

11

BUNDESGERICHTSHOF

2032 021

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 788/68

URTEIL

Verkündet am

28. Mai 1969
B l e c h e r ,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Wirtschaftsberaters Bernhard Hermann B [REDACTED],
M [REDACTED], A [REDACTED]-R [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Lebensmittelkaufmann Gerd Heinz L [REDACTED],
M [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED], (D [REDACTED]-H [REDACTED]),

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenient: Konsul a.D. Eduard S [REDACTED],
M [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. F. [REDACTED],
[REDACTED]

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. April 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Wüstenberg, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Dezember 1966 wird zurückgewiesen. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das Anwesen Kaufinger Straße 9/Fürstenfelderstraße 7 (die S■■■■-Passago) in M■■■■ gehörte dem Nebenintervenienten, dem Konsul a.D. S■■■■, zu 55 % und dessen in Innsbruck lebender Schwester, der Gräfin Q■■■■, zu 45 %. S■■■■ beauftragte den Beklagten mit dem Verkauf seines Anteils. Unter dem 22. Februar 1961 und dem 31. Juli 1961 vereinbarten beide, daß der Kaufpreis, soweit er 3.190.000 DM für den Anteil des S■■■■ übersteigen würde, dem Beklagten als Entgelt für seine Bemühungen zufließen solle (Anlage zu Bl. 41 GA).

- 3 -

Der Beklagte zog den Kläger zu. Am 6. März 1961 schlossen die Parteien einen Vertrag, in dem dem Kläger vom Beklagten die "Alleinverkaufsrechte" der 55 %-Anteile des Anwesens "zur Vermittlung angeboten" wurden. Für das Gesamtobjekt seien maximal 5.800.000 DM angesetzt. Werde beim Verkauf durch Vermittlung des Klägers ein höherer Verkaufserlös erzielt, so gehöre der Mehrerlös den Parteien als Verkaufsprovision zu gleichen Teilen (Bl. 5 GA). Dementsprechend unterzeichnete S [REDACTED] am 5. April 1961 eine Urkunde, nach der der Beklagte von ihm beauftragt und bevollmächtigt sei, Verkaufsverhandlungen über seinen Immobilienbesitz mit Interessenten des Klägers gemeinsam mit diesem zu führen (Anlage 1 zu Bl. 18 BA). Am 8. Juli 1961 unterzeichneten die Parteien eine Urkunde, nach der der Beklagte an den Kläger den ganzen Betrag abtrat, der über 5.800.000 DM hinaus beim Verkauf des Anwesens S [REDACTED]-Passage erzielt werde und den der Beklagte von S [REDACTED] mit Schreiben vom 22. Februar 1961 zugesagt bekommen habe, da der Kläger den größten Anteil für diese Verbindung weitergeben müsse; das gelte nur, wenn der Käufer vom Kläger gebracht werde (Bl. 11 GA).

Unter dem 28. Juli 1961 erhielt der Beklagte eine weitere Vollmacht von S [REDACTED] zur Durchführung der Verkaufsverhandlungen über seinen Anteil an der S [REDACTED]-Passage mit der T [REDACTED] I [REDACTED] T [REDACTED] in Zürich (Bl. 12 GA), die vorher schon mit dem Kläger in Verbindung gestanden hatte (Anlage 3 zu Bl. 188 GA).



Am 10. August 1961 schrieb S [REDACTED] an den Beklagten, seine Erklärungen vom 22. Februar 1961 und 31. Juli 1961, nach denen der Beklagte den bei dem Verkauf des Anwesens erzielten Überpreis habe erhalten sollen, seien gefertigt worden, "damit deren Nutznießung von Ihnen auf den Vermittler ... (den Kläger) übertragen wird. Es sollte damit die Vergütung des ... (Klägers) für seine Tätigkeit zum Ausdruck kommen. Die Übertragung oder Zession ist bereits erfolgt, wie Sie mir sagten. Es herrscht Klarheit darüber, daß demnach der oben erwähnte Mehrpreis nicht Ihnen, sondern ... (dem Kläger) zugute kommen soll, da Sie ja anderweitig von mir honoriert werden." Im übrigen wurde dem Beklagten in dem Schreiben eine Provision von 3 % des Kaufpreises, bei einem ohne Mitwirkung des Beklagten zustandekommenden Verkauf eine Provision von 1 % zugesagt. Alle früheren Abmachungen, die nicht in dem Brief aufgeführt seien, seien hinfällig (Anlage zu Bl. 158 GA).

Am 25. August 1961 schrieb der Kläger dem Beklagten, offenbar in Bezug auf die Abtretungsurkunde von 8. Juli 1961: "Ich habe Ihnen einmal ein Originalschreiben für die Verhandlung nach Innsbruck gegeben. Sie verlangten von mir, daß ich dies ohne Copie machen soll und blieben neben der Schreibmaschine stehen, daß solches auch geschieht. Wir haben abgesprochen, daß Sie mir dieses Originalschreiben wieder zurückreichen, sollte das Ergebnis in Innsbruck nicht in Ordnung gehen Ich verlange um die postwendende Rückreichung in Original dieses Schreiben vom 8. 7. 1961 ..." (Bl. 44 GA).

In diesem Schreiben sowie in einem an Schüssel gerichteten Schreiben von demselben Tage (Bl. 134 GA) glaubte der Kläger auch ein Entgelt verlangen zu können für ein Wertgutachten, das er über das Anwesen erstattet hatte. Dem trat der Beklagte mit einem Schreiben vom 27. August 1961 entgegen (Bl. 22 GA); doch wies er in diesem Schreiben darauf hin, daß S. sich im Falle eines Verkaufs des Objekts für 5.800.000 DM bereit erklärt habe, den Kläger mit 3.500 DM partizipieren zu lassen. Außerdem räumte er dem Kläger ein, sich weiterhin um einen Käufer zu bemühen.

Bei seinen Bemühungen kam der Kläger im Oktober 1961 mit dem Grundstücksmakler La. in Verbindung, dem er den Anteil des S. an dem Anwesen zum Verkauf anbot. Er schrieb ihm am 16. Oktober 1961, da S. keine Honorare bezahle, müsse der Käufer die hier anfallenden 3 % Gesamthonorare bezahlen; La. müsse sich so absichern, daß für ihn und den Kläger kein Schaden entstehe. Direkte Verhandlungen mit S. seien zu unterlassen, da er dies nicht wünsche (Anlage I zu Bl. 32 BA). La. interessierte bereits im nächsten Monat die B. Hypotheken- und Wechselbank (Hypobank) für das Objekt.

S. erfuhr davon und schrieb dem Kläger am 13. Januar 1962, dieser habe, nachdem die Aktion mit einer Schweizer Gruppe (T.) gescheitert sei, keinen Auftrag, den Immobilienbesitz anderweitig anzubieten, er untersage ihm, weitere diesbezügliche Schritte zu unternehmen und das Anwesen ohne vorherige Rücksprache anzubieten (Bl. 15 GA). Ein ähnliches Schreiben vom

15. Januar 1962 sandte S [REDACTED] an La [REDACTED]; wenn er das Grundstück an die Hypobank, mit der er seit 33 Jahren in Geschäftsverbindung stehe, verkaufen wolle, so wisse er selbst die einzuschlagenden Wege (Bl. 33 GA).

Am 26. Januar 1963 schrieb der Kläger an den Beklagten, wie dieser ihm mitgeteilt habe, sei Schlüssel mit dem Vorschlag einverstanden, daß der 3.190.000 DM übersteigende Erlös unmittelbar nach Vertragsabschluß als Vermittlungsprovision zur Auszahlung gegeben werde; für S [REDACTED] seien damit alle Verkaufsvergütungen an ihn, den Kläger, und seine Mittelsleute erledigt. Er, der Kläger, brauche darüber eine schriftliche unwiderrufliche Erklärung (Anlage zu Bl. 194 GA). S [REDACTED] bestätigte am 28. Januar 1963 dem Beklagten, daß er mit einem Kaufpreis von 3.190.000 DM einverstanden sei, der bei einem Verkauf diese Summe übersteigende Betrag sei an den Beklagten abzuführen (Bl. 14 GA).

Nachdem S [REDACTED] am 16. Februar 1963 den Beklagten bevollmächtigt hatte, mit einem weiteren Interessenten (Dr. Ha [REDACTED]) Verhandlungen zu führen (Bl. 13 GA), be- anstandete er erneut das Verhalten des Klägers in der Verkaufsangelegenheit (Aktennotiz vom 28. Juni 1963, Bl. 35 GA), und am 29. Juni 1963 teilte er dem Beklagten mit, der Kläger habe weder von ihm noch von der Hypobank in Bezug auf Provisionsfragen etwas zu erwarten, auch La [REDACTED] gehe ihn nichts an. Er, der Beklagte, und seine Schwiegermutter erhielten von ihm in jedem Verkaufsfall 1 % der Summe, die sich für seine 55 % errechne. Als neuen Verkaufspreis für die 100 % werde er künftig 7.250.000 DM verlangen,

55 % davon seien 3.987.500 DM (Bl. 16 GA). Der Kläger teilte dem Makler La [REDACTED] am 21. August 1963 nochmals mit, daß S [REDACTED] keine Honorare zahle und der Käufer das Gesamthonorar zu entrichten habe (Bl. 37 GA). Dieses Schreiben des Klägers an La [REDACTED] veranlaßte S [REDACTED], den Kläger auf sein Verbot, in seiner Sache tätig zu sein, hinzuweisen; es sei ein Vertrauensbruch, die einen bestimmten Kaufinteressenten betreffende Vollmacht vom 5. April 1961 (Anlage zu Bl. 18 BA) noch zu verwenden (Schreiben vom 26. August 1963 Bl. 125 GA). Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 31. Oktober 1963 (Bl. 121 GA).

Durch notariellen Vertrag vom 23. August 1963 wurde der Anteil des S [REDACTED] an dem Anwesen für 3.600.000 DM an die Pensions- und Sterbekasse der Beamten und Bediensteten der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank VVaG (Pensionskasse) veräußert. Der Kaufpreis wurde am 12. Dezember 1963 gezahlt.

Aus diesem Geschäft erhielt der Kläger am 13. Januar 1964 durch die Pensionskasse im Auftrag von La [REDACTED] unmittelbar 36.000 DM überwiesen (Schreiben der Pensionskasse vom 9. Januar 1964, Bl. 69 GA). Die vom Kläger gegen La [REDACTED] erhobene Klage, mit der er von diesem einen höheren Anteil an der vom Käufer gezahlten Provision verlangte, wurde rechtskräftig abgewiesen. Der Beklagte erhielt von Schlüssel 1 % des Kaufpreises, also ebenfalls 36.000 DM. Im übrigen sind wegen behaupteter weiterer Provision Klagen des Beklagten gegen S [REDACTED] anhängig.

In dem vorliegenden Rechtsstreit beansprucht der Kläger von dem Beklagten die Hälfte des Kaufpreises, der über den Betrag von 3.190.000 DM hinaus für den Verkauf der S█████-Passage an die Pensionskasse erzielt worden ist, also die Hälfte der Differenz zwischen 3.600.000 DM und 3.190.000 DM mit 205.000 DM. Außerdem gründet er den von ihm geltend gemachten Anspruch darauf, daß ihm für das von ihm für das Anwesen gefertigte Wertgutachten ein Entgelt zustehe. Er hat einen Teilbetrag eingeklagt und beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 20.000 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat vorgebracht, er sei nicht passiv legitimiert, da er alle Ansprüche gegen S█████ mit dessen Wissen an den Kläger abgetreten habe. Außerdem habe sich die Vereinbarung vom 6. März 1961 nur auf eine bestimmte Schweizer Interessentengruppe bezogen. Auch S█████ habe ihm, dem Beklagten, jeweils nur Spezialvollmachten ausgestellt.

Der Kläger hat erwidert, die Abtretung vom 8. Juli 1961 sei nur zum Schein erklärt worden und nicht ernstlich gewollt gewesen. Sie habe, da der in der Erklärung genannte Schweizer Kaufmann nicht existiert habe, nur bei Verhandlungen in Innsbruck mit dem Bevollmächtigten der Inhaberin der restlichen 45 % des Anwesens oder zu steuerlichen Zwecken dienen sollen. Die Urkunde sei ferner durch

Parteiabsprache zeitlich überholt und die Abtretung unter der Bedingung erfolgt, daß Schüssel an den Beklagten eine Provision von 3 % zahle.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt.

Im Berufungsrechtszug ist ihm Schüssel, dem er den Streit verkündet hatte, als Nebenintervenient beigetreten. Dieser hat sich dem Antrag des Beklagten, die Klage abzuweisen, angeschlossen. Er hat vorgetragen, die Parteien hätten keinen allgemeinen und uncingeschränkten Auftrag gehabt, die S██████-Passage unter allen Umständen an irgendeinen Käufer zu verkaufen. Als sich die Verhandlungen mit Transcontinent zerschlagen hätten, seien die von ihm, S██████, ausgestellten Vollmachten gegenstandslos geworden. Der Beklagte sei nur von Fall zu Fall besonders beauftragt gewesen. Zwischen allen Beteiligten sei klar gewesen, daß bei einem Verkauf an die Hypobank eine Provision nicht in Frage komme; damit seien der Kläger und der Beklagte einverstanden gewesen.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts geändert und die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Nebenintervenienten Konsul a.D. S [REDACTED] und dem Beklagten im Innenverhältnis als einen Maklervertrag gekennzeichnet, wobei der Maklerlohn nicht wie sonst üblich in einem Prozentsatz des Erlöses habe bestehen sollen, sondern in dem Betrag, um den die tatsächlich erzielte Kaufsumme den vereinbarten Festpreis übersteigen würde. Später wurde diese Honorarvereinbarung im Verhältnis zwischen S [REDACTED] und dem Beklagten dahin ergänzt, daß der Beklagte für sich selbst nicht den Überpreis, sondern einen bestimmten Prozentsatz des erzielten Kaufpreises erhalten sollte, während der Überpreis auf Grund der zwischen den Parteien erfolgten Zession vom 8. Juli 1961 (Bl. 11 GA) an den Kläger fallen sollte (Schreiben des Schlüssel an den Beklagten vom 10. August 1961, Anlage zu Bl. 158 GA, und vom 29. Juni 1963, Bl. 16 GA).

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten wurden zunächst durch den Vertrag vom 6. März 1961 (Bl. 5 GA) gestaltet. In dieser Vereinbarung bot der Beklagte die ihm angeblich übertragenen Alleinverkaufsrechte für den Anteil des S [REDACTED] an dem Anwesen dem Kläger zur Vermittlung an. Der beim Verkauf erzielte Mehrerlös, soweit er den für das ganze Objekt angesetzten Festpreis von 5.800.000 DM überstieg, sollte als Verkaufsprovision zu gleichen Teilen beiden Parteien gehören, außer wenn der Käufer nicht durch den Kläger gefunden wurde.

Es ist rechtlich unangreifbar, daß der Betrag, der dem Kläger in der Vereinbarung vom 6. März 1961 als Verkaufsprovision zugesagt ist, kein Entgelt für ein über das Anwesen des Nebenintervenienten erstattetes Wertgutachten darstellt. Daß zusätzlich ein solches von dem Beklagten an den Kläger zu entrichtendes Entgelt vereinbart sei, ist nicht festgestellt. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind auf das durch den Vertrag vom 6. März 1961 begründete Rechtsverhältnis die Vorschriften des Maklerrechts anzuwenden; es handele sich um einen Untermaklervertrag. Auch diese Auffassung ist nicht zu beanstanden.

In einem solchen Verhältnis soll der Untermakler gegenüber dem Hauptmakler eine unterstützende Tätigkeit ausüben. Er soll ihm bei seinem Bestreben, die vom Auftraggeber zugesagte Provision zu verdienen, helfen. Als Gegenleistung wird ihm eine Beteiligung an der dem Hauptmakler zugesagten Vergütung versprochen. Die Eigenart dieses Verhältnisses bringt es mit sich, daß sich die Tätigkeit des Untermaklers bei Meinungsverschiedenheiten in dem Rahmen halten muß, der für das Verhältnis vom Auftraggeber zum Hauptmakler gilt. Im Zweifel wird ferner der Grundsatz gelten, daß eine Entlohnung nur dann eintritt, wenn der Vergütungsanspruch des Hauptmaklers auch durchsetzbar ist. Wird der Auftraggeber etwa insolvent, so könnte nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden, daß der Hauptmakler im Verhältnis zum Untermakler dieses Insolvenzrisiko tragen muß. Denn das Verhältnis der beiden ist darauf angelegt, die erreichbare Vergütung zu teilen. Wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, kann der

56

Untermakler vom Hauptmakler auch nicht verlangen, daß er sich in allen Schritten nach den Interessen des Untermaklers richtet. Bestehen Zweifel, ob für eine geleistete Tätigkeit ein Provisionsanspruch gegen den Auftraggeber entstanden ist, so kann sich der Untermakler grundsätzlich nicht auf den Standpunkt stellen, ihn gingen diese Zweifel nichts an. Vielmehr kann der Hauptmakler in solchen Fällen seiner Verpflichtung gegen den Untermakler nach den Umständen schon dadurch gerecht werden, daß er die streitige Provisionsforderung gegen den Auftraggeber dem Untermakler in Höhe seines Anteils abtritt (vgl. RG JW 1918, 301; Dyckerhoff/Rinke: Recht d. Immobilienmaklers 5. Aufl., S. 146). Das kann insbesondere der Fall sein, wenn dem Hauptmakler aus geschäftlichen Interessen nicht zugemutet werden kann, die Vergütungsklage gegen den Auftraggeber selbst durchzuführen.

3. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte von vornherein durch die Vereinbarung vom 8. Juli 1961 (Bl. 11 GA) seinen Provisionsanspruch gegen S [REDACTED] auf den Übererlös an den Kläger abgetreten unter der Bedingung, daß der Käufer vom Kläger gebracht werde. In der Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß diese Bedingung eingetreten ist; denn das Berufungsgericht hat zwar nicht eindeutig festgestellt, aber als wahrscheinlich bezeichnet, daß die Einschaltung des Klägers für den Verkauf der S [REDACTED]-Passage an die Pensionskasse mitursächlich war.

Diese dem Auftraggeber mitgeteilte Abtretung bedeutete für den Kläger eine erhebliche Sicherung. Die Rechtsprechung gestattet es nämlich in gewissen Grenzen dem Hauptmakler, nachträglich die Provisionsforderung mindernde Abreden mit dem Auftraggeber zu treffen, ohne daß der Untermakler hieraus Ansprüche gegen den Hauptmakler herleiten kann (RGZ 88, 1, 3; RG JW 1918, 301). Durch die Abtretung war der Beklagte an solchen Verfügungen rechtlich verhindert, denn auch eine zukünftige oder bedingte Forderung kann nach der Abtretung nicht mehr durch Verfügungen des Zedenten zum Nachteil des Zessionars beeinträchtigt werden (§ 161 Abs. 1 Satz 1 BGB; BGH LM § 15 KO Nr. 1; BGB-RGRK § 398 Anm. 31). Außerdem erreichte es der Kläger, daß ihm die Vergütungsforderung auf den Übererlös in voller Höhe abgetreten wurde. Sollte es richtig sei, daß sich der Beklagte zu dieser Abtretung nur deshalb bereit gefunden hat, weil ihm der Kläger erklärt hatte, er müsse einen hohen Betrag an einen Zwischenvermittler zahlen, so kann der Kläger aus der Unrichtigkeit seiner eigenen Behauptung nicht die Wirkungslosigkeit der Abtretung herleiten.

Im übrigen hat sich das Berufungsgericht mit den Bedenken, die der Kläger gegen die rechtliche Wirkung, den Umfang und die Fortgeltung der Forderungsabtretung erhoben hat, eingehend auseinandergesetzt. Es ist dabei ohne Rechtsfehler zu der Überzeugung gelangt, daß die Abtretung rechtlich wirksam war und nicht aufgehoben worden ist.

Entgegen der Auffassung der Revision trifft es nicht zu, daß der Beklagte die Behauptung des Klägers, die Abtretung sei nur zum Schein erfolgt, unbestritten gelassen habe. Wenn der Beklagte gegenüber dem Vorbringen des Klägers, die Abtretungserklärung habe nur zur Vorlage bei einer Besprechung in Innsbruck dienen sollen, geantwortet hat, ihm sei davon nichts bekannt, so hat er damit nicht sagen wollen, er wisse das nicht, vielmehr hat er offenbar diese Zweckbestimmung der Vereinbarung, über die sich nach dem Vortrag des Klägers beide Parteien einig gewesen sein sollen, in Abrede gestellt. Der Vortrag des Klägers über die Scheinabtretung hat auch nicht deshalb als zugestanden zu gelten, weil der Beklagte sich zunächst auf ein einfaches Bestreiten beschränkt und erst in der Berufungsinstanz Angaben darüber gemacht hat, weshalb es zur Abtretung der ganzen Überpreisforderung gekommen sei.

Es kann der Revision ferner nicht zugegeben werden, daß der Scheincharakter der in der Urkunde vom 8. Juli 1961 enthaltenen Erklärungen oder ihre mangelnde Ernstlichkeit nicht vom Kläger nachzuweisen, sondern vom Beklagten zu widerlegen sei. Darauf, daß die Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich habe, braucht nicht abgestellt zu werden. Entscheidend ist, daß in der Urkunde vom 8. Juli 1961 Erklärungen der Parteien vorliegen, die sich äußerlich als rechtsgeschäftliche Willenserklärungen darstellen. Daß sie zum Schein abgegeben oder nicht ernstlich gemeint gewesen seien, muß beweisen, wer sich darauf beruft, hier also der Kläger (BGB-RGRK § 117 Anm. 21, § 118 Anm. 2).

Das Berufungsgericht hat nicht als erwiesen angesehen, daß die Vereinbarung vom 8. Juli 1961 nicht ernstlich oder nur zum Schein gewollt gewesen sei. Es hat die Umstände, unter denen die Urkunde aufgesetzt wurde, berücksichtigt, daraus aber nichts zugunsten der Auffassung des Klägers herzuleiten vermocht. Daraus, daß die Urkunde vom 8. Juli 1961 bei Verhandlungen mit dem Bevollmächtigten der Gräfin Q. über den Verkauf ihrer Anteile habe vorgelegt werden sollen, brauchte das Berufungsgericht nicht auf die Nichtigkeit der in der Urkunde enthaltenen Erklärungen zu schließen. Auch liegt die Annahme nahe, daß die Aussage des Beklagten über Verhandlungen in Innsbruck, die den "restlichen Hälfteanteil" betrafen, sich nicht, wie die Revision meint, auf die Hälfte der Provision, sondern auf den Miteigentumsanteil der Gräfin Quandt an der S. -Passage bezog, mochte dieser Anteil auch nicht ganz die Hälfte umfassen; die von der Revision aus der Aussage des Beklagten gezogenen Folgerungen sind deshalb hinfällig. Ohne Bedeutung für die Rechtsbeständigkeit der Abtretung ist es schließlich, daß es in dem angefochtenen Urteil an einer Stelle heißt, es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Urkunde vom 8. Juli 1961 inhaltlich falsch sei, während an anderer Stelle ausgesprochen wird, der Kläger habe eingeräumt, irgendwelche Schweizer Vermittler hätten niemals existiert. Von dem Vorhandensein solcher Vermittler wurde nach der unangreifbaren Ansicht des Berufungsgerichts die Wirksamkeit der Abtretung nicht abhängig gemacht.

