

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 66/71

URTEIL

Verkündet am

4. April 1973

Hellmann,
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Architekten Hermann S [REDACTED], O [REDACTED]-S [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die Eheleute Hüttenarbeiter Adolf W [REDACTED] und
Katharina W [REDACTED] geb. B [REDACTED], D [REDACTED]-B [REDACTED],
K [REDACTED] S [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Buchholz und Knüfer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. Juni 1971 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger, Eheleute, nehmen den Beklagten, u. a. Architekt und Immobilienmakler, auf Rückzahlung einer Vermittlungsprovision in Höhe von 3 496,50 DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 21. Dezember 1969 in Anspruch.

In einer Zeitungsanzeige vom 21. Juni 1969 hatte der Beklagte unter der Bezeichnung "Immobilien Herm. S. [REDACTED]" und "Handelsger. eingetr. Maklerfirma" ein projektiertes Zweifamilienhaus in Hünxe zum Festpreis einschließlich Grundstück in Höhe von 138 500 DM angeboten. Durch

schriftlichen Kaufvorvertrag vom 23. Juni 1969 (Kopf des Schriftstücks: "Herm. S. [REDACTED], Immobilien, Finanzierungen, Versicherungen") vereinbarten die Kläger als "Käufer" und der Beklagte "i. A. des Verkäufers", daß die Kläger "von der/über die Firma Hermann S. [REDACTED]" das Grundstück und ein Einfamilienhaus zum Festpreis von insgesamt 105 000,-- DM erwerben sollten. Weiter war bestimmt: "Die Maklergebühren betragen 3 496,50 DM und sind spätestens bis zum 30. 8. 1969 zu zahlen". In einer Zusatzvereinbarung vom 23. Juni 1969 (derselbe Schriftkopf) versprachen die Kläger, die Vermittlungsprovision auch dann zu zahlen, "wenn der Notarvertrag aus Gründen, die die Firma Hermann S. [REDACTED] nicht zu vertreten hat, unterbleibt."

Am 27. Juni 1969 zahlten die Kläger an den Beklagten 3 496,50 DM.

Ebenfalls am 27. Juni 1969 schlossen der Beklagte (Schriftkopf: "Architekt Herm. S. [REDACTED]") und die Kläger einen schriftlichen Bauvertrag, in dem sich der Beklagte verpflichtete, das Einfamilienhaus zu einem Festpreis von 84 000,-- DM zu erstellen.

Zu dem Abschluß eines Kaufvertrages über das vorge-sehene Grundstück in Hünxe kam es nicht, weil es zu einer Konkursmasse gehörte und nicht lastenfrei erworben werden konnte. Anfang Juli 1969 nahm der Beklagte den Bauantrag zurück, den er bei der Gemeinde Hünxe gestellt hatte.

Daraufhin vereinbarten die Kläger und der Beklagte (Schriftkopf: "Architekt Herm. S. [REDACTED]") am 7. Juli 1969, daß der Beklagte berechtigt und verpflichtet sein sollte, auf einem anderen, ebenfalls in Hünxe belegenen gleichwertigen Grundstück das Einfamilienhaus zum Gesamtpreis von 105 000,-- DM zu erstellen.



In der Folgezeit richtete sich das Interesse der Parteien jedoch auf ein in Dinslaken belegenes Grundstück, das zunächst dem Beklagten gehört hatte, von diesem an die Eheleute H. [REDACTED] veräußert worden war und auf dem der Beklagte für die Erwerber ein Einfamilienhaus errichten sollte. Da die Eheleute H. [REDACTED] die fälligen Zahlungen nicht leisten konnten, hoben sie und der Beklagte am 28. Juli 1969 den Kaufvertrag auf; der Beklagte wurde wieder Eigentümer.

Durch schriftlichen Vertrag vom 4. August 1969 vereinbarten die Kläger und der Beklagte (Schriftkopf: "Herm. S. [REDACTED], Immobilien, Finanzierungen, Versicherungen"), daß die Kläger dieses Grundstück mit einem vom Beklagten zu erstellenden Einfamilienhaus zum Festpreis von 97 500,-- DM erwerben sollten und daß eine Grunderwerbssteuer nicht zu entrichten sei.

Am 12. August 1969 schlossen der Beklagte (Schriftkopf: "Architekt Herm. S. [REDACTED]") und die Kläger einen schriftlichen Bauvertrag über das Grundstück, das "Herr Hermann S. [REDACTED]" zusammen mit dem Einfamilienhaus den Klägern zu dem Festpreis von 97 500 DM verkaufe.

Am 7. Oktober 1969 wurde zwischen dem Beklagten (Kaufmann Hermann S. [REDACTED]) und den Klägern der notarielle Kaufvertrag über das Hausgrundstück abgeschlossen; die Zahlung der Grunderwerbssteuer übernahmen die Kläger als Gesamtschuldner.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 1969 forderten die Kläger den Beklagten zur Rückzahlung der 3 496,50 DM auf; der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 3. Januar 1970 ab.

Die Kläger haben geltend gemacht:

Ein Anspruch auf Vermittlungsprovision sei schon deshalb nicht entstanden, weil das schließlich erworbene Grundstück vom Beklagten selbst gekauft worden sei. Falls die Provisionsvereinbarung vom 23. Juni 1969 unabhängig von einer Maklerleistung habe gelten sollen, sei sie sittenwidrig und nichtig.

Die Kläger haben beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 3 496,50 DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 21. Dezember 1969 zu verurteilen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Er ist der Rechtsansicht der Kläger entgegengetreten und hat ausgeführt:

Im Rahmen der Vertragsfreiheit hätten die Parteien eine Provision von den gesamten Herstellungskosten rechtswirksam vereinbaren können. Am 4. August 1969 hätten die Parteien noch mündlich vereinbart, daß die gezahlte Provision mit der Provision für das neu vermittelte Objekt habe verrechnet werden sollen. Die Kläger hätten das Grundstück in Dinslaken auch von den Eheleuten H. [REDACTED] erwerben können. Um die Grunderwerbssteuer zu sparen, habe er - Beklagter - den Weg über die Aufhebung des Kaufvertrages mit H. [REDACTED] gewählt.

Im übrigen habe er im Januar 1970 mit der klagenden Ehefrau, die auch in Vollmacht ihres Ehemannes gehandelt habe, zur Beseitigung der inzwischen entstandenen Differenzen mündlich folgende Vereinbarung getroffen, was die Zeugen

P [REDACTED] und Busch bestätigen könnten: "Die Kläger verzichten auf sämtliche etwa ihnen zustehenden Ansprüche gegen den Beklagten und sehen von irgendwelchen gerichtlichen Schritten ab; der Beklagte erläßt den Klägern Verzugszinsen in Höhe von 710,-- DM und Vermessungskosten in Höhe von etwa 165,-- DM und verlegt in dem Einfamilienhaus der Kläger auf seine Kosten im Wohnzimmer Parkett."

Demgegenüber haben die Kläger unter Beweisantritt (Vernehmung des Beklagten) vorgetragen, der Beklagte habe seinerzeit der klagenden Ehefrau anheimgegeben, die Kläger sollten, falls sie mit seinem Vorschlag einverstanden seien, den Beklagten aufsuchen und sodann die Vereinbarung schriftlich niederlegen; das sei indessen nicht geschehen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen den Beklagten zur Zahlung von 249,75 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21. Dezember 1969 verurteilt.

Auf die Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht unter Abweisung des weitergehenden Zinsanspruchs den Beklagten zur Zahlung von 3 496,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21. Dezember 1969 verurteilt.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Aussage des Zeugen v. Pr. [REDACTED] als erwiesen angesehen, daß die Parteien am 4. August 1969 mündlich die Verrechnung der gezahlten Provision mit der Provision für das von den Klägern am 7. Oktober 1969 schließlich gekaufte und vom Beklagten bebaute Grundstück in Dinslaken vereinbart haben. Es ist sodann zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagte im Hinblick auf dieses Grundstück eine vermittelnde Maklerleistung nicht erbracht und deswegen auch eine Vermittlungsprovision nicht verdient habe, weil die Kläger das Grundstück nicht von den Eheleuten H. [REDACTED], sondern vom Beklagten selbst gekauft hätten.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision gehen fehl. Ihre Ansicht, es habe sich um eine provisionspflichtige "Drittvermittlung" gehandelt, findet in dem vom Oberlandesgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Auch wenn, was das Berufungsurteil offenläßt und zugunsten der Revision zu unterstellen ist, die Eheleute H. [REDACTED] gegenüber dem Beklagten keinen Rechtsanspruch auf Aufhebung des Kauf- und Bauvertrages gehabt haben sollten, so ist allein entscheidend, daß dieser Vertrag rückgängig gemacht und das Grundeigentum wieder auf den Beklagten übertragen worden ist. Von einer Vermittlungstätigkeit des Beklagten gegenüber den Eheleuten Hermann zugunsten der Kläger, um zwischen diesen einen Kaufvertrag zustandezubringen, kann nicht gesprochen werden. Selbst das von dem Beklagten geltend gemachte Motiv

für den rechtlichen Umweg vermag nicht recht zu überzeugen, weil die Kläger - in Abweichung von dem schriftlichen Vertrag vom 4. August 1969 - in dem notariellen Kaufvertrag vom 7. Oktober 1969 die Zahlung der Grunderwerbssteuer doch übernommen haben. Auf den Beweggrund kommt es indessen letztlich nicht an.

II. Das Oberlandesgericht hat ferner die Auffassung des Beklagten, daß diesem der von den Klägern gezahlte Betrag auf Grund des schriftlichen Vertrages vom 23. Juni 1969 und der mündlichen Vereinbarung vom 4. August 1969 auch ohne Rücksicht auf eine vermittelnde Mitwirkung beim Kaufvertrag vom 7. Oktober 1969 gebührt habe, als nicht stichhaltig erachtet. Auch das ist rechtlich bedenkenfrei.

1. Die Revision meint zwar, dem Beklagten habe es freigestanden, sich ein zusätzliches Entgelt etwa im Hinblick auf ihm entstandene Werbungskosten versprechen zu lassen, und verweist noch darauf, daß bei einem Objekt, das wiederholt in der Zeitung angeboten werde, die Maklergebühr nicht einmal die Kosten decke. Es kommt jedoch allein darauf an, ob und inwieweit im vorliegenden Falle eine konkrete Gegenleistung für solche Ausgaben und Aufwendungen vereinbart worden und festzustellen ist. Daß dem Beklagten bestimmte Werbungskosten im Interesse gerade der Kläger entstanden seien, wäre im übrigen eine neue tatsächliche Behauptung, die in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden könnte.

2. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Revision, die Parteien hätten auch unabhängig von Maklerleistungen eine "Provision" von den gesamten Kosten (Grundstückskaufpreis und Bauleistungen) rechtswirksam vereinbart.

Wenn es sich bei dem von den Klägern gezahlten Betrag sachlich nicht um einen Maklerlohn, sondern um ein zusätzliches Entgelt für das Grundstück und die Architektenleistungen handeln sollte, so kann eine solche Vereinbarung keinen rechtlichen Bestand haben. Eine derartige Zusatzabrede muß für beide Parteien völlig klar und durchschaubar abgefaßt werden; für den Schuldner muß unmißverständlich klargestellt sein, welche Gegenleistung dem geforderten Zusatzentgelt gegenübersteht. Der Beklagte hat indessen die 3 496,50 DM nicht als einen Aufschlag auf das Entgelt, insbesondere für die Architekten- und Unternehmerleistungen, bezeichnet und verlangt, sondern zunächst die vertragliche Gegenleistung gesondert als (angemessene) Vergütung für die genannten Leistungen festgesetzt und sich sodann eine weitere Zahlung als "Maklergebühren" versprechen lassen. Daß er die Kläger mündlich über die Gründe aufgeklärt habe, die ihn veranlaßten, für seine Leistungen zusätzlich eine Maklerprovision in Rechnung zu stellen, hat der Beklagte selbst nicht vorgetragen. Vielmehr erweckte er durch sein geschäftliches Auftreten, wie es insbesondere aus dem Inhalt der Zeitungsanzeige vom 21. Juni 1969, des Kaufvertrages vom 23. Juni 1969 nebst Zusatzvereinbarung und des Vertrages vom 4. August 1969 ergibt, den Eindruck, er werde echte Maklerdienste leisten, für die ihm die übliche Maklerprovision zustehe. Dieser Eindruck wurde noch dadurch verstärkt, daß der Beklagte seine vertraglichen Beziehungen zu den Klägern nicht in einer einheitlichen Vereinbarung, sondern in getrennten Schriftstücken mit wechselnden Schriftköpfen geregelt hat. Im übrigen widerspricht es aller Lebenserfahrung, daß sich Auftraggeber zur Zahlung einer als Maklerprovision bezeichneten und geforderten Leistung unabhängig davon verpflichten, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung einer

Maklergebühr gegeben sind. Eine solche Auslegung, wie sie der Beklagte für sich in Anspruch nimmt, widerspricht den Gepflogenheiten des üblichen redlichen Geschäftsverkehrs und damit der Verkehrssitte. Sie ist mit Treu und Glauben nicht vereinbar (§ 157 BGB). Wollte der Beklagte für besondere Leistungen und Bemühungen zusätzlich zu dem vereinbarten Kaufpreis und Werklohn einen Zuschlag haben, so war es seine Sache, entweder die Gegenleistungen zu erhöhen oder die Gründe für das zusätzliche Entgelt den Klägern offen anzugeben.

Hiernach kann es dahinstehen, ob der Rechtswirksamkeit der Verrechnungsabrede, wenn man sie im Sinne des Berufungsgerichts auslegt, die Vorschrift des § 138 BGB entgegensteht.

III. Das Berufungsgericht hat schließlich erwogen:

Die Kläger hätten nicht durch eine vom Beklagten behauptete, Ende Januar 1970 getroffene vergleichsweise Regelung auf die Klageforderung verzichtet. Wie das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt habe, habe der Beklagte keinen Beweis dafür erbracht, daß eine derartige verbindliche Vereinbarung getroffen worden sei.

Das Landgericht hatte durch Beweisbeschluß vom 10. April 1970 die Vernehmung der vom Beklagten benannten Zeugen v. Pr. [REDACTED] und B. [REDACTED] darüber angeordnet, ob - wie der Beklagte behauptet hatte - die klagende Ehefrau, auch in Vollmacht ihres Ehemannes handelnd, sich mit dem Beklagten dahin verglichen habe, daß die Kläger u. a. auf die Rückforderung der geleisteten Provision

verzichteten und der Beklagte nicht mehr Verzugszinsen und Vermessungskosten geltend machen sowie Parkett im Wohnzimmer legen sollte. Es hat den Zeugen B. indes-
sen nicht vernommen. In den Entscheidungsgründen ist hierzu ausgeführt:

"Die Vernehmung des Zeugen B. insoweit ist nicht mehr erforderlich. Der Zeuge v. Pr. hat angegeben, Klaus Busch habe mit ihm, d. h. vor Beendigung des Gesprächs (zwischen der klagenden Ehefrau und dem Beklagten) den Raum verlassen. Da der Beklagte nicht dargelegt hat, daß der Zeuge B. bessere Wahrnehmungsmöglichkeiten als der Zeuge v. Pr. hatte, ist davon auszugehen, daß seine Aussage nicht geeignet wäre, den Beweis für die behauptete Tatsache zu erbringen."

Der Zeuge v. Pr. hatte bei seiner Vernehmung bekundet, er könne aus eigener Wahrnehmung nicht wissen, was endgültig zwischen den Gesprächspartnern ausgemacht worden sei, weil er vor Beendigung des Gesprächs den Raum verlassen habe.

Die von der Revision gegen das Berufungsurteil insoweit erhobene Rüge nach § 286 ZPO ist nicht begründet.

In der Berufungsinstanz hatte sich der Beklagte nicht ausdrücklich auf jenes Vorbringen und den Beweis-
antrag, sondern nur allgemein auf sein gesamtes Vorbringen im ersten Rechtszuge einschließlich der dort gestellten Beweisanträge bezogen. Infolgedessen durfte das Oberlandesgericht sich mit der Bezugnahme auf die Entscheidung des Landgerichts begnügen; es war nicht verpflichtet, den Zeugen B. zu vernehmen (BGHZ 35, 103).

IV. Da dem Beklagten eine Forderung in Höhe des von den Klägern gezahlten Betrages nicht zustand, ist er gemäß § 812 BGB zur Rückzahlung verpflichtet.

Dr. Hauß

Die Richter am
Bundesgerichtshof
Dr. Pfretzschner
und Dr. Reinhardt
sind in Urlaub und
an der Unterzeich-
nung verhindert.

Dr. Buchholz

Knüfer

Dr. Hauß