

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV_ZR_805/68

URTEIL

Verkündet am

9. Juli 1969

B l e c h e r ,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W [REDACTED] M [REDACTED]-G [REDACTED] GmbH, F [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den alleinigen Gesell-
schafter Heinrich S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Rechtsnachfolger des am 18. Dezember 1968 verstorbenen
Landwirts Erwin B [REDACTED]

1. Frau Eleonore I [REDACTED], H [REDACTED]/Ruhr, H [REDACTED]straße [REDACTED],
2. Landwirt Erwin B [REDACTED], W [REDACTED], Im K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Johannsen, Wüstenberg, Dr. Reinhardt und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. Oktober 1967 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 30. November 1964 verkaufte der Rechtsvorgänger der Beklagten (weiterhin Beklagter genannt) mehrere Grundstücke in W. an den Bauunternehmer U.. Auf Grund der gleichzeitig erklärten Auflassung wurde dieser später als Eigentümer der Grundstücke im Grundbuch eingetragen.

Der damalige Rechtsanwalt R. hatte dem Beklagten den Bauunternehmer U. als Interessenten zugeführt. Nach Abschluß des Kaufvertrags beanspruchte R. vom Beklagten eine Vermittlungsprovision in Höhe von 5 % des Kaufpreises, nämlich in Höhe von 64.000 DM. Diesen Anspruch trat er an die Klägerin ab.

Die Klägerin hat mit der Klage einen Teilbetrag des abgetretenen Anspruchs geltend gemacht und beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 5.000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Januar 1966 zu zahlen.

Sie hat behauptet, R. habe den Beklagten auf dessen Absicht, ein größeres Baugelände zu veräußern, im September oder Oktober 1964 angesprochen und ihn darauf hingewiesen, daß sich einer seiner Klienten für den Ankauf interessieren könne. Der Beklagte sei mit der Vermittlungstätigkeit des R. einverstanden gewesen und habe bemerkt, wenn das Geschäft zustandekomme, solle R. nicht zu kurz kommen. R. habe dann Verhandlungen zwischen U. und dem Beklagten angebahnt; dieser habe R. mündlich zugesagt, im Falle des Abschlusses 5 % Provision zu zahlen. R. habe an verschiedenen Unterredungen zwischen den Vertragsparteien teilgenommen, sei aber zur Beurkundung des Vertrags nicht zugezogen worden.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß der Klägerin ihm gegenüber auch ein über die Klageforderung hinausgehender, ihr von R. abgetretener Provisionsanspruch nicht zustehe.

Er hat vorgetragen, bei dem ersten Gespräch mit R. habe er darauf hingewiesen, daß er bereits einen Interessenten habe, der 1.250.000 DM biete. R. habe erklärt, der von ihm in Betracht gezogene Interessent werde voraussichtlich 1.450.000 DM zahlen. Darauf habe er geantwortet, wenn R. einen Vertrag zu diesen Bedingungen zustandebringe, bekomme er 30.000 DM mit. Damit sei R. einverstanden gewesen. Diese Absprache sei nicht geändert worden.



Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage festgestellt, daß der Klägerin gegen den Beklagten eine über die Klageforderung hinausgehende, ihr von Ross abgetretene Forderung in Höhe von 59.000 DM nicht zustehe.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt.

Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte unwidersprochen vorgetragen, daß die Klägerin inzwischen wegen des den Gegenstand der Widerklage bildenden Anspruchs einen Zahlungsbefehl über 59.000 DM erwirkt habe und gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch eingelegt worden sei, daß die Klägerin dieses Verfahren jedoch nicht weiter betrieben habe.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre früheren Anträge weiter.

Während der Rechtsstreit im Revisionsrechtszug anhängig war, ist der Beklagte gestorben. Seine Tochter und sein Sohn haben als seine Erben das Verfahren aufgenommen. Sie beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Feststellungswiderklage ist nicht dadurch unzulässig geworden, daß die Klägerin wegen des den Gegenstand der leugnenden Feststellungsklage bildenden Anspruchs einen Zahlungsbefehl erwirkt und die beklagte Partei Widerspruch erhoben hat. Dadurch, daß dieses Verfahren in der ersten Instanz anhängig ist, wird das rechtliche Interesse der beklagten Partei an der nunmehr in dem vorliegenden Rechtsstreit zu erwartenden Entscheidung des Revisionsgerichts zu der Frage, ob der Klägerin der geltend gemachte Anspruch zusteht, nicht ausgeschlossen (BGH LM § 256 ZPO Nr. 84).

II.

1. Das Berufungsgericht hat die Behauptung der Klägerin nicht als erwiesen angesehen, daß zwischen R. und dem Beklagten für den Fall des Abschlusses mit dem Bauunternehmer U. die Zahlung einer Provision von 5 % des Kaufpreises vereinbart worden sei. Das ist rechtlich unangreifbar und wird von der Revision nicht beanstandet.

2. Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, ob der Klägerin auf Grund der von ihr hilfsweise vorgebrachten Sachdarstellung des Beklagten ein Zahlungsanspruch zusteht. Danach soll der Beklagte dem R. die Zahlung von 30.000 DM zugesagt haben, sofern dieser einen Grundstücksverkauf zum Preise von 1.450.000 DM vermitteln. Das Berufungsgericht hat aber auch auf dieser Grundlage einen Anspruch verneint, weil der angenommene Kaufpreis nicht erzielt worden sei.

Die Klägerin habe nicht dartun können, so heißt es in dem angefochtenen Urteil, daß der tatsächlich erzielte Kaufpreis, der 1.200.000 DM betragen habe, wegen der Zahlungsbedingungen und etwa übernommener zusätzlicher Leistungen im wirtschaftlichen Ergebnis in etwa einem Kaufpreis von 1.450.000 DM gleichgekommen sei, wenn auch der mit U. abgeschlossene Vertrag für den Beklagten wirtschaftlich günstiger gewesen sei als ein dem Beklagten von anderer Seite angebotener Vertrag mit einem Kaufpreis von 1.250.000 DM, weil U. eine höhere Verzinsung geboten und mündlich auch die Ausführung von Bauarbeiten übernommen habe. Es könne auch nicht angenommen werden, daß der Beklagte und R. darüber Einigkeit erzielt hätten, daß bei Vermittlung eines Verkaufs zu anderen Bedingungen ein im Verhältnis entsprechendes Erfolgshonorar von etwa 2 % zu zahlen sei. Für R. habe sich unmißverständlich ergeben, daß das Erfolgshonorar nur für den Fall des Verkaufs zu dem besonders günstigen Preis von 1.450.000 DM zugesagt worden sei.

Die Revision macht geltend, bei Berücksichtigung des gesamten Prozeßstoffs habe das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen müssen, daß das geplante Geschäft, das die Provision von 30.000 DM habe auslösen sollen, und das ausgeführte Geschäft wirtschaftlich gleichwertig gewesen seien. Die wirtschaftliche Wesensgleichheit des beabsichtigten und des zustande gekommenen Geschäfts werde grundsätzlich nicht dadurch in Frage gestellt, daß der erzielte Kaufpreis niedriger sei als der ursprünglich vom Auftraggeber geforderte. Außerdem habe nach dem Vortrag der Klägerin und dem Inhalt des notariellen Vertrages der Käufer über den protokol-

lierten Kaufpreis und eine Bauleistung im Werte von 80.000 DM hinaus für die Zeit vom 1. Juni 1965 bis zum 30. Juni 1966 Zinsen von insgesamt 95.000 DM gezahlt und ferner Vertragskosten, Grunderwerbssteuer, Erschließungskosten, Parzellierungskosten und Anliegerbeiträge übernommen, wobei es dem Beklagten auf die zuletzt genannten Leistungen besonders angekommen sei, weil er das Anwesen nicht in Parzellen, sondern als Ganzes habe verkaufen wollen.

Die Rügen sind unbegründet. Die angegebenen zusätzlichen Leistungen, die U. außer dem eigentlichen Kaufpreis zu erbringen hatte, nötigen nicht zu der Feststellung, daß der abgeschlossene Vertrag wirtschaftlich einem solchen gleichsteht, in dem ein Kaufpreis von 1.450.000 DM vereinbart worden wäre. Auch wenn der Vertrag mit einem so hohen Kaufpreis abgeschlossen worden wäre, hätte der Käufer diesen vermutlich bis zur Zahlung verzinsen müssen, und im übrigen ist nicht dargetan, welche Nebenleistungen der Käufer in einem solchen Vertrag übernommen hätte. In weiterem Umfang, als es geschehen ist, brauchte das Berufungsgericht nicht darauf einzugehen.

3. Unangreifbar hat das Berufungsgericht verneint, der Beklagte und R. seien sich darüber einig gewesen, daß die Vermittlung eines Verkaufs zu anderen Bedingungen ein im Verhältnis entsprechendes Erfolgshonorar von etwa 2 % habe erbringen sollen. Bei einer Vereinbarung, daß gerade und nur die Vermittlung eines Vertrags mit einem Kaufpreis von 1.450.000 DM zu einer Provision führen solle, verbietet sich auch eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, daß ein mit einem niedrigeren Kaufpreis vermitteltler Vertrag den Auftraggeber ebenfalls provisionspflichtig machen solle.

4. Schließlich hat das Berufungsgericht untersucht, ob die Klägerin einen nach Maßgabe des § 653 BGB begründeten, ihr abgetretenen Anspruch hat. Es hat das Bestehen eines solchen Anspruchs verneint. R. sei dem Beklagten als Nachbarskind von Jugend an bekannt gewesen, und beide hätten sich bei den den Grundstückskauf betreffenden Unterredungen geduzt. Hinzu komme, daß der Kaufinteressent U. ein Mandant des R. gewesen sei. Selbst wenn dieser Umstand dem Beklagten nicht genau bekannt gewesen sei, so ständen doch der damals von R. ausgeübte Rechtsanwaltsberuf und seine langjährige Bekanntschaft mit dem Beklagten der Feststellung entgegen, daß der Beklagte die Tätigkeit des R. nur gegen eine Maklervergütung habe erwarten können.

Die Revision hat darauf hingewiesen, daß tatsächlich ein Maklerlohn vereinbart worden sei. Demnach sei es offensichtlich gewesen, daß R. trotz der Bekanntschaft mit dem Beklagten und trotz seines Anwaltsberufs gegen Maklerlohn habe tätig werden wollen. Er habe an mehreren Gesprächen mit dem späteren Käufer U. teilgenommen, und der Beklagte habe seine Bemühungen weiterhin in Anspruch genommen, als festgestanden habe, daß von U. ein Kaufpreis von 1.450.000 DM nicht zu erzielen gewesen sei.

Auch diese Einwendungen greifen nicht durch. Ist statt des dem Makler zur Vermittlung in Auftrag gegebenen Vertrags ein anderer mit wesentlich veränderten Bedingungen zustande gekommen, so kann der Makler einen Provisionsanspruch haben, wenn er auch bei dem Abschluß dieses Vertrags mitgewirkt hat und der Auftraggeber sich seine weitere Tätigkeit hat gefallen lassen; es

kann dann stillschweigend ein anderer Maklervertrag abgeschlossen sein (RG WarnRspr 1918 Nr. 32; RG JW 1920, 491). Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben jedoch, daß es zwischen dem Beklagten und R. zum stillschweigenden Abschluß eines solchen neuen Vertrages auch dann nicht kam, als sich gezeigt hatte, daß der von R. beigebrachte Interessent 1.450.000 DM nicht zu zahlen bereit war, der Beklagte jedoch in Gegenwart des R. weiterhin mit ihm verhandelte und schließlich zu einem geringeren Kaufpreis abschloß. In dem angefochtenen Urteil werden Umstände aufgeführt, die dagegen sprechen, daß der Beklagte von R. den Nachweis dieses oder eines anderen Interessenten oder die Vermittlung eines Vertrags nur gegen eine Vergütung zu erwarten hatte. Dem steht nicht entgegen, daß der Beklagte nach seinem eigenen Vortrag, den sich die Klägerin hilfsweise zu eigen gemacht hat, unter gewissen Voraussetzungen eine Vergütung versprochen hatte. Diese war allein für den Fall vorgesehen, daß es durch die Tätigkeit des R. zum Abschluß eines für den Verkäufer besonders günstigen Kaufvertrags mit einem Kaufpreis von 1.450.000 DM kam; sie sollte dann 30.000 DM, also nur rund 2 % und damit weniger, als bei gewerbsmäßigen Maklern üblich ist, betragen. Das würde eher dafür sprechen, daß der Beklagte dem R. allein in dem genannten Sonderfall als Entgelt für einen ihm so vorteilhaften Vertragsschluß einen gewissen Betrag überlassen, ihn wegen seiner sonstigen Tätigkeit in dieser Sache aber nicht entlohnen wollte, und daß das auch dem R. deutlich geworden war. Es ist kein Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht sich damit nicht besonders auseinandergesetzt hat.

Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Revision die Beweislast nicht verkannt. Der Makler muß die Umstände darlegen und beweisen, die den Schluß zulassen, daß seine Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (BGH LM § 653 BGB Nr. 1). Diesen Beweis hat die Klägerin, die als Zessionarin an der Stelle des Maklers steht, nicht geführt, wenn nicht das Berufungs-urteil sogar dahin zu verstehen sein sollte, daß der Gegenbeweis erbracht sei.

III.

Nach alledem ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Dr. Hauß

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Reinhardt

Bundesrichter Dr. Buchholz
ist beurlaubt und deshalb
verhindert zu unterschreiben

Dr. Hauß