

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**IV ZR 101/70

Verkündet am
29. September 1971
B l e c h e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E. G. S [REDACTED] , B [REDACTED] , Grund-
besitzverwertung und Baubetreuung, [REDACTED] M [REDACTED] ,
L [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Grundstücksmakler

1. Dr. Heinz K [REDACTED] ,
[REDACTED] G [REDACTED] , P [REDACTED] -Straße [REDACTED] ,
2. A. Willimar F [REDACTED] , [REDACTED] M [REDACTED] ,
H [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Johannsen, Wüstenberg, Dr. Pfretzschner und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. Oktober 1970 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger klagen aus abgetretenem Recht. Sie sind freie Mitarbeiter der G[REDACTED]gesellschaft m.b.H. & Co. KG (im folgenden: GTG), ihrer Zedentin. Diese stand in Geschäftsbeziehung mit der Beklagten, ebenfalls einer Immobilienfirma.

- 3 -

Im Jahre 1964 machte die GTG die Beklagte auf ein großes Bauerwartungsgelände in F█████ aufmerksam, von dem sie wußte, daß die Eigentümer verkaufswillig waren. Die Beklagte trat mit diesen in Verhandlungen und veranlaßte die GTG, das Objekt nicht anderweitig anzubieten. Die Beklagte parzellierte dann das Gelände im Auftrage der Eigentümer in einzelne Baugrundstücke und vermittelte diese an verschiedene Erwerber gegen Provision. Die GTG sieht darin eine Vertragswidrigkeit und hat ihre Ansprüche aus diesem Vertrag zu je einem Drittel an die Kläger abgetreten.

Die Kläger haben Stufenklage erhoben. In der ersten Stufe ist die Beklagte verurteilt worden, über die Höhe des vermittelten Kaufpreises Auskunft zu erteilen. Diese Verurteilung ist auf die §§ 652, 242 BGB und auf die Erwägung gestützt, zwischen der GTG und der Beklagten sei ein Maklervertrag zustande gekommen.

Die Beklagte hat die Auskunft erteilt und den Kaufpreis mit 2.710.264 DM angegeben. Die Kläger behaupten, die Beklagte habe der GTG eine Maklerprovision von 3 % des Kaufpreises versprochen. Nach ihrer Ansicht steht der GTG ein Schadensersatzanspruch in Höhe der entgangenen Maklerprovision von 81.307,92 DM zu. Auf Grund der Abtretung verlangen die Kläger von der Beklagten je ein Drittel dieses Betrages nebst Prozeßzinsen. Sie haben den Antrag gestellt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie jeweils 27.102,64 DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Stufenklage zu zahlen.



Die Beklagte hat das Zustandekommen eines Maklervertrages mit der GTG geleugnet, die Höhe des geltend gemachten Anspruchs bestritten und sich außerdem auf Verjährung und Verwirkung berufen. Hilfsweise hat sie mit Gegenforderungen gegen die GTG gemäß § 406 BGB aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, das Oberlandesgericht hat ihre Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß es zu umfassender eigener Würdigung des Prozeßstoffes in der Lage war, ohne durch das erststufige Auskunftsurteil in seiner Rechtsanwendung eingeschränkt zu sein. Die Erwägungen, die in diesem Urteil über das dem Auskunftsanspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis angestellt worden sind, erwachsen weder in Rechtskraft noch ziehen sie für das weitere Verfahren über den Hauptanspruch eine Bindung des Gerichts gemäß § 318 ZPO nach sich. Dies hat der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen (vgl. Urteil des VII. Zivilsenats vom 20. Februar 1969 und Urteil des V. Zivilsenats vom 19. Dezember 1969, beide veröffentlicht in JZ 1970, 226). An dieser Rechtsansicht hält der Senat auch in Anbetracht der hiergegen von Grunsky (JZ 1970, 260) kritisch vorgebrachten Argumente fest.

Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß zwischen der GTG und der Beklagten in bezug auf das Grundstücksprojekt F. ein Maklervertrag zustande gekommen sei und daß die Beklagte durch die Art, wie sie das ihr von der GTG nachgewiesene F. Grundstücksobjekt "verwertet" hat, der GTG gegenüber schadensersatzpflichtig geworden sei. Den Schaden sieht das Berufungsgericht im Verlust der Provision, die bei Abschluß eines von der GTG vermittelten Verkaufs entstanden wäre und die auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung 3 % des erzielten Kaufpreises betrage.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind begründet.

Allerdings greifen diejenigen Rügen nicht durch, die die Revision gegen die Gültigkeit der von der GTG an die Kläger vorgenommenen Abtretung erhebt und aus dem Vortrag ableitet, die Zession sei nur erfolgt, um den Geschäftsführer der Zedentin die Zeugenstellung im Prozeß zu verschaffen. Dies führt nicht zum Scheingeschäft. Gerade wenn die Abtretungserklärung von einem entsprechenden Beweggrund getragen war, folgt daraus, daß sie ernst gemeint und nicht nur zum Schein abgegeben war. Aber auch ein Verstoß gegen die guten Sitten kann nicht daraus abgeleitet werden, daß die Abtretung darauf gerichtet war, die Zeugenstellung des Zedenten zu ermöglichen. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß es sich hierbei um eine vom Gesetz eröffnete Möglichkeit handelt, die im übrigen gemäß § 286 ZPO bei der Würdigung der Zeugenaussage zu berücksichtigen ist (RGZ 81, 160; OLG Neustadt, MDR 1958, 848; OLG Nürnberg VersR 1969, 46). Allenfalls beim Hinzutreten besonderer Umstände kann sich die Unwirksamkeit einer solchen Abtretung ergeben. Da derlei Umstände vorliegend nicht dargetan waren, ist das Berufungs-

gericht zu Recht von der Gültigkeit der Abtretung ausgegangen und hat den Vortrag der Beklagten über den Zweck und den etwaigen Grund dieser Abtretung nicht weiter verfolgt.

Das Berufungsgericht hat den Klägern den von ihnen geltend gemachten Anspruch zuerkannt mit der Begründung, die Beklagte habe sich bei der Verwertung des ihr von der GTG nachgewiesenen F[REDACTED]-Grundstücksobjekts vertragswidrig verhalten und sich aus diesem Grunde der GTG gegenüber Schadensersatzpflichtig gemacht. Dabei ist das Berufungsgericht einerseits davon ausgegangen, daß zwischen der GTG und der Beklagten ein Maklervertrag zustandegekommen sei, der in Hinsicht auf das F[REDACTED]-Grundstücksobjekt "den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages" zum Gegenstand gehabt habe und inhaltlich dessen die Beklagte verpflichtet gewesen sei, für den Fall eines unter ihrer Mitwirkung hinsichtlich des Objekts zustandegekommenen Kaufvertrags an die GTG für deren Nachweistätigkeit die geschuldete Provision zu zahlen.

Im Gegensatz dazu hat das Berufungsgericht dann im Folgenden das entscheidende vertragswidrige Verhalten der Beklagten darin gesehen, daß diese entgegen ihrer der GTG erklärten Absicht das Grundstück nicht selbst erworben, sondern nach Parzellierung an Dritte zum Kauf vermittelt habe.

Diese Ausführungen sind widersprüchlich.

Mit Recht rügt die Revision weiter, daß das Berufungsgericht bei den von ihm getroffenen Feststellungen einen wesentlichen Teil der vorgetragenen Tatsachen nicht berücksichtigt hat. Es durfte sich nicht auf die Auslegung des Schreibens der GTG an die Beklagte vom 17. Januar 1964 und des an den Architekten H[REDACTED] gerichteten Briefes der Beklagten vom 21. Januar 1964, von dem die GTG Abschrift er-

halten hatte, beschränken. Das Berufungsgericht hätte darüberhinaus den Parteivortrag über die früheren Einzelgeschäfte zwischen der Beklagten und der GTG in stärkerem Maße beachten müssen als es durch die referierende Behandlung in den Entscheidungsgründen geschehen ist. Die Beklagte hatte vorgetragen, sie habe, wie der GTG bekannt gewesen sei, noch nie ein Grundstück selbst erworben. Dabei wäre weiter zu beachten gewesen, daß es sich hier um einen sehr großen Grundstückskomplex handelte, um ein Gelände, das baureif gemacht und nach Zerlegung in einzelne Parzellen weiter veräußert werden sollte. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Beklagte zunächst beabsichtigte, dieses Grundstück für sich zu erwerben. Wenn sie es dann parzelliert und weiter veräußert hätte, wären erhebliche Kosten entstanden, die bei einer Vermittlung von Verkäufen durch den ursprünglichen Grundstückseigentümer vermieden werden konnte.

Die Beklagte und die GTG waren beide Maklerunternehmen, die in engen geschäftlichen Beziehungen zueinander standen und nach dem Vortrag der Beklagten schon wiederholt Gemeinschaftsgeschäfte durchgeführt hatten, wobei die Provision geteilt oder der GTG eine geringere Zubringerprovision gezahlt worden war. Ist dieses Vorbringen richtig, so lag es jedenfalls nicht fern, die Vertragsbeziehungen hinsichtlich des hier in Rede stehenden Objekts gemäß § 157 BGB dahin auszulegen, daß es sich um ein Gemeinschaftsgeschäft unter Maklern gehandelt hat, für das die GTG nur eine wesentlich geringere Provision zu beanspruchen hatte. Die Beklagte hatte durch Vernehmung eines Maklers als Sachverständigen oder Einholung einer Auskunft des Bayerischen Maklerverbandes unter Beweis gestellt, daß der unstreitig geführt Schriftwechsel und die Unterredungen zwischen den Beteiligten nicht anders zu verstehen gewesen seien, als daß es sich um ein solches Gemeinschaftsgeschäft gehandelt habe. Die Revision rügt mit Recht, daß dieser Beweis nicht erhoben ist.

Schließlich ist die Rüge begründet, daß das Berufungsgericht nicht ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe zusprechen konnte. Die GTG hatte keinen Erfüllungsanspruch gegen die Beklagte. Denn diese war, selbst wenn der Maklervertrag den vom Berufungsgericht angenommenen Inhalt hatte, nicht verpflichtet, das Grundstück zu erwerben. Der Schaden, den die GTG geltend machen könnte, wäre in diesem Fall nach § 252 Satz 1 BGB der ihr entgangene Gewinn. Zwar käme der GTG bei der Errechnung dieses Gewinns die Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB zugute. Die Kläger hätten aber zumindest darlegen müssen, daß die GTG nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in der Lage gewesen wäre, selbst durch Vermittlung von Kaufverträgen den geforderten Betrag als Provision zu verdienen. Das ergab sich nicht ohne weiteres. Unkosten, die der GTG bei der Vermittlung eines solchen Objekts, das erst parzelliert werden mußte, entstanden wären, hätten den Gewinn schmälern und damit die Höhe des errechneten Schadens mindern können. Auf die Berechnung des Schadens käme es allerdings dann nicht an, wenn eine die früheren Geschäfte und die Verkehrssitte berücksichtigende Auslegung der Vertragsbeziehungen zu dem Ergebnis führen sollte, daß die Beklagte einen gewissen Anteil ihres durch die Ausnutzung der Information der GTG erzielten Verdienstes an die GTG abzuführen hätte.

Das angefochtene Urteil muß aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Das Revisionsgericht kann nicht, wie es die Revision wünscht, in der Sache selbst entscheiden und die Klage abweisen. Der bloße Zeitablauf führt nicht zu einer Verwirkung. Der Anspruch ist auch nicht verjährt. Daraus, daß die Be-

klagte eine Firma führt, ist ersichtlich, daß sie Vollkaufmann ist, mindestens nach § 2 HGB. Im Übrigen beträgt die Verjährungsfrist nach § 196 Abs. 2 BGB hier schon deswegen vier Jahre, weil die GTG, die als OHG gleichfalls Vollkaufmann ist, die Leistung für den Gewerbebetrieb der Beklagten erbracht hat.

Weiter sei bemerkt, daß das Berufungsgericht sich auch zu Unrecht nicht mit der von der Beklagten erklärten Aufrechnung befaßt hat. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe insoweit in der ersten Instanz ihren vermeintlichen Aufrechnungsanspruch nicht schlüssig begründet, insbesondere nicht erkennen lassen, aus welchem Rechtsgrund der Anspruch abgeleitet werde. Das trifft nicht zu. Die Revision verweist mit Recht auf den Vortrag der Beklagten in den Schriftsätzen vom 24. Februar 1969, S. 18, und vom 12. Juni 1969, S. 12. Dieser Vortrag enthält eine, wenn auch äußerst knapp formulierte, schlagwortartig zusammengestellte Begründung der Gegenforderung. Er enthält alle wesentlichen Elemente, insbesondere auch den vom Berufungsgericht vermißten Rechtsgrund. Die Beklagte hat sich auf dieses Vorbringen im ersten Rechtszug auch im Berufungsrechtszug bezogen. Damit hat sie die geltend gemachte Gegenforderung ausreichend substantiiert.

LL

- 10 -

Der Senat hielt es für angezeigt, § 565 Abs. 1
Satz 2 ZPO anzuwenden.

Dr. Hauß

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Pfretzschner

Dr. Buchholz