

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 58/93

Verkündet am:
23. Februar 1994
Heinz
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs, Römer und Terno auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1994

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Widerklägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 7. Dezember 1992 aufgehoben, soweit es (III. des Urteilsausspruchs) die gegen die Abweisung der Widerklage gerichtete Berufung des Widerklägers zurückgewiesen und ihm (IV. 2. des Urteilsausspruchs) Kosten auferlegt hat.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Nach rechtskräftiger Abweisung der Provisionsklage der Ehefrau des Widerbeklagten geht es nur noch um die Widerklage. Mit dieser begehrt der frühere Beklagte als Widerkläger die Feststellung, daß er auch dem Widerbeklagten keine Provision schuldet.

Die Bauträgersgesellschaft C. Bau verkaufte mit notariellem Vertrag vom 20. Juni 1988 das Gewerbegrundstück "Zentrallager B." für 18,1 Mio. DM an die N. Verwaltungsgesellschaft mbH. Dazu kam es, nachdem der Verkäufermakler, der Zeuge H., sich an den Widerbeklagten mit der Bitte um Mithilfe gewandt, dieser den Kontakt zwischen dem Verkäufermakler und dem Widerkläger vermittelt und der Widerkläger das Interesse der Käuferin geweckt hatte.

Die Parteien streiten darüber, ob die drei beteiligten Makler - der Widerkläger, der Widerbeklagte und der Zeuge H. - eine Drittelung der Gesamtprovision (Verkäufer - zuzüglich Käuferprovision) vereinbart haben. Das behauptet der Widerbeklagte. Nach dem Vortrag des Widerklägers dagegen hat H. das Objekt unabhängig voneinander beiden Parteien überlassen, wobei der Widerbeklagte damals freier Mitarbeiter des Widerklägers gewesen sei.

H. hat von der Verkäuferin deren Provision in Höhe von 228.000 DM erhalten. Von der in doppelter Höhe mit 456.000 DM (400.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer) angefallenen Käuferprovision zahlte die Käuferin 304.000 DM dem Widerkläger aus. Den Restbetrag von 152.000 DM zahlte sie wegen des vorliegenden Rechtsstreits auf ein Anderkonto des vorinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Widerklägers.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Widerklage abgewiesen. Dagegen wendet sich der Widerkläger mit der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Dieses hat nach der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme bislang nicht die Überzeugung gewinnen können, daß die behauptete Provisionsteilungsvereinbarung geschlossen worden ist, hat das allerdings als durchaus möglich bezeichnet. Weil aber - so führt das Berufungsurteil weiter aus - zwischen den drei Beteiligten zumindest ein Makler-Gemeinschaftsgeschäft vorgelegen habe, sei entsprechend der Üblichkeit unter Maklern die auf der Käuferseite angefallene Provision zwischen den Parteien als den insoweit tätigen Maklern hälftig aufzuteilen.

2. Von dieser Begründung wird die Entscheidung nicht getragen.

a) Das Berufungsgericht versteht den von ihm verwendeten Rechtsbegriff "Gemeinschaftsgeschäft" falsch. Der Widerbeklagte und der Widerkläger waren unstreitig nicht als Makler auf entgegengesetzten Seiten tätig. Deshalb ist die Anwendung von nach Meinung des Berufungsgerichts bestehenden Grundsätzen über das Gemeinschaftsgeschäft mit der Folgerung, allein daraus ergebe sich der Drittelanspruch, von vornherein ungerechtfertigt. Auf das Gutachten des Sachverständigen S. kann sich das Berufungsurteil nicht stützen. Es ist in Wahrheit größtenteils ein Gutachten zur Rechtslage.

Eine etwa allgemein oder regional unter Maklern bestehende Übung kann allenfalls Indiz bei der Ermittlung des Inhalts des jeweils abgeschlossenen Vertrages über die Zusammenarbeit der Makler sein. Zwischen den beteiligten Maklern gilt nämlich sogar dann, wenn es sich um ein Gemeinschaftsgeschäft im Sinne der Rechtsprechung handeln würde, nur die jeweilige näher ausgehandelte, individuelle Vereinbarung (Senatsurteile vom 14.10.1981 und 18.6.1986 - IVa ZR 152/80 und 7/85 - WM 1982, 16 und 1986, 1288).

b) Den Abschluß einer solchen Vereinbarung muß der Widerbeklagte beweisen. Bei der negativen Feststellungsklage hat der sich eines Anspruchs berühmende Beklagte die Darlegungs- und Beweislast; die Umkehrung der Parteirollen hat insoweit keinen Einfluß (BGH, Urteil vom 17.5.1977 - VI ZR 174/74 - WM 1977, 1008 = NJW 1977, 1637 unter 1. III. a.E.; Zöllner/Greger, ZPO 18. Aufl. § 256 Rdn. 18). Nach der näher begründeten Würdigung des Tatrichters hat der Widerbeklagte diesen Beweis nicht erbringen können.

c) Gleichwohl kann der Senat der Widerklage nicht stattgeben. Im Berufungsurteil ist ausgeführt, die für eine Parteivernehmung des Widerbeklagten erforderliche gewisse Wahrscheinlichkeit seiner Darstellung sei nicht gegeben. Mit Recht rügt jedoch die Revisionserwiderung Verletzung des § 448 ZPO. Diese Rüge ist auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausreichend ausgeführt worden. Der Widerbeklagte beruft sich nämlich darauf, daß das Berufungsgericht selbst eine Drittelungsvereinbarung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für "durchaus möglich" (Seiten 26 und 31 seines Urteils) hält und in anderem Zusammenhang,

nämlich im Rahmen der Erörterung der für das Vorliegen eines Gemeinschaftsgeschäfts sprechenden Gesichtspunkte auf den Seiten 32 und 33 seines Urteils, gewichtige Umstände aufführt, die für den Abschluß dieser Vereinbarung sprechen, im Zusammenhang mit § 448 ZPO aber nicht erkennbar gewürdigt worden sind. Nach diesen Ausführungen dürften die Voraussetzungen für die beantragte Parteivernehmung des Widerbeklagten vorliegen.

3. Demgemäß muß das Berufungsurteil aufgehoben werden. Das Berufungsgericht muß unter umfassender Würdigung der von ihm durchgeführten und gegebenenfalls zu ergänzenden Beweisaufnahme erneut darüber befinden, ob es den Abschluß der Drittelvereinbarung für bewiesen hält.

Bundschuh

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Römer

Terno