

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 89/77

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

3. Oktober 1979

H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Kurt P [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Mechaniker Ernst S [REDACTED], Im S [REDACTED],
W [REDACTED],

2. Frau Kristina S [REDACTED], daselbst,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 3. Oktober 1979 durch
die Richter Dr. Hoegen, Knüfer, Rottmüller, Dehner
und Dr. Schmidt-Kessel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Stuttgart vom 12. Mai 1977 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt in W [REDACTED], M [REDACTED]weg [REDACTED],
unter dem Namen "Wohnbau-P [REDACTED]" ein Wohnbauunter-
nehmen und unter der Bezeichnung "Immobilienbüro Kurt
P [REDACTED]" ein Maklergeschäft. Er verkaufte "als Inha-
ber eines Wohnungsunternehmens und Immobilienbüros" seine
in W [REDACTED] belegene Eigentumswohnung zum Preise von
92.100,-- DM an die klagenden Eheleute (notariell beurkun-
detes Angebot des Beklagten vom 25. Juli 1970, notariell
beurkundete Annahmeerklärung der Kläger). Mit Rechnung
vom 4. August 1970 verlangte der Beklagte unter der Be-
zeichnung "Immobilienbüro Kurt P [REDACTED]" von den Klägern

- 3 -

für die Vermittlung der Eigentumswohnung ("Verkäufer: Wohnbau-P[REDACTED]") 3 % Vermittlungsgebühren aus 92.100,-- DM nebst 11 % Mehrwertsteuer (2.763,-- DM plus 303,93 DM). Am 15. August 1970 zahlten die Kläger 3.066,93 DM an den Beklagten.

Mit der am 21. Juni 1976 erhobenen Klage verlangen die Kläger diesen Betrag aus ungerechtfertigter Bereicherung vom Beklagten zurück.

Sie haben geltend gemacht:

Zwischen den Parteien sei überhaupt kein Maklervertrag geschlossen worden. Am 24. Juni 1970 sei zwar vom Beklagten unter der Bezeichnung "Immobilienbüro Kurt P[REDACTED] als Bevollmächtigter des Verkäufers Wohnbau-P[REDACTED]" ein formularmäßiger Kaufantrag mit Kaufverpflichtungserklärung vorbereitet, dieser von den Klägern aber nicht unterschrieben worden. In dem Kaufantrag seien zudem nur für den Fall des Nicht-Kaufs der Eigentumswohnung bestimmte Zahlungen, nicht aber für den Fall des Ankaufs der Wohnung Maklerprovisionen vorgesehen gewesen. In § 2 Abs. 2 Satz 2 des notariell beurkundeten Verkaufsangebotes vom 25. Juli 1970 heiße es allerdings, daß in dem Kaufpreis von 92.100,-- DM u.a. nicht die Vermittlungsprovision in Höhe von 3 % des Kaufpreises ("welche aufgrund gesonderter Vereinbarung mit dem Wirksamwerden dieses Vertrages fällig wird") enthalten sei. Eine besondere Vereinbarung über die Zahlung von Vermittlungsprovision sei indessen gerade nicht getroffen worden. Selbst wenn die Kläger am 24. Juni 1970 oder durch Annahme des Kaufangebotes für die Vermittlung des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung einen Maklerlohn versprochen hätten,



so seien sie gleichwohl nicht zur Zahlung verpflichtet gewesen, weil "Vermittler" und Verkäufer dieselbe Person gewesen seien. Aus dem gleichen Grunde habe auch die Rechnung des Beklagten vom 4. August 1970 über eine Vermittlungsprovision von 3.066,93 DM in Verbindung mit der Zahlung dieses Betrages am 15. August 1970 keinen Anspruch auf Maklerlohn begründen können. Beim Kauf der Eigentumswohnung sei den Klägern nicht bekannt gewesen, daß "Wohnbau-F[REDACTED]" und "Immobilienbüro Kurt P[REDACTED]" miteinander identisch seien. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge auf seiten des Beklagten seien ihnen auch bei der Zahlung des als Vermittlungsgebühr geforderten Betrages am 15. August 1970 nicht bekannt gewesen. Erst im Laufe des Jahres 1976 hätten sie erfahren, daß der Beklagte eine Vermittlungstätigkeit überhaupt nicht habe entfalten können.

Die Kläger haben beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 3.066,93 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Er hat eingeräumt, daß er tatsächlich nicht als Vermittlungsmakler tätig geworden sei. Gleichwohl hätten die Kläger nicht ohne Rechtsgrund gezahlt. Für sie habe kein Zweifel über die Identität zwischen Makler und Verkäufer bestanden. Die Parteien seien sich darüber einig gewesen, daß im Zusammenhange mit dem Abschluß des Kaufvertrages dem Beklagten eine besondere, als Maklerprovision bezeichnete Vergütung habe zukommen sollen. Wirtschaftlich habe es sich um einen Teil des Kaufpreises gehandelt, der nur aus steuerlichen Gründen und allein im Interesse der Kläger gesondert berechnet worden sei. Im übr-

gen sei der Beklagte nicht (mehr) bereichert, weil er im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Provision von 3 % des Kaufpreises entsprechend niedriger kalkuliert habe; außerdem habe er die größeren Teile der Provision für Mitarbeiter verwendet, die in seinem Immobiliengeschäft freiberuflich für ihn tätig gewesen seien.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte in erster Linie um Klageabweisung gebeten und im Wege der "Eventual-Zwischenfeststellungswiderklage" für den Fall der Verurteilung insbesondere beantragt festzustellen, daß der Kaufvertrag einschließlich des auf die "Provisionszahlung" gerichteten Vertrages als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nichtig sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte die in zweiter Instanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

1. Das Oberlandesgericht hat angenommen, daß der Beklagte am 15. August 1970 den Betrag von 3.066,93 DM ohne

rechtlichen Grund erhalten habe (§ 812 Abs. 1 BGB). Die Kläger hätten eine Maklerprovision überhaupt nicht geschuldet. Es fehle bereits an einer Verpflichtungserklärung der Kläger zur Zahlung eines Maklerlohnes. Das gelte zunächst für den Kaufantrag vom 24. Juni 1970. Abgesehen davon, daß die Kläger ihn nicht unterschrieben hätten, sei in ihm lediglich vorgesehen, daß "bei Antragsbruch" eine Konventionalstrafe von 1.000,-- DM/ 5.000,-- DM sowie sämtliche 4 % bzw. 6 % Gesamtprovisionen zu zahlen gewesen wären; der Kaufantrag enthalte hingegen keinen Hinweis darauf, daß für die Provisionen das gleiche gelte, wenn es zum Abschluß des notariellen Kaufvertrages komme. Die Kläger hätten daher davon ausgehen müssen, daß ein Maklerlohn - ebenso wie eine Vertragsstrafe - nur dann zu zahlen sei, wenn sie vom Kauf Abstand nähmen. Eine Verpflichtung zur Entrichtung der Provision sei auch nicht durch die Annahme des Kaufangebotes vom 25. Juli 1970 begründet worden. § 2 Abs. 2 Satz 2 des Angebotes enthalte selbst keine Verpflichtungserklärung der Kläger, sondern habe lediglich klarstellen sollen, daß u.a. auch eine etwaige Vermittlungsprovision nicht im Kaufpreis enthalten sei. Voraussetzung für die Verpflichtung zur Zahlung einer Provision sei eine "gesonderte" Vereinbarung gewesen. Eine solche sei aber gerade nicht getroffen worden. In dem Kaufantrag vom 24. Juni 1970 könne sie nicht gesehen werden. Daß die Zahlung einer Provision für den Fall des Zustandekommens des Kaufvertrages mündlich vereinbart worden sei, habe der Beklagte nicht behauptet. Seine - unter Zeugenbeweis gestellte - Behauptung, § 2 Abs. 2 Satz 2 des Antrages habe einen übereinstimmenden Parteiwillen dartun sollen, daß die Bestimmung im gewollten Ergebnis eine Er-

höhung des Gesamt-Anschaffungspreises darstelle, sei weder substantiiert noch erheblich. Die Kläger seien auch nicht verpflichtet gewesen, dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Satz 2 des Vertragsangebotes vom 25. Juli 1970, soweit dieser sich auf eine Vermittlungsprovision bezog, zu widersprechen; in der Annahme dieses Angebotes liege nicht die Übernahme einer Provisionsverpflichtung aufgrund schlüssigen Verhaltens. Schließlich ergebe sie sich auch nicht daraus, daß die Kläger auf die Rechnung des Beklagten vom 4. August 1970 die geforderten Vermittlungsgebühren am 15. August 1970 gezahlt hätten. Die Kläger hätten irrtümlicherweise angenommen, aufgrund einer (tatsächlich nicht erfolgten) Vermittlungstätigkeit des Beklagten zur Zahlung einer Provision verpflichtet zu sein; sie hätten auf eine Nicht-Schuld gezahlt, ohne sich dessen bewußt zu sein. Infolgedessen könne dahinstehen, ob den Klägern die Identität zwischen Makler und Verkäufer der Wohnung, die auf seiten des Beklagten bestanden habe, bei den Kaufverhandlungen bekannt gewesen sei und ob eine solche Kenntnis für eine wirksame Vereinbarung, daß eine Maklerprovision unabhängig von einer Maklerleistung im Sinne des § 652 BGB geschuldet sein solle, ausgereicht hätte.

2. a) Soweit die Revision die Feststellung des Tatrichters angreift, daß eine Verpflichtungserklärung der Kläger zur Zahlung eines Maklerlohnes nicht (allein) aus dem Kaufantrag vom 24. Juni 1970, aus der Annahme des Kaufangebotes vom 25. Juli 1970 und aus der Begleichung der Rechnung vom 4. August 1970 herzuleiten sei, muß ihr der Erfolg versagt bleiben.

Es trifft zwar zu, daß in dem Kaufantragsformular an der maßgeblichen Stelle auch von "3 % + MWSt.", die der Käufer zu zahlen habe, die Rede ist. Diese Wendung war - wie u.a. auch die Bezeichnung des Objektes und der Kaufpreis - in den Vordruck mit Maschinenschrift eingesetzt worden. Später wurde ihr durch den Beklagten oder auf dessen Veranlassung handschriftlich der Satzteil "... sowie sämtliche 4 % bzw. 6 % Gesamtprovisionen" vorangesetzt. Abgesehen davon, daß hiernach die stehengebliebene Wendung 3 % plus Mehrwertsteuer möglicherweise als durch den handschriftlichen Zusatz überholt anzusehen ist, bezieht sie sich ebenfalls allein auf den Fall eines "Antragsbruchs" und nicht auf den Fall eines Ankaufs. Das kann der rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Auslegung der Erklärung hinreichend entnommen werden. Infolgedessen war das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht zu weiteren Feststellungen verpflichtet. Es war auch nicht im Blick auf § 2 Abs. 2 Satz 2 des Vertragsangebotes gehalten, Feststellungen zu der Frage zu treffen, ob den Klägern im Zeitpunkt der Annahme dieses Angebotes die Identität zwischen Makler und Verkäufer bekannt war, weil es bereits an einer (gesonderten) Verpflichtungserklärung der Kläger zur Zahlung einer Vermittlungsprovision im Sinne des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB fehlte. Daß eine solche Erklärung nicht in der Annahme selbst zu erblicken ist, hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt. Es war auch nicht verpflichtet, dem in der mündlichen Verhandlung vom 28. April 1977 gestellten Beweisantrag des Beklagten nachzugehen. Dieser hatte behauptet, die notarielle Annahme- und Angebotsurkunde habe betreffend § 2 Satz 2 (Vermittlungsprovision) "einen dahingehenden, übereinstimmenden Parteiwillen dar-tun (sollen), daß diese Bestimmung nicht unsinnig oder gegenstandslos sein sollte, sondern im gewollten Ergebnis

eine Erhöhung des Gesamt-Anschaffungspreises darstellt". Daß eine vertraglich geschuldete Vermittlungsprovision (Käuferprovision) neben die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises tritt und damit im Ergebnis zu einer Erhöhung des Gesamt-Anschaffungspreises führt, ist eine Selbstverständlichkeit. Eine andere Frage ist, ob durch die Annahme des Kaufangebotes sich die Kläger zur Zahlung einer solchen Vermittlungsprovision tatsächlich verpflichtet haben. Das aber hat der Beklagte mit jenem Beweisantrag nicht substantiiert behauptet. Der Tatrichter hat ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils schließlich auch nicht übersehen, daß der Beklagte sowohl ein Wohnbauunternehmen als auch ein Maklerbüro betreibt, welche Bezeichnung er in den einzelnen Schriftstücken wählte und daß die Kläger den Betrag von 3.066,93 DM an das Immobilienbüro Kurt P. [REDACTED] zahlten. Für die Annahme, daß das Berufungsgericht diese Umstände bei der Beurteilung der Frage, ob die Kläger eine Verpflichtungserklärung zur Zahlung einer Vermittlungsprovision abgegeben haben, nicht in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen habe, besteht kein Anhaltspunkt. Einer ausdrücklichen Erwähnung in den Entscheidungsgründen bedurfte es nicht (BGHZ 3, 162, 175).

b) Mit Erfolg rügt indessen die Revision, daß das Oberlandesgericht den unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag des Beklagten in dem Schriftsatz vom 22. November 1976 nicht berücksichtigt habe.

Sinngemäß hat der Beklagte behauptet, die Kläger hätten gewußt, daß der Beklagte nicht bereit gewesen sei, die Eigentumswohnung an sie zu verkaufen, wenn sie sich nicht verpflichteten, neben dem Kaufpreis von 92.100,-- DM

noch 3 % dieses Betrages zu zahlen. Ihnen sei bekannt gewesen, daß der Beklagte anderenfalls die Wohnung entweder nur zu einem Kaufpreise von insgesamt 95.166,93 DM oder überhaupt nicht verkauft hätte. Diese Einstellung des Beklagten hätten die Kläger in ihre Überlegung, ob sie, um die Eigentumswohnung zu erwerben, auch den Betrag von 3.066,93 DM zahlen sollten, einbezogen. Für die Kläger sei die Bezeichnung der 3 % als "Vermittlungsprovision" unerheblich gewesen. Sie hätten den Betrag von 3.066,93 DM auch gezahlt, wenn er als Teil des Kaufpreises bezeichnet worden wäre. Beide Vertragsparteien hätten gewußt, daß sie "das eine oder das andere" weder hätten fordern können noch gewähren wollen.

Mit diesem Vortrag beruft sich der Beklagte auf ein von den Voraussetzungen des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB unabhängiges Zahlungsversprechen (vgl. hierzu BGH WM 1977, 415; 1978, 708, 711). Sollte das Vorbringen bewiesen werden, so käme es nicht darauf an, ob der Beklagte überhaupt als Makler hätte tätig werden können und ob er als Vermittlungsmakler tätig geworden ist. Die Klage wäre vielmehr ohne weiteres abzuweisen, weil die Zahlung dann aufgrund der damit oder schon zuvor zustande gekommenen Vereinbarung geleistet worden wäre.

3. a) Aus diesem Grunde war das Berufungsurteil, soweit die Berufung des Beklagten gegen das ihn zur Zahlung verurteilende erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen worden ist, aufzuheben.

Das gleiche gilt für die im angefochtenen Urteil ferner ausgesprochene Zurückweisung der "Eventual-Zwischenfeststellungswiderklage" des Beklagten. Dabei kann offen bleiben, ob diese Widerklage ein im Laufe des Prozesses über die Klageforderung streitig gewordenes Rechtsverhältnis betrifft, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung abhängt (§ 280 ZPO aF = § 256 Abs. 2 ZPO nF). Wenn sie als Zwischenfeststellungswiderklage wegen fehlender Vorgreiflichkeit unzulässig sein sollte, kann sie als gewöhnliche Feststellungswiderklage im Sinne des § 256 ZPO aF (= § 256 Abs. 1 ZPO nF) angesehen werden, dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Da die Widerklage nur hilfsweise für den Fall erhoben ist, daß die Klage Erfolg hat, konnte ihre Abweisung durch das Berufungsgericht, weil dessen Entscheidung über den Klageanspruch aufzuheben ist, schon deswegen keinen Bestand haben.

b) Zur Frage des Wegfalls der Bereicherung wird, soweit es auf sie in der neuen Verhandlung noch ankommen sollte, auf die Urteile des erkennenden Senats vom

15. März 1978 - IV ZR 77/77 - (WM 1978, 708) und vom
3. Mai 1978 - IV ZR 134/77 - verwiesen.

Dr. Hoegen	Knüfer	Rottmüller
Dehner	Dr. Schmidt-Kessel	