

Verkündet
am 19. Oktober 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2211 049

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Finanzmaklers Wilhelm Ernst G [REDACTED], M [REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Rudolf H [REDACTED], W [REDACTED],
Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 19. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der sich gelegentlich als Makler betätigt, stand im Jahr 1958 mit dem Kaufmann K[REDACTED] in Verbindung, dessen Ehefrau ihr Grundstück in M[REDACTED], W[REDACTED] Str. [REDACTED], verkaufen wollte. K[REDACTED] erteilte dem Kläger den Auftrag, den Verkauf zu vermitteln. In seinem Schreiben an den Kläger vom 17. November 1958 heißt es u.a.:

"Im Falle des Verkaufs erhalten Sie von mir eine Provision von 2 % aus der Verkaufssumme."

Der Kläger setzte sich mit dem Beklagten in Verbindung und vereinbarte mit diesem am 7. Januar 1959 folgendes:

"Bindende Vereinbarung.

Zwischen ... (den Parteien) ... wird hiermit vereinbart, daß im Falle des Verkaufes des Objektes M[REDACTED], W[REDACTED] Str. 243, die Gesamtprovisionen von Verkäufer und Käufer im Verhältnis zu 2/5 für ... (Kläger) ... und 3/5 für ... (Beklagten) aufgeteilt wird, wobei ... (Beklagter) ... zusätzlich die Verpflichtung übernimmt, an Herrn Di[REDACTED] zur Abgeltung dessen Provisionsforderung den Betrag von 5.000 DM zu zahlen.

Die Provision ist zahlbar und fällig bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages."

Am selben Tage erteilte K[REDACTED] im Einverständnis des Klägers und in Vollmacht seiner Frau dem Beklagten den Alleinauftrag zum Verkauf des Grundstücks. Darin heißt es u.a.:

"Hinsichtlich der Provision gilt die mit ... (dem Kläger) ... laut Schreiben vom 17. November 1958 getroffene Vereinbarung.

Die Provision ist fällig und zahlbar bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages."

Am 13. Februar 1959 kauften der Beklagte und zwei weitere Personen, die zu diesem Zwecke eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebildet hatten, das Grundstück für 529.245 DM. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahmen sie Hypotheken und Grundschulden. Im Kaufvertrag heißt es weiter (unter V 2).

"Die Käufer übernehmen die Verkäuferprovisionsforderung des ... (Klägers) ... gegenüber der Verkäuferin in Höhe von ca. 15.000 DM."

Der Kläger ist der Auffassung, der Beklagte schulde ihm auf Grund der mit ihm getroffenen Vereinbarung vom 7. Januar 1959 2/5 von 5 % des Kaufpreises = 10.584,90 DM, nämlich 2/5 von 2 % = 4.233,96 DM als Verkäuferprovision und 2/5 von 3 % = 6.350,94 DM als Käuferprovision. Er hat davon Teilbeträge von 3.000 DM und 3.500 DM, insgesamt 6.500 DM nebst Zinsen eingeklagt, zuletzt mit dem Antrage, 1.350 DM an den Kaufmann G. zu zahlen und den Rest zugunsten verschiedener Gläubiger des Klägers zu hinterlegen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat vorgetragen: Der Kauf des Grundstücks durch ihn und seine beiden Mitgesellschafter sei eine "Notlösung"; denn das Grundstück wäre sonst unverkäuflich gewesen. Dieser Verkauf wäre nicht zustande gekommen, wenn er und seine Mitkäufer hätten Provision zahlen sollen. Die Vereinbarung der Parteien vom 7. Januar 1959 sei durch spätere Abreden überholt. Er (Beklagter) sei dem Kläger übrigens auch nach dieser Vereinbarung nicht verpflichtet gewesen, mit den Käufern eine Maklerprovision zu vereinbaren. Von der Verkäuferin habe er keine Provision erhalten. Der Kläger könne aus Ziffer V 2 des Kaufvertrages, der auch von der Wohn-



siedlungsbehörde noch nicht genehmigt sei, keine eigenen Rechte herleiten. Eine etwaige Provisionsforderung des Klägers sei noch nicht fällig. Mit ihr müßten ferner 5.469,17 DM verrechnet werden, welche K [REDACTED] (als Inhaber der Firma M [REDACTED]) oder seine Frau noch von dem Kläger zu fordern hätten.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht führt aus:

Der Klageanspruch sei nach dem Vertrag der Parteien vom 7. Januar 1959 begründet. Danach hätten Verkäufer und Käufer den von ihnen geschuldeten Maklerlohn bei Abschluß des Kaufvertrages an den Beklagten zahlen sollen und dieser habe 2/5 davon an den Kläger und weitere 5.000 DM an den vom Kläger vorher eingeschalteten Makler Di [REDACTED] abführen sollen. Der Beklagte sei demnach auf Grund des Vertrages vom 7. Januar 1959 dem Kläger gegenüber verpflichtet gewesen, auch mit dem Käufer einen Maklervertrag abzuschließen und sich von diesem die übliche Käuferprovision von 3 % versprechen zu lassen. Da der Beklagte das nicht getan habe, habe er seine Vertragspflichten gegenüber dem Kläger verletzt.

Die Käufer (darunter der Beklagte selbst) hätten im Kaufvertrag vom 13. Februar 1959 der Verkäuferin gegenüber eine "Verkäuferprovision" des Klägers in Höhe von ca. 15.000 DM

übernommen. Damit hätten sie ersichtlich den Verpflichtungen des Beklagten aus dem Vertrage vom 7. Januar 1959 nachkommen wollen. Denn $2/5$ von 5 % der Kaufsumme (= 10.584,90 DM) zuzüglich der 5.000 DM für Di[REDACTED] ergäben ca. 15.000 DM. Der Beklagte habe es zwar vertragswidrig unterlassen, eigene Provisionsansprüche gegen die Verkäuferin zu erheben und solche gegen die Käufer zu begründen. Gleichwohl habe er aber durch die im Kaufvertrag von den Käufern (darunter ihm selber) übernommenen Verpflichtungen der Vereinbarung der Parteien vom 7. Januar 1959 gerecht werden wollen. Er habe im Kaufvertrag (gesamtschuldnerisch mit seinen Mitkäufern) der Verkäuferin gegenüber die Haftung für die Provisionsansprüche des Klägers gegen die Verkäuferin übernommen. Er müsse sich daher im Verhältnis zum Kläger so behandeln lassen, als ob er die im Vertrage vom 7. Januar 1959 vorgesehenen Provisionen selbst bereits erhalten hätte.

2) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht K[REDACTED] nicht als Zeugen vernommen hat. Die Rüge ist nicht begründet.

a) K[REDACTED] war (im Schriftsatz des Beklagten vom 1. Februar 1960) dafür benannt, daß der Kläger zwischen dem 7. Januar 1959 und dem 13. Februar 1959, als der Verkauf des Grundstücks Schwierigkeiten machte und der Beklagte den Maklerauftrag zurückgeben wollte, zum Beklagten geäußert habe, dieser "solle das Anwesen doch irgendwie zum Verkauf bringen, wie es sich gerade machen lasse".

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht diesen Be-
weisantritt für unerheblich gehalten. Dabei braucht nicht
erörtert zu werden, ob allen vom Berufungsgericht in die-
sem Zusammenhang gemachten Ausführungen gefolgt werden kann.
Denn im Ergebnis jedenfalls ist die Auffassung des Beru-
fungsgerichts nicht zu beanstanden.

Die vom Beklagten behauptete Äußerung ist zu unbestimmt, als daß in ihr ein Angebot des Klägers auf Aufhebung oder Änderung des Vertrages vom 7. Januar 1959 gesehen werden könnte.

In dem genannten Schriftsatz heißt es im Anschluß an den oben zitierten Satz weiter, "d.h. der Beklagte sollte freigestellt werden und verkaufen können unabhängig davon, ob sich dabei die erhofften Provisionen realisieren lassen würden oder nicht". Diesen Zusatz konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß dahin auffassen, der Beklagte behauptete nicht, daß der Kläger das damals wörtlich oder sinngemäß zum Beklagten geäußert habe, sondern es handele sich bei diesem Satz nur um rechtliche Folgerungen, welche der Beklagte aus der von ihm behaupteten, weiter oben wiedergegebenen Äußerung des Klägers ziehen wolle. Über eine solche Rechtsfrage aber kam eine Vernehmung K[REDACTED]s als Zeugen nicht in Betracht.

b) Im selben Schriftsatz hatte der Beklagte sich für folgendes Vorbringen auf K[REDACTED] als Zeugen berufen: Die Vereinbarung vom 7. Januar 1959 mit der Verkäuferin habe keinen Provisionsanspruch des Beklagten gegen K[REDACTED] geschaffen. Es habe bei dem Provisionsanspruch des Klägers gegen K[REDACTED] verbleiben sollen. Der Beklagte habe sich mit dem Kläger hinsichtlich der Provision auseinandersetzen müssen. Deshalb sei im Kaufvertrag auch vereinbart worden, daß die Zahlungspflicht der Verkäuferin gegenüber dem Kläger durch Zahlung der Käufer an den Kläger unter Anrechnung auf den Kaufpreis zum Erlöschen gebracht werden solle, soweit sie nicht schon durch Verrechnung erloschen sei. Ein eigenes Klagerecht gegen den Beklagten habe dem Kläger nicht zustehen sollen.

Diese Ausführungen des Beklagten richteten sich gegen die Rechtsauffassung des Landgerichts, das die Klagegrundlage z. T. in der Vereinbarung des Beklagten vom 7. Januar 1959 mit K [REDACTED] (Vertrag zugunsten Dritter) und in dem Kaufvertrag vom 13. Februar 1959 (Schuldmitübernahme) gesehen hatte. Das Berufungsgericht ist der Auffassung des Landgerichts nicht gefolgt, sondern hat den Klageanspruch ausschließlich aus der Vereinbarung des Beklagten vom 7. Januar 1959 mit dem Kläger hergeleitet. Aus diesem Grunde brauchte es auf die oben wiedergegebenen Ausführungen des Beklagten und den zugehörigen Beweisantritt nicht einzugehen. Das verkennt anscheinend auch der Vertreter des Beklagten nicht, wie seine Ausführungen in der Revisionsverhandlungen erkennen ließen.

c) Im Schriftsatz vom 23. Dezember 1959 hatte der Beklagte unter Benennung K [REDACTED] als Zeugen folgende Behauptungen aufgestellt: Als im Herbst 1958 K [REDACTED] im Auftrag seiner Frau den Kläger mit der Vermittlung des Verkaufs betraut und dabei mit ihm auch die Provisionsabrede (vom 17. November 1958) getroffen habe, sei bereits zu ersehen gewesen, daß die M [REDACTED] gegen den Kläger aus der vorliegenden Abrechnung eine erhebliche Forderung behalten werde. Kokothaki habe deshalb dem Kläger erklärt, daß aus der Provision, die der Kläger möglicherweise bei der Vermittlung des Grundstücksverkaufs verdienen werde, vorweg die Ansprüche der M [REDACTED] gegen ihn verrechnet werden müßten und er dann nur noch den überschießenden Teil erhalten würde. Das habe der Kläger akzeptiert.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, selbst wenn solche Forderungen gegen den Kläger bestehen sollten, für die der Beklagte jedoch nicht einmal eine hinreichende Begründung vorgetragen habe, so sei eine Verrechnung doch ersichtlich nicht erfolgt, wie sich daraus ergebe, daß im

Kaufvertrag die von den Käufern in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommene Provision des Klägers in unverminderter Höhe von ca. 15.000 DM aufgeführt sei.

Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum. Die unter Beweis gestellte Äußerung K[REDACTED]s aus Herbst 1958, daß (möglicherweise) eine Verrechnung stattfinden "müsse", besagt noch nichts darüber, ob später eine derartige Verrechnung tatsächlich stattgefunden hat. Daß das nicht geschehen ist, folgert das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei aus dem Inhalt des Kaufvertrages vom 13. Februar 1959. Die Äußerung K[REDACTED]s vom Herbst 1958 war damit überholt.

3) Die Revision rügt weiter ohne nähere Begründung, das angefochtene Urteil verletze "das materielle Recht schlechthin". Auch diese Rüge ist im Ergebnis nicht begründet.

Das angefochtene Urteil läßt allerdings nicht klar erkennen, mit welcher rechtlichen Begründung es den Klageanspruch aus der Vereinbarung der Parteien vom 7. Januar 1959 herleiten will. Doch führt das im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung.

a) In der Vereinbarung der Parteien vom 7. Januar 1959 ist der später eingetretene Fall nicht geregelt, daß der Beklagte nicht den Verkauf des Grundstücks an Dritte vermittelte, sondern es (zusammen mit zwei anderen) selbst erwarb. Die Vereinbarung hat insoweit eine Lücke, die durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen ist (§ 157 BGB). Diese ergänzende Vertragsauslegung kann im vorliegenden Falle bei Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Ziffer V 2 des Kaufvertrages vom 13. Februar 1959 zu keinem anderen Ergebnis führen, als

daß auch in diesem Falle der Beklagte aus der Vereinbarung verpflichtet ist, dem Kläger Provision in gleicher Höhe zukommen zu lassen, wie er sie ihm nach der Vereinbarung schulden würde, wenn er den Verkauf an einen Dritten vermittelt und dabei vereinbarungsgemäß mit dem Verkäufer 2 % und mit dem Käufer die üblichen 3 % Provision vereinbart und gezahlt erhalten hätte.

b) Ersichtlich dienten alle späteren Vereinbarungen dem Ziel, dem Kläger seine Verkäuferprovision, wie sie am 17. November 1958 zwischen ihm und K. [REDACTED] vereinbart worden war, trotz der späteren Einschaltung des Beklagten zu erhalten. Das war auch gerechtfertigt; denn tatsächlich hatte der Kläger den Beklagten mit dem Verkaufsobjekt in Verbindung gebracht und ihm dadurch dessen spätere Verwertung erst ermöglicht.

c) Von untergeordneter Bedeutung dagegen war es in diesem Zusammenhang für die Parteien, wie die dem Kläger zugestandene Provisionssumme errechnet wurde, ob als 2 %-ige Verkäuferprovision (so das Schreiben vom 17. November 1958) oder als 2/5 der Summe von 2 %-iger Verkäufer- und 3 %-iger Käuferprovision (so die Vereinbarung vom 7. Januar 1959). Im Ergebnis lief beides auf die gleiche Summe hinaus.

d) Auch nach dem Kaufvertrag vom 13. Februar 1959 sollte der Kläger wiederum die gleiche Summe erhalten, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt, wobei in den ca. 15.000 DM auch die 5.000 DM für Di. [REDACTED] stecken, welche der Kläger diesem schuldete. Noch bei Abschluß des Kaufvertrages standen also der Beklagte und seine Mitkäufer auf dem Standpunkt, daß die gegenüber dem ursprünglichen Plan (eines Verkaufs an Dritte) veränderte Sachlage es nicht rechtfertige, dem Kläger die ihm zugesagte Provision zu verweigern.

c) Der Beklagte hat behauptet, die Käufer hätten das Grundstück nicht gekauft, wenn sie eine Käuferprovision hätten zahlen sollen. Das steht jedoch mit der Abrede zu Ziffer V 2 des Kaufvertrages vom 13. Februar 1959 nicht im Einklang. Denn wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, enthalten die im Kaufvertrag als Provision des Klägers genannten, von den Käufern in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen ca. 15.000 DM nicht nur den 2/5 Anteil des Klägers an einer 2 %-igen "Verkäuferprovision"; vielmehr ist die dort eingesetzte Summe, soweit sie dem Kläger zustehen soll, unter Zugrundelegung der vollen dem Kläger vertraglich zugebilligten Provision errechnet worden, also so, als ob außer der 2 %-igen Verkäuferprovision noch eine 3 %-ige Käuferprovision gezahlt worden wäre. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die gesamten "ca. 15.000 DM" im Kaufvertrag als "Verkäuferprovision" bezeichnet sind.

4) Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Dr. Vogt Finke