

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2078 047

BGB § 652

Hat ein Makler eine Tätigkeit entfaltet, die
ursächlich für das Zustandekommen eines Ver-
trages war, so entfällt ein Provisionsanspruch
nicht deshalb, weil der Makler vor dem end-
gültigen Abschluß des Vertrages gestorben ist.

:

BGH, Urt.v. 3. März 1965 - VIII ZR 266/63 OLG München - Sitz
Augsburg
LG Kempten

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 266/63

URTEIL

Verkündet am

3. März 1965
Klett, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landwirts Johann D. [REDACTED] in R. [REDACTED]
Krs. [REDACTED], R. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Witwe Helga K. [REDACTED] in
K. [REDACTED], K. [REDACTED]straße [REDACTED],
2. den Konditor Dieter K. [REDACTED] in U. [REDACTED], W. [REDACTED]-
straße, Café W. [REDACTED],
3. die minderjährige Edeltraud K. [REDACTED] in
K. [REDACTED], K. [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch die Beklagte zu 1,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 26. März 1963 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Jedoch wird die Entscheidung über die Kosten des Berufungsrechtszuges dahin geändert, daß der Kläger 7/8 und die Beklagten 1/8 dieser Kosten zu tragen haben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Eigentümer eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks in Schratzenbach. Er war mit dem am 19. Februar 1962 verstorbenen Grundstücksmakler Anton K [REDACTED], dem Erblasser der Beklagten, befreundet. Dieser gewährte oder vermittelte dem Kläger wiederholt Darlehen. Am 19. Mai 1959 trafen der Kläger und K [REDACTED] folgende, mit "Alleinauftrag" überschriebene und von dem Kläger unterzeichnete Vereinbarung:

"Herr ... (Kläger) verpflichtet sich, wenn er ab heute innerhalb von zehn Jahren sein Anwesen in Schratzenbach verkaufen sollte, den Alleinauftrag Herrn Anton K [REDACTED] zu erteilen. Die gesetz-



liche Maklerprovision kann von Herrn Anton K. [REDACTED] beim Verkauf des Anwesens P. [REDACTED] in Rechnung gestellt werden. Sollte von mir Herr K. [REDACTED] nicht in Anspruch genommen werden, so ist trotzdem 3 % des Verkaufspreises als Maklerprovision fällig".

Am 24. Mai 1960 bewilligte und beantragte der Kläger die Eintragung einer Vormerkung auf seinem Grundbesitz zur Sicherung des Anspruchs des Kleinschnittger auf Eintragung einer Briefgrundschuld von 25 000 DM nebst Zinsen, die zur Sicherstellung der durch den Verkauf des Grundstücks vom Verkäufer und Käufer geschuldeten Provision von je 3 % des Kaufpreises dienen sollte. Die Vormerkung wurde am 27. Mai 1960 in das Grundbuch eingetragen.

Am 31. Januar 1962 machte der Kläger dem Baumeister Josef H. [REDACTED] oder einem von ihm zu benennenden Dritten ein unwiderrufliches notarielles Kaufangebot über einige zu diesem Grundbesitz gehörige Flurstücke. Dieses Kaufangebot wurde am 12. März 1962 in Bezug auf Teilflächen mit einer Größe von rund 6 ha seitens der von Hebel benannten Bundesrepublik Deutschland angenommen. Im Übrigen verzichtete H. [REDACTED] später auf die Rechte aus dem Kaufangebot.

Schon vorher hatte der Kläger durch notariellen Vertrag vom 20. Februar 1960 das ganze Grundstück an den Bauern Erich B. [REDACTED] zum Preise von 580 000 DM verkauft. Durch einen weiteren notariellen Vertrag vom 4. Juli 1962 wurde der Vertrag vom 20. Februar 1962 dahin abgeändert, daß er sich nicht auf die an die Bundesrepublik Deutschland verkauften Teilflächen beziehen und der Kaufpreis sich um die für diese Flächen bezahlten Beträge ermäßigen sollte.

Alle diese Verträge sind ohne Vermittlung des K [REDACTED] zustande gekommen. Den Vertrag mit B [REDACTED] hatte ein anderer Makler vermittelt.

Der Kläger ist der Ansicht, daß er weder K [REDACTED] noch den Beklagten Provision schulde. Er hat mit der Klage die Einwilligung der Beklagten in die Löschung der Vormerkung verlangt.

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, in die Löschung der Vormerkung hinsichtlich eines Betrages von 5 020 DM einzuwilligen, im übrigen nur Zug um Zug gegen Zahlung von 19 980 DM nebst Zinsen. Zu diesem Betrage war das Landgericht auf Grund der unrichtigen Annahme gekommen, daß der Kläger für die Grundstücke Verkaufserlöse nicht nur in Höhe von 580 000 DM, sondern von insgesamt 666 000 DM erhalten habe, von denen den Beklagten 3 % Provision zustünden.

Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Beklagten zur Einwilligung in die Löschung der Vorbemerkung verurteilt, jedoch lediglich in Höhe eines Betrages von 7 600 DM unbedingt, in Höhe von 17 400 DM dagegen nur Zug um Zug gegen Zahlung von 17 400 DM nebst Zinsen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen. Von den Kosten des ersten Rechtszuges hat es dem Kläger 1/3, den Beklagten 2/3 auferlegt, die Kosten des Berufungsrechtszuges in vollem Umfange dem Kläger.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter, die Einwilligung in die Löschung der Vormerkung nicht von einer Zug um Zug-Leistung abhängig zu machen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist in der Hauptsache nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Vereinbarung des Klägers mit K [REDACTED] vom 19. Mai 1959 als Alleinauftrag im eigentlichen Sinne aufzufassen ist oder als Vorvertrag über künftig für die Dauer von zehn Jahren jeweils zu erteilende Alleinaufträge des Klägers an Kleinschnittger. Es meint, jedenfalls habe sich der Kläger in zulässiger Weise verpflichtet, einen Verkauf seines Anwesens auf die Dauer von zehn Jahren nicht ohne die Beanspruchung der Maklertätigkeit des K [REDACTED] vorzunehmen oder aber, falls er dies dennoch tun sollte, auch für diesen Fall an K [REDACTED] 3 % des Kaufpreises als Provision zu zahlen.

In der Tat bedarf es keiner Entscheidung, in welcher Weise die erwähnte Vereinbarung vom 19. Mai 1959 rechtlich einzuordnen ist, denn dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Beklagten als Erben des K [REDACTED] in jedem Falle den Betrag von 17 400 DM nebst Zinsen zu fordern haben, den das Berufungsgericht als Zug um Zug-Leistung des Klägers festgesetzt hat.

2. War K [REDACTED] bereits ein auf zehn Jahre befristeter Alleinauftrag vom Kläger erteilt worden, so ergibt sich die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung von 3 % des Kaufpreises, der - wie im zweiten Rechtszuge unstreitig geworden ist - insgesamt 580 000 DM betrug, schon daraus, daß der Kläger trotz der Erteilung des Alleinauftrages an K [REDACTED] und der Verpflichtung, in jedem Falle 3 % des Kaufpreises als Provision zu zahlen,

sein Grundstück durch Vermittlung eines anderen oder ohne Zuziehung eines Maklers verkaufte. Das Berufungsgericht hat ersichtlich die Vereinbarung zulässigerweise dahin ausgelegt, daß sie den Sinn haben sollte, K [REDACTED] einen Provisionsanspruch von 3 % des gesamten Kaufpreises auch dann zuzubilligen, wenn dessen Tätigkeit für den Abschluß des Kaufvertrages nicht ursächlich war. Eine solche Vertragsgestaltung ist möglich. Sie führt zu einer entsprechenden Verpflichtung des Klägers (vgl. Dyckerhoff/Rinke, Das Recht des Immobilienmaklers 4. Aufl. S. 103; Rust, MDR 1957, 205; Soergel/Erdsiek/Mühl, BGB 9. Aufl. § 652 Nr. 9).

Das BGH-Urteil vom 17. November 1960 - VII ZR 236/59 - LM BGB § 652 Nr. 8 steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Es behandelt vielmehr die hier nicht interessierende Frage, ob die Verwendung des Ausdrucks "Alleinauftrag" in einem Maklervertrag dem Auftraggeber nicht nur verbietet, einen weiteren Makler mit dem Verkauf zu beauftragen, sondern auch die Verpflichtung für den Auftraggeber begründet, nicht selbst zu verkaufen. Hier ist dagegen zu entscheiden, ob der Makler, dem ein Alleinauftrag erteilt ist mit dem Hinzufügen, daß er auch dann 3 % des Verkaufspreises als Maklerprovision erhalten soll, wenn seine Tätigkeit von dem Auftraggeber nicht in Anspruch genommen wird, aus einer solchen Vereinbarung Rechte herleiten kann. Angesichts der im bürgerlichen Recht herrschenden Vertragsfreiheit läßt sich eine derartige Vertragsgestaltung nicht beanstanden. Sofern nicht besondere Gründe ihrer Wirksamkeit entgegenstehen, ist sie verbindlich und verpflichtet den Auftraggeber zur Zahlung des versprochenen Betrages.

Daß K [REDACTED] jedenfalls seit Ende 1960 sich nicht mehr um Käufer für das Grundstück des Klägers bemüht hat, ändert angesichts der hier gegebenen besonderen Sachlage nichts an der Verpflichtung des Klägers; denn dieser hat die Behauptung der Beklagten nicht bestritten, daß er K [REDACTED] durch Schreiben des Rechtsanwalts Dr. E [REDACTED] in Kempten vom 30. Dezember 1960 mitteilen ließ, er, der Kläger, beabsichtige nicht mehr, das Grundstück zu verkaufen, sondern er wolle es umschulden (Schriftsatz vom 22. Februar 1963 S. 3, 4). Nachdem K [REDACTED] diese Mitteilung erhalten hatte, bestand für ihn keine Veranlassung mehr, sich weiter um Käufer für das Grundstück des Klägers zu bemühen. Der Kläger hat auch nicht vorgetragen, daß er nach diesem Zeitpunkt K [REDACTED] von seiner Sinnesänderung unterrichtet und die Zuführung von Kaufinteressenten verlangt habe.

3. Rechtlich nichts anderes gilt auch dann, wenn K [REDACTED], wie die Beklagten vorgetragen haben (Schriftsatz vom 28. Februar 1963 S. 1) überhaupt noch keinen Auftrag zum Verkauf des Grundstücks erhalten, sondern lediglich von sich aus, also nicht auf Wunsch des Klägers, diesem Interessenten in der Annahme benannt haben sollte, der Kläger würde sich eines Tages zum Verkauf seines Grundstücks entschließen. In diesem Falle hätte der Kläger, nachdem er sich darüber klar geworden war, daß er das Grundstück verkaufen wollte, K [REDACTED] den "Alleinauftrag" zum Nachweis von Interessenten oder zur Vermittlung des Verkaufs erteilen müssen. Kam der Kläger dieser Verpflichtung nicht nach, sondern beauftragte er einen anderen Makler mit dem Verkauf seines Anwesens, so verstieß er gegen den Vertrag vom 19. Mai 1959 und machte sich schadensersatzpflichtig. Nach der vom

Berufungsgericht gegebenen Auslegung dieses Vertrages sollte K [REDACTED] in einem solchen Falle, ohne daß ihm irgend ein weiterer Nachweis oblag, 3 % des Verkaufspreises als Schadensersatz verlangen können. Eine solche Auslegung ist möglich und deshalb für den erkennenden Senat bindend. Zulässige Rügen gegen diese Auslegung hat die Revision nicht erhoben.

Der in dem Vertrage vom 20. Februar 1962 beurkundete Kaufpreis betrug 580 000 DM. Von diesem Betrage ist daher die Provision zu berechnen, und es kommt nicht darauf an, daß der Vertrag später abgeändert und der von B [REDACTED] zu zahlende Kaufpreis deshalb ermäßigt wurde, weil ein Teil des Grundbesitzes durch Annahme des Kaufangebots vom 31. Januar 1962 von der Bundesrepublik Deutschland erworben wurde, denn maßgebend für den Provisionsanspruch ist allein das Zustandekommen des Kaufvertrages, nicht seine Ausführung (Staudinger, BGB 11. Aufl. § 652 Nr. 30). Im Übrigen ist es zwischen den Parteien auch unstreitig, daß der Kläger von B [REDACTED] und der Bundesrepublik zusammen insgesamt 580 000 DM für das Grundstück erhalten hat. Von diesem Betrage ist somit das Berufungsgericht bei der Bemessung der Höhe der den Beklagten zustehenden Provision zutreffend ausgegangen.

4. Die Revision vertritt die Auffassung, aus dem bereits erwähnten Schriftsatz der Beklagten vom 28. Februar 1963 S. 3 (Bl. 66) ergebe sich, daß der Kläger und K [REDACTED] bei Abschluß des Vertrages vom 19. Mai 1959 eine Maklertätigkeit des K [REDACTED] in Bezug auf den Verkauf des Grundstücks überhaupt nicht ins Auge gefaßt hätten. Da K [REDACTED] gleichwohl eine Provision von 3 % für den Fall versprochen worden sei, daß der Kläger innerhalb von

zehn Jahren sein Anwesen verkaufe, verstoße die Vereinbarung, so meint die Revision, gegen die guten Sitten.

Bei dieser Rüge läßt die Revision außer acht, daß das Berufungsgericht die Vereinbarung dahin ausgelegt hat, eine Pflicht des K [REDACTED], für den Kläger tätig zu sein, sei jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen. Diese Würdigung steht nicht in Widerspruch zu dem Vorbringen der Beklagten in dem erwähnten Schriftsatz. Sie haben in ihm zwar vorgetragen, daß K [REDACTED] zu keinem Zeitpunkt beauftragt gewesen sei, die Vermittlung des Verkaufs durchzuführen. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Vertragsparteien bei Abschluß des Vertrages davon ausgegangen wären, K [REDACTED] sollte für den Kläger nicht tätig sein. Vielmehr ergibt sich aus der unstreitigen, auch vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhange ausdrücklich erwähnten Tatsache, daß K [REDACTED] dem Kläger Kaufinteressenten zugeführt hat, die Bereitschaft des Kleinschnittger, für den Kläger tätig zu werden. Wenn der Kläger von der ihm offenstehenden Möglichkeit, K [REDACTED] mit dem Verkauf seines Grundstücks zu beauftragen, keinen Gebrauch machte, so gibt ihm dieser Umstand nicht das Recht, sich von seiner Verpflichtung zu lösen. Die von der Revision zur Stütze ihrer Auffassung herangezogene Entscheidung des Landgerichts Mönchen-Gladbach, NJW 1961, 2310 betrifft einen ganz anderen Sachverhalt. Dieses Gericht ist nach den mitgeteilten Gründen seines Urteils zur Abweisung der Klage insbesondere deshalb gelangt, weil sich die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung der Provision an den Makler, dem ein Alleinauftrag erteilt war, auch für den Fall, daß die Tätigkeit des Maklers für den Abschluß des Vertrages nicht ursächlich war, nur aus den auf der Rückseite des

beim Abschluß des Vertrages verwendeten Formblattes abgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen des Maklers ergab und dieser seinen geschäftsungewandten Vertragspartner nicht auf die Bedeutung und den Inhalt der in Frage stehenden Klausel hingewiesen hatte (vgl. dazu das Urteil des erkennenden Senats vom 4. November 1964 - VIII ZR 46/63 - NJW 1965, 246 = WM 1964, 1319). Hier handelte es sich dagegen um eine ausdrücklich vereinbarte Vertragsbedingung, deren Tragweite dem Kläger unmöglich verborgen geblieben sein kann. Es mag sein, daß sie dem Kläger später sehr unbequem geworden ist. Dieser Umstand rechtfertigt es aber noch nicht, sie als sittenwidrig anzusehen. Irgendwelche sonstigen Gesichtspunkte, aus denen sich die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ergeben könnte, hat der Kläger nicht vorgetragen. Auch die Revision hat solche Gesichtspunkte nicht aufgezeigt.

Zu Unrecht vermißt die Revision auch eine Prüfung in der Richtung, ob der Vertrag wegen Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig ist. Irgendwelche Umstände, die dafür sprechen könnten, daß Kleinschnittger bei Abschluß des Vertrages eine Notlage des Klägers, seinen Leichtsinns oder seine Unerfahrenheit ausgenutzt habe, sind in den Tatsachenrechtszügen nicht vorgetragen worden. Wenn der Abschluß des Vertrages, wie die Revision geltend macht, im Zusammenhang mit Darlehensgewährungen seitens des Kleinschnittger an den Kläger gestanden haben sollte - eine entsprechende Behauptung ist aus dem Vorbringen des Klägers in den Tatsachenrechtszügen nicht ersichtlich -, so folgt hieraus noch nicht, daß Kleinschnittger eine Notlage des Klägers ausgenutzt habe. K. [REDACTED] war Grundstücksmakler. Er hatte ein Interesse daran, den Auftrag zur Vermittlung des

Verkaufs des Anwesens des Klägers zu erhalten, wenn dieser sich zu dem Verkauf des Grundstücks entschloß. K [REDACTED] kann es deshalb nicht zum Vorwurf gereichen, wenn er den Kläger - mag dies auch im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen gestanden haben - vertraglich dahin band, daß der Kläger ihm für diesen Fall den Maklerauftrag erteilte, und diese Verpflichtung sicherte, indem er mit dem Kläger vereinbarte, dieser habe eine Provision von 3 % des Kaufpreises auch dann zu bezahlen, wenn er die Dienste des Kleinschnittger nicht in Anspruch nehmen sollte.

5. Der Hauptangriff der Revision geht dahin, hier müsse deshalb eine andere rechtliche Beurteilung Platz greifen, weil der Kaufvertrag zwischen dem Kläger und B [REDACTED] ebenso wie der Kaufvertrag zwischen dem Kläger und der Bundesrepublik, der erst durch die Annahme des Kaufangebots hinsichtlich der dem Hebel angebotenen Teilflächen zustandekam, zeitlich nach dem Tode des K [REDACTED] abgeschlossen wurden. Dieser Rechtsauffassung vermag der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht nicht zu folgen. Richtig ist, daß ein Maklervertrag grundsätzlich durch den Tod des Maklers beendet wird (BGB RGRK 11. Aufl. § 652 Anm. 4; Staudinger aaO Nr. 49; Soergel/Erdsiek/Mühl aaO Nr. 5). Es trifft auch zu, daß das Zustandekommen des Vertrages in der zu seiner Gültigkeit erforderlichen Form Voraussetzung für den Anspruch auf den Maklerlohn ist (BGB RGRK 11. Aufl. § 652 Anm. 7). Dennoch darf nicht außer Betracht bleiben, daß der Maklerlohn das Entgelt für eine Tätigkeit des Maklers darstellt, nämlich den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder dessen Vermittlung, die notwendigerweise bereits geleistet sein muß, bevor der Ver-

trag zustandekommt. Der Abschluß des Vertrages ist lediglich die Voraussetzung, von deren Eintritt die volle Entstehung des Anspruchs auf den Maklerlohn abhängt. Grundlage für den Anspruch ist bereits der Maklervertrag, hier die Vereinbarung vom 19. Mai 1959 (vgl. RGZ 57, 16, 21, 22; WarnRspr 1908 Nr. 510). Bereits von diesem Zeitpunkt ab besteht für den Makler eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf den Vergütungsanspruch, den er sodann durch die von ihm ausgeübte Tätigkeit verdient, wenngleich er ihn erst endgültig mit dem Eintritt des Erfolges, nämlich dem Abschluß des Vertrages erwirbt. Hat daher der Makler zu seinen Lebzeiten eine Tätigkeit entfaltet, die ursächlich für das erst nach seinem Tode zustande gekommene Geschäft war, so steht seinen Erben die Provision auch dann zu, wenn der Makler bereits vor Vertragsabschluß gestorben war (Staudinger aaO Nr. 49; OLG Karlsruhe Bad. Rechtspraxis 1931, 97; vgl. auch OLG München SeuffArch 73 Nr. 149 für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Maklers vor Abschluß des Vertrages, dessen Zustandekommen den Anspruch auf die Provision auslöste).

Hier hat nun allerdings K [REDACTED] vor seinem Tode dem Kläger weder einen der Käufer des Grundstücks nachgewiesen noch auch den mit B [REDACTED] abgeschlossenen Kaufvertrag vermittelt. Trotzdem steht seinen Erben der Anspruch auf die 3 % Provision vom Kaufpreis zu. Nach der für den erkennenden Senat bindenden Auslegung der Vereinbarung vom 19. Mai 1959 ging ihr Sinn dahin, K [REDACTED] in jedem Falle die 3 % Provision auch dann zu sichern, wenn der Kläger nicht ihn, sondern einen anderen Makler mit dem Verkauf seines Grundbesitzes beauftragte

oder sich selbst einen Käufer suchte. Die Tätigkeit des entgegen der Vereinbarung von dem Kläger zugezogenen Maklers oder die entsprechenden eigenen Bemühungen des Klägers sollten gewissermaßen K [REDACTED] zugutekommen und dessen Anspruch auf 3 % Provision auslösen. Der Verkauf an B [REDACTED] ist nur einen Tag nach dem Tode des K [REDACTED] notariell beurkundet worden, und das Berufungsgericht stellt fest, daß die Vertragsparteien sich bereits vor dem Tode des K [REDACTED] über den Inhalt des abzuschließenden Kaufvertrages einig waren. Das Verkaufsangebot an H [REDACTED] ist sogar schon vor dem Tode des K [REDACTED] beurkundet worden. Die für den Verkauf ursächlichen Umstände, die nach dem Vertrage K [REDACTED] einen Provisionsanspruch geben sollten, lagen also vor dessen Tode. Da die Tätigkeit des von dem Kläger zugezogenen Maklers und seine eigenen Bemühung gewissermaßen als solche des K [REDACTED] anzusehen sind und die bereits vor dem Tode des K [REDACTED] erfolgte Tätigkeit des anderen Maklers und des Klägers selbst für den Verkauf ursächlich waren, steht seinen Erben der Provisionsanspruch zu, obgleich K [REDACTED] im Zeitpunkt der Beurkundung des notariellen Kaufvertrages zwischen dem Kläger und B [REDACTED], durch die das provisionspflichtige Geschäft erst verbindlich wurde, und zur Zeit der Annahme des Kaufangebots an H [REDACTED] durch die Bundesrepublik schon tot war. Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich auch dann, wenn der Kläger wegen Verletzung seiner Verpflichtung zur Erteilung eines Alleinauftrags an K [REDACTED] Schadensersatz leisten muß (vgl. oben zu 3).

6. Allerdings wäre der Maklervertrag zwischen dem Kläger und K [REDACTED] dann bereits vor dem Tode des K [REDACTED] beendet gewesen, wenn dieser infolge

schwerer Erkrankung zur Leistung von Maklerdiensten unfähig gewesen wäre (vgl. Soergel/Erdsiek/Mühl, aaO Nr. 5). Das Berufungsgericht vermißt einen hinreichenden Vortrag des Klägers in der Richtung, daß K. vor seinem Tode völlig handlungsunfähig und durch schwere Erkrankung zu jeglicher Tätigkeit für alle Zukunft oder jedenfalls für die vorgesehene Vertragsdauer unfähig war. Es fügt hinzu, der Kläger habe die Behauptung der Beklagten nicht substantiiert bestritten, daß der Tod des K., der zuckerkrank war, nach einem ihn keineswegs handlungsunfähig machenden Kuraufenthalt durch Herzinfarkt und nicht etwa als Folge der durch die Kur zu behandelnden Krankheit eintrat.

Diese Darlegungen werden von der Revision mit Verfahrensrügen angegriffen. Diese sind jedoch nicht begründet. Die Revision hat das Berufungsurteil mißverstanden, wenn sie aus ihm herauslesen will, daß das Berufungsgericht allein auf die Todesursache Wert gelegt habe. Vielmehr ergeben die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils mit aller Deutlichkeit, daß das Berufungsurteil zutreffend darauf abgestellt hat, ob K. vor seinem Tode "handlungsunfähig" war. Diese Frage hat es mit tatsächlichen Erwägungen verneint. Die Revision bemüht sich demgegenüber, mit Hilfe der Rüge der Verletzung des § 139 ZPO die Behauptung in den Rechtsstreit einzuführen, daß K. in den letzten Monaten vor seinem Tode infolge seiner Erkrankung zu normaler oder überhaupt jeder beruflichen Tätigkeit außerstande gewesen sei. Dieses Vorbringen ist in Wahrheit nur ein Versuch, die Verwertung von neuem Tatsachenvorbringen im Revisionsrechtszuge zu ermöglichen, der unzulässig ist. Auf das Vorbringen des Klägers (Schriftsatz vom 22. August 1962

S. 1), der verstorbene K [REDACTED] habe jedenfalls Mitte Februar 1962 nicht mehr für den Kläger tätig sein können, haben die Beklagten im Schriftsatz vom 13. September 1962 S. 6 erwidert, K [REDACTED] sei vor seinem Tode durch nichts daran gehindert gewesen, für den Kläger tätig zu sein. K [REDACTED] sei nicht an seiner Zuckerkrankheit gestorben, sondern an einem plötzlich aufgetretenen und völlig unerwarteten Herzinfarkt. Diesen Angaben der Beklagten hat der Kläger in der Berufungsbegründung, dem einzigen von ihm im Berufungsrechtszuge eingereichten Schriftsatz, nicht widersprochen. Bei diesem Sachverhalt bestand für das Berufungsgericht keine Veranlassung, den Kläger dahin zu befragen, ob er behaupten wolle und unter Beweis stellen könne, daß K [REDACTED] schon zu dem Zeitpunkt, als die Verhandlungen mit B [REDACTED] begannen, die zum Abschluß des Kaufvertrages mit ihm führten, durch seine Erkrankung daran verhindert gewesen sei, eine Mäklertätigkeit auszuüben. Zudem hat der Kläger nicht einmal angegeben, seit wann er mit Breining verhandelt hatte und zu welchem Zeitpunkt die Einigung mit B [REDACTED] zustande gekommen war. Die Rüge der Verletzung des § 139 ZPO kann somit keinen Erfolg haben.

7. Entgegen der Ansicht der Revision enthält das Berufungsurteil nicht deshalb einen Widerspruch, weil es davon ausgeht, daß K [REDACTED] einen auf die Beklagten übergegangenen Provisionsanspruch nur dann erworben habe, wenn er nicht handlungsunfähig war, als die entscheidenden Kaufverhandlungen über das Grundstück des Klägers schwebten, aber auch der Tatsache wesentliches Gewicht beimißt, daß die Provision auch unabhängig von einer Mäklertätigkeit des K [REDACTED] erworben werden sollte.

Der Gedankengang des Berufungsgerichts geht ersichtlich dahin, daß eine Provisionsforderung nur dann entstanden ist, wenn zu der Zeit, als die zum Abschluß des Kaufvertrages über das Grundstück des Klägers führende Mäklertätigkeit erforderlich war, K [REDACTED] noch beruflich tätig sein konnte, weil andernfalls die Verpflichtung des Klägers aus dem Vertrage mit K [REDACTED] vom 19. Mai 1959 erloschen gewesen wäre. Die Handlungsfähigkeit des K [REDACTED] in der maßgebenden Zeit war also Voraussetzung für die Entstehung des Provisionsanspruchs. Nicht aber kam es nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht darauf an, ob K [REDACTED] in dieser Zeit auch tatsächlich Mäklerdienste für den Kläger geleistet hatte, weil dieser K [REDACTED] die Provision auch für den Fall versprochen hatte, daß er von dem Kläger nicht in Anspruch genommen wurde. Daß diese Gesichtspunkte auf Seite 18 des Berufungsurteils nicht ganz klar auseinandergehalten sind, kann den Bestand des angefochtenen Urteils nicht gefährden.

8. Der Kläger hat in den Tatsachenrechtszügen vortragen, daß K [REDACTED] bei der Auszahlung der dem Kläger gewährten Darlehen jeweils erhebliche Beträge einbehalten habe, die sich insgesamt auf etwa 13 000 DM beliefen. Er hatte weiter behauptet, er, der Kläger, habe mit K [REDACTED] vereinbart gehabt, daß diese Leistungen auf die spätere Provision angerechnet werden sollten. Hilfsweise hatte er gegenüber dem Provisionsanspruch des K [REDACTED] in dieser Höhe aufgerechnet. Zum Beweise dafür, daß K [REDACTED] Beträge in der angegebenen Höhe einbehalten habe, hatte sich der Kläger im ersten Rechtszug auf die Geschäftsbücher des K [REDACTED]

berufen. Die Beklagten hatten darauf einen von dem Steuerbevollmächtigten des K gefertigten Buchauszug, überschrieben: "Darlehen L", für die Jahre 1959 und 1960 eingereicht, der mit einem Saldo zu Gunsten des K in Höhe von 1 350 DM abschließt. Das Landgericht ist auf diese Behauptung des Klägers in den Entscheidungsgründen seines Urteils nur kurz eingegangen. Es hat dazu bemerkt, es sei unbewiesen geblieben, daß der Kläger bereits 13 000 DM bezahlt habe (Urteil S. 5). Im Berufungsrechtszuge hat der Kläger sein entsprechendes Vorbringen ergänzt und insbesondere auf zwei im einzelnen geschilderten Darlehensgeschäfte hingewiesen, aus denen K insgesamt 8 900 DM als Vorschuß einbehalten habe. Er hat außerdem beantragt, ihn selbst als Partei über diese Behauptungen zu vernehmen.

Das Berufungsgericht hält den Sachvortrag des Klägers auch im Berufungsrechtszuge für unklar, weil er einerseits Vorschußzahlung behauptete, andererseits aber die Aufrechnung erkläre, was sich gegenseitig ausschließe. Im übrigen könne der Kläger, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, mit seinem neuen Sachvorbringen gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden, weil die Beklagten einer Beweisaufnahme widersprochen hätten und ohne diese, die den Rechtsstreit verzögern würde, eine Klärung gar nicht möglich sei. Da der von den Beklagten vorgelegte Buchauszug auch die völlige Auszahlung der Darlehen an den Kläger ergebe, so hat das Berufungsgericht weiter dargelegt, sei es nicht berechtigt, gegen den Widerspruch der Beklagten den Kläger als Partei zu vernehmen; das bestrittene Vorbringen des Klägers sei mithin auch unbeweisbar.

Die Revision beanstandet diese Begründung jedenfalls insoweit mit Recht, als das Berufungsgericht die Vorschrift des § 529 Abs. 2 ZPO nicht anwenden durfte, denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Erledigung des Rechtsstreits durch die Vernehmung des Klägers als Partei - andere Beweiserhebungen kamen nicht in Betracht - verzögert worden wäre. Der Kläger hätte nämlich zu dem einzigen Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht geladen und in diesem vernommen werden können. Durch die Vernehmung des Klägers als Partei brauchte also die Entscheidung des Rechtsstreits im Berufungsrechtszuge nicht hinausgezögert zu werden.

Entgegen der Ansicht der Revision trägt jedoch die wiedergegebene weitere Begründung das Berufungsurteil.

Der Antrag des Klägers, ihn selbst als Partei zu vernehmen, war überhaupt kein zulässiger Beweisantrag, den das Berufungsgericht hätte bescheiden müssen. § 445 ZPO kennt lediglich den Antrag auf Vernehmung des Gegners der beweispflichtigen Partei. Diese selbst kann gemäß § 440 ZPO nur dann vernommen werden, wenn eine Partei es beantragt und die andere damit einverstanden ist. Ein solches Einverständnis haben indes die Beklagten hier ausdrücklich verweigert. Der "Beweisantrag" des Klägers, ihn selbst als Partei zu vernehmen, ist in Wahrheit nichts anderes als eine Anregung an das Gericht, gemäß § 448 ZPO eine Anordnung dahin zu treffen, daß der Kläger als Partei zu vernehmen ist. Wenn auch das Berufungsgericht in seinem Urteil die Vorschrift des § 448 ZPO nicht ausdrücklich erwähnt hat, so ergeben doch seine Darlegungen, daß es sich der ihm auf Grund dieser Vorschrift gewährten Befugnis bewußt war, den Kläger als Partei über die von ihm aufgestellten Behauptungen zu vernehmen. Die von ihm in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen, aus denen heraus es eine

Vernehmung des Klägers als Partei nicht für angebracht hielt, bieten keinen Anhalt für die Annahme, daß das Berufungsgericht sein Ermessen hinsichtlich der ihm gemäß § 448 ZPO zustehenden Befugnisse in rechtlich nicht einwandfreier Weise ausgeübt haben könnte. Auch die Revision hat in dieser Richtung keine stichhaltigen Rügen erhoben. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb es dem Kläger zugutekommen soll, daß K [REDACTED] inzwischen verstorben ist und nicht mehr vernommen werden kann. Das Berufungsgericht hat daher nicht rechtsfehlсам gehandelt, wenn es abgelehnt hat, den Kläger als Partei zu vernehmen.

Die den erörterten Erwägungen des Berufungsgerichts vorausgeschickte und von der Revision ebenfalls beanstandete Bemerkung, der Vortrag des Klägers sei unklar, weil er einerseits Vorschußzahlung behauptete, andererseits Aufrechnung erkläre, hat ersichtlich die Würdigung des Berufungsgerichts nicht beeinflußt. Es hat - abgesehen von der zwar unrichtigen, jedoch hier unschädlichen Annahme, das Vorbringen des Klägers sei wegen Verspätung nicht zuzulassen - entscheidend darauf abgestellt, daß die Behauptungen des Klägers unbeweisbar seien. Diese Begründung, die - wie ausgeführt - einer rechtlichen Prüfung standhält, weil der Kläger keinen zulässigen Beweis für seine von den Beklagten bestrittenen Behauptungen über die angeblichen Vorschußleistungen angeboten hatte und das Berufungsgericht ihn nicht gemäß § 448 ZPO als Partei zu vernehmen brauchte, rechtfertigt für sich allein die Entscheidung des Berufungsgerichts, ohne daß es auf die von der Revision angegriffenen, in diesem Zusammenhange angestellten weiteren Erwägungen noch ankäme.

9. Mit Recht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger die gesamten Kosten des Berufungsrechtszuges auferlegt hat. Ihr ist zuzugeben, daß die Bestimmung des § 96 ZPO, auf die sich das Berufungsgericht bezogen hat, hier nicht eingreift. Die Verteidigung des Klägers, der gesamte für sein Anwesen erzielte Preis habe entgegen der Annahme des Landgerichts nicht mehr als 580 000 DM betragen, hat Erfolg gehabt. § 96 ZPO setzt indes voraus, daß ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel ohne Erfolg geblieben ist. Auch § 97 Abs. 2 ZPO ist hier nicht zu Ungunsten des Klägers anwendbar. Die Beklagten hatten im ersten Rechtszuge ursprünglich selbst vorgetragen, daß der vom Kläger bei dem Verkauf seines Grundstücks erzielte Kaufpreis 580 000 DM betragen habe und daher ein Provisionsanspruch von 17 400 DM entstanden sei (Schriftsatz vom 20. Juli 1962 S. 6). Erst in dem Schriftsatz vom 13. September 1962, der von den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten nach dem letzten Termin zur mündlichen Verhandlung vom 3. September 1962, in dem sie um eine Schriftsatzfrist gebeten hatten, dem Landgericht eingereicht wurde, war behauptet worden, daß der Kaufpreis für das Anwesen des Klägers insgesamt 666 000 DM betragen habe und die Provision mithin 19 980 DM ausmache. In dem Termin vom 3. September 1962 hatten die Parteivertreter ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt. Darauf erließ das Landgericht am 1. Oktober 1962 sein Urteil, dessen Formel den Parteivertretern am 16. und 17. Oktober 1962 zugestellt wurde. Wenn auch das Berufungsgericht nicht gehindert war, den nachgereichten Schriftsatz der Beklagten zu berücksichtigen (2CHZ 11, 27, 31; 28, 278, 2847), so war doch der Kläger, dem eine Erwiderung auf den von den Beklagten eingereichten

Schriftsatz nicht vorbehalten war, nicht gehalten, alsbald zu dem in dem Schriftsatz enthaltenen neuen Vorbringen Stellung zu nehmen. Er konnte vielmehr erwarten, daß das Landgericht, wenn es seiner Entscheidung das neue Vorbringen zugrundelegen wollte, die mündliche Verhandlung wieder eröffnen und ihn ausdrücklich zur Stellungnahme auffordern würde. Jedenfalls brauchte er nicht damit zu rechnen, daß das Landgericht den von dem bisherigen Vortrag der Beklagten abweichenden Angaben über die Höhe des erzielten Kaufpreises folgen würde, ohne vorher den Kläger zur Stellungnahme aufzufordern. Infolgedessen kann es dem Kläger nicht zur Last fallen, daß er auf den Schriftsatz vom 13. September 1962 bis zum Erlaß des Urteils des Landgerichts keine Gegenerklärungen abgab. Die Klarstellung, daß der Kaufpreis insgesamt nur 580 000 DM betrug, ist sofort in der Berufungsbegründung erfolgt. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO sind somit ersichtlich nicht gegeben. Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts muß deshalb dahin abgeändert werden, daß die Beklagten entsprechend ihrem Unterliegen 1/8 der Kosten des Berufungsrechtszuges zu tragen haben.

Da die Revision in der Hauptsache keinen Erfolg hat, sondern nur zu einer wenig bedeutungsvollen Abänderung der Kostenentscheidung für den zweiten Rechtszug führt,

sind dem Kläger die Kosten der Revision gemäß §§ 97, 92 ZPO
in vollem Umfange auferlegt worden.

Dr. Haidinger	Dr. Gelhaar	Dr. Lorschel
Dr. Mezger	Dr. Messner	