

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 63/71

URTEIL

Verkündet am

14. März 1973

Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Lucian M [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Felix-Erik L [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt und Dr. Bukow

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. Mai 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beauftragte Anfang Juli 1968 den Architekten E. [REDACTED] mit der Vermittlung von Hypothekendarlehn für sechs in Berlin gelegene Hausgrundstücke. E. [REDACTED] ist Bevollmächtigter der A. [REDACTED] A. [REDACTED] L. [REDACTED] - und T. [REDACTED] in B. [REDACTED]/L. [REDACTED]. Für fünf Grundstücke wurden die Hypotheken in der jeweils gewünschten Höhe, insgesamt 1 820 000,-- DM beschafft. Die A. [REDACTED] erteilte dem Beklagten unter dem 21. August 1968 fünf auf das jeweilige Objekt bezoge-

ne Provisionsrechnungen, die eine Gesamtforderung von 33 400,-- DM ergaben. Sie wies in den Rechnungen darauf hin, daß E. Anweisung zum Inkasso und zur Quittungserteilung habe. E. erschien am 29. August 1968 bei dem Beklagten und erhielt von ihm 35 000,-- DM in bar, ohne hierüber zu quittieren. Die Parteien streiten darum, ob dieser Betrag zum Ausgleich der Rechnungen der A. gezahlt worden ist.

Die A. hat ihre Forderung am 20. Oktober 1969 an den Kläger abgetreten. Dieser hat unter Ermäßigung eines Einzelpostens um 400,-- DM von dem Beklagten Zahlung von 33 000,-- DM nebst Zinsen verlangt. Er hat behauptet, der Beklagte habe E. persönlich mit der Hypothekenvermittlung beauftragt und ihm dafür eine Provision von 4 % zugesagt. Diese Vereinbarung habe E. in einem Schreiben an den Beklagten vom 5. Juli 1968 bestätigt. Nach der Beschaffung der Darlehn sei zwischen beiden vereinbart worden, daß E. etwa die Hälfte der jeweils angefallenen Provisionen durch die A. liquidieren lassen werde, wie dies in den vorliegenden Rechnungen geschehen sei. Den verbleibenden Betrag von 39 400,-- DM habe der Beklagte ohne Beleg an E. zahlen sollen. Nur diesen Anspruch habe E. am 29. August 1968 geltend gemacht. Der Beklagte habe ihn durch seine Barzahlung in Höhe von 35 000,-- DM erfüllt und den Rest später zu begleichen versprochen, so daß die Forderungen der A. offen geblieben seien.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er hat behauptet, mit E. nur einen Provisionssatz von 1 1/2 bis 2 % vereinbart zu haben, wie er in Berlin üblich sei. Das angebliche Bestätigungsschreiben mit dem



höheren Satz von 4 %, das zudem unrichtig und darum wirkungslos gewesen wäre, habe er nicht erhalten. Zusätzlich sei lediglich vereinbart worden, daß E. die vereinbarte Provision durch die A. in Rechnung stellen lassen dürfe, wie dies auch geschehen sei; nicht aber, daß er darüber hinaus noch einen ohne Beleg ausgleichenden Provisionsanspruch haben sollte. Eine solche Forderung habe E. bei seinem Besuch am 29. August 1968 auch nicht geltend gemacht. Er habe vielmehr einen Vorschuß von 50 000,-- DM auf die Provision begehrt, die bei der noch ausstehenden Vermittlung der Hypothek für das sechste Objekt (S.) fällig geworden wäre. Da E. jedoch die angebliche Bereitstellung dieses Darlehns nicht habe nachweisen können, habe man sich darauf geeinigt, daß mit den in bar übergebenen 35 000,-- DM die Rechnungen der A. beglichen würden, während E. den überschießenden Betrag von 1 600,-- DM als persönliches Darlehn erhalten sollte. E. habe in Aussicht gestellt, Rechnungen der A. mit Quittungsvermerk zu übersenden, jedoch selbst die Erteilung einer Quittung abgelehnt. Daraufhin habe die Buchhalterin des Beklagten auf seine Weisung einen eigenen Kassenbeleg gefertigt und die Zahlung dementsprechend gebucht; es sei niemals beabsichtigt gewesen, einen Teil der Vermittlungsprovision "schwarz" an E. zu zahlen. - Der Kläger hat diese tatsächlichen Behauptungen bestritten, soweit sie von seiner Darstellung abweichen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Kammergericht hat ihr stattgegeben. Der Beklagte begehrt mit seiner Revision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

1. Die Revision kann nicht mit Erfolg rügen, daß das Berufungsgericht den Kläger ohne Begründung für befugt gehalten hat, die Klageforderung geltend zu machen. Der Beklagte hat nach seinem eigenen Vortrag mit E. vereinbart, dieser dürfe die anfallenden Provisionen durch die A. "in Rechnung stellen" lassen. Er hat die daraufhin von der A. erteilten Rechnungen als in jeder Hinsicht ordnungsgemäß anerkannt und lediglich Erfüllung eingewandt. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht nicht im einzelnen zu prüfen, auf welchen Rechtsbeziehungen zwischen E. und der A. deren unbestrittenes Recht beruhte, die Provisionsansprüche geltend zu machen. Der Beklagte hat ferner in den Tatsacheninstanzen nichts gegen die Wirksamkeit der Erklärung vom 20. Oktober 1969 vorgebracht, mit der die A. die Forderungen an den Kläger abgetreten hat. Danach durfte auch dessen zumindest bestehende Befugnis zum Einzug als unstreitig angesehen werden.

2. Der Kläger hat im ersten Rechtszug vorgetragen, die in den Rechnungen der A. ausgeworfenen Honorarbeiträge seien vereinbart gewesen. Der Beklagte hat darauf geantwortet, die A. habe diese Summen zugegebenermaßen verdient. Die Revision will hieraus zu Unrecht ein (vorgegenommenes) Geständnis des Klägers ableiten, daß über die Rechnungsbeträge hinausgehende Provisionsvereinbarungen nicht getroffen worden seien. Der Vortrag des Beklagten, auf den es hierfür ankäme, enthält eine solche Einschränkung nicht. Er macht sich die Behauptung des Klägers nur in dem auch gemeinten Sinne zu

eigen, daß die Forderungen der A. nach den getroffenen Vereinbarungen berechtigt und insoweit außer Streit seien. Hinsichtlich der Frage, ob es bei ihnen sein Bewenden haben sollte, ist der Kläger nicht mit Geständniswirkung festgelegt worden.

3. Der Kläger war hiernach nicht gehindert, in der Berufungsbegründung vorzutragen, es sei in der Tat eine weitergehende Provisionsverpflichtung des Beklagten vereinbart worden. Man habe sich auf einen Provisionssatz von 4 % mit der Abrede geeinigt, daß von dem sich ergebenden Betrag etwa die Hälfte von der A. in Rechnung gestellt und die andere Hälfte ohne Rechnung an E. gezahlt werden sollte; die Barzahlung von 35 000,-- DM am 29. August 1968 sei auf diese letzte Forderung geleistet worden.

Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 2 ZPO gehalten gewesen wäre, diese neuen Tatsachenbehauptungen des Klägers nicht zuzulassen. Jedenfalls kann die Revision mit ihrer Rüge nicht erreichen, daß der einmal zugelassene Prozeßstoff wieder aus dem Rechtsstreit ausgeschieden wird (vgl. BGH NJW 1960, 100; Baumbach/Lauterbach ZPO 30. Aufl., § 529 Anm. 2 B m. Nachw.).

4. Mit Recht rügt die Revision jedoch, daß das Kammergericht nach der Zulassung des neuen Klagevorbringens nicht auf die Beweiserbieten eingegangen ist, mit denen der Beklagte es als unrichtig widerlegen wollte. Der Beklagte hat in der Berufungsbeantwortung drei Zeugen (L., S. und St.) dafür benannt, daß der vereinbarte Provisionssatz nicht 4 %,

sondern nur 1 1/2 bis 2 % betragen habe. Zwei dieser Zeugen sollten ferner bekunden, bei den Vorgängen am 29. August 1968, die zur Zahlung von 35 000,-- DM in bar führten, seien die Beteiligten sich einig gewesen, daß E. die in den Rechnungen der A. ausgewiesenen Beträge und nicht etwa eine hierneben bestehende persönliche Forderung geltend machte. Endlich hat sich der Beklagte auf eine Auskunft der Industrie- und Handelskammer dafür berufen, daß der vom Kläger behauptete Provisionssatz von 4 % absolut unüblich und um das Doppelte übersetzt gewesen wäre. Das Kammergericht hat diese Beweiserbieten nicht als verspätet zurückgewiesen, was nach der Zulassung des neuen Klagevorbringens auch kaum angängig gewesen wäre, sondern stillschweigend übergangen. Die Revision rügt zutreffend die hierin liegende Verletzung von § 286 ZPO.

Das Kammergericht durfte es gewiß als auffällig und wenig glaubwürdig ansehen, daß unter den Parteien (als Geschäftsleuten und bei der Höhe der gewünschten Darlehen) kein fester Provisionssatz, sondern eine Provision in der unbestimmten Höhe von 1 1/2 bis 2 % vereinbart worden sein sollte, wobei in den Rechnungen der A. obendrein weder der eine noch der andere Prozentsatz als Grundlage erschien. Diese Unbestimmtheit würde sich leichter erklären lassen, wenn es sich dem Vortrag des Klägers entsprechend bei diesen 1 1/2 bis 2 % nur um den Teilbetrag der Gesamtprovision gehandelt hätte, der vereinbarungsgemäß gegen Rechnungen der A. ("weiß") gezahlt werden sollte. Das Berufungsgericht konnte aus den dargelegten Gründen auch dazu gelangen, dem Beklagten nicht zu glauben, daß er das auf 4 % Provision lautende Bestätigungsschreiben des Klägers nicht erhalten habe. Weiter ist nichts gegen die Erwägung zu erinnern, daß

der Beklagte die Rechnungen der A mit der an E gerichteten Anweisung zum Inkasso am 29. August 1968 zur Hand hatte, so daß nichts näher gelegen hätte, als die Barzahlung von 35 000,-- DM davon abhängig zu machen, daß E diese Rechnungen weisungsgemäß quittierte, wenn die Zahlung wirklich hierauf geleistet werden sollte. Das Berufungsgericht durfte es in diesem Zusammenhang weiter als auffällig ansehen, daß der Beklagte die angeblich von E versprochenen, von der A zu übersendenden quittierten Rechnungen niemals ange- mahnt hat. Zusätzlich hätte das Kammergericht noch ein- beziehen können, daß der Beklagte im Zeitpunkt der Bar- zahlung noch auf die Vermittlung der weiteren, ihm wich- tigen Hypothek für das Objekt S durch E hoffte. Hieraus könnte sich erklären, daß es dem Beklag- ten möglicherweise untunlich erschien, die Erfüllung der "schwarzen" Provisionsforderung E schon jetzt schlechthin zu verweigern, und daß er sich darum vor- erst mit dem weisungsgemäß gefertigten Eigenbeleg sei- ner Buchhalterin begnügte. Umgekehrt könnte E den Zeitpunkt als günstig angesehen haben, um zunächst Zahlung des ohne Rechnung zu leistenden Provisionsan- teils zu erlangen.

Wenn auch alles dies erheblich für die Darstellung des Klägers sprechen muß, so durfte das Berufungsgericht dennoch nicht auf die Vernehmung der gegenbeweislich vom Beklagten benannten Zeugen verzichten. Erst wenn deren Aussagen vorlagen und mitgewürdigt werden konnten, war das Berufungsgericht in der Lage, sich auf Grund des vollständigen Prozeßstoffes eine abschließende Überzeu- gung zu bilden. Sollte es davon ausgegangen sein - was in den Gründen freilich keinen Ausdruck gefunden hat -,

daß sich an seiner Beurteilung durch gleich welche Aussagen der Zeugen nichts mehr ändern könne, so hätte es insoweit die Beweiswürdigung unstatthaft vorweggenommen.

Der gerügte Verfahrensmangel zwingt mithin dazu, das Berufungsurteil auf die Revision des Beklagten aufzuheben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Kammergericht zurückzuverweisen.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow