkäuferin des Objekts mitgeteilt habe.	41
Der Kläger meint, dass die Rückabtretung der Provisionsforderung hinsichtlich der Container vom 15.10.2018 wirksam sei, da er im Verhältnis zur KG von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen sei.	42
Der Senat hat den Kläger persönlich angehört und auf Antrag der Beklagten zu einzelnen Fragen als Partei vernommen. Herr I. R. ist ebenfalls zunächst als Partei angehört und später als Zeuge vernommen worden, nachdem geklärt worden ist, dass er kein Geschäftsführer der Beklagten mehr ist. Wegen der Ergebnisse der Parteianhörungen und Beweiserhebungen wird auf die Berichterstattervermerke zu den Senatsterminen vom 11.04.2022, 20.06.2022, 20.07.2023 und 18.12.2023 Bezug genommen (Bl. 280 f., 316 ff., 468 f., 490 ff. der Akten).	43
B.	44
I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist wirksam durch die Prozessbevollmächtigten der Beklagten eingelegt worden. Die insoweit zwischenzeitlich geäußerten Bedenken hält der Senat nicht aufrecht, worauf die Parteien bereits mit Verfügung vom 06.02.2023 hingewiesen worden sind.	45
1. Aus § 88 ZPO folgt, dass grundsätzlich von einer wirksamen Prozessvollmacht auszugehen ist, wenn als Bevollmächtigter ein Rechtsanwalt auftritt, es sei denn, es wird ein Mangel der Vollmacht gerügt. Vorliegend hat der Kläger hinsichtlich der Prozessvollmacht der Beklagtenvertreter keine Rüge erhoben. Er hat vielmehr mit Schriftsatz vom 15.08.2022 vorgetragen, die Beklagte sei „ <i>ordnungsgemäß vertreten durch ihren Prozessbevollmächtigten</i> “.	46

2. Es bestehen auch keine konkreten Zweifel an der Wirksamkeit der Prozessvollmacht, die ausnahmsweise eine Prüfung von Amts wegen erfordern würden (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019 – IX ZR 37/19, Rn. 2 m.w.N.). Derartige Zweifel resultieren insbesondere nicht daraus, dass Herr I. R., der den Beklagtenvertretern zufolge die Prozessvollmacht erteilte, mit Wirkung zum 14.09.2020 als Geschäftsführer der Beklagten abberufen wurde, was sich aus den hierzu eingereichten Unterlagen ergibt. Denn die Beklagtenvertreter haben bereits mit Schriftsatz vom 18.08.2020 die Vertretung der Beklagten angezeigt, und gemäß § 86 ZPO führt eine Veränderung in der Prozessfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung des Vollmachtgebers nicht zur Aufhebung der Prozessvollmacht. Dass die Berufung erst nach dem 14.09.2020 eingelegt wurde, ist unerheblich, da die Berufungseinlegung keiner gesonderten Vollmacht bedarf, sondern von der gewöhnlichen Prozessvollmacht gedeckt wird (vgl. §§ 81, 83 ZPO sowie Althammer in Zöller, ZPO, 35. Aufl., § 81 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 06.02.2019 – VII ZB 78/17, Rn. 23).
3. Ob die Beauftragung und Bevollmächtigung der Beklagtenvertreter mündlich oder schriftlich erfolgte, kann dahinstehen, da eine Prozessvollmacht formlos wirksam ist. Eine schriftliche Vollmacht ist nur für den Nachweis gemäß § 80 ZPO, den die Beklagte nach dem Gesagten nicht führen muss, erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.1994 – I ZR 106/92, BGHZ 126, 266, juris Rn. 10; Althammer in Zöller, ZPO, 35. Aufl., § 80 Rn. 5 und 8). 48
- II. Durch den zulässigen, insbesondere fristgerecht eingelegten Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 ist der Prozess gemäß § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt worden, in der er sich vor Eintritt der Säumnis der Beklagten befand. 49
- III. Die Berufung hat in der Sache Erfolg, soweit sie die Provisionsforderung des Klägers hinsichtlich der Vermittlung von Containern betrifft. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. 50
1. Der Kläger hat gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung einer Maklerprovision in Höhe von 124.950 € für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss des Kaufvertrags über das „Hotel E.“. 51
- a) Ein Maklervertrag der Parteien kam spätestens dadurch zustande, dass der Kläger nach Empfang des Schreibens der Beklagten vom 20.10.2015 (weitere) Maklerleistungen erbrachte. 52
- aa) Ob ein Maklervertrag bereits durch den Austausch des mit E-Mail vom 29.09.2015 übersandten Exposés und des genannten Schreibens vom 20.10.2015 geschlossen wurde, was im Hinblick auf die unterschiedlichen Provisionssätze (5 % zzgl. USt. laut Exposé, 3,57 % inkl. USt. laut Schreiben) fraglich ist, kann dahinstehen. Denn jedenfalls wäre das Schreiben vom 20.10.2015 als neues Vertragsangebot der Beklagten (§ 150 Abs. 2 BGB) zu werten. Aus der Empfängersicht des Klägers ließ das Schreiben klar erkennen, dass die Beklagte bereit war, für die Erbringung von Maklerdiensten eine Käuferprovision in Höhe von 3,57 % brutto zu zahlen. Dass das Schreiben mit „LO!“ (letter of intent, zu Deutsch Absichtserklärung) überschrieben ist, steht der Qualifikation als rechtsverbindliches Vertragsangebot nicht entgegen. Denn die Absichtserklärung bezog sich nach dem Inhalt des Schreibens nicht auf den Abschluss des Maklervertrags, sondern auf den Erwerb des Hotels. So bat die Beklagte den Kläger, das Objekt für einen bestimmten Zeitraum zu reservieren, bis sie ihre „*Due Diligence*“ (gemeint war die weitere Prüfung des Kaufobjekts) durchgeführt habe. 53

- bb) Indem der Kläger nach Empfang des Schreibens vom 20.10.2015 (weitere) Maklerleistungen für die Beklagte erbrachte, insbesondere die Kontaktdaten der Verkäuferin des Hotels zur Verfügung stellte, nahm er das Vertragsangebot der Beklagten durch schlüssiges Verhalten an (vgl. zum Abschluss eines Maklervertrags durch schlüssiges Verhalten BGH, Urteil vom 07.06.2016 – I ZR 68/15, Rn. 15, 19 f.).
- b) Der Kläger erbrachte eine Maklerleistung i.S.v. § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB, indem er der Beklagten nach Abschluss des Maklervertrags die Kontaktdaten der Verkäuferin des Hotels zur Verfügung stellte und so die Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags nachwies. 55
- c) Der gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Provisionsanspruch erforderliche Abschluss eines Hauptvertrags über das vermakelte Objekt ist am 14.04.2016 erfolgt. 56
- aa) Dass als Käuferin des Objekts nicht die Beklagte, sondern die G. GmbH auftrat, steht dem Provisionsanspruch des Klägers nicht entgegen. 57
- (1) Nach § 652 Abs. 1 BGB steht dem Makler allerdings eine Provision nur dann zu, wenn der Vertrag, mit dessen Herbeiführung er beauftragt ist, tatsächlich zustande kommt. Führt die Tätigkeit des Maklers zum Abschluss eines Vertrags mit anderem Inhalt, so entsteht kein Anspruch auf Maklerlohn. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich das nachgewiesene und das abgeschlossene Geschäft vollständig decken müssen. Ausreichend ist, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in persönlicher und inhaltlicher Hinsicht Kongruenz besteht. Beim Erwerb des nachgewiesenen Objekts durch einen Dritten kann die wirtschaftliche Identität bejaht werden, wenn zwischen dem Maklerkunden und dem Dritten besonders enge persönliche oder besonders ausgeprägte wirtschaftliche Beziehungen bestehen. Maßgeblich für die Bejahung eines Provisionsanspruchs ist, ob der Maklerkunde im Hinblick auf seine Beziehung zu dem Erwerber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er sich darauf beriefe, der Vertrag sei nicht von ihm, sondern von dem Dritten abgeschlossen worden (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2014 – III ZR 530/13, Rn. 18 f. m.w.N.). 58
- (2) Im Streitfall besteht eine besonders enge, die erforderliche persönliche Kongruenz begründende Beziehung zwischen der Beklagten und der G. GmbH. Die Beklagte hat die G. GmbH gegründet und ist deren alleinige Gesellschafterin. Zudem ist sie gemäß § 3 Abs. 1, Abs. 4 des Kaufvertrags als Mitschuldnerin für die Zahlung des Kaufpreises dem Vertrag beigetreten und hat sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde unterworfen. Lediglich ergänzend ist festzuhalten, dass der Senat davon überzeugt ist, dass die G. GmbH eigens für den Erwerb des Hotels gegründet wurde. Im Ergebnis handelt die Beklagte treuwidrig, indem sie sich gegenüber dem Provisionsverlangen des Klägers darauf beruft, das Hotel nicht selbst erworben zu haben. 59
- bb) Ebenfalls unschädlich ist der Umstand, dass im Schreiben der Beklagten vom 20.10.2015 ein Kaufpreis von 4.000.000 € genannt wurde, während der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis 3.500.000 € betrug. Der Preisnachlass in Höhe von 12,5 % bewegt sich im Rahmen dessen, was die Parteien bei Abschluss des Maklervertrags erwarten konnten, und stellt die wirtschaftliche Identität des nachgewiesenen zum abgeschlossenen Geschäft nicht in Frage (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2014 – III ZR 530/13, Rn. 21). 60
- d) Der Provisionsanspruch des Maklers nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt weiter voraus, dass der Hauptvertrag „infolge des Nachweises“ zustande kommt, das heißt die von ihm entfaltete Nachweistätigkeit für den Abschluss des Hauptvertrags kausal geworden ist, 61

wobei eine Mitursächlichkeit genügt. Der Schluss auf den notwendigen Ursachenzusammenhang ergibt sich von selbst, wenn der Nachweistätigkeit der Vertragsschluss in angemessenem Zeitabstand folgt (BGH, Urteil vom 03.07.2014 – III ZR 530/13, Rn. 16).

Im Streitfall besteht in Anbetracht der zeitlichen Abläufe und der sonstigen Umstände des Falls kein Zweifel an der Ursächlichkeit der Nachweistätigkeit des Beklagten für den Abschluss des Hauptvertrags. 62

e) Es kann nicht festgestellt werden, dass die Parteien die Entstehung des hier streitgegenständlichen Provisionsanspruchs des Klägers an die (nicht eingetretene) Bedingung geknüpft hätten, dass ein Mietvertrag mit der Stadt S. bzw. V. über die Nutzung des Hotels als Flüchtlingsunterkunft zustande kommt. Die entsprechende Behauptung der Beklagten nebst Beweisanträgen ist schon prozessual unbeachtlich. Sie ist erstmals in zweiter Instanz aufgestellt worden, nämlich im Senatstermin vom 20.06.2022 und mit Schriftsatz vom 21.07.2022, und nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen. 63

aa) Die Behauptung einer Bedingung stellt sich entgegen der im Schriftsatz vom 06.03.2023 geäußerten Auffassung der Beklagten nicht lediglich als Konkretisierung, Verdeutlichung oder Erläuterung ihres erstinstanzlichen Vorbringens dar, sondern als neuer Vortrag i.S.v. § 531 Abs. 2 ZPO (vgl. allgemein BGH, Beschluss vom 13.12.2017 – IV ZR 319/16, Rn. 14 m.w.N.). 64

Die Beklagte hat erstinstanzlich (nur) behauptet, der Kläger habe ihr wahrheitswidrig vorgespiegelt, es werde zu einem Mietvertrag kommen, und sie so zum Abschluss des Kaufvertrags verleitet. Ein derartiger Sachverhalt unterscheidet sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wesentlich von der Vereinbarung einer Bedingung. Erst recht neu ist die konkrete Behauptung, die Parteien hätten am 05.02.2016 besprochen, dass der Provisionsanspruch des Klägers nur fällig werde, wenn ein Mietvertrag mit der Stadt V. über eine Dauer von fünf Jahren vorliege, und einen entsprechenden schriftlichen Maklervertrag geschlossen. 65

Der nunmehr gehaltene Vortrag der Beklagten war entgegen ihrer Ansicht auch nicht in der erstinstanzlichen Behauptung angelegt, der Kläger habe einen Mietvertrag „als Grundlage des Geschäftes zugesagt“ (S. 4 des Schriftsatzes vom 22.12.2020, Bl. 120 der Akten). Die zitierte Behauptung diene der Begründung des Arglistvorwurfs, zudem bezog sie sich nicht auf den – von der Beklagten geleugneten – Maklervertrag, sondern auf den Erwerb des Hotels. 66

bb) Ein Grund zur Zulassung der neuen Behauptung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ergibt sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch aus den sonstigen Umständen. Die Beklagte hatte schon in erster Instanz Anlass und Gelegenheit, die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung für den streitgegenständlichen Provisionsanspruch zu behaupten. Insbesondere lag die rechtliche Relevanz einer solcher Abrede auf der Hand. 67

f) Der Provisionsanspruch des Klägers ist nicht analog § 654 BGB verwirkt. Die Beklagte hat den ihr obliegenden Beweis der tatsächlichen Voraussetzungen einer Verwirkung nicht geführt. 68

aa) Eine Verwirkung des Provisionsanspruchs entsprechend § 654 BGB kommt in Betracht, wenn der Makler unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat. Da die Verwirkung 69

Strafcharakter hat, lässt nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung des Maklers und damit auch nicht jedes Informations- und Beratungsverschulden den Provisionsanspruch entfallen, vielmehr ist in erster Linie subjektiv eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung zu fordern; der Makler muss sich seines Lohnes „unwürdig“ erwiesen haben. Das ist erst dann der Fall, wenn er seine Treuepflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat (BGH, Urteil vom 26.11.2020 – I ZR 169/19, Rn. 26).

bb) Die Beklagte behauptet, der Kläger habe die Möglichkeit einer Vermietung des Hotelobjekts bzw. den bereits erfolgten Abschluss eines entsprechenden Mietvertrags wahrheitswidrig vorgespiegelt bzw. das ihm bekannte Scheitern der Vermietungsbemühungen vor Abschluss des Kaufvertrags vom 14.04.2016 arglistig verschwiegen. Dies als richtig unterstellt, wäre der Provisionsanspruch des Klägers verwirkt; ein entsprechender Sachverhalt steht jedoch unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Senats fest. 70

(1) Der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten, Herr I. R., hat als Zeuge am 18.12.2023 vor dem Senat keine konkreten Umstände geschildert, aus denen sich ein aktives Handeln des Klägers wider besseres Wissen ergeben würde. Vielmehr hat er ausgesagt, dass die Angaben des Klägers zu einer Vermietungsabsicht der Stadt S. dem mit der Stadt geführten Schriftverkehr entsprochen hätten. Dass der Kläger die Existenz eines bereits abgeschlossenen Mietvertrags vorgespiegelt hätte, hat der Zeuge nicht bestätigt. 71

Im Rahmen seiner persönlichen Anhörung am 20.06.2022 hat Herr R. erklärt, dass der Kläger vor Abschluss des Kaufvertrags ein Schreiben der Stadt V., aus dem sich das Scheitern der Vermietungsbemühungen ergeben habe, erhalten und verschwiegen habe. Auf mehrfache Nachfrage zur Quelle dieser Anschuldigung hat Herr R. als Zeuge lediglich ausgesagt, dass ein „Mitarbeiter der Stadt“ (vom Zeugen zunächst als „Herr Q.“ identifiziert) ihm am Telefon gesagt habe, dass der Kläger lange vor Abschluss des Kaufvertrags Bescheid gewusst habe. 72

(2) Soweit überhaupt ergiebig, waren die Angaben des Herrn R. nicht zur gerichtlichen Überzeugungsbildung geeignet. Sie waren wenig konkret und werden durch keine objektiven Anhaltspunkte für ein arglistiges Verhalten des Klägers gestützt. Nachfragen wurden zum Teil ausweichend beantwortet. Zudem war Herr R. erkennbar daran interessiert, einen Provisionsanspruch des Klägers zu vereiteln. So hat er bekundet, dass er einen Provisionsanspruch „nicht einsehe“, da kein Mietvertrag zustande gekommen war. Insgesamt sieht der Senat die Angaben des Herrn R. nicht als glaubhaft an. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass er eingeräumt hat, bereits vor Abschluss des Kaufvertrags vom Scheitern der Vermietungsbemühungen erfahren zu haben. 73

(3) Zusätzliche Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung der Beklagten ergeben sich aus der persönlichen Anhörung des Klägers. Dieser hat die Vorwürfe der Beklagten in den Senatsterminen vom 11.04.2022, 20.06.2022 und 20.07.2023 zurückgewiesen. Konkrete Anzeichen für ein wahrheitswidriges Aussageverhalten waren nicht erkennbar. Dass der Beklagte sich nicht ganz konsistent zu der Frage geäußert hat, wann er vom Scheitern der Vermietungsbemühungen erfahren habe (20.06.2022: Schreiben vom 18.05.2016; 20.07.2023: Schreiben vom 25.05.2016), ist ohne wesentliche Bedeutung. Das auf der Hand liegende Interesse des Klägers am Ausgang des Rechtsstreits hat der Senat bedacht. 74

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang noch, dass die von der Beklagten in der Berufungsbegründung zitierten, zeugenschaftlichen Angaben des Klägers in einem Verfahren vor dem LG Hannover (Az. 14 O 51/19) die Darstellung der Beklagten nicht stützen. Vielmehr 75

hat der Kläger auch dort ausgesagt, dass er eine Vermietung des Hotels zur Nutzung als Flüchtlingsunterkunft zu keinem Zeitpunkt als sicher dargestellt und erst nach Abschluss des Kaufvertrags vom Scheitern der Vermietungsbemühungen erfahren habe.

g) Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift nicht durch. 76

(1) Der hier fragliche Anspruch des Klägers ist im Jahr 2016 fällig geworden, sodass die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres 2016 begann, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. 77

(2) Die Verjährung ist durch die am 11.01.2019 erfolgte Zustellung des Mahnbescheids vom 02.01.2019 gehemmt worden, § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB, wobei die Zustellung gemäß § 167 ZPO auf den Eingang des Antrags am 28.12.2018 zurückwirkt. Bis zu diesem Zeitpunkt waren weniger als zwei Jahre der Verjährungsfrist verstrichen. Ein Ende der Hemmung gemäß § 204 Abs. 2 BGB ist in der Folgezeit nicht eingetreten (zudem hätte die Hemmung gegebenenfalls durch den Weiterbetrieb des Verfahrens rechtzeitig erneut begonnen). 78

h) Der geltend gemachte und vom Landgericht zuerkannte Betrag von 124.950 € entspricht auch der Höhe nach der Vereinbarung der Parteien (3,57 % des Kaufpreises in Höhe von 3.500.000 €). 79

2. Der Kläger hat hinsichtlich der hier fraglichen Hauptforderung Anspruch auf Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.07.2016. Der Anspruch folgt aus Verzug, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 288 Abs. 1 BGB. Der Kläger hat die Provisionsforderung angemahnt und dabei eine Zahlungsfrist bis zum 15.07.2016 gesetzt. 80

3. Ebenfalls aus Verzug folgt ein Anspruch des Klägers auf Erstattung vorgerichtlicher, durch das Aufforderungsschreiben vom 19.12.2018 entstandener Rechtsanwaltskosten. Da dem Kläger neben dem Provisionsanspruch in Höhe von 124.950 € keine weiteren Hauptforderungen zustehen (näher unten), sind die erstattungsfähigen Kosten aus einem Gegenstandswert von 124.950 € zu berechnen. Sie belaufen sich auf 2.480,44 € (1,3-fache Geschäftsgebühr nach alter Tabelle zuzüglich 20 € Auslagenpauschale und 19 % Umsatzsteuer). 81

Die Beklagte schuldet – ebenfalls aus Verzug – auch Zinsen auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, und zwar seit dem 29.12.2018. Der Kläger hat der Beklagten insoweit eine Zahlungsfrist bis zum 28.12.2018 gesetzt. Die Höhe der geschuldeten Zinsen beträgt auch an dieser Stelle fünf Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das insoweit unvollkommen formulierte Klagebegehren und das Versäumnisurteil vom 26.11.2020 sind entsprechend auszulegen. 82

4. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Provision im Zusammenhang mit der Vermittlung von Containern. Er ist insoweit jedenfalls nicht aktivlegitimiert. 83

a) Der Kläger hat den hier fraglichen Anspruch zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt an die A. GmbH & Co. KG abgetreten. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Abtretung bestehen nicht. Auch wenn der Kläger bei der Abtretung sowohl für sich selbst als auch in Vertretung der KG gehandelt haben sollte, stünde § 181 BGB der Wirksamkeit nicht entgegen, da die Abtretung für die KG als Zessionarin lediglich rechtlich vorteilhaft war (vgl. Finkenauer in Erman, BGB, 17. Aufl., § 181 Rn. 23 m.w.N.). 84

b) Letzteres gilt naturgemäß nicht für die Rückabtretung vom 15.10.2018, die der Kläger gemäß dem vorgelegten schriftlichen Abtretungsvertrag als Vertreter der KG und zugleich für sich selbst als Zessionar vornahm. Der Senat ist davon überzeugt, dass der Vertrag wie vorgelegt geschlossen wurde (streitig ist ohnehin nur das Datum), die darin vereinbarte Rückabtretung ist jedoch gemäß § 181 BGB unwirksam.

aa) Eine GmbH & Co. KG wird durch die Komplementär-GmbH vertreten (§ 161 Abs. 2, § 125 Abs. 1, § 170 HGB a.F.), die wiederum durch ihren Geschäftsführer vertreten wird (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Schließt der Geschäftsführer der GmbH ein Rechtsgeschäft mit der KG ab, indem er zugleich für sich selbst und als Vertreter der KG handelt, findet § 181 BGB Anwendung. Das gilt nicht nur dann, wenn er die KG unmittelbar vertritt (z.B. als Prokurist), sondern auch dann, wenn er als gesetzlicher Vertreter der GmbH deren Vertretungsbefugnis für die KG ausübt (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1972 – II ZR 169/69, BGHZ 58, 115, juris Rn. 8; Urteil vom 15.04.2014 – II ZR 44/13, Rn. 12; Mielke, BB 2017, 1734 f.). 86

bb) Der Kläger war im Verhältnis zur A. GmbH & Co. KG weder allgemein noch einzelfallbezogen von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Dies steht der Wirksamkeit der Rückabtretung vom 15.10.2018 entgegen, da die KG als Zedentin die „Vertretene“ im Sinne des § 181 BGB und daher auch allein für die Erteilung der Befreiung zuständig war (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1972 – II ZR 169/69, BGHZ 58, 115, juris Rn. 9; Urteil vom 06.12.1994 – XI ZR 19/94, juris Rn. 13). 87

(1) Grundlage der rechtlichen Beurteilung sind die (unstreitigen) tatsächlichen Vorgänge, die sich aus den Anlagen K19 und K20 zum Schriftsatz des Klägers vom 18.07.2023 ergeben. Soweit der Kläger geltend macht, er sei im Verhältnis zur A. GmbH & Co. KG von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen, handelt es sich nicht um Tatsachenvortrag, sondern um eine rechtliche Schlussfolgerung aus den genannten Anlagen (vgl. S. 4 des Berichterstattervermerks zum Senatstermin vom 18.12.2023, Bl. 493 der Akten). 88

(2) Eine allgemeine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kann im Gesellschaftsvertrag der KG oder durch Beschluss der KG-Gesellschafter erfolgen (Mielke, BB 2017, 1734, 1735 f. m.w.N.). Eine derartige Befreiung des Klägers seitens der A. GmbH & Co. KG ist nicht ersichtlich. Insbesondere schließt die allgemeine Befreiung der Komplementär-GmbH durch die KG (s. Anl. K19, dort S. 2 a.E.) eine Befreiung des Klägers nicht ein (vgl. Grunewald in MüKo-HGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 76). Vielmehr hätte eine Befreiung des Klägers – oder des jeweiligen Geschäftsführers der GmbH – gesondert geregelt werden können und müssen (vgl. zu einer solchen Gestaltung BGH, Urteil vom 19.04.2016 – II ZR 123/15, Rn. 2). Soweit es in Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich heißt, neben der Befreiung einer Komplementär-GmbH bedürfe es keiner gesonderten Befreiung des Geschäftsführers der GmbH (etwa Kammergericht, Beschluss vom 04.12.2012 – 1 W 150/12, juris Rn. 12), ist damit nur gemeint, dass der Geschäftsführer auch ohne gesonderte Befreiung die GmbH beim Abschluss von Rechtsgeschäften der GmbH mit der KG vertreten dürfe, was den vorliegenden Fall nicht betrifft. 89

Die von der Komplementär-GmbH erteilte allgemeine Befreiung des Klägers (s. Anl. K20) stellt keine Erklärung der A. GmbH & Co. KG dar und bezieht sich auch nur auf Geschäfte des Klägers mit der GmbH (vgl. Grunewald in MüKo-HGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 76). 90

Auch das Zusammentreffen der beiden allgemeinen Befreiungen führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Befreiungskette hätte dem Kläger zwar den Abschluss mittelbarer 91

Rechtsgeschäfte mit der A. GmbH & Co. KG auf dem Umweg über die Komplementär-GmbH erlaubt. So hätte die GmbH – ihrerseits vertreten durch den Kläger – die streitgegenständliche Forderung im Namen der KG an sich selbst abtreten können. Sodann hätte der Kläger die Forderung im Namen der GmbH weiter an sich abtreten können. Ein solcher gestreckter Vorgang mit einem Zwischenerwerb der GmbH unterscheidet sich jedoch in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht von einem Direktgeschäft.

(3) Eine auf die Rückabtretung vom 15.10.2018 begrenzte Befreiung des Klägers von den Beschränkungen des § 181 BGB durch die A. GmbH & Co. KG ist ebenfalls nicht ersichtlich. 92

(a) Eine derartige einzelfallbezogene Erlaubnis ist als Maßnahme der Geschäftsführung und Vertretung grundsätzlich durch den Geschäftsführer der KG zu erteilen (BGH, Urteil vom 07.02.1972 – II ZR 169/69, BGHZ 58, 115, juris Rn. 11), vorliegend also durch die zur Geschäftsführung und Vertretung der KG berufene Komplementär-GmbH. 93

Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH sich selbst im Namen der KG eine einzelfallbezogene Erlaubnis erteilen könne, wenn er – wie vorliegend der Kläger – im Verhältnis zur Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.09.2004 – I-3 Wx 125/04, juris Rn. 12 f.; dem folgend Schneider/Schneider in Scholz, GmbHG 12./13. Aufl., § 35 Rn. 174; wohl auch Ellenberger in Grüneberg, BGB, 82. Aufl., § 181 Rn. 19). 94

Ob eine derartige Erlaubnis im vorliegenden Fall als konkludente Erklärung des Klägers in der Rückabtretungsvereinbarung zu sehen wäre, kann dahinstehen, da eine solche Erklärung jedenfalls gemäß § 181 BGB unwirksam wäre. Der gegenteiligen Auffassung des OLG Düsseldorf ist nicht zu folgen (ablehnend auch Mielke, BB 2017, 1734, 1736; Stephan/Tieves in MüKo-GmbHG, 4. Aufl., § 35 Rn. 195; Grunewald in MüKo-HGB, 5. Aufl., § 161 Rn. 76; Thiessen in Staub, HGB, 5. Aufl., § 170 Rn. 85; Finkenauer in Erman, BGB, 17. Aufl., § 181; tendenziell a.A. auch BGH, Urteil vom 15.04.2014 – II ZR 44/13, Rn. 14). Die Erlaubniserteilung ist ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 181 BGB, und zwar ein solches zwischen dem Vertretenen, hier also der A. GmbH & Co. KG, und dem Erlaubnisnehmer, hier also dem Kläger (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1972 – II ZR 169/69, BGHZ 58, 115, juris Rn. 12). Es kommt daher auch an dieser Stelle nicht auf das Verhältnis des Klägers zur Komplementär-GmbH an, sondern auf sein Verhältnis zur KG, in dem es nach dem oben Gesagten an einer (allgemeinen) Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB fehlte. 95

(b) Eine einzelfallbezogene Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kann auch durch eine – ggf. konkludente – Abänderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrags der KG im Wege eines Gesellschafterbeschlusses erteilt werden (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1972 – II ZR 169/69, BGHZ 58, 115, juris Rn. 14 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.09.2004 – I-3 Wx 125/04, juris Rn. 14). Im vorliegenden Fall scheidet eine Befreiung des Klägers auf diesem Wege aus: 96

Gemäß § 161 Abs. 2, § 119 HGB a.F. gilt für die Beschlüsse der KG-Gesellschafter grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip (Mock in Röhrich u.a., HGB, 6. Aufl., § 163 Rn. 9). Vorliegend ist der Anlage K19 zu entnehmen, dass Frau U. J. Kommanditistin der A. GmbH & Co. KG war. Schon deshalb kann in der Rückabtretungsvereinbarung vom 15.10.2018, an der als natürliche Person allein der Kläger beteiligt war, nicht ohne Weiteres ein konkludenter Gesellschafterbeschluss der KG gesehen werden. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob der Kläger – als Vertreter der Komplementär-GmbH – überhaupt an einer Beschlussfassung in eigener Sache hätte mitwirken dürfen (vgl. Mielke, BB 2017, 1734, 1736; Grunewald in MüKo-HGB, 5. 97

Aufl., § 161 Rn. 76).

5. Da der Kläger keinen Provisionsanspruch aus der Containervermittlung hat, sind auch die entsprechenden Nebenforderungen (Zinsen und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten) unbegründet. Der Kläger hatte die Provisionsforderung bereits vor der in seinem Namen erfolgten vorgerichtlichen Anwaltstätigkeit an die A. GmbH & Co. KG abgetreten. 98

III. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 344, 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 99

IV. Die Revision wird im tenorierten Umfang gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO unter dem Aspekt der Divergenz zugelassen, da die Rechtsauffassung des Senats in einem entscheidungserheblichen Punkt von der Ansicht des OLG Düsseldorf abweicht. Im Übrigen, d.h. soweit die Beklagte verurteilt wurde, sind die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt. Die Rechtssache weist insoweit weder grundsätzliche Bedeutung auf noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. 100