Für die Behauptung des Klägers, die Abtretung vom 8. Juli 1961 habe eine Steuerhinterziehung und Gesetzesumgehung dargestellt, fehlt es nach der Überzeugung des Berufungsgerichts an jeder Beweiskraft. Die Revision kann

dieser tatrichterlichen Erwägung nicht entgegentreten, indem sie unter Hinweis auf Art. 4 des Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens (Bekanntmachung vom 11. November 1959, BGBl II, 1252) dartut, wie die Beteiligten durch die Abtretung die Heranziehung zu Steuerleistungen in Deutschland hätten vermeiden können. Das Berufungsgericht hat derartige Behauptungen des Klägers, der auch in dieser Hinsicht die Beweislast hat, nicht als erwiesen angesehen.

Als einen unbeachtlichen geheimen Vorbehalt hat das Berufungsgericht die Überlegung des Beklagten gewertet, er sei bei der Einwilligung in die Abtretung davon ausgegangen, S. [REDACTED] werde ihm (dem Beklagten) zusätzlich einen Prozentsatz des Kaufpreises als Provision versprechen und zahlen. Wenngleich der Beklagte angegeben hat, er habe eine solche Erwartung wahrscheinlich auch dem Kläger gegenüber laut werden lassen, so konnte doch das Berufungsgericht annehmen, daß die Überlegungen des Beklagten nicht als Bedingung im Rechtssinne in den Abtretungsvertrag aufgenommen wurden und daß die Abtretung auch im übrigen nicht durch Parteiabsprachen oder andere Umstände überholt und gegenstandslos geworden ist. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht auf das Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 26. Januar 1963 (Anlage zu Bl. 194 GA) hingewiesen und aus diesem entnommen, daß der Kläger die Zession lange Zeit hindurch selbst ernst genommen hat.

Entgegen der Meinung der Revision läßt sich darin, daß der Kläger vom Beklagten die Herausgabe der Abtretungsurkunde vom 8. Juli 1961 verlangte, keine Anfechtungserklärung nach Maßgabe des § 123 BGB erblicken. Der Kläger

will die Herausgabe der Urkunde gefordert haben, weil die Abtretung nur zum Schein und zur Erreichung bestimmter außerhalb der Abtretung liegender Zwecke erfolgt sei und ihre Erledigung gefunden habe, nachdem dieser von beiden Parteien beabsichtigte Zweck nicht eingetreten sei; er habe einen Mißbrauch des Dokuments verhüten wollen (Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 25. August 1961 Bl. 45 GA). Diese Erklärungen lassen sich nicht in eine Anfechtungserklärung, durch die ein wirksames Geschäft rückwirkend beseitigt werden sollte, umdeuten.

4. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Abtretung einvernehmlich zum Zweck der Erfüllung der von Beklagten im Vertrag vom 6. März 1961 übernommenen Verpflichtung erfolgt ist. Offen gelassen hat das Berufungsgericht, ob die Forderungsabtretung an Zahlungs Statt oder zahlungshalber gelten sollte.

Daß der Kläger im Falle der Abtretung an Zahlungs Statt keinen vertraglichen Anspruch gegen den Beklagten hat, bedarf keiner weiteren Ausführungen (§ 364 Abs. 1 BGB).

Aber auch bei einer Abtretung erfüllungshalber kann der Kläger einen ihm gegen den Beklagten etwa zustehenden Anspruch derzeit nicht durchsetzen. Denn durch die Abtretung erfüllungshalber wird das zwischen dem Zedenten und dem Zessionar bestehende Schuldverhältnis dahin geändert, daß der Zessionar verpflichtet ist, zunächst aus der abgetretenen Forderung mit verkehrsmäßiger Sorgfalt seine Befriedigung zu suchen; er muß die abgetretene Forderung notfalls auch im Wege der Klage geltend machen (RGZ 65, 79, 81; 114, 347, 348; 160, 1; RG WarnRspr 1913 Nr. 136; RG HRR 1928 Nr. 278). Der Kläger muß also zunächst, gegebenenfalls auch

durch einen gegen den Schuldner der abgetretenen Forderung zu führenden Rechtsstreit, klären, ob der ihm abgetretene Anspruch besteht und durchsetzbar ist. Bevor feststeht, daß er auf diesem Wege keine Befriedigung zu erlangen vermag, kann er sich nicht an den Beklagten halten. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß der Beklagte und der Kläger zueinander im Verhältnis von Hauptmakler und Untermakler stehen: Der Untermakler kann, worauf schon hingewiesen worden ist, nicht ohne weiteres verlangen, daß der Hauptmakler seinen Provisionsanspruch gegen den Geschäftsherrn geltend macht und dann an ihn, den Untermakler, den ihm zustehenden Anteil abführt; es kann, wie ausgeführt worden ist, so liegen, daß er sich mit der Abtretung des Provisionsanspruchs begnügen muß. Um so eher kann der Hauptmakler den Untermakler auf den Anspruch gegen den Geschäftsherrn verweisen, wenn er ihm diesen Anspruch bereits abgetreten hat.

5. Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, der Beklagte müsse, da die Realisierung der abgetretenen Vorgütungsforderung gegen S [REDACTED] zweifelhaft sei, nach Treu und Glauben schon jetzt die unstreitig von Schlüssel erhaltenen 36.000 DM mindestens teilweise an den Kläger als angemessene Entlohnung seiner für den Beklagten geleisteten Tätigkeit herausgeben. Der Beklagte hat die 36.000 DM als Entgelt für seine allgemein geleistete Arbeit bei den Bemühungen um den Verkauf der S [REDACTED]-Passage erhalten. Andererseits hat sich der Kläger von der Käuferseite ebenfalls 36.000 DM zahlen lassen und in diesem Zusammenhang gegenüber dem Makler La [REDACTED] die Behauptung aufgestellt, von dem Verkäufer S [REDACTED] sei keine Entlohnung zu erwarten. Einstweilen haben also beide Parteien den gleichen Betrag für die in der Angelegenheit entwickelte Tätigkeit erhalten.

Es mag dahinstehen, ob dem Kläger unter diesen Umständen noch eine Forderung auf Entlohnung seiner Tätigkeit gegen den Beklagten zusteht, wenn sich herausstellen sollte, daß nicht nur gegenüber der Käuferin und La [REDACTED], sondern auch gegenüber dem Verkäufer S [REDACTED] keine weiteren Provisionsforderungen zu realisieren sind. Da das Berufungsgericht diese Frage, die das Gebiet der ergänzenden Vertragsauslegung betrifft, offen gelassen hat, ist dem Senat eine endgültige Beurteilung verwehrt. Auch unter Berücksichtigung der bisher an die Parteien gezahlten Vergütungen handelt der Beklagte jedenfalls nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise den mit dem Kläger getroffenen Abreden zuwider, wenn er diesen darauf verweist, er möge vorerst eine Befriedigung aus der abgetretenen Forderung zu erreichen versuchen.

6. Das Verhandlungsergebnis gibt keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß der Beklagte den Kläger in einer gegen die Vertragspflichten verstoßenden Weise aus dem Geschäft gedrängt und ihm hierdurch einen Vermögensschaden zugefügt hat. Wenn der Kläger vorträgt, der Beklagte habe seine Stellung als Abtretungsempfänger der Forderung auf den Überpreis beeinträchtigt, so ist nicht ersichtlich, inwieweit eine solche Beeinträchtigung überhaupt rechtlich möglich war. Im übrigen ist der Vortrag des Klägers aus diesem Gesichtspunkt nicht ausreichend substantiiert.

7. Nach alledem ist die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Dr. Hauß

Wüstenberg

Dr. Pfiretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz