

Gericht: OLG Koblenz 3. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 15.12.2023
Aktenzeichen: 3 U 1186/23
ECLI: ECLI:DE:OLGKOB:2023:1215.3U1186.23.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 
Norm: § 654 BGB

Verwirkung von Maklerlohn; Beweisverwertungsverbot bei Lauschzeugen

Leitsatz

1. Aussagen von sog. Lauschzeugen, die ein vom Beweisführer am Telefon geführtes Gespräch mit einem anderen Gesprächsteilnehmer mithören, ohne dass Letzterer hierüber informiert ist, sind unverwertbar, wenn der Beweisführer mit seinem telefonischen Gesprächspartner außerdem in Mail- und WhatsApp-Kontakt gestanden und es versäumt hat, sich den Inhalt des Telefongesprächs auf diesem Wege schriftlich bestätigen zu lassen.(Rn.16)
2. Eine Verwirkung des Maklerlohns nach § 654 BGB analog kommt in Betracht, wenn sich der Makler, der nicht zuletzt aufgrund des Versprechens einer unentgeltlichen Leistungserbringung gegenüber dem Auftraggeber einen Alleinauftrag erlangt hat, später durch Vereinbarung einer Bonuszahlung bei Erreichen eines bestimmten Verkaufspreises die ordnungsgemäße Erbringung der unentgeltlich geschuldeten Maklerleistung in einem die übliche Provision beträchtlich übersteigenden Umfang vom Auftraggeber honorieren lässt.(Rn.29) In diesen Fällen liegt ein zur Lohnunwürdigkeit führender, grob leichtfertiger und krasser Verstoß gegen die dem Makler obliegenden Treuepflichten jedenfalls dann vor, wenn die Vergabe des Alleinauftrages durch den Auftraggeber mit Übernahme von Vertragsstrafeversprechen zugunsten des Maklers gerade deshalb erfolgte, weil der Auftraggeber dafür die Maklerleistung unentgeltlich erhalten sollte,(Rn.35) der Immobilienverkauf - wie dem Makler auch bekannt war - aufgrund einer wirtschaftlichen Notsituation des Auftraggebers zeitnah und zum höchstmöglichen Preis erfolgen sollte,(Rn.36) und die Initiative zur Vereinbarung der Bonuszahlung vom Makler ausging (Anschluss an BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 - III ZR 322/04, r + s 2006, 264 sowie von BGH, Urteil vom 24. Juni 1981 - IVa ZR 225/80, NJW 1981, 2297).(Rn.41)

Verfahrensgang

vorgehend LG Bad Kreuznach, 1. September 2023, 3 O 212/20

Tenor

Der Senat erwägt, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer – Einzelrichter – des Landgerichts Bad Kreuznach vom 01.09.2023 durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Gründe

- 1 Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Be-

rufungsgerichts nicht. Die Berufung hat auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Ein Termin zur mündlichen Verhandlung ist nicht geboten. Der Klägerin wird eine Frist zu Stellungnahme gesetzt bis zum **05.01.2023**. Es wird zur Vermeidung weiterer Kosten angeregt, die Berufung zurückzunehmen. In diesem Fall ermäßigen sich die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 Kostenverzeichnis zum GKG). Die Gründe werden nachfolgend dargestellt:

I.

- 2 Die Klägerin verlangt von den Beklagten Zahlung von Maklerlohn in Höhe von 16.800,00 €.
- 3 Einer Darstellung tatsächlicher Feststellungen i. S. d. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO bedarf es nicht, weil ein Rechtsmittel gegen einen Zurückweisungsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO unzweifelhaft nicht zulässig ist, §§ 522 Abs. 2 S. 4, 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO i. V. m. §§ 543, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

II.

- 4 Die zulässige Berufung der Klägerin hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder gemäß §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO auf einer Rechtsverletzung, das heißt einer Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
- 5 Der Klägerin steht auch nach der Würdigung des Senats der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von Maklerlohn auf Grundlage einer Bonusvereinbarung nicht zu.
- 6 Hinsichtlich der Beklagten zu 2. fehlt es bereits an einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, die einen Anspruch auf Bonuszahlung begründen könnte (1.). Zu Recht hat das Landgericht in analoger Anwendung des § 654 BGB auch einen Anspruch gegen den Beklagten zu 1. verneint (2.). Mangels Hauptforderung sind auch die geltend gemachten Nebenforderungen nicht erstattungsfähig (3.).
- 7 1. Die Klägerin kann von der Beklagten zu 1. mangels Bestehens einer entsprechenden vertraglichen Abrede die begehrte Bonuszahlung in Höhe von 16.800,00 € nicht verlangen.
- 8 a) Aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Maklervertrag vom 24.03.2019 (Anlage K1 zur Anspruchsbegründung vom 29.09.2020, Zu Bl. 20 eAkte LG) ergibt sich ein solcher Anspruch nicht.
- 9 Denn dieser Vertrag sah nur dann, wenn die Beklagten ihr Haus ohne Hinzuziehung der Klägerin veräußern würden (vgl. Ziffer 3. des Vertrages) bzw. wenn ein Kaufvertrag aus von den Beklagten zu vertretenden Gründen nicht zustande kommen sollte (vgl. Ziffer 4. des Vertrages), eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten vor.
- 10 b) Die Klägerin kann sich zur Begründung ihres Zahlungsanspruchs auch nicht auf eine zwischen ihrem Geschäftsführer und der Beklagten zu 2. telefonisch getroffene Vereinbarung berufen.
- 11 Denn für die bestrittene Behauptung, die Beklagte zu 2. habe im Rahmen dieses Telefongesprächs für den Fall einer Veräußerung des Hauses zu einem Verkaufspreis von mehr

als 520.000,00 € die Zahlung eines Bonus von 16.800,00 € zugesagt, liegt ein ordnungsgemäßer Beweisanspruch der beweisbelasteten Klägerin nicht vor.

- 12 Der Vernehmung der benannten Zeugin D. L. steht ein Beweisverwertungsverbot entgegen.
- 13 Ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 13.07.2023 hatte der Geschäftsführer der Klägerin der Beklagten im Rahmen dieses Telefongesprächs nämlich nicht mitgeteilt, dass er auf laut stellen würde (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.07.2023, Bl. 71 eAkte LG), so dass ein Mithören durch die Ehefrau des Geschäftsführers der Klägerin, die Zeugin D. L., möglich gewesen ist.
- 14 Zwar sind Aussagen von sog. Lauschzeugen, die ein am Telefon geführtes Gespräch durch einen Verstärker ohne Information des anderen Gesprächsteilnehmers mithören, im Zivilprozess nicht schlechthin unverwertbar. Vielmehr bedarf es einer Interessen- und Güterabwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der einen und dem dafürsprechenden rechtlich gestützten Interesse auf der anderen Seite. Allein das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, ist jedoch nicht ausreichend, um die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu rechtfertigen, wenn es der Beweisführer versäumt hat, die Beweisbarkeit seiner Behauptung auf andere Weise sicherzustellen (vgl. zum Ganzen MüKo/Damrau/Weinland, ZPO, 6. Auflage 2020, § 396 Rn. 3 m. w. N.; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 20. Auflage 2023, § 373 Rn. 12a).
- 15 Von einem entsprechenden Versäumnis der Klägerin ist hier auszugehen.
- 16 Denn der Geschäftsführer der Klägerin stand mit der Beklagten zu 2. in Mail- und WhatsApp-Kontakt (vgl. Anlagen K7 und K9 zum Schriftsatz vom 14.01.2021, Zu Bl. 43 eAkte LG), so dass aus seiner Sicht die Möglichkeit bestand, sich den Gesprächsinhalt von der Beklagten zu 2. zeitnah ohne nennenswerten Aufwand schriftlich bestätigen zu lassen. Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beklagten zu 2. ist vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt, so dass ein Beweisverwertungsverbot besteht.
- 17 c) Schließlich ergibt sich ein vertraglicher Anspruch gegen die Beklagte zu 2. nicht aus der zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Beklagten zu 1. im Chatverkehr getroffenen Vereinbarung (vgl. Anlage K 2 zur Anspruchsbegründung vom 29.09.2020, Zu Bl. 20 eAkte LG bzw. Anlage K4 zum Schriftsatz vom 14.01.2012, Zu Bl. 43 eAkte LG).
- 18 aa) Denn dieser Chatverkehr erfolgte unstreitig nur zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin (Chatpartner „CL“) und dem Beklagten zu 1. (Chatpartner „R.“). Eine Beteiligung der Beklagten zu 2. ist weder dargetan noch ersichtlich.
- 19 bb) Anhaltspunkte, die für eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Beklagten zu 2. durch den Beklagten zu 1. im Sinne des § 164 BGB sprechen könnten, bestehen nicht.
- 20 cc) Schließlich lässt sich eine Mitverpflichtung der Beklagten zu 2. auch nicht nach § 1357 BGB begründen.
- 21 Voraussetzung für eine Mitverpflichtung des Ehegatten nach dieser Vorschrift ist nämlich, dass es sich um ein angemessenes Geschäft zur Deckung des Lebensbedarfs der Familie gehandelt hat. Maßstab für die Angemessenheit ist dabei das, was von einem Ehegatten selbständig, d. h. ohne Konsultation und Mitwirkung des anderen, zwecks Be-

darfsdeckung erledigt zu werden pflegt (vgl. MüKo/Roth, BGB, 9. Auflage 2022, § 1357 Rn. 20 m. w. N.).

- 22 Davon ist hier jedoch nicht auszugehen.
- 23 Denn die Vereinbarung des streitgegenständlichen Bonus diene weder zur Deckung des Lebensbedarfs der Eheleute noch war, da die Beklagten ihr Haus unstreitig aufgrund einer finanziellen Notsituation verkaufen mussten, davon auszugehen, dass es sich bei der Höhe der übernommenen Verpflichtung um ein im vorstehenden Sinne angemessenes, d. h. ohne Konsultation und Mitwirkung des anderen Ehegatten einzugehendes Geschäft gehandelt hat.
- 24 d) Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 2. auf Zahlung des begehrten Bonus besteht daher schon mangels entsprechender vertraglicher Grundlage nicht. Er bestünde aus den nachfolgend unter 2. dargelegten Gründen auch dann nicht, wenn man eine vertragliche Vereinbarung der Klägerin mit der Beklagten zu 1. annehmen würde.
- 25 2. Die Klägerin kann auch von dem Beklagten zu 1. die Zahlung des geltend gemachten Maklerlohns – bei einer zugunsten der Klägerin unterstellten vertraglichen Vereinbarung – nicht verlangen.
- 26 Denn der Anspruch ist nach § 654 BGB analog verwirkt.
- 27 Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Verwirkung des Anspruchs auf Maklerlohn anzunehmen, wenn der Makler unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat. Da die Verwirkung des Maklerlohnanspruchs Strafcharakter hat, lässt nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung des Maklers den Provisionsanspruch entfallen, vielmehr ist in erster Linie subjektiv eine schwerwiegende Treupflichtverletzung zu fordern; der Makler muss sich seines Lohnes „unwürdig“ erwiesen haben. Das ist erst dann der Fall, wenn er seine Treupflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat (vgl. BGH, Urteil vom 19.05.2005, Az. III ZR 322/04, r + s 2006, 264 m. w. N.). Allerdings spielt die Bedeutung der konkret verletzten Verpflichtung auch dann eine Rolle, wenn die subjektive Seite der Treupflichtverletzung in den Vordergrund gestellt wird. Je größere Bedeutung beide Vertragsparteien einer bestimmten vertraglichen Verpflichtung des Maklers beimessen, umso eher kann sich deren grob schuldhafte Verletzung als ein treuwidriges Verhalten darstellen, das den Makler der Provision unwürdig erscheinen lässt. Deshalb muss feststehen, dass die konkret verletzte Pflicht für den Berechtigten eine erhebliche Bedeutung hatte, und weiter, dass dieses dem Verpflichteten bekannt war (BGH, Urteil vom 24.06.1981, Az. IVa ZR 225/80, NJW 1981, 2297).
- 28 Davon ist vorliegend auszugehen.
- 29 a) Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Das Landgericht hat es als grob leichtfertigen, krassen Verstoß gegen die dem Makler obliegenden Treupflichten angesehen, dass sich die Klägerin, die nicht zuletzt aufgrund des Versprechens einer unentgeltlichen Leistungserbringung gegenüber den Beklagten einen Alleinauftrag erlangt hat, später auf Umwegen die ordnungsgemäße Erbringung der unentgeltlich geschuldeten Maklerleistung in einem die übliche Provision beträchtlich übersteigenden Umfang honorieren lässt. Allein der Umstand, dass die von dem Geschäftsführer der Klägerin geschilderten

- intensiven und regen Bemühungen zu einem von dem Makler für unwahrscheinlich erachteten Erfolg geführt hätten, rechtfertige insoweit keine andere rechtliche Bewertung.
- 30 Der Senat schließt sich dieser überzeugenden Würdigung an und macht sie sich zu eigen.
- 31 Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Landgericht insbesondere nicht nur deshalb, weil ein Alleinauftrag bestand, die Vereinbarung einer zusätzlichen Vergütung per se als treuwidrig angesehen, ohne dass irgendwelche weiteren Umstände, die eine solche Beurteilung rechtfertigen würden, vorhanden oder ersichtlich gewesen sind.
- 32 Vielmehr hat das Landgericht auch auf die nach dem ursprünglichen Maklervertrag bestehende Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung im Verhältnis zu den Beklagten und die beträchtliche Höhe der vereinbarten zusätzlichen Provision abgestellt.
- 33 b) Lediglich ergänzend zu den Ausführungen des Landgerichts ist im Rahmen der gebotenen Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Berufungsangriffe der Klägerin daher noch folgendes anzumerken:
- 34 aa) Entgegen der Auffassung der Klägerin spricht für ihre Lohnunwürdigkeit, dass sie sich eine Sondervergütung für ihre Leistung versprechen ließ, obwohl die zu vergütende Leistung ohnehin von ihr gegenüber den Beklagten zu erbringen war.
- 35 Insoweit ist nämlich – worauf schon das Landgericht zutreffend abgestellt hat – zum einen zu berücksichtigen, dass die Vergabe des Alleinauftrages durch die Beklagten mit Übernahme von Vertragsstrafeversprechen zugunsten der Klägerin (vgl. Ziffer 3 und 4 des Maklervertrages, Anlage K2 zur Anspruchsbegründung vom 29.09.2020, Zu Bl. 20 eAkte LG) gerade deshalb erfolgte, weil die Beklagten dafür die Leistung der Klägerin unentgeltlich erhalten sollten.
- 36 Zum anderen ist von Bedeutung, dass die Beklagten ihr Haus aufgrund einer wirtschaftlichen Notsituation verkaufen mussten. Den Beklagten kam es mithin in besonderem Maße darauf an, dass der Hausverkauf zeitnah und zum höchstmöglichen Preis erfolgen sollte. Der Klägerin waren diese Umstände nicht nur erkennbar, sondern, wie sie selbst vorträgt (vgl. Schriftsatz vom 14.01.2021, Bl. 37 eAkte LG) und der Chatverlauf belegt („Die hätte ich dir eh geschenkt, du hast mir meinen A... gerettet“), auch bekannt.
- 37 Die konkret verletzte Pflicht, nämlich die gegenüber den Beklagten geschuldete unentgeltliche Leistungserbringung in Gestalt des schnellstmöglichen Hausverkaufs bei höchstmöglichen Preis, hatte für die Beklagten daher eine sehr erhebliche Bedeutung, was der Klägerin auch bekannt gewesen ist, so dass von einer Verwirkung des Anspruchs auf Maklerlohn auszugehen ist.
- 38 bb) Eine andere rechtliche Bewertung ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht unter Berücksichtigung der Umstände, die zu der Vereinbarung geführt haben.
- 39 Im Hinblick auf den streitigen Inhalt des mit der Beklagten zu 2. geführten Telefongesprächs liegt – wie bereits ausgeführt – ein ordnungsgemäßer Beweistritt nicht vor.
- 40 Soweit der Geschäftsführer der Klägerin im Chatverkehr vom 30.03.2019 auf ein mit der Beklagten zu 2. über die Uhr geführtes Gesprächs Bezug nimmt, steht dieses nicht in Einklang mit der Behauptung zum Inhalt des Telefongesprächs. Denn im Chatver-

lauf heißt es: „P. hat gemeint, wenn ich den über 500.000 kriege kauft sie mir die Uhr... (vgl. Anlage K2 zur Anspruchsbegründung vom 29.09.2020, Zu Bl. 20 eAkte LG). Von der Übernahme einer Zahlungsverpflichtung der Beklagten zu 2. gegenüber der Klägerin ist nicht die Rede.

- 41 Es folgt mithin aus dem Chatverlauf, dass der Geschäftsführer der Klägerin den Vorschlag für die Bonuszahlung unterbreitet („wenn ich den Dr. F. ..oder wen auch immer auf 521000 € hebe bekomme ich den Bonus von 16800 € für meine Uhr“) und sodann noch auf den Abschluss der Vereinbarung hingewirkt („Also steht der Deal“) bzw. die Vereinbarung bekräftigt hat („Also Deal“).
- 42 Von einer Initiative der Beklagten zum Abschluss der Vereinbarung ist entgegen der Auffassung der Klägerin daher nicht auszugehen.
- 43 Etwas anderes ergibt sich insbesondere nicht aus der Äußerung des Beklagten zu 1. im Rahmen des Chatverlaufs, „die hätte ich dir eh geschenkt ...“. Denn dieser Aussage ist – für sich genommen – gerade nicht der (vor dem Chat bestehende) Wille zur Übernahme einer Zahlungsverpflichtung gegenüber der Klägerin und eine dahingehende Erstinitiative zu entnehmen.
- 44 cc) Ohne dass es hierauf für das Ergebnis tragend ankäme, ist schließlich noch festzustellen, dass durch den im Anschluss an den streitgegenständlichen Hausverkauf in Aussicht gestellten Verkauf der Wohnung des Hauskäufers Dr. F. ein nicht unerhebliches Eigeninteresse der Klägerin an dem konkreten Abschluss bestand (vgl. Anlage K7 zum Schriftsatz vom 14.01.21, Zu Bl. 43 eAkte LG). Ob insoweit für sich genommen schon eine zur Lohnunwürdigkeit führende schwerwiegende Gefährdung der Interessen der Beklagten durch grobe Leichtfertigkeit der Klägerin vorliegt, bedarf indes keiner Entscheidung, da eine Verwirkung nach § 654 BGB analog bereits aus anderen Gründen anzunehmen ist.
- 45 3. Mangels Hauptforderung sind auch die als Nebenforderungen geltend gemachten Zinsen und Rechtsanwaltskosten nicht erstattungsfähig.
- III.
- 46 Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 16.800,00 € festzusetzen.