

90. Wird derjenige, welcher einem Möller ein Geschäft auf bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben“ oder sonst seines Widerrufsrechts sich begeben hat, schlechthin zur Zahlung des Mollerlohnes verpflichtet, wenn er das Geschäft ohne Vermittlung des Möllers abschließt?

B.G.B. § 652.

III. Zivilsenat. Urk. v. 9. Juni 1911 i. S. R. (Bekl.) w. A. (Kl.).
Rep. III. 454/10.

I. Landgericht Graubund.

II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

... „Die Meinung, daß der Auftraggeber, der dem Vermittler ein Geschäft auf eine bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben“ oder sonst seines Widerrufsrechtes sich begeben hat, schlechthin zur Zahlung des Mollerlohnes verpflichtet werde, wenn er das Geschäft ohne Vermittlung des Beauftragten abschließt, ist zwar in der

Literatur — so von Staub (8. Aufl.), Exkurs vor § 93 HGB. Num. 17 — und auch in der Rechtsprechung vertreten. Keineswegs aber ist diese Meinung, wie Jacusiel, Das Recht der Mäkler (8. Aufl.) S. 52 sagt, und wie auch das Berufungsgericht anzunehmen scheint, allgemein als richtig anerkannt. So sprechen z. B. die Kommentare von Pland (3. Aufl.), Vorbemerkung IV 3 b zu dem Titel Mäklervertrag, und von v. Staudinger, Bem. II 2 a zu § 652 (3./4. Aufl. S. 1004) nur von einem Schadenersatzanspruch des Mäklers, der allerdings nach Pland „regelmäßig“ auf die Zahlung des entgangenen Mäklerlohns gerichtet sein werde. Auch Rosspatt — in Gruchot's Beiträgen Bd. 45 S. 546 flg. —, auf den Dertmann (3./4. Aufl.) Bem. 3 zu § 652 HGB. verweist, sagt nur, daß unter Umständen der Provisionsanspruch durch eine Zuwiderhandlung des Auftraggebers gegen die Verzichtsklausel nach dem Willen der Parteien ohne weiteres begründet sein könne, was jedoch für jeden einzelnen Fall der genauen Prüfung bedürfe.

Insbefondere hat auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts keineswegs anerkannt, daß ein den Vereinbarungen mit dem Mäkler zuwiderlaufender Abschluß des Vertrages ohne dessen Vermittlung ohne weiteres und auf alle Fälle den Provisionsanspruch des Mäklers begründe. Die Urteile des II. Zivilsenats vom 18. Dezember 1888, Entsch. in Zivilf. Bd. 22 S. 378, und des jetzt ererkennenden Senats vom 7. April 1905, Jur. Wochenschr. 1905 S. 399 Nr. 9, sprechen nur die rechtliche Möglichkeit einer Beschränkung des Widerrufsrechts des Auftraggebers mit der Folge aus, daß der Auftraggeber im Falle grundlosen Widerrufs dem Beauftragten völlig für die zugesagte Mäklergebühr haftbar wird. In den Urteilen des VII. Zivilsenates vom 21. Januar 1901, Jur. Wochenschr. 1901 S. 523 Nr. 14, und des I. Zivilsenats vom 19. November 1904, Gruchot Bd. 49 S. 619 flg., besonders S. 625/626, und Jur. Wochenschr. 1905 S. 73 Nr. 7, ist dagegen nur eine Schadenersatzpflicht des Auftraggebers als Folge des vertragswidrigen Abschlusses des Geschäftes ohne Vermittlung des Mäklers anerkannt. Diese Entscheidungen stehen nicht in Widerspruch zueinander. Möglich ist, daß sich der Auftraggeber, welcher dem Widerrufsrechte für bestimmte Frist entsagt, zugleich für den Fall des vertragswidrigen Geschäftsabschlusses ohne Vermittlung des Mäklers schlechthin zur

Zahlung des Mäklerlohnes verpflichten will, sei es als vertragsmäßiger Gegenleistung für dessen Bereitschaft zur Tätigkeit und etwaige bereits entfaltete Tätigkeit, sei es in Form einer Vertragsstrafe. Aber dieser Vertragswille ist aus der Tatsache allein, daß sich der Auftraggeber des Widerrufsrechts begeben, das Geschäft dem Vermittler fest an die Hand gegeben hat, noch nicht zu entnehmen. Es ist insbesondere durchaus nicht selbstverständlich, daß sich der Auftraggeber auch für den Fall der Pflicht zur Zahlung des Mäklerlohnes unterwerfen will, daß er von der weiteren Tätigkeit des Mäklers keinen Erfolg erwarten kann und sich deshalb entschließt, selbständig oder unter Vermittelung eines anderen Mäklers abzuschließen. Es bedarf daher die Annahme, daß die Parteien die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns als unbedingte Folge des vertragswidrigen Abschlusses des Geschäfts ohne Beziehung des Mäklers gewollt hätten, der besonderen Begründung.

An sich hat der Bruch der Vereinbarung nur zur Folge, daß der Auftraggeber dem Mäkler Schadensersatzpflichtig wird und ihm insbesondere den Betrag zu zahlen hat, welcher dem Mäkler gebühren würde, wenn er durch seine Vermittelung den Abschluß eines Geschäfts der ihm aufgetragenen Art herbeigeführt hätte. Der Mäkler ist auch nach allgemeinen Grundsätzen beweispflichtig dafür, daß ihm ein solcher Schaden entstanden ist. Zu einer Umkehr der Beweislast, wie sie das Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg, Rechtspr. der OLG. Bd. 12 S. 84/90, annimmt, fehlen die Voraussetzungen. Dem Mäkler wird auch hierdurch bei sachgemäßer Anwendung des § 287 BGB. nichts Unmögliches oder Unbilliges zugemutet. Der Auftraggeber kann nicht, wie Rosspatt a. a. O. S. 550 annimmt, den Schadensersatzanspruch des Mäklers mit dem Einwande beseitigen, daß ihm trotz Verzichtes auf das Widerrufsrecht freigestanden habe, den Abschluß mit dem vom Mäkler ihm etwa zugeführten Käufer zu verweigern. Allerdings wird der Auftraggeber durch den Verzicht auf den Widerruf nicht verpflichtet, mit dem vom Mäkler zugeführten Käufer abzuschließen. Es ist aber davon auszugehen, daß der Auftraggeber, der dem Mäkler einen bindenden Vermittlungsauftrag erteilt, dann aber ohne dessen Vermittelung verkauft hat, ohne dieses vertragswidrige Handeln an einen vom Mäkler ihm zugeführten Käufer verkauft haben würde, sofern dieser einen angemessenen Preis

und sonstige entsprechende Kaufbedingungen geboten hätte, und besondere Umstände gegen seine Person nicht vorgelegen hätten. Es kann, wie in dem erwähnten Urteile, Gruchot's Beiträge Bd. 49 S. 626, ausgeführt ist, die Frage, ob dem Mäkler die Vermittelung des Geschäftes gelungen sein würde, wenn der Auftraggeber nicht vertragswidrig gehandelt hätte, nicht nach den Launen des Auftraggebers, sondern nur danach entschieden werden, ob er sich bei verständiger Würdigung der Sachlage zum Abschluß mit einem vom Mäkler vorgeschlagenen Käufer entschieden haben würde. Der Mäkler genügt also seiner Beweislast hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges des ihm entstandenen Schadens mit dem vertragswidrigen Verhalten des Auftraggebers, wenn er nachweist, daß er innerhalb der ihm gesetzten Frist einen zum Ankauf unter sachgemäßen Bedingungen bereiten und fähigen Käufer gestellt haben würde. Sache des Gegenbeweises würde es dann sein, nachzuweisen, daß der Auftraggeber gleichwohl mit diesem Käufer bei verständiger Würdigung der Sachlage nicht abgeschlossen haben würde.“ . . .