

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 398; BGB § 652

- a) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Berufungsgericht zur erneuten Vernehmung eines bereits in erster Instanz gehörten Zeugen verpflichtet ist.
- b) Zur rechtlichen Beurteilung von Makler-Gemeinschaftsgeschäften.

BGH, Urt.v. 14. Oktober 1981 - IVa ZR 152/80 OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

3

IM NAMEN DES VOLKES

Verkündet am

Kühn,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Klaus P. S [REDACTED], C [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

3

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. November 1979 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht im vorliegenden Rechtsstreit eine ihr von der Firma E.A. W. & Co I. GmbH (im folgenden Fa. W. genannt) abgetretene Forderung geltend.

Die Firma W. ist unter anderem als Maklerin für mehrere in der Bundesrepublik ansässige Immobilienfonds und Versicherungsgesellschaften tätig. Zu ihren Kunden gehört die Firma m & i M. & I. Anlagegesellschaft mbH & Co in D. Der Beklagte ist ebenfalls im Immobiliengeschäft tätig; er beschäftigt sich nach



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

seinen eigenen Angaben mit der "Projektentwicklung, wirtschaftlichen Betreuung, Vertrieb, Grundbesitzverwaltung und Altbaumodernisierung". Er hatte ein Baugrundstück in Radevormwald an der Hand, für das er einen Käufer und Baubetreuer suchte. Er wandte sich deshalb an die Firma W[REDACTED] und vereinbarte mit ihr ein Gemeinschaftsgeschäft, bei dem die anfallenden Gebühren hälftig geteilt werden sollten. Die Firma W[REDACTED] benannte dem Beklagten die Firma m & i als Interessentin. Diese erwarb das Grundstück; mit dem Beklagten hatte sie für dieses Geschäft eine Provision in Höhe von DM 55.000,- vereinbart. Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, daß der Firma W[REDACTED] die Hälfte dieses Betrages zusteht.

Der Beklagte traf mit der Firma m & i noch eine weitere Vereinbarung, deren Inhalt im Schreiben der letzteren vom 25. August 1977 wie folgt festgehalten ist:

"... zwischen Ihnen und uns ist eine Zusammenarbeit auf folgender Basis besprochen worden:

1. Die von Ihnen erstellten Investitions-, Kosten-, Finanzierungs- und Wirtschaftlichkeitsberechnungen werden von Ihnen weiter entwickelt und dem jeweils aktuellen Stand angepaßt.
2. Sie übernehmen die weiteren Verhandlungen mit den Miet- und Kaufinteressenten, koordinieren die Mieter und Käufer hinsichtlich deren Zusammensetzung, des Raumbedarfs, der Plazierung im Objekt, den Ausstattungswünschen usw., dies jeweils in Abstimmung mit dem Architekten und uns und erstellen entsprechende Kostenschätzungen.
3. Sie übernehmen es, mit den Mietern bzw. Käufern entsprechende gemeinsam festzulegende Vorverträ-

ge und Endverträge zu verhandeln und abzuschließen.

4. Soweit für Finanzierungs- und/oder Genehmigungszwecke Informationen oder Unterlagen von oder über die Käufer bzw. Mieter notwendig werden, werden Sie sich um deren Beschaffung bemühen.
5. Im übrigen werden Sie an der Realisierung des Objekts mitwirken, soweit dies die wirtschaftliche Gestaltung und den Vermietungsbereich anbetrifft.
6. Für diese Tätigkeit vergüten wir Ihnen:
 - 6.1 pauschal DM 65.000,- plus MWSt, was rd. 0,6% des z.Zt. geschätzten Investitionsvolumen entspricht und zusätzlich
 - 6.2 eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 10% an den bei der Realisierung im Bauträgerbereich anfallenden Gewinnen."

Die Parteien streiten darüber, ob sich die zwischen der Firma W[REDACTED] und dem Beklagten getroffene Provisionsvereinbarung auch auf die in Ziffer 6 des Schreibens genannte Vergütung erstreckt. Die Klägerin begehrt daher die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, 50% der ihm aus dem Vermittlungsgeschäft City-Center Radevormwald seitens m & i M[REDACTED] & I[REDACTED] A[REDACTED]gesellschaft mbH & Co zufließenden Gesamtprovisionen oder Entgelte an sie abzuführen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Gesetzgeber hat die Formen, in denen Makler bei der Herbeiführung eines Geschäfts zusammenwirken können, nicht besonders geregelt. Soweit Makler eine solche Zusammenarbeit vereinbaren, bestimmen sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten ausschließlich nach den getroffenen vertraglichen Abmachungen. Deren Auslegung ist, da es sich in aller Regel um Individualvereinbarungen handeln wird, Sache des Tatrichters. Aus diesem Grunde kommt es stets darauf an, was die Parteien im konkreten Einzelfall gewollt haben. Diesen Willen hat der Tatrichter zu erforschen; er hat dabei nicht nur den Wortlaut der getroffenen Abmachung, sondern das Gesamtverhalten der Vertragsparteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen; erforderlichenfalls hat er eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen (§ 157 BGB). Seine Beurteilung ist vom Revisionsgericht nur daraufhin nachzuprüfen, ob allgemeine Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze verletzt worden sind.

Eine gesetzliche Vorschrift, nach der auch Folgegeschäfte provisionspflichtig sind, gibt es nur im Handelsvertreterrecht (§ 87 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative HGB). Im Maklerrecht des BGB fehlt eine entsprechende Vorschrift. Die vom Ring deutscher Makler aufgestellten Regeln für Gemeinschaftsgeschäfte (Schwerdtner, Maklerrecht 2. Aufl. S. 239) sind keine Rechtsnormen; in den Tatsacheninstanzen ist auch von keiner Seite behauptet worden, daß die Vertrags-

parteien diese Regeln ausdrücklich oder stillschweigend zum Bestandteil ihrer Vereinbarung gemacht hätten; es ist noch nicht einmal ersichtlich, daß sie überhaupt Mitglieder des Rings deutscher Makler sind. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob sich das Berufungsgericht des begrifflichen Unterschieds zwischen einem Untermaklervertrag und einem Gemeinschaftsgeschäft bewußt war. Es hat auf jeden Fall recht, wenn es annimmt, daß eine Provisionsteilungsvereinbarung, die sich ihrem Inhalt nach nur auf den ersten Vertrag bezog, nicht kraft Gesetzes einen Anspruch auf Teilung der Provision begründet, die aus dem zweiten Vertrag anfiel.

II.

Beide Vorinstanzen haben daher mit Recht geprüft, ob sich die Provisionsteilungsvereinbarung auch auf den zweiten Vertrag mit der Firma m & i erstreckte. Das Landgericht hatte aus der Aussage des Zeugen W [REDACTED] die Überzeugung gewonnen, "daß zwischen der E.A. W [REDACTED] I [REDACTED] GmbH und dem Beklagten eine Vereinbarung getroffen worden ist, nach der die W [REDACTED] GmbH zu 50% an allen Honorarforderungen des Beklagten, die diesem aus dem Baukomplex in Radevormwald zustehen, zu beteiligen ist." Das Berufungsgericht meint, dies käme "nicht in der Aussage des Zeugen W [REDACTED] zum Ausdruck"; es will damit offenbar sagen, daß dies aus der Vernehmungsniederschrift nicht zu entnehmen sei. Es hat deshalb die Klage abgewiesen; eine erneute Vernehmung des Zeugen W [REDACTED] hat es nicht für erforderlich gehalten. Dies wird von der Revision mit Recht beanstandet.

Nach gefestigter Rechtsprechung zu § 398 ZPO muß das Berufungsgericht einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut hören, wenn es seine Glaubwürdigkeit anders beurteilen will als der Erstrichter (Urteile vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 -, vom 23. Juni 1976 - VIII ZR 15/75 - und vom 8. Dezember 1976 - VIII ZR 108/75 - NJW 1964, 2414; 1976, 1742; 1977, 384 [insoweit in BGHZ 67, 378 nicht abgedruckt_7; Urteil vom 20. Dezember 1978 - V ZR 199/77 - MDR 1979, 481). Das gleiche gilt dann, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage eines Zeugen anders verstehen will als der Richter der Vorinstanz (BGH Urteil vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 - NJW 1968, 1138; Urteil vom 7. Juli 1981 - VI ZR 48/80). Für die Auffassung des Landgerichts fehlte es im Vernehmungsprotokoll nicht an jedem Anhaltspunkt. Dort sind unter anderem folgende Bekundungen des Zeugen festgehalten:

"Bei den Verhandlungen mit dem Beklagten in den Räumen der Firma W■■■■ stand klar, daß der Beklagte das zu bebauende Grundstück an der Hand hatte, ferner die Planung des Architekten A■■■, die schon fertig war, ferner die Wirtschaftlichkeitsberechnung und ihm Mietinteressenten bekannt waren, die die Stadt Radevormwald benannt hatte. Wir verhandelten deshalb über das Gesamtpaket bei der Frage der Courtage.

.....

Die zwischen mir und dem Beklagten ausgemachte Courtage war das Entgelt für eine Projektvermittlung."

Wenn das Berufungsgericht diese Angaben für zu vage hielt und sie deshalb nicht als eine geeignete Grundlage für tatsächliche Feststellungen über den Inhalt des Provisionsteilungsabkommens ansah, so liegt dies an sich im Rah-

men des tatrichterlichen Ermessens. Das Berufungsgericht durfte jedoch nicht davon ausgehen, daß der Zeuge nicht imstande sein werde, bei einer erneuten Vernehmung seine protokollierte Sachdarstellung zu präzisieren. Es kann sein, daß der Zeuge vor dem Landgericht nur deshalb keine näheren Angaben gemacht hat, weil das Gericht seine allgemein gehaltenen Aussagen für ausreichend hielt und daher keine weitere Konkretisierung verlangte; es ist auch möglich, daß der Zeuge Einzelheiten geschildert hat, die dem Landgericht bei der Urteilsfällung noch gegenwärtig waren, die aber im Protokoll nicht festgehalten worden sind. Dafür spricht die Feststellung auf Seite 6 des landgerichtlichen Urteils, "alle daraus zu erzielenden Gewinne seien von der Vereinbarung einer hälftigen Teilung erfaßt gewesen". Das Landgericht glaubte sich also an eine solche Bekundung des Zeugen erinnern zu können, obwohl sie in der Vernehmungsniederschrift nicht festgehalten war. In diesem Fall durfte es sie auch verwerten. Nach § 286 ZPO hat das Gericht seine Überzeugung aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zu schöpfen; das Kollegium kann in der ihm obliegenden umfassenden Beweiswürdigung nicht durch die Art und Weise, in der Vorsitzender und Urkundsbeamter die Zeugenaussagen protokolliert haben, präjudiziert werden. § 165 ZPO steht dieser Auffassung nicht entgegen. Der Inhalt von Zeugenaussagen gehört, wie sich aus der Natur der Sache ergibt und in der Rechtswissenschaft nahezu allgemein anerkannt ist, nicht zu den "für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten" (BGH Urteil vom 28. November 1955 - II ZR 203/54; Thomas/Putzo, ZPO 11. Aufl. § 165 Anm. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 39. Aufl. § 165 Anm. 1; Stein/Jonas/Pohle, 19. Aufl. § 164 Anm. I; Zöllner, ZPO 12. Aufl.

§ 165 Anm. II; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 107 IV 5; a.A. Wieczorek ZPO 2. Aufl. § 160 Anm. B, § 165 A I a).

Unter diesen Umständen wäre es geboten gewesen, den Zeugen W[REDACTED] erneut zu vernehmen und ihn dabei zu befragen, was unter den von ihm gebrauchten Ausdrücken "Verhandlung über das Gesamtpaket" und "Entgelt für Projektvermittlung" zu verstehen ist und an welche konkreten Äußerungen der Kontrahenten er dabei gedacht hat.

Inwieweit das Interesse, das der Zeuge W[REDACTED] am Ausgang des Rechtsstreits hat, seine Glaubwürdigkeit beeinträchtigt, wird das Berufungsgericht erst nach der Vernehmung beurteilen können. Es wird dann auch zu prüfen haben, ob es geboten ist, den Beklagten zum Hergang der Vertragsverhandlungen gemäß § 141 ZPO zu hören und gegebenenfalls gemäß § 448 ZPO zu vernehmen; durch solche Maßnahmen können unter Umständen die prozessualen Nachteile, die die Beklagte durch die Abtretung der Klageforderung erlitten hat, ausgeglichen werden.

III.

Sollte die ergänzende Beweisaufnahme ergeben, daß die Vertragsparteien lediglich eine Teilung der "Provision" vereinbart haben, ohne dabei klarzustellen, ob sie dabei die Verkaufsprovision oder die Gesamteinnahmen des Beklagten aus der Bearbeitung des Projekts im Auge hatten, so wird es Aufgabe des Berufungsgericht sein zu ermitteln, was die Parteien unter "Provision" verstanden haben. In die-

sem Falle darf die Klage nicht ohne weiteres mit der Begründung abgewiesen werden, die Bedeutung des Ausdrucks sei zweifelhaft und diese Zweifel müßten zu Lasten der Klägerin gehen. Gerade die Behebung solcher Zweifel ist der Zweck der richterlichen Vertragsauslegung (vgl. hierzu BGHZ 20, 109, 110). In diesem Zusammenhang könnte es von Bedeutung sein, daß die Vertragsparteien bei den Vertragsverhandlungen mit einer Provisionseinnahme des Beklagten in Höhe von 200.000,- DM gerechnet haben.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs