

52. 1. Haben die früheren landesrechtlichen Höchst- und Mindesttagen für Mäklerlohn auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre Geltung behalten?

2. Ist der Auftraggeber zur Zahlung des Mäklerlohnes nur dann verpflichtet, wenn er beim Abschlusse des Vertrages Kenntnis von der vorausgegangenen Tätigkeit des Mäklers gehabt hat?

B.G.B. §§ 653, 655.

Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 55.

Gew.O. § 72.

Kurhessische Verordnung vom 20. August 1800 § 6.

III. Zivilsenat. Ur. v. 27. März 1908 i. S. Konk.-Verw. des Fuhrunternehmers St. (Bekl.) w. D. (Kl.). Rep. III. 411/07.

I. Landgericht Frankfurt a. M.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Laut Scheines vom 3. Dezember 1903 verpflichtete sich der Beklagte, dem Kläger „für den Verkauf des Gutes Pf., bzw. für Beschaffung eines Abnehmers“ 2 v. H. des Kaufpreises als Mäklerlohn zu zahlen, „nachdem das Geschäft zustande gekommen und von seiten der Konkursverwaltung genehmigt“ sei. Das Gut war dann an den Gutsbesitzer A. für 140000 M verkauft worden. Der Kläger behauptete, daß dies durch seine Vermittlung geschehen sei, und beantragte deshalb die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 2800 M nebst Zinsen.

Der Beklagte bestritt, daß der Verkauf durch die Vermittlung des Klägers zustande gekommen sei, und behauptete, daß dieser auch von Wilhelm B. für den Käufer 2 v. H. des Kaufpreises als Mäklerlohn erhalten habe. Nach § 6 der Kurhessischen Verordnung vom 20. August 1800 müsse sich der Kläger diesen Betrag auf den etwa verdienten Mäklerlohn anrechnen und habe deshalb von ihm überhaupt nichts zu fordern.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten nach dem Klageantrage. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Ebenso auch die Revision.

Gründe:

„Das Berufungsgericht hat als erwiesen angesehen, daß der Verkauf des Gutes Pf. an A. durch Vermittlung des Klägers zu-

stande gekommen sei. Es hat weiter angenommen, daß der hierdurch begründete Anspruch des Klägers auf den bedungenen Mäklerlohn nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß dem Beklagten vielleicht bei Abschluß des Verkaufs nicht bekannt gewesen sei, daß der Kläger ihm den Käufer zugeführt habe. Diese Unkenntnis des Beklagten von der Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns habe im vorliegenden Falle auf den Geschäftsabschluß von keinem wesentlichen Einflusse sein können, da sich der Gläubigerausschuß unstreitig dahin geeinigt habe, das Gut für denselben Preis an R. zu verkaufen, ein Verkauf, bei dem die Mäklergebühr an den Kläger, wie dem Beklagten und dem Gläubigerausschuße bekannt gewesen sei, gleichfalls zu zahlen gewesen wäre. Da ferner gemäß § 653 Abs. 2 B.G.B. die Höhe des Mäklerlohns der freien Vereinbarung unterliege und die Bestimmungen der Landesgesetze, die für vereinbarte Mäklergebühren einen Höchstbetrag bestimmten, als nicht besonders vorbehalten durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben seien, so sei der Beklagte verpflichtet, die vom Kläger geforderten 2800 *M* nebst Verzugszinsen zu zahlen.

Diese Begründung des Berufungsurteils läßt keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die Revision rügt Verletzung des Art. 55 Einf.-Ges. zum B.G.B., weil die Kurhessische Verordnung vom 28. August 1800 einerseits in bezug auf den zulässigen Höchstbetrag des Mäklerlohns von 2. v. H., andererseits in bezug auf die „konneze Anrechnung“ der von B. gezahlten 2 v. H. für aufgehoben erachtet sei. Sie weist auf das Urteil des erlernenden Senats vom 4. Dezember 1891 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 28 S. 115) hin, wonach die Frage der Fortgeltung jener Verordnung für die Zeit der Herrschaft des älteren Rechts in bejahendem Sinne entschieden sei, und meint, daß der Art. 55 Einf.-Ges. zum B.G.B. an diesem Rechtszustande nichts geändert habe. Diese Beschwerde ist nicht begründet.

Schon der klare Wortlaut des § 653 Abs. 2 B.G.B. läßt im Grunde keinen Zweifel darüber, ob in einem Falle wie dem vorliegenden wegen der Höhe des Mäklerlohns die Bestimmungen einer etwa bestehenden Taxe zur Anwendung kommen können. Wenn er besagt: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen“,

so ist damit deutlich ausgesprochen, daß der Inhalt einer etwaigen Taxe nur dann „als vereinbart anzusehen“ ist, wenn über die Höhe der Vergütung in dem Vertrage selbst nichts bestimmt worden ist. Da, wo dieser eine solche Bestimmung enthält, kann deshalb die Anwendung von Vorschriften einer Taxe gar nicht in Frage kommen. Ein solcher Fall liegt aber hier vor, da durch den Mätlervertrag die Höhe der dem Kläger zugesagten Vergütung auf 2 v. H. des Kaufpreises ausdrücklich festgesetzt ist.

Dieses Ergebnis ist so einleuchtend, daß es an sich keiner weiteren Erörterung der Bedeutung der Bestimmung bedürfte. Auffälligerweise finden sich aber in der Wissenschaft des Rechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs von den verschiedensten Seiten Bemerkungen, in denen die uneingeschränkte fortgesetzte Geltung etwaiger Taxenvorschriften, weil und soweit sie öffentlichrechtlicher Natur seien, behauptet wird. So widerspricht Pland, (3./4. Aufl.) Bem. 2b zu § 653, der Ansicht Dernburgs, (3. Aufl.) Bd. 2 S. 554, daß die Bestimmungen der Landesgesetze über einen Höchstbetrag des Mätlerlohns beim Mangel eines Vorbehalts im Einführungsgesetze für aufgehoben zu erachten seien, mit der Ausführung, daß die Vorschriften über die Taxen öffentlichrechtliche seien und deshalb vom Bürgerlichen Gesetzbuche nicht berührt würden. Ferner sagt Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 539: auch die Höhe des Mätlerlohns sei ebenso zu bestimmen, wie die der Dienstvergütung und des Werklohns, also namentlich unter Berücksichtigung der Taxen und der Ortsitte, und er fügt als Beispiel hinzu: „Eine Taxe besteht in Kurhessen derart, daß der höchste zulässige Mätlerlohn 2% des Geschäftswerts ausmacht.“ Endlich spricht Vertmann, Recht der Schuldverh. (2. Aufl.) zu § 653 B.G.B., zwar zunächst etwaigen landesrechtlichen Höchst- und Mindesttagen für die Höhe des Anspruchs aus § 653 die Bedeutung ab, da das Bürgerliche Gesetzbuch nur beim Fehlen einer vereinbarten Vergütung die Taxe für maßgebend erkläre. Er führt dann aber aus: dies tue der öffentlichrechtlichen Bedeutung der entsprechenden Bestimmung keinen Abbruch, und soweit die Vereinbarung gegen die — rechtswirksam erlassene — landesrechtliche Norm verstoße, könne sie hiernach gemäß § 134 B.G.B. unwirksam sein. Nur mit Rücksicht auf diese und ähnliche Ausführungen der Rechtslehre erscheint es geboten, der Frage der

Fortgeltung älterer Vorschriften über Höchst- und Mindesttagen und der Zulässigkeit der Erlassung neuer im Wege der Landesgesetzgebung oder der Verordnung, insbesondere der Frage der Fortdauer der vollen Geltung der kurhessischen Verordnung vom 20. August 1800, weiter nachzugehen.

Diese Verordnung „wegen Verhütung und Bestrafung des Wuchers“ enthält eine Reihe von Vorschriften über die Einschränkung des Wuchers: § 1 „Welche Kontrakte zu den wucherlichen gehören“; § 2 „Darlehen an Minderjährige“; § 3 „Bestimmung des Zinsfußes, a) bei gerichtlichen Verschreibungen“; b) § 4 „Bei Privatverschreibungen, und, wie es, wenn keine Zinsen stipuliert sind, gehalten werden soll“; § 5 „Ausnahme von dieser Verordnung hinsichtlich der Staatspapiere und Wechsel, sowie der jüdischen Darlehne“; § 6 „Bestimmung des Mäkelgeldes“; § 7 „In allem übrigen soll es bei der Sudenordnung und den darauf Beziehung habenden Höchsten Reskripten und Ausschreiben verbleiben“; §§ 8—10 „Bestrafung des Wuchers“; § 11 „Achtksamkeit der Behörden auf wucherliche Verträge.“ Der hier insbesondere in Betracht kommende § 6 lautet wörtlich:

„Da Wir wahrgenommen haben, daß nicht selten Personen, welche durch andere Gelder borgen oder sonstige Kontrakte und Handel sowohl über bewegliche als über unbewegliche Sachen schließen lassen, von diesen Unterhändlern durch das für ihre dabei gehabte Bemühung geforderte Dienstbouceur und Mäkelgeld, in Ermangelung einer genauen gesetzlichen Bestimmung hierüber, übervorteilt und übernommen oder durch die darüber entstandenen rechtlichen Irrungen in kostspielige Prozesse gezogen werden, auch über den Sinn des hierbei einschlagenden § 4 der Verordnung vom 15. Oktober 1778 selbst bei den Gerichten Zweifel entstanden sind, so verordnen Wir gnädigst, daß künftig in unseren sämtlichen Landen die in der gedachten Verordnung bestimmten 2 v. H. an Mäkelgeld als die gesetzmäßig höchste erlaubte Belohnung des Mäklers angesehen, solche auch nur im Falle des ausdrücklichen Versprechens statthaben soll. Ist aber weniger versprochen, so soll es bei dem Versprochenen lediglich sein Verbleiben haben, und wenn gar keine Übereinkunft der Parteien über das Mäkelgeld vorhanden war, so soll auf dasselbe keine Klage bei den Gerichten angenommen werden.“

S. Kulenkamp, Neue Sammlung der Landesordnungen usw., welche bis zum Ende des Oktobers 1806 für die älteren Gebiete Kurhessens ergangen sind, Bd. 4 S. 343 flg.

Diese Übersicht des Inhalts der Verordnung ergibt, daß ihre Vorschriften, soweit sie nicht Bestimmungen über die Bestrafung des Wuchers enthalten, lediglich privatrechtlicher Natur sind, weil sie nur die Wirksamkeit gewisser Rechtsgeschäfte zwischen einzelnen Personen, Darlehen, Wechselgeschäfte, Mäklerverträge, regeln. Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß die Verordnung hauptsächlich zwingendes, nicht bloß nachgiebiges Recht enthält, daß insbesondere die Vorschrift des § 6, wonach ein höchster zulässiger Betrag des Mäklerlohns festgesetzt ist, geradezu ein Verbotsgesetz enthält. Denn auch dieses Verbotsgesetz ordnet immer nur die rechtliche Wirksamkeit eines privatrechtlichen Vertrages, gehört also an sich lediglich dem Gebiete des bürgerlichen Rechts an, und auch die gleichzeitig erlassenen Strafbestimmungen weisen die Regelung der privatrechtlichen Folgen einer Übertretung des Verbotsgesetzes nicht in den Bereich des öffentlichen Rechts. Jedenfalls stellt sich die Norm des § 6 der Verordnung nicht etwa deshalb, weil sie zwingendes Recht enthält, als Vorschrift des öffentlichen Rechts dar.

Immerhin behielten die Bestimmungen der Verordnung vom 20. August 1800, soweit sie die Höhe des Mäklerlohns und die Einlagung nicht bedungenen Makelgeldes betrafen, bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre verbindliche Kraft. Sie enthielten eine gültige Ergänzung oder Abänderung des bis dahin in Kurhessen geltenden Privatrechts, insbesondere der Bestimmungen des gemeinen Rechts, nicht nur über die Höhe der Zinsen, sondern auch über die Höhe des Mäklerlohns. Nun wurde zwar durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 14. November 1867 die Höhe der Zinsen und jeder anderen Vergütung für gewährten Kredit, sowie die Höhe der auf den Bögerungsfall bedungenen Vertragsstrafen bei allen Forderungen der freien Vereinbarung unterworfen, so jedoch, daß jede mit mehr als 6 v. H. zu verzinsende Forderung vom Schuldner jederzeit mit halbjähriger Frist gekündigt werden konnte. Dadurch wurden zwar die Vorschriften jener kurhessischen Verordnung über die Zinsen bei Darlehen und sonstigen Kreditgeschäften aufgehoben; aber die Bestimmungen über die Höhe der Mäklergebühren blieben

unberührt. Diese sind ferner auch nicht etwa durch den § 72 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 aufgehoben worden, weil diese nur die polizeilichen Tagen, soweit solche für gewisse Verkehrszweige bestanden, beseitigt hat, während die Verordnung vom 20. August 1800 sich als ein allgemeines, die Materie des Wuchers nach der bürgerlich-rechtlichen, wie nach der strafrechtlichen Seite regelndes Landesgesetz darstellt. Deshalb hat der erkennende Senat auch in dem von der Revision angezogenen Urteile vom 4. Dezember 1891 mit Recht für die damalige Zeit die fortdauernde Gültigkeit des § 6 jener Verordnung angenommen.

Eine Änderung hat aber dieser Rechtszustand durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfahren. Denn nach Art. 55 des Einf.-Ges. sind mit diesem Zeitpunkte die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze etwas anderes bestimmt ist. Daß es sich aber bei den Bestimmungen des § 6 der Verordnung vom 20. August 1800 um privatrechtliche Vorschriften handelt, ist vorher dargelegt worden.

Die Annahme der fortdauernden Geltung dieser Bestimmungen ließe sich daher nur noch auf den § 653 Abs. 2 B.G.B. selbst stützen, insofern dieser wegen der Höhe des Mäklerlohns selbst auf eine etwa bestehende Tage verweist. Und in der Tat behauptet die Revision, es werde damit „*implicite* die Zulässigkeit und der Fortbestand solcher Tagen anerkannt“. Daß dies schon mit Wortlaut und Sinn der Bestimmung unvereinbar ist, ist bereits ausgeführt worden. Zu demselben Ergebnisse führt auch die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch überließ die Höhe der Mäklergebühr lediglich der freien Vereinbarung, indem er in seinem § 580 ganz allgemein bestimmte:

„Hat jemand einem anderen für die Nachweisung einer zur Schließung eines bestimmten Vertrages geeigneten Person oder eines bestimmten Vertragsgegenstandes oder für die Vermittelung eines bestimmten Vertrages eine Vergütung (Mäklergebühr) versprochen, so kann“ usw.

Die Begründung bemerkte dazu (Motive Bd. 2 S. 514) nur:

„Anlangend den Betrag der Mäklergebühr, wenn diese von den

Parteien nicht näher bestimmt worden ist, so bedarf es in dieser Beziehung keiner besonderen Bestimmungen. Es reichen vielmehr die allgemeinen Grundsätze aus (§§ 353, 354)" — [Bestimmung durch den Empfangsberechtigten nach billigem Ermessen, nötigenfalls durch Urteil].

Im weiteren wird der Hinweis des Dresdener Entwurfs auf den Ortsgebrauch ausdrücklich für entbehrlich erklärt. Bei der Beratung des Entwurfs in der Kommission für die zweite Lesung wurde indes die jetzt den Inhalt des § 653 bildende Bestimmung mit dem einfachen Bemerkten angenommen, sie entspreche den Beschlüssen, welche die Kommission zu den §§ 559, 567 (des ersten Entwurfs) in Ansehung des Dienst- und Werkvertrages gefaßt habe (vgl. Prot. Bd. 2 S. 345). An dieser Stelle aber (Prot. Bd. 2 S. 277) verwies die Kommission wegen der Begründung der Annahme des Beschlusses zu § 559 des Entwurfs — jetzt § 612 Abs. 2 B.G.B. — lediglich darauf, daß der Satz nur eine bei der Beratung des § 354 (des ersten Entwurfs) bereits in Aussicht genommene Ergänzung zur Ausführung bringe. Und in der Tat findet sich unter den Erwägungen, die für eine Änderung des § 354 des Entwurfs geltend gemacht wurden, auch die: „In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, welche der § 354 im Auge habe, sei die Meinung der Vertragsschließenden nicht die, daß die Höhe der Gegenleistung durch das subjektive billige Ermessen dessen, dem die Gegenleistung gebühre, bestimmt werden solle, vielmehr gehe die Absicht dahin, daß die Bestimmung der Gegenleistung nach objektiven Maßstäben, wie dem Marktpreise, Börsenpreise, ortsüblichen Preise oder nach den für Leistungen der betreffenden Art bestehenden Taxen, erfolgen solle.“ Und bei der Annahme des den jetzigen Bestimmungen des § 315 B.G.B. zugrunde liegenden Antrages wurde ausdrücklich betont: „Eine stillschweigende Bestimmung werde in Fällen, wo für die Gegenleistung ein objektiver Maßstab bestehe, regelmäßig anzunehmen sein. Auch werde es sich später vielleicht empfehlen, beim Kauf- und beim Dienstvertrage vorzuschreiben, daß in Ermangelung abweichender Vereinbarung der durch jene objektiven Maßstäbe bestimmte Preis, bzw. die so bestimmte Vergütung als bedungen anzusehen sei“ (vgl. Prot. Bd. 1 S. 465 und 466).

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 653 Abs. 2 B.G.B.

erhellte demnach mit voller Deutlichkeit, daß auf die etwa bestehenden Tagen immer nur in dem Sinne hat verwiesen werden sollen, daß diese eine Ergänzung des unausgesprochenen Parteiwillens zu liefern hätten, also nur wenn weder ausdrücklich noch durch schlüssige Handlungen eine bestimmte Höhe der Vergütung vereinbart worden ist; daß solche Tagen dagegen in keiner Weise in Betracht gezogen worden sind, um der freien Vereinbarung der Parteien über die Höhe der Mäklergebühr irgendeine Grenze zu ziehen, wie dies denn auch mit der gesamten Richtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das grundsätzlich die volle Vertragsfreiheit der Parteien anerkennt, unverträglich sein würde. Soweit dieses selbst die Möglichkeit einer eindämmenden Maßnahme für wünschenswert erachtet, wie bei übermäßiger Höhe eines Mäklerlohns für die Vermittelung eines Dienstvertrages, hat es selbst — in § 655 — entsprechende Vorsorge getroffen. Soweit daher Landesgesetze, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestanden, über die Höhe der Mäklergebühr zwingende Bestimmungen in dem Sinne enthielten, daß über ein gewisses Maß hinaus eine Mäklergebühr auch durch Vereinbarung der Parteien nicht rechtsgültig versprochen werden könne, oder daß, wenn von beiden Teilen einem Mäkler ein Lohn gewährt worden, der über den bestimmten Höchstfuß hinausgehende Betrag von dem Teile, der noch keine Zahlung geleistet, auch nicht gefordert werden dürfe (die sog. konnexe Anrechnung im Sinne der Revision), sind sie seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gemäß Art. 55 Einf.-Ges. aufgehoben.

Unbegründet ist auch der fernere Angriff der Revision, es sei der Grundsatz verkannt, daß der Auftraggeber zur Zahlung der Mäklergebühr nur dann verpflichtet sei, wenn er sich bei dem Abschlusse des durch den Mäkler vermittelten Vertrages bewußt sei, daß dieser Vertrag durch die Tätigkeit des Mäklers zustandekomme, so daß er in der Lage sei, auf eine diesem zu zahlende Gebühr bei der Bestimmung der von ihm zu fordernden Vertragsleistung Rücksicht zu nehmen. Der Grundsatz ist allerdings in den Entsch. des R.G. in Zivilf. Bd. 31 S. 289 und in wiederholten Urteilen des erkennenden Senats, so auch in dem von der Revision angezogenen Urteile vom 18. Dezember 1903, Rep. III. 258/03, anerkannt worden. Nun hat aber das Berufungsgericht ausdrücklich als unstreitig festgestellt, daß

der Gläubigerausschuß sich dahin geeinigt gehabt habe, das Gut für denselben Preis, für den es an A. — durch Vermittelung des Klägers — schließlich verkauft worden ist, an B. zu verkaufen, ein Verkauf, bei dem die Maklergebühr an den Kläger, wie dem Beklagten und dem Gläubigerausschuße bekannt gewesen, gleichfalls zu zahlen gewesen wäre. Damit war aber das materielle Interesse, das der Beklagte an der vorgängigen Kenntnis der Vermittlertätigkeit des Klägers in der Richtung hatte, daß der Verkaufspreis entsprechend höher berechnet werden konnte, jedenfalls gewahrt, und gerade dies hat jene Rechtsprechung im Auge.“ . . .