

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 177/83

URTEIL

Verkündet am: 8. Mai 1985
Mutterer, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Hans G. P. GmbH, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Dipl.-Volkswirt Hans G. P., B.straße 35, H.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Kaufleute

1. Dietmar D.,

2. Harald D.,

B.straße 14 a, H.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
-

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Ritter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 21. Juni 1983 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beansprucht von den Beklagten Maklervergütung. Herr Eduard B. [REDACTED] war Eigentümer verschiedener mit Miethäusern bebauter Grundstücke, die hoch belastet waren und deren Erträgnisse in einem ungünstigen Verhältnis zu den erforderlichen Aufwendungen standen. Er versuchte deshalb die Grundstücke seit 1975 zu verkaufen. Als er 1978 schwer erkrankte und Barmittel benötigte, nahm er Verkaufsgespräche mit dem Beklagten zu 2), mit dem er schon 1975 verhandelt hatte, erneut auf

- 3 -

und bat die Klägerin, eine Haus- und Grundstücksmaklerin, um die Vermittlung von Grundstücksverkäufen, allerdings mit der ausdrücklichen Erklärung, er werde keine Maklercourtage übernehmen. Bei den Verkaufsbemühungen der Klägerin erfuhr ihr Geschäftsführer, Hans P., von dem ihm bekannten Makler Wilfried K., daß die Beklagten, die dieser seit langem kannte, an den Grundstücken des Herrn B. interessiert sein könnten. Der Makler K. bot den Beklagten daraufhin die in Betracht kommenden Grundstücke zuerst telefonisch und unter dem 18. Juli 1978 schriftlich zum Kauf an. Am Ende dieses Schreibens heißt es:

"Meine Maklercourtage beträgt 5,25% und die gesetzliche Mehrwertsteuer. Alle oben genannten Objekte bearbeite ich gemeinsam mit der Maklerfirma Hans G. P. in H., mit der auch Courtageteilung vereinbart ist."

Um zu vermeiden, daß Herr K. für Herrn B. einen anderen Interessenten finde, schlossen die Beklagten mit ihm einen seinem Angebot entsprechenden Maklervertrag. Bei einem persönlichen Treffen des Herrn P., des Herrn K. und des Beklagten zu 2) wurde Einigkeit erzielt, daß nach Abschluß eines Kaufvertrages über die angebotenen Grundstücke eine Maklergebühr zu zahlen sei, an der die Herren K. und P. beteiligt sein sollten. Weitere Einzelheiten der Absprache sind streitig.



In der Folgezeit einigten sich die Beklagten mit Herrn B [REDACTED] darüber, daß der Verkehrswert eines bestimmten Teils der zu verkaufenden Grundstücke mit 30.270.000 DM und die Belastungen mit 27.542.000 DM anzusetzen seien.

Ferner einigten sie sich, daß jeder der Beklagten einen ideellen Miteigentumsanteil von je 3% an diesen Grundstücken zu einem Preis von je 908.100,- DM erwerben solle, und daß Herr B [REDACTED] und die Beklagten ihre jeweiligen Beteiligungen an diesen Grundstücken in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, "P [REDACTED] Grundstücksgemeinschaft" genannt, einbringen sollten. Einigkeit wurde weiter erzielt, daß die Gesellschafter ein Darlehen von 4.000.000,- DM aufnehmen und entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis an die Gesellschafter ausschütten sollten. Die Beteiligten schlossen auch einen Gesellschaftsvertrag.

Daneben räumte Herr B [REDACTED] den Beklagten dingliche Vorkaufsrechte an weiteren Grundstücken ein und einigte sich mit ihnen über den Erwerb der Grundstücksgesellschaft "A [REDACTED] W [REDACTED]".

Die Klägerin behauptet, sie und nicht ihr Geschäftsführer, der ihr allerdings - unstreitig - etwaige Vergütungsansprüche abgetreten habe, sei vereinbarungsgemäß zusammen mit Herrn K [REDACTED] als Makler tätig geworden. Der Maklervertrag umfasse die Einräumung bestimmter Vorkaufsrechte (insoweit beansprucht die Klägerin nur eine Courtage von 0,25% zuzüglich Mehrwertsteuer),

den Kauf bestimmter Grundstücke und den Erwerb einer Grundstücksgesellschaft "A [REDACTED] W [REDACTED]". Da Herr K [REDACTED] ihr den vereinbarten Vergütungsanteil von 3,375% abgetreten habe, stehe ihr ein Maklerhonoraranspruch von 1.253.909,72 DM zu. Die neu gegründete Grundstücksgesellschaft zwischen Herrn Brinkama und den Beklagten sei rechtlich so konzipiert, daß die Beklagten damit tatsächlich eine Stellung erlangt hätten, die ein Eigentümer habe. Die Klägerin hat diese Ansicht im einzelnen erläutert.

Die Beklagten haben die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten und haben geltend gemacht, der mit dem Makler K [REDACTED] vereinbarte Provisionssatz von 5,25% habe nur für den - unstreitig nicht eingetretenen - Fall gelten sollen, daß Herr B [REDACTED] eine Beteiligung von 1,5% für sich fordere; der Klägerin stünden nicht mehr als 80.855,75 DM Maklerhonorar zu, was sie im einzelnen erläutert haben.

Das Landgericht hat der Klägerin mit Teilurteil 106.600,20 DM zuerkannt und die Klage in Höhe von 1.041.087,60 DM abgewiesen. Mit Schlußurteil hat es auch die restliche Klageforderung abgewiesen. Die Berufungen der Klägerin und die Anschlußberufung der Beklagten sind mit der Maßgabe zurückgewiesen worden, daß der Klägerin noch 5% Zinsen aus 106.600,20 DM seit 28. September 1978 zuerkannt worden sind. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre abgewiesenen Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

Ihr Rechtsmittel führt zur Zurückverweisung.

I.

1. Rechtskräftig zuerkannt ist der Klägerin ein Maklerhonorar von 0,25% des Verkehrswertes derjenigen Grundstücke, für die den Beklagten von Herrn B. ein dingliches Vorkaufsrecht eingeräumt worden ist. Der Betrag von 23.625,- DM zuzüglich 12% Mehrwertsteuer entspricht als hälftiger Betrag der Berechnung in der Courtagerechnung der Klägerin vom 22. September 1978.

Zuerkannt sind der Klägerin ferner

1,875% aus den - unstreitigen - Verkehrswerten der Grundstücke "A. W." zuzüglich 12% Mehrwertsteuer.

Hier beansprucht die Klägerin noch 1,5% aus 2.000.000,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer.

Zuerkannt sind ihr ferner

1,875% aus 2 x 908.100,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer (Pöseldorfer Grundstücksgemeinschaft).

Hier beansprucht die Klägerin aus einem für maßgeblich angesehenen Verkehrswert von 30.270.000,- DM einen Courtagesatz von insgesamt 3,375% zuzüglich Mehrwertsteuer.

2. Das Berufungsgericht hat zur Bestätigung der teilweisen Klageabweisung durch das Landgericht ausgeführt:

Die Klägerin sei - aus eigenem Recht oder auch aus einfacher bzw. möglicherweise doppelter Abtretung - aktiv-legitimiert. Es müsse deshalb nicht näher untersucht werden, zwischen wem der Maklervertrag zustandegekommen sei.

Gegenstand der unstreitigen Vermittlung seien einmal der Geschäftsanteilserwerb an der Grundstücksgesellschaft "A. W." für 2.000.000.- DM und zum anderen die Beteiligung an der "Grundstücksgemeinschaft P." gewesen. Berechnungsmaßstab sei auch hier der Kaufpreis. Die Klägerin habe nicht hinreichend substantiiert vorgebracht, daß der Wert der den Beklagten vermittelten Geschäftsanteile mehr betrage als 2 x 908.100,- DM. Das Oberlandesgericht teilt nicht die Ansicht der Klägerin, durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses habe Herr B. den Beklagten die wirtschaftliche Stellung von Eigentümern der Grundstücke verschafft. Die Behauptung der Klägerin, die Beklagten seien durch das notarielle Vertragswerk verpflichtet worden, Herrn Brinkama von allen Verbindlichkeiten freizustellen, die den Grundstücksbelastungen zugrundelagen, wie auch die Schuldübernahmeerklärung der Beklagten gegenüber der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank deuteten zwar bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf eine vollständige Übernahme der Grundstücke hin. Jedoch sei dieser Vortrag unschlüssig. Dies ergebe sich aus dem von der Klägerin zu ihrem Parteivortrag gemachten Inhalt der Urkunden, die von dem Zeugen Dr. E. vorgelegt worden sind.

§ 2 des vorgelegten Gesellschaftsvertrages regele die Übernahme von Verbindlichkeiten nur in Höhe des Kaufpreises von 1.816.200,- DM. Wegen der hypothekarisch gesicherten Forderungen sei nur ein Schuldbeitritt vereinbart worden, der den offensichtlichen Zweck gehabt habe, die weitere Aufnahme von 4.000.000,- DM Belastungen auf den Grundbesitz zu ermöglichen.

Widerlegt seien durch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages auch die Behauptungen, im Falle des Ausscheidens der Erben des Herrn B [REDACTED], dessen baldiger Tod bereits bei Vertragsschluß erwartet worden sei, aus der Grundstücksgemeinschaft P [REDACTED] stehe den Erben kein Anspruch oder allenfalls ein Anspruch aus einem Abschichtungsguthaben zu, das aus einer zum 31. Dezember 1983 erstmals zulässigen Neubewertung der Grundstücke resultieren könne. Da den Beklagten im Gesellschaftsvertrag auch nicht eine zeitlich unbegrenzte, sondern nur eine anfangs auf 24 Monate befristete und nach dem Erbfall auf 48 Monate erweiterte Möglichkeit eingeräumt worden sei, ein Ausscheiden des Herrn B [REDACTED] bzw. seiner Erben herbeizuführen, ergebe sich auch aus dieser Rechtsposition der Beklagten nicht diejenige einer uneingeschränkten Eigentümerstellung zur Zeit ihres Anteilserwerbes.

Mit zeitweiligen Ansichten des beteiligten Maklers K [REDACTED] zum wahren Charakter des Vertragswerkes lasse sich ohnehin nicht der Erwerb einer wirtschaftlichen Eigentümerstellung durch die Beklagten begründen. Die Klägerin habe insgesamt nicht mehr darlegen können, als daß die Beklagten ihre Absicht ver-

wirklicht hätten, mit dem ausgehandelten Vertragswerk "einen Fuß in die Tür des Objektes zu setzen".

Auch das Bestehen einer von Herrn B. bei der Firma T. begründeten Verbindlichkeit von 911.800,- DM könne nicht zu einer Erhöhung der Maklergebühr führen. Gegenüber dem Bestreiten der Beklagten, sie hätten diese Verbindlichkeit beglichen, sei das Beweisangebot von vier Zeugen dafür, daß die Beklagten verpflichtet seien, diese Verbindlichkeit zu tilgen, untauglich, da die Zeugen Wertungen vornehmen sollten.

Als Vergütungssatz komme für die Klägerin unstreitig die Hälfte von 3,75%, d.h. 1,875% in Betracht; daß ihr weitere 1,5% zustünden, habe die Klägerin nicht beweisen können. Zwar habe der Zeuge A. sich erinnern wollen, daß die Klägerin in einem Gespräch mit dem Makler K. von den 5,25% zwei Drittel für sich begehrt habe. Die Klägerin selbst habe jedoch vorgetragen, ihr Geschäftsführer habe die Mehrforderung damit begründet, es könne notwendig werden, einem Dritten 1,5% abzugeben, was der Zeuge K. bestätigt habe. Herr B. habe unstreitig keine Beteiligung gefordert. Die beschränkte Erinnerung des Zeugen A. und das Verhalten des Geschäftsführers der Klägerin beließen dem Senat Zweifel an der Richtigkeit der Behauptung, es sei ein Anteil von 3,375% für die Klägerin mit dem Zeugen K. abgesprochen worden.

II.

Die Darlegungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern. Sie beruhen zum Teil auf einer nicht vollständigen Auswertung der vorgelegten Urkunden.

1. Rechtsfehlerfrei sind allerdings seine Darlegungen zur Aktivlegitimation der Klägerin.

2. Zutreffend gewählt ist auch sein Ausgangspunkt, bei dem Pöseldorfer Grundstückskomplex sei, wie in den beiden anderen Fällen, maßgebliche Bemessungsgrundlage für die Maklerprovision der Wert der Leistungen, die die Beklagten für die Erlangung der Position aufwenden müssen, die ihnen durch das schließlich zwischen ihnen und Herrn B. [REDACTED] zustandegekommene Vertragswerk eingeräumt worden ist.

Das Schreiben des Maklers K. [REDACTED] vom 18. Juli 1978 nennt den Kaufpreis, d.h. die vorgesehene Gegenleistung der Beklagten an Herrn B. [REDACTED] als Grundlage der Provisionsberechnung. Dem haben die Beklagten nicht widersprochen.

3. Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht dagegen bei der Auswertung des ihm vorliegenden Vertragswerkes zum Zwecke der Ermittlung von Leistung und Gegenleistung unterlaufen.

Das Berufungsgericht hatte zu prüfen, was die Beklagten aufgrund der von der Klägerin - unstreitig - vermittelten Vertragsabschlüsse über den

Grundstückskomplex unmittelbar - und nicht erst später durch Ausüben von vertraglich eingeräumten Befugnissen - erlangt haben, und zu welchem Entgelt sie sich hierfür in dem Vertragswerk verpflichtet haben - unabhängig davon, ob sie diesen Verpflichtungen später auch tatsächlich nachgekommen sind. Nicht ausschlaggebend ist, daß es sich bei dem Geschäft nicht um einen echten Grundstückseigentumserwerb im juristischen Sinn gehandelt hat. Mit seinen Ausführungen zum Eigentumserwerb, bei denen nur gelegentlich von wirtschaftlichem Eigentum die Rede ist, an anderer Stelle dagegen von Substanzerwerb, hat sich das Berufungsgericht möglicherweise die richtige Sicht verstellt. Denn es liegt auf der Hand, daß die Beklagten mit dem Vertragswerk mehr erworben haben als je 3% ideelles Grundstücksmiteigentum und sich auch zu Leistungen über die Zahlung von 2 x 908.100,- DM hinaus verpflichtet haben.

Diese jeweils 908.100,- DM haben die Beklagten laut § 2 Abs. 1 und 2 des notariellen Grundstückskauf- und Einbringungsvertrages vom 23. August 1978 dadurch getilgt, daß jeder von ihnen von den vorhandenen dinglich gesicherten Darlehensverbindlichkeiten einen seinem Kaufpreis entsprechenden Teil im Wege der Verrechnung als Selbstschuldner übernommen hat.

Die Beklagten haben aber auch für die sonstigen "Hypothekenforderungen", sofern und soweit sie "valuieren", Herrn B. den Schuldbeitritt erklärt, § 2 Abs. 3 des Vertrages, als Gesamtschuldner neben ihm die persönliche Haftung für den Eingang der Grundschuldbeträge der in Abt. III der Grundbücher einge-

tragenen Grundschulden nebst sämtlichen bei diesen Posten eingetragenen Zinsen und Nebenleistungen übernommen, § 2 Abs. 4 des Vertrages; die Beklagten haben sich darüber hinaus wegen und in Höhe der in den Grundbüchern verzeichneten Hypothekenforderungen sowie Grundschuldbeträge (Kapital und sämtliche Nebenleistungen), die in einer dem Vertrag beigelegten Aufstellung aufgelistet sind, gegenüber den jeweiligen eingetragenen Gläubigern als Gesamtschuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen unterworfen und den Notar ermächtigt, den jeweiligen Gläubigern auf deren einseitiges Verlangen und ohne Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, § 2 Abs. 5 und 6 des Vertrages. Die Beklagten haben auch gemäß § 7 des Vertrages die in Abt. III der Grundbücher eingetragenen Belastungen nach außen hin als Gesamtschuldner in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Sie haben ferner alle etwa in Abt. II der Grundbücher eingetragenen Beschränkungen und Lasten, insbesondere die Leibrente und das Altenteil G[REDACTED] sowie alle aus den Grundbüchern nicht ersichtlichen Beschränkungen und Lasten übernommen, § 8 Abs. 1 des Vertrages.

Diesen von dem Berufungsgericht nicht bewerteten, aus dem maßgeblichen Vertrag zwischen Herrn B[REDACTED] und den Beklagten hervorgehenden Leistungen der Beklagten kommt angesichts der unstreitig erheblichen - valuierten - Belastung des P[REDACTED] Grundstückskomplexes ein wirtschaftlich bedeutsamer Wert zu, dessen Höhe vom Berufungsgericht zu ermitteln gewesen wäre, denn diese Leistungen der Beklagten sind das Entgelt für eine vermögenswerte, ihnen von Herrn B[REDACTED] im Gesellschaftsvertrag vom 28. September 1978 eingeräumte Position.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Gegenstand gemäß § 1 die Haltung und wirtschaftliche Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums an den gemischt genutzten Hamburger Mehrfamilienmiethausgrundstücken ist, wurde bis zum 31. Dezember 1982 fest geschlossen, § 2. Die in § 4 festgelegten Kapitalanteile

Eduard B. [REDACTED]	DM 2.728.019,-- = 94%
Harald D. [REDACTED]	DM 87.064,50 = 3%
Dietmar D. [REDACTED]	DM 87.064,50 = 3%

können gemäß § 11 erstmals zum 31. Dezember 1983 neu bewertet werden. Gemäß § 7 entspricht die Gewinn- und Verlustbeteiligung der Beteiligung an der Gesellschaft. Gemäß § 8 ist jeder Gesellschafter zu beliebigen Entnahmen, maximal bis zur Höhe seines Kapitalanteils, berechtigt, wobei die übrigen Gesellschafter verpflichtet sind, dafür zu sorgen, daß der Gesellschaft die zur Finanzierung der Entnahmen notwendigen Mittel rechtzeitig zur Verfügung stehen. Nach § 9 wird die Gesellschaft bei einem Ausscheiden des Herrn B. [REDACTED] oder seiner Erben fortgesetzt. § 10 Abs. 2 b regelt das Recht der verbleibenden Gesellschafter, im Falle des Todes des Herrn B. [REDACTED] durch einseitige schriftliche Erklärung binnen 24 Monaten den Gesellschaftsanteil seiner Erben einzuziehen, denen nur ein Abschichtungsanspruch nach Maßgabe des § 11 zustehen soll, der diesen auf den Kapitalanteil gemäß § 4 abzüglich der Entnahmen und zuzüglich der Gewinnanteile festlegt.

Mit Gesellschafterbeschuß vom 28. September 1978, also am Tage des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, haben Herr B. [REDACTED] und die Beklagten folgende Entnahmen bis zum 15. Oktober 1978 beschlossen

Eduard B [REDACTED]	DM 2.700.000,-
Dietmar D [REDACTED]	DM 86.167,-
Harald D [REDACTED]	DM 86.167,-

und damit ihre Kapitalanteile und ein etwaiges Abschichtungsguthaben der Erben des Herrn B [REDACTED] praktisch auf 0 gestellt. Auch diese Vorgänge wird das Berufungsgericht in seine Wertung einbeziehen müssen, denn es kommt darauf an, welche vermögenswerten Leistungen die Beklagten als Entgelt für die ihnen eingeräumte vermögenswerte Position gegenüber Herrn B [REDACTED] übernommen haben; deren tatsächliche Erfüllung ist dagegen für die Bemessung der Maklerprovision bedeutungslos. Die notwendige Zurückverweisung zum Zwecke der erforderlichen Aufklärung gibt Gericht und Parteien auch Gelegenheit, der Frage nachzugehen, welche Bewandtnis es mit der gegenüber der Firma T [REDACTED] bestehenden Verbindlichkeit hat.

4. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichtes ist offen geblieben, ob vor der Besprechung am 21. Juli 1978 auf Sylt ein Maklervertrag zu den unveränderten Bedingungen abgeschlossen worden ist, die der Makler K [REDACTED] in seinem den Beklagten übersandten Brief vom 18. Juli 1978 genannt hatte.

Ist der Maklervertrag mit einer uneingeschränkten Provisionszahlungsverpflichtung der Beklagten in Höhe von 5,25% zustandegekommen, so ist es Sache der Beklagten zu beweisen, daß diese Provisionsabsprache auf Sylt dahin modifiziert worden ist, daß 1,5% aus 5,25% direkt an Herrn B [REDACTED] zu zahlen seien und zwar nur für den Fall, daß er dies verlange. Ist dagegen der Maklervertrag überhaupt erst bei der Sylter Besprechung zustandegekommen, so ob-

liegt der Klägerin der Beweis, daß seitens der Beklagten keine Einschränkung gegenüber der Provisionsforderung von 5,25% gemacht wurde.

Daß sie intern mit dem Makler K [REDACTED] eine zu ihren Gunsten von hälftiger Teilung abweichende Vereinbarung geschlossen hat, steht ohnehin zur Beweislast der Klägerin. Dem Berufungsgericht sind bislang hieran Zweifel geblieben. Die Zeugen Sch [REDACTED] und S [REDACTED] hat es nicht mehr vernommen. Beide hatte die Klägerin nicht für Vorgänge bei Abschluß der maklerinternen Provisionsteilungsabrede benannt, sondern dafür, daß der Makler K [REDACTED] zeitweise für sich selbst eine Provision von 600.000,- DM beansprucht bzw. diese sogar von den Beklagten bekommen habe. Der Zeuge K [REDACTED] stellt dies in Abrede. Er konnte als nicht zum Erscheinen vor dem Prozeßgericht verpflichteter Schweizer Staatsbürger nur in - verfahrensmäßig unüblicher Art und Weise - im Wege der Rechtshilfe vernommen werden. Es erscheint bei diesem Verfahrensstand nicht unbedenklich, der Klägerin die Beweisführung zur Glaubwürdigkeit dieses maßgeblichen Zeugen abzuschneiden, der als keineswegs uninteressiert am Prozeßausgang - die Klägerin hat ihm den Streit verkündet - angesehen werden kann. Sollte er sich weiterhin nicht zu einem Erscheinen vor dem Prozeßgericht bereit finden, um seine teilweise widersprüchlichen Angaben aufzuklären und dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, sich von ihm einen persön-

lichen Eindruck zu verschaffen, so macht es der Grundsatz der Gewährleistung eines fairen Prozeßverlaufes für alle Beteiligten notwendig, die Zeugen anzuhören, deren Bekundungen Aufschluß über seine Glaubwürdigkeit geben können.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Lang

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter