



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 172/19

vom

29. Oktober 2020

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Prof. Dr. Schaffert, die Richterinnen Dr. Schwonke, Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerden des Klägers und des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 5. September 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als im Verhältnis zum Beklagten zu 1 im Klageantrag zu 1 - Hauptantrag -, im Klageantrag zu 2 und im Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs im Hinblick auf die Übertragung von dessen ideellen hälftigen Miteigentumsanteil zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist und als der Beklagte zu 1 nach dem Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1 zur Zahlung von mehr als 28.752,50 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. Im Übrigen wird die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Gerichtskosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens trägt der Beklagte zu 1.

Der Streitwert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf insgesamt 180.000 € und für den zurückgewiesenen Teil der Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 auf 28.752,50 € festgesetzt.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens I ZR 160/17 wird in Abänderung des Senatsbeschlusses vom 13. September 2018 auf 349.996 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Eigentümerin einer Hofstelle und landwirtschaftlicher Flächen beauftragte den Beklagten zu 1 als Makler mit dem Verkauf ihres Grundbesitzes. Die beiden Beklagten erwarben ihn zum Preis von 280.000 €. Die Hofstelle veräußerten sie zum Preis von 75.000 € weiter. Die landwirtschaftlichen Nutzflächen werden durch ihre Söhne bewirtschaftet, die als Vollerwerbslandwirte tätig sind.
- 2 Der Kläger begehrt aus abgetretenem Recht der früheren Eigentümerin (im Folgenden: Zedentin) von den Beklagten Schadensersatz. Er hat behauptet, der Beklagte zu 1 habe seine gegenüber der Zedentin bestehenden Pflichten aus dem Maklervertrag in mehrfacher Hinsicht schuldhaft verletzt, der Beklagte zu 2 müsse sich das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten zu 1 zurechnen lassen.
- 3 Der Kläger hat die Beklagten auf Übereignung und Herausgabe des von der Zedentin veräußerten Grundbesitzes mit Ausnahme der weiterveräußerten Hofstelle, Zug um Zug gegen Zahlung von 205.000 €, in Anspruch genommen (Klageantrag zu 1). Außerdem hat er die Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Erstattung der für die Eigentumsumschreibung erforderlichen Kosten und zum Ersatz aller weiteren Schäden, die der Zedentin durch den Kaufvertrag mit den Beklagten entstanden sind und noch entstehen, begehrt (Klageantrag zu 2). Des Weiteren hat er vom Beklagten zu 1 die Rückzahlung der gezahlten Provi-

sion in Höhe von 9.996 € nebst Zinsen beansprucht (Klageantrag zu 3). Hilfsweise zum Klageantrag zu 1 hat er beantragt, den Beklagten zu 1 zur Zahlung von weiteren 120.000 € nebst Zinsen als Schadensersatz zu verurteilen.

4 Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang - dem Klageantrag zu 1 nach dem Hauptantrag - stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils und Abweisung der Klage im Übrigen den Beklagten zu 1 nach dem zum Klageantrag zu 1 gestellten Hilfsantrag zur Zahlung von 70.000 € nebst Zinsen verurteilt. Die Anschlussberufung des Klägers, mit der dieser den Klageantrag zu 1 im Hauptantrag präzisiert und außerdem die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten begehrt hat, hat es zurückgewiesen.

5 Der Senat hat auf die Revision des Klägers und unter Zurückweisung der Anschlussrevision des Beklagten zu 1 das Berufungsurteil aufgehoben. Er hat die Berufung des Beklagten zu 1 gegen seine Verurteilung zur Rückzahlung des Maklerlohns (Klageantrag zu 3) zurückgewiesen. Im übrigen Umfang der Aufhebung hat er die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - I ZR 160/17, NJW 2019, 1596).

6 Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat der Kläger beantragt, die Beklagten jeweils Zug um Zug gegen Zahlung von insgesamt 205.000 € zu verurteilen,

- a) jeweils hälftig das Eigentum an dem ... Grundstück lastenfrei an den Kläger zu übertragen und zu diesem Zweck das Grundstück in der Weise an den Kläger aufzulassen, dass jeder der beiden Beklagten die Auflassungserklärung bezüglich der jeweils in seinem Eigentum stehenden ideellen Hälfte abgibt, und gegenüber dem Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung auf den Kläger zu bewilligen,
- b) das unter a) genannte Grundstück an den Kläger herauszugeben.

7 Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu 1 auf den Hilfsantrag erneut zur Zahlung von 70.000 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Es hat die Revision gegen seine Entscheidung nicht zugelassen. Dagegen wenden sich der Kläger und der Beklagte zu 1 mit ihren Nichtzulassungsbeschwerden.

8 Der Kläger will mit der Revision eine Verurteilung des Beklagten zu 1 zur Übertragung von dessen ideellen hälftigen Miteigentumsanteil sowie nach den darauf bezogenen Folgeanträgen erreichen, der Beklagte zu 1 erstrebt mit der Revision eine vollständige Abweisung der Klage.

9 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat im eingelegten Umfang vollständig (dazu II 2), die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 hat teilweise Erfolg (dazu II 3) und ist im Übrigen zurückzuweisen (dazu II 4). Die Rechtsmittel führen gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur teilweisen Aufhebung des angegriffenen Urteils und insoweit zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

10 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen und nach dem Ergebnis der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme schulde der Beklagte zu 1 dem Kläger Schadensersatz in Höhe von 70.000 €. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 Das Vorbringen des Klägers in der Berufung sei dahin auszulegen, dass er den erstinstanzlich ausdrücklich gestellten Hilfsantrag aufrechterhalten und daran auch in der Berufung festgehalten habe. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs seien Feststellungen dazu zu treffen, ob der Beklagte zu 2 neben dem Beklagten zu 1 zum Schadensersatz verpflichtet sei und - wenn nein - ob dem Kläger gegen den Beklagten zu 1 ein Schadensersatzanspruch zustehe,

der den ihm durch das erste Berufungsurteil zugesprochenen Schadensersatz übersteige. Beide Fragen seien zu verneinen.

12 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es seine gegen den Beklagten zu 1 auf die Übertragung von dessen ideellen hälftigen Miteigentumsanteil gerichtete Klage im Hauptantrag und die darauf bezogenen Folgeanträge abgewiesen und stattdessen über den Hilfsantrag entschieden hat.

13 a) Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und - soweit er eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft - zu bescheiden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 29. Oktober 2015 - V ZR 61/15, NJW-RR 2016, 78 Rn. 7; Beschluss vom 21. März 2018 - VII ZR 170/17, NJW-RR 2018, 651 Rn. 16; Beschluss vom 11. Februar 2020 - VI ZR 265/19, NJW-RR 2020, 693 Rn. 5).

14 b) Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht seinen gegen den Beklagten zu 1 auf die Übertragung von dessen ideellen hälftigen Miteigentumsanteil gerichteten Hauptantrag ohne jede Begründung abgewiesen hat.

15 aa) Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beklagte zu 2 dem Kläger gegenüber nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist. Für diesen Fall hat der Senat in seinem Revisionsurteil vom 24. Januar 2019 in Rn. 79 und 80 folgendes ausgeführt:

Sollten die vom Berufungsgericht zu treffenden Feststellungen die Annahme eines solchen Schadensersatzanspruchs gegen den Beklagten zu 2 nicht rechtfertigen, könnte der Beklagte zu 1 zwar den in seinem Eigentum stehenden ideellen

Miteigentumsanteil an den Kläger übertragen, dies gilt jedoch nicht für den ideellen Miteigentumsanteil des Beklagten zu 2. Bei einer solchen Teilunmöglichkeit der mit der Naturalrestitution verfolgten Vertragsrückabwicklung könnte der Kläger das mit der Klage in ihrem Hauptantrag verfolgte Ziel einer vollständigen Naturalrestitution und das mit dem Hilfsantrag verfolgte Ziel einer kompletten Entschädigung in Geld jeweils nicht vollständig erreichen. Auf diesen Umstand ist er bislang nicht hingewiesen worden. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren ist ihm Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu zu geben, so dass er das ihm in diesem Fall zustehende Wahlrecht zwischen teilweiser Naturalrestitution und teilweisem Wertersatz einerseits oder ausschließlich Wertersatz andererseits ausüben kann.

Kann in dem wiedereröffneten Berufungsverfahren den auf Rückabwicklung des Grundstückskaufvertrags gerichteten - vom Kläger gegebenenfalls klarzustellenden - Klageanträgen nicht oder nicht in vollem Umfang stattgegeben werden, wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob der vom Kläger aus abgetretenem Recht der Zedentin gegen den Beklagten zu 1 hilfsweise erhobene Anspruch auf Zahlung von 120.000 € nebst Zinsen wegen einer Verletzung von Pflichten aus dem Maklervertrag unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB begründet ist.

16 bb) Der Kläger hat im wiedereröffneten Berufungsverfahren unter Bezugnahme auf diese Passage des Revisionsurteils vom 24. Januar 2019 erklärt, er übe dieses Wahlrecht aus und verlange auch für den Fall, dass sein Rückübertragungsanspruch gegenüber dem Beklagten zu 2 nicht begründet sein sollte, vom Beklagten zu 1 die Rückübertragung des an ihn veräußerten Miteigentumsanteils. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Klägervertreter ausweislich des Protokolls klargestellt, dass sein Zug-um-Zug-Antrag sich jeweils hälftig gegen beide Beklagte richte.

17 cc) Im Berufungsurteil wird die Ausübung des Wahlrechts durch den Kläger nicht erwähnt. Das Berufungsurteil enthält auch keinerlei Begründung für die im Tenor ausgesprochene vollständige Abweisung des Hauptantrags. Dies verletzt den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör.

18 (1) In Rn. 38 des Revisionsurteils des Senats vom 24. Januar 2019 heißt es: "Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, der Schadensersatzanspruch der Zedentin sei von vornherein auf Wertersatz gerichtet." In den Rn. 39 bis 53 des Revisionsurteils wird dies näher begründet. Für den Fall, dass

der Beklagte zu 2 nicht auf Schadensersatz haftet, hat der Senat in den Rn. 79 und 80 des Revisionsurteils eine Teil-Naturalrestitution für möglich und es für erforderlich gehalten, dass der Kläger im wiedereröffneten Berufungsverfahren Gelegenheit erhält, für den Fall, dass allein der Beklagte zu 1 und nicht auch der Beklagte zu 2 auf Schadensersatz haftet, seine Klageanträge klarzustellen. Der Kläger hat erklärt, dass er in diesem Fall teilweise Naturalrestitution begehrt. Er hat außerdem im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht klargestellt, dass sich sein in erster Linie gestellter Zug-um-Zug-Antrag jeweils hälftig gegen beide Beklagte richtet.

19 (2) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 hat der Kläger im wiedereröffneten Berufungsverfahren durch seine schriftsätzliche Erklärung das ihm zustehende Wahlrecht wirksam ausgeübt. Anders als die Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 meint, lässt sich dieser Erklärung entnehmen, welches Begehren der Kläger verfolgen will.

20 Dass der Kläger nicht angegeben hat, welche Schadensersatzzahlung wegen der Unmöglichkeit der Rückübertragung des Miteigentumsanteils des Beklagten zu 2 er neben der Übertragung des ideellen Miteigentumsanteils des Beklagten zu 1 beanspruche und wie sich der Betrag der Schadensersatzzahlung gegebenenfalls errechnen solle, steht dem nicht entgegen. Es trifft allerdings zu, dass der Kläger nicht ausdrücklich erklärt hat, wie der hilfsweise gestellte Antrag auf Wertersatz für diesen Fall gefasst werden soll. Legt man seine Erklärung aus, kann jedoch nicht zweifelhaft sein, dass er für den Fall, dass er mit seinem Hauptantrag gegen den Beklagten zu 2 nicht durchdringt, für dessen Miteigentumsanteil vom Beklagten zu 1 hilfsweise hälftig Wertersatz fordert. Eine nähere Präzisierung auf einen Betrag war im Berufungsverfahren nicht erforderlich und wäre im Streitfall prozessual auch nicht ohne weiteres möglich gewesen, weil die Parteien noch darum gestritten haben, zu welchem Preis die Zedentin das Grundstück an andere interessierte Dritte hätte verkaufen können, wenn ihr nicht der

Beklagte zu 1 deren Kaufinteresse verschwiegen hätte. Es war nach der Fassung des Hauptantrags deutlich, dass für den Fall, dass der Kläger nur teilweise Naturalrestitution verlangen kann, die innerprozessuale Bedingung für die Geltendmachung des Hilfsantrags nur zur Hälfte eingetreten ist und dass der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Wertersatzanspruch dann nur zur Hälfte zur Entscheidung des Gerichts gestellt werden sollte.

21 Soweit der Kläger ausweislich des Berufungsurteils im Hauptantrag unverändert beantragt hat, die "Beklagten, jeweils Zug um Zug gegen Zahlung von insgesamt 205.000 €" zu verurteilen, steht dies der Wirksamkeit der Ausübung seines Wahlrechts ebenfalls nicht entgegen. Aus der im Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wiedergegebenen Erklärung des Klägers, dass sich sein Zug-um-Zug-Antrag jeweils hälftig gegen beide Beklagte richte, geht hervor, dass der Tatbestand des Berufungsurteils insoweit unrichtig und für den Senat nicht bindend ist. Das Berufungsgericht hat die Erklärung des Klägers nur teilweise bei der Wiedergabe des zuletzt gestellten Klageantrags berücksichtigt. Diese Erklärung ist dahin auszulegen, dass der Kläger im Falle eines nur hälftigen Erfolgs des Hauptantrags eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung der Hälfte dieses Betrags verlangt.

22 (3) Über diesen Hilfsantrag konnte das Berufungsgericht auch teilweise entscheiden. Die Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 macht ohne Erfolg geltend, der Kläger habe den Hilfsantrag im Berufungsverfahren - anders als im Tatbestand des Berufungsurteils angegeben - ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in den in Bezug genommenen Schriftsätzen nicht ausdrücklich gestellt. Eine solche Antragstellung war nicht erforderlich.

23 Der Kläger, der mit seinem Hauptantrag in erster Instanz Erfolg hatte, muss den Hilfsantrag in das Berufungsverfahren nicht durch eine Anschlussberufung einführen. Grundsätzlich wird der wegen Zuerkennung des Hauptantrags nicht beschiedene erstinstanzliche Hilfsantrag der klagenden Partei allein durch die Rechtsmitteleinlegung der beklagten Partei Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Kläger kann insoweit nicht darauf verwiesen werden, diesen erst im Wege einer Eventualananschließung zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen (BGH, Urteil vom 20. September 2004 - II ZR 264/02, NJW-RR 2005, 220, 221 [juris Rn. 9 mwN]). Danach war der Hilfsantrag auch ohne ausdrückliche Antragstellung des Klägers Gegenstand des Berufungsverfahrens.

24 dd) Die Geltendmachung des Gehörsverstoßes im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger keinen Antrag auf Urteilsergänzung gemäß § 321 ZPO gestellt hat.

25 Nach § 321 Abs. 1 ZPO ist das Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen, wenn ein nach dem Tatbestand von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder teilweise übergangen ist. Ein im Sinne von § 321 Abs. 1 ZPO "von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch" ist übergangen, wenn das von einer Partei in den Prozess eingeführte, in einen bestimmten Antrag gekleidete Begehren, also ein Anspruch im prozessualen Sinne, über den es von Amts wegen oder wegen des gestellten Antrags einer Entscheidung bedurfte, versehentlich nicht beschieden worden ist. Die Vorschrift des § 321 ZPO setzt also eine Entscheidungslücke voraus; sie dient nicht der Richtigstellung eines falschen Urteils (BGH, Urteil vom 25. Juni 1996 - VI ZR 300/95, NJW-RR 1996, 1238 [juris Rn. 6]; Zöller/Feskorn, ZPO, 33. Aufl., § 321 Rn. 2).

26 Im Streitfall liegt keine Entscheidungslücke vor. Das Berufungsgericht hat ausweislich des Entscheidungsausspruchs über die Klageanträge, die im Urteil - teilweise durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil - vollständig wiedergegeben sind, in vollem Umfang entschieden. Es hat der Klage nach dem Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1 teilweise stattgegeben und sie im Übrigen in vollem Umfang abgewiesen.

27 ee) Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Klägers ist entscheidungserheblich, wie sich aus dem Revisionsurteil des Senats vom 24. Januar 2019 ergibt.

28 (1) Die Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 macht ohne Erfolg geltend, die Ausführungen des Senats zum Wahlrecht des Klägers entfalte nach § 563 Abs. 2 ZPO weder für das Berufungsgericht noch für den Senat eine Bindungswirkung. Die Frage, ob und in welchem Umfang Ausführungen im Revisionsurteil binden, ist bei einer gegebenen Gehörsverletzung unerheblich. Das Berufungsgericht hätte, wenn es eine vom Revisionsurteil abweichende Rechtsauffassung hätte vertreten wollen, sich mit den entsprechenden Passagen des Revisionsurteils auseinandersetzen und seine abweichende Beurteilung begründen müssen. Stattdessen ist es jede Begründung für seine Entscheidung schuldig geblieben.

29 (2) Soweit die Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 meint, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob ein Schadensersatzanspruch der Zedentin gegen den Beklagten zu 1 wegen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten aus der Aufnahme von Verhandlungen über den Grundstückskaufvertrag gegeben sei, deshalb sei davon auszugehen, dass eine solche Pflichtverletzung nicht vorliege, kann dem nicht zugestimmt werden. Der Senat ist in Rn. 76 seines Revisionsurteils vom 24. Januar 2019 von einer solchen vorvertraglichen Pflichtverletzung ausgegangen. Darin hat der Senat zwar zugrunde gelegt, dass der Beklagte

zu 1 nicht nur das Kaufangebot des Zeugen R. über 350.000 € verschwiegen, sondern auch andere Kaufinteressenten abgeblockt hat, was im Revisionsverfahren zugunsten des Klägers zu unterstellen war. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, dass bereits allein das Verschweigen des Angebots des Zeugen R.

ausreicht, den Beklagten zu 1 schadensersatzpflichtig zu machen. Dass dem Beklagten zu 1 eine solche Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, hat das Berufungsgericht in dem angegriffenen Urteil erneut festgestellt.

30 (3) Soweit die Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 der Ansicht ist, dass eine Naturalrestitution unmöglich sei und dem Kläger kein Wahlrecht zustehe, weil bereits der Zedentin kein solches Wahlrecht zugestanden habe, und dass der Schadensersatzanspruch der Zedentin allein auf Auskehrung des Mindererlöses gerichtet sei, hat der Senat dieser Rechtsauffassung in seinem Revisionsurteil eine Absage erteilt.

31 (4) Die Beschwerdeerwiderung des Beklagten zu 1 macht ohne Erfolg geltend, es sei nicht statthaft, den Beklagten zu 1 zur Übertragung seines ideellen Miteigentumsanteils auf den Kläger zu verurteilen, weil dadurch die durch das Grundgesetz geschützte Wertordnung verletzt und dem Beklagten zu 2 ein ihm nicht genehmer Miteigentümer aufgezwungen würde.

32 Darf der Beklagte zu 1 im Verhältnis zum Kläger als Zessionar seinen Miteigentumsanteil nicht behalten und muss er ihn zurückgeben, mag dies den Beklagten zu 2 beeinträchtigen. Darin liegt jedoch keine Verletzung seiner Grundrechte. Die Rechtsordnung lässt es im Rahmen der Ausgestaltung des Eigentumsrechts (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) zu, dass Miteigentumsanteile ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer übertragen werden können. Nach § 747 Satz 1 BGB kann jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen. Hierfür bedarf es keiner Zustimmung der übrigen Miteigentümer. Grundlage dieser Regelung ist

die gesetzgeberische Wertung, dass ein Teilhaber kein schützenswertes Interesse daran hat, nur mit bestimmten und nicht mit anderen Teilhabern verbunden zu sein. Ist ein Teilhaber mit dem neuen Teilhaber nicht einverstanden, kann er die Auflösung der Gemeinschaft betreiben (Staudinger/Eickelberg, BGB [2015], § 747 Rn. 1).

33 c) Danach kann auch die Abweisung der auf diesen Hauptantrag bezogenen Folgeanträge des Klägers keinen Bestand haben.

34 3. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 hat teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hat auch den Anspruch des Beklagten zu 1 auf rechtliches Gehör verletzt, soweit bei der Entscheidung über den Hilfsantrag - bezogen auf den Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Unmöglichkeit der Herausgabe des Miteigentumsanteils des Beklagten zu 2 - die hälftige fiktive, im Falle einer Veräußerung an den Zeugen R. von der Zedentin zu zahlende Maklerprovision unberücksichtigt geblieben ist.

35 a) Der Beklagte zu 1 ist nicht gehindert geltend zu machen, das Berufungsgericht habe ihn zu Unrecht zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt. Der Umstand, dass der Senat im Revisionsurteil vom 24. Januar 2019 die gegen das erste Berufungsurteil gerichtete Anschlussrevision des Beklagten zu 1 zurückgewiesen hat, steht dem nicht entgegen.

36 aa) Nach § 563 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Gelangt eine nach § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesene Sache erneut vor das Revisionsgericht, so ist dieses grundsätzlich in gleicher Weise wie nach § 563 Abs. 2 ZPO das Berufungsgericht gebunden (vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 6. Februar 1973 - GmS-OGB 1/72, BGHZ 60, 392, 397 [juris Rn. 9 bis 15]). Mit der in § 563 Abs. 2 ZPO geregelten

Bindungswirkung soll vermieden werden, dass die endgültige Entscheidung der Sache dadurch verzögert oder gar verhindert wird, dass sie ständig zwischen Berufungsgericht und Revisionsgericht hin- und hergeschoben wird, weil keines der beiden Gerichte seine Rechtsauffassung ändert (vgl. BGHZ 60, 392, 396 [juris Rn. 11]; BGH, Urteil vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, NJW 2007, 1127 Rn. 20).

37 bb) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeerwiderung des Klägers ist die rechtliche Beurteilung des Senats im Revisionsurteil vom 24. Januar 2019, das Berufungsgericht sei zu Recht von einer Schadensersatzverpflichtung des Beklagten zu 1 dem Grunde nach ausgegangen (Rn. 82) und bei dem Betrag von 70.000 € handele es sich um einen Mindestschaden (Rn. 88), nicht von der Bindungswirkung umfasst.

38 Der Senat hat die Verurteilung des Beklagten zu 1 zum Schadensersatz in Höhe von 70.000 € auf die Revision des Klägers aufgehoben. Grund hierfür war, dass die Begründung des Berufungsgerichts für die Abweisung des auf Naturalrestitution gerichteten Hauptantrags nicht getragen hat. Allein diese rechtliche Beurteilung ist für das Berufungsgericht und für den Senat bindend.

39 Die Gründe, weshalb der Senat die Anschlussrevision des Beklagten zu 1 als unbegründet erachtet hat, haben der Aufhebung nicht zugrunde gelegen, sondern haben im Gegenteil das Berufungsgericht insoweit bestätigt. Für eine aufhebende Entscheidung des Revisionsgerichts sind bestätigende Ausführungen obiter dicta, da auf ihnen die zur Zurückverweisung führende Entscheidung nicht beruhen kann (Zöller/Heßler aaO § 563 Rn. 3a).

40 b) Die Beschwerde des Beklagten zu 1 hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat, dass von dem zugesprochenen Schadensersatzanspruch eine fiktive Maklerprovision abzuziehen ist.

41 aa) Das Berufungsgericht hat in dem angefochtenen Urteil auf sein erstes Berufungsurteil Bezug genommen. Es hat angenommen, es sei davon auszugehen, dass der Zeuge R. gegenüber dem Beklagten zu 1 ein verbindliches Angebot zum Erwerb des Grundbesitzes für 350.000 € abgegeben habe, worüber der Beklagte zu 1 die Zedentin nicht informiert habe. Der Bundesgerichtshof habe in seinem Revisionsurteil die mit der Anschlussrevision des Beklagten zu 1 geltend gemachten Rügen gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts für unbegründet erachtet. Der Vortrag der Beklagten im wiedereröffneten Berufungsverfahren gebe keine Veranlassung zu einer selbstkritischen Überprüfung. Aufgrund dieser festgestellten Pflichtverletzung sei der Beklagte zu 1 dem Kläger zum Schadensersatz verpflichtet, der in der Differenz zwischen dem von dem Zeugen R. angebotenen und dem bei der Veräußerung an die Beklagten erzielten Kaufpreis von 70.000 € liege (350.000 € abzüglich 280.000 €).

42 bb) Die Beschwerde des Beklagten zu 1 macht mit Erfolg geltend, dass das Berufungsgericht mit diesen Ausführungen das in diesem Zusammenhang teilweise für ihn günstige Revisionsurteil des Senats vom 24. Januar 2019 nicht berücksichtigt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat.

43 (1) Das Berufungsgericht hat mit seinem ersten Berufungsurteil den vom Kläger mit dem Klageantrag 3 geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Maklerprovision in Höhe von 9.996 € mit der Begründung abgewiesen, die Zedentin hätte bei einer Veräußerung zu einem höheren Preis ebenfalls eine Provision zahlen müssen, die sogar noch höher liege.

44 (2) Diese Beurteilung hat der Senat nicht gebilligt. Im Revisionsurteil heißt es in den Rn. 66 bis 69:

Dem Anspruch auf Rückzahlung einer nicht geschuldeten Maklerprovision kann jedoch nicht entgegengehalten werden, der Maklerkunde müsse sich auf seinen

aus anderen Gründen gegen den Makler gerichteten Schadensersatzanspruch eine Maklerprovision mindestens in derselben Höhe anrechnen lassen.

Die Frage, ob dem Maklerkunden ein Bereicherungsanspruch zusteht, hängt allein von der Frage ab, ob der Makler eine Provision verdient hat. Im Streitfall ist davon auszugehen, dass dies nicht der Fall ist. Damit muss die auf Rückzahlung der nicht geschuldeten Provision gerichtete Klage gegen den Beklagten zu 1 Erfolg haben.

Damit ist die im Rahmen der Bemessung der Höhe eines Schadensersatzanspruchs der Zedentin gegen den Beklagten zu 1 zu berücksichtigende fiktive Maklerprovision nicht identisch. Dabei handelt es sich um einen unselbständigen Rechnungsposten eines gegen den Makler gerichteten Schadensersatzanspruchs. Ob sich der geschädigte Maklerkunde die im Fall einer pflichtgemäß erbrachten Maklerleistung geschuldete Provision als ersparte Aufwendungen anrechnen lassen muss, muss erst beantwortet werden, wenn ein Anspruch des Maklerkunden auf Schadensersatz gegen den beklagten Makler geprüft und bejaht worden ist. Diese Provision muss zudem betragsmäßig nicht mit der vom Makler tatsächlich in Rechnung gestellten Provision übereinstimmen.

Der Maklerkunde kann deshalb die nicht geschuldete Provision unabhängig von einem möglicherweise ebenfalls bestehenden Schadensersatzanspruch gegen den Makler einklagen. Da der Makler einem gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch entgegenhalten kann, der Maklerkunde hätte bei pflichtgemäßem Verhalten eine Provision in übersteigender Höhe geschuldet, ist der Maklerkunde durch die Verurteilung zur Rückzahlung der Provision nicht seinerseits ungerechtfertigt bereichert.

45 Der Senat hat dementsprechend die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Klageantrag zu 3 aufgehoben und die Berufung des Beklagten zu 1 gegen seine Verurteilung zur Rückzahlung der Maklerprovision durch das Landgericht zurückgewiesen.

46 (3) Diese Ausführungen hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Es hat die rechtliche Beurteilung des Senats, dass die fiktive Provision beim Schadensersatzanspruch zu berücksichtigen und von ihm abzuziehen sei, nicht angesprochen.

47 cc) Der Gehörsverstoß ist teilweise entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hätte nach der dem Revisionsurteil zugrunde liegenden Rechtsauf-

fassung des Senats von dem von ihm für begründet erachteten Schadensersatzanspruch die fiktive Maklerprovision nach einem Kaufpreis von 350.000 € abziehen müssen.

48 Der Beklagte zu 1 hat zur Höhe der fiktiven Maklerprovision zwar nicht ausdrücklich vorgetragen und lediglich geltend gemacht, jedenfalls ein Betrag in Höhe der tatsächlich gezahlten Provision in Höhe von 9.996 € sei vom Schadensersatzanspruch abzuziehen, tatsächlich liege die fiktive Provision höher. Da Erklärungen der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten interessengerecht ausgelegt werden müssen, kann aber nicht zweifelhaft sein, dass die Beschwerde des Beklagten zu 1 jedenfalls geltend machen will, vom Schadensersatzanspruch des Klägers sei eine fiktive Provision abzuziehen, die in derselben Weise wie die von ihm der Zedentin in Rechnung gestellte