

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 1175/68

Verkündet am

30. Oktober 1970
B l e c h e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maklers Christian F [REDACTED] , T [REDACTED] , Am M [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Eheleute Irmgard und Bernhard M [REDACTED] ,
K [REDACTED] Krs. B [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß und der Bundesrichter Johannsen, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Mai 1968 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Ehefrau hatte ein Grundstück verkauft und beabsichtigte, den dabei erzielten Erlös wieder in Grundbesitz anzulegen. Zu diesem Zweck besichtigten die Parteien mehrere Höfe in Holland, u.a. die Höfe De B. und H. Für beide Höfe lag der Wert nach der Vorstellung der Beklagten zunächst bei insgesamt 870.000 DM, später bei 820.000 DM. Auf Wunsch des Klägers unterzeichneten die Beklagten während der Ankaufsverhandlungen für die Höfe H. und De B. folgende Erklärung:

- 3 -

"Vereinbarung.

Bei Zustandekommen des Kaufabschlusses der Höfe ... H■■■■ und ... De B■■■■ zu einem Preis von 820.000 DM inklussiv Neuerwerbs-Makler, Wechselgebühr, Notar- und sonstige Kosten. Sollte es Herrn F■■■■ gelingen, die Höfe für einen geringeren Preis zu bekommen, so erklären wir uns bereit, diesen Differenzbetrag dem Herrn F■■■■ zukommen zu lassen. Und in bar auszu- zahlen."

Zu einem Ankauf der Höfe, für die zuletzt ein Kaufpreis von insgesamt 700.000 DM zu zahlen gewesen wäre, kam es jedoch nicht. Die beklagte Ehefrau kaufte vielmehr für insgesamt 605.000 DM zwei andere Höfe (Verkäufer: D■■■■).

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stehe als Maklerprovision der Unterschied zwischen den in der o.a. "Vereinbarung" erwähnten 820.000 DM und dem Kaufpreis der Höfe D■■■■ zu. Von diesem Unterschiedsbetrag in Höhe von 215.000 DM macht der Kläger einen Teilbetrag von 120.000 DM geltend.

Der Kläger hat behauptet, zwischen den Parteien sei mündlich vereinbart worden, die o.a. "Vereinbarung" betreffend die Höfe H■■■■ und De B■■■■ solle auch für den Kaufabschluß bezüglich der Höfe D■■■■ gelten, den er vermittelt habe.

Der Kläger hat beantragt,
die Beklagten zu verurteilen, an ihn
120.000 DM zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.



Sie haben vorgetragen, die "Vereinbarung" betreffend die Höfe De B. und H. sei nicht auf den Ankauf der Höfe D. erstreckt worden. Außerdem habe der Kläger den Ankauf der Höfe D. nicht vermittelt. Im übrigen sei der beklagte Ehemann nicht passiv legitimiert, da nur die beklagte Ehefrau die Höfe gekauft habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Provisionsvereinbarung betreffend die Höfe H. und De B., die angeblich auch für die Höfe D. habe gelten sollen, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Er wendet sich gegen die Rechtsauffassung des Landgerichts und bemerkt, daß er besonders hohe Unkosten gehabt habe.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Der Kläger hat Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat sich der Ansicht des Landgerichts, die Provisionsvereinbarung, die die Parteien in Bezug auf die Höfe De B. und H. getroffen hatten, sei sittenwidrig und nach § 138 BGB nichtig, nicht angeschlossen. Es hat dennoch die Berufung zurückgewiesen und damit das klag-

abweisende Urteil des Landgerichts bestätigt, da nach seiner Ansicht die Klage nicht schlüssig begründet ist. Der Kläger habe im Berufungsrechtszug nicht vorgetragen, daß die Beklagten ihm eine Provision in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem von ihnen für die Höfe H [REDACTED] und De B [REDACTED] festgesetzten Kaufpreises und dem für den Erwerb der Höfe D [REDACTED] zu zahlenden versprochen hätten.

Der Kläger hat im ersten Rechtszug vorgetragen, er habe den Beklagten geraten, die wesentlich wertvolleren Höfe D [REDACTED] zu kaufen und ihnen dargelegt, weshalb diese ein günstigeres Kaufobjekt darstellten. Auf sein Anraten hätten die Beklagten die zuständige Grundkammer in Holland aufgesucht, die ihnen bestätigt habe, daß die Höfe D [REDACTED] ein günstigeres Kaufobjekt darstellten. Die Beklagten, die ein lebhaftes Interesse an dem Ankauf der Höfe D [REDACTED] bekundet hätten, hätten mit ihm zusammen Anfang Oktober die Höfe D [REDACTED] besichtigt. Er habe sich mit den Beklagten vor dieser Besichtigung in einem Hotel getroffen und nochmals, wie schon mehrmals zuvor, darauf hingewiesen, daß beim Ankauf der Höfe D [REDACTED] die gleichen Vereinbarungen gelten sollten wie für die Höfe H [REDACTED] und De B [REDACTED], nämlich, daß der Kläger die Differenz zwischen dem Kaufpreis und 820.000 DM erhalten sollte. Die Beklagten hätten sich damit einverstanden erklärt. Zum Beweise hierfür hat der Kläger sich auf das Zeugnis des Architekten M [REDACTED] berufen. Auch dem Makler O [REDACTED] sei auf Grund der Äußerungen der Beklagten bekanntgewesen, daß es zwischen dem Kläger und den Beklagten bei Ankauf der Höfe D [REDACTED] bei denselben Abmachungen bleiben sollte wie bei Ankauf der Höfe H [REDACTED] und De B [REDACTED].
Beweis: Zeugnis des Maklers O [REDACTED].

In der Berufungsbegründung hat der Kläger sich sodann zunächst mit den rechtlichen Erwägungen auseinandergesetzt, auf Grund deren das Landgericht die Klage abgewiesen hat. Er hat dann den Sachverhalt nochmals "zusammengefaßt vorgetragen und insgesamt - wie schon geschehen - unter Beweis gestellt: durch eidliche Parteivernehmung". Dieser Sachvortrag erfolgte auf ausdrückliches Verlangen des Klägers. Er enthielt nichts darüber, daß die für die Höfe H [REDACTED] und De B [REDACTED] getroffene Provisionsabrede durch eine mündliche Vereinbarung auch auf den Ankauf der Höfe D [REDACTED] erstreckt worden sei. In Ziffer IX der Berufungsbegründung heißt es schließlich "das gesamte erstinstanzliche Vorbringen wird wiederholt, die Ausführungen der Gegenseite werden bestritten, soweit nicht zugestanden. Weiterer Vortrag bleibt vorbehalten."

In ihrer Erwiderung hatten die Beklagten schriftsätzlich vorgebracht, die in Ansehung der Höfe De B [REDACTED] und H [REDACTED] zwischen dem Kläger und der beklagten Ehefrau getroffenen Vereinbarungen seien nicht auf die Höfe D [REDACTED] ausgedehnt worden. Wenn dies geschehen wäre, so wäre das wie bei allen anderen Vereinbarungen der Parteien schriftlich niedergelegt worden. Die beklagte Ehefrau habe sich vielmehr, obwohl der Kläger durch schriftliche Erklärung vom 8. August 1966 auf jegliche Maklerprovision und die Erstattung von Unkosten in Ansehung des Kaufpreises in voller Höhe verzichtet habe, bereit erklärt, die ortsübliche Maklerprovision zu zahlen. Diese Provision sei auch bei einem Notar in Holland hinterlegt worden.

Da der Kläger in seiner Berufungsbegründung die Behauptung, die für die Höfe De B [REDACTED] und H [REDACTED] getroffene Provisionsabrede sei durch eine mündliche Vereinbarung auf den Ankauf der Höfe D [REDACTED] erstreckt worden, nicht ausdrück-

wiederholt hatte, und die Beklagten andererseits substantiiert vorgetragen hatten, die beklagte Ehefrau habe sich nur bereit erklärt, eine Provision von insgesamt 3 % zu zahlen, hatte das Berufungsgericht Zweifel, ob der Kläger seine diesbezüglichen, von ihm im ersten Rechtszug aufgestellten Behauptungen wiederholen oder aufrechterhalten wollte. Zu der vom Berufungsgericht nach Erörterung der Sach- und Rechtslage im Verhandlungstermin gestellten Frage, ob er diese Behauptungen aufrechterhalten wolle, hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers keine Stellungnahme abgegeben. Das Berufungsgericht verkündete deswegen einen Beschluß, durch den dem Kläger bis zum 1. April 1968 aufgegeben wurde, neben anderem auch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob er behaupten wolle, daß die Vereinbarung betreffend die Höfe H. und De B. auch für die Höfe D. habe gelten sollen und ob das mündlich vereinbart sei. Zugleich beraumte es einen Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf 13. Mai 1968 an.

Am 5. April 1968, also nach Fristablauf, bat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers, die gesetzte Frist bis zum 20. April 1968 zu verlängern. Dem Antrag wurde entsprochen. Am 19. April bat er abermals, die Frist bis zum 5. Mai zu verlängern mit dem Hinweis, daß der Kläger erkrankt sei und mit hohem Fieber im Bett liege. Da eine Erklärung des Klägers bis zu dem auf den 13. Mai 1968 anberaumten Verkündungstermin nicht eingegangen war, verkündete das Berufungsgericht an diesem Tage das angefochtene Urteil, durch das die Berufung des Klägers zurückgewiesen und das klagabweisende Urteil des Landgerichts bestätigt wurde. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger wolle seine Behauptung, die bezüglich der Höfe H. und De B. getroffene

Vereinbarung sei durch eine mündliche Abrede auf den Ankauf der Höfe D■■■■ erstreckt worden, nicht aufrechterhalten. Der geltend gemachte Anspruch auf die Provision sei daher nicht schlüssig begründet.

Die von der Revision hiergegen gerichteten Angriffe greifen nicht durch. Der Kläger war sich der rechtlichen Bedeutung der hier in Rede stehenden Behauptung bewußt. Er hatte im ersten Rechtszug selbst vorgetragen: "Entscheidend für diesen Rechtsstreit jedoch ist und bleibt, daß die Beklagten dem Kläger mehrfach ausdrücklich, wie vorgetragen und unter Beweis gestellt worden ist, zugesichert haben, daß bei Ankauf der Höfe D■■■■ die gleichen Bedingungen gelten sollten, wie für den Ankauf der Höfe H■■■■ und De. B■■■■ zwischen den Parteien festgelegt worden waren. Danach sollte der Kläger den Differenzbetrag zwischen Kaufpreissumme und 820.000 DM erhalten." Zum Beweise für diese Behauptung hatte er sich im ersten Rechtszug auf das Zeugnis des Architekten M■■■■ und des Maklers O■■■■ berufen.

Es war auffällig, daß diese Vereinbarung nicht schriftlich getroffen war, obwohl die sonstigen zwischen den Parteien getroffenen Absprachen alle schriftlich festgehalten waren. Schließlich war auffällig, daß die Beklagten sich bereit gefunden haben sollten, dem Kläger eine Provision von 215.000 DM zukommen zu lassen. Das waren etwas über 35 % des Kaufpreises.

Der Kläger hat diese Behauptung, die er im ersten Rechtszug als für den Rechtsstreit entscheidend herausgestellt hatte, in der Berufungsbegründung nicht ausdrücklich wiederholt, obwohl er in ihr eine eingehende Schilder-

rung seiner Tätigkeit und der geführten Verhandlungen gab. Das Berufungsgericht handelte im Rahmen der ihm nach § 139 ZPO obliegenden Aufklärungspflicht, indem es in der mündlichen Verhandlung die Frage stellte, ob der Kläger die Behauptung aufrechterhalten wollte, die schriftliche Vereinbarung über die ihm bei einem Ankauf der Höfe H. und De B. zufallende Vergütung (Beteiligung) sei mündlich auf das neue Ankaufsprojekt D. erstreckt worden. Nach der Prozeßlage, insbesondere dem Inhalt der Berufungsbeurkundung des Klägers und der Berufungsbeantwortung der Beklagten bestand in der Tat Anlaß, diese Frage zu stellen. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers konnte durch diese Frage nicht überrascht sein. Eine Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung war von ihm zu erwarten, da er den Sachverhalt vorzutragen hatte, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleitete (§§ 137, 138 ZPO). Das Berufungsgericht kam dem Kläger entgegen, indem es ihm eine Frist stellte, die vermißte Erklärung nachzuholen. Eine solche Fristsetzung zur nachträglichen Einreichung eines Schriftsatzes ist gemäß § 272 a ZPO möglich, wenn eine Partei in der mündlichen Verhandlung auf eine Behauptung des Gegners deshalb eine Erklärung nicht abgeben kann, weil ihr die Behauptung nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt worden ist. Im vorliegenden Fall lag es allein am Kläger oder an seinem Prozeßbevollmächtigten, daß in der mündlichen Verhandlung zu der Anfrage des Gerichts und zu dem Vortrag der Beklagten keine Stellung genommen werden konnte. Es bestehen keine Bedenken, auf einen solchen Fall die Vorschrift des § 272 a ZPO entsprechend anzuwenden, um hierdurch einer Partei in ihrem Interesse eine nachträgliche Erklärung zu

ermöglichen (vgl. Stein/Jonas ZPO-Komm. 19. Aufl. Anm. II 1 b zu § 272 a ZPO). Da ein Schriftsatz des Klägers innerhalb der vom Berufungsgericht gesetzten und dann verlängerten Frist nicht eingegangen war und der Kläger auch nicht bis zu dem Zeitpunkt einen Schriftsatz nachgereicht hatte, bis zu dem er eine weitere Fristverlängerung gewünscht hatte, konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß der Kläger seine frühere Behauptung über die Erstreckung der Vergütungsvereinbarung auf einen anderen Sachverhalt nicht wiederholen und insoweit dem Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbeantwortung nicht entgegentreten wollte. Dem Kläger ist das rechtliche Gehör nicht versagt worden. Da er sich der Bedeutung der in Frage stehenden Tatsache bewußt war und da das Berufungsgericht mit seinem Prozeßbevollmächtigten die Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung erörtert hatte, mußte der Kläger damit rechnen, daß das Berufungsgericht so verfahren würde, wie es geschehen ist.

Da die Klage nicht schlüssig begründet ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob die Erstreckung der für die Höfe H[REDACTED] und De B[REDACTED] getroffenen Vereinbarung auf den Ankauf der Höfe D[REDACTED] nach den gegebenen Umständen, insbesondere im Hinblick auf die außerordentliche Höhe der zu zahlenden Provision, nach § 138 BGB sittenwidrig und nichtig wäre.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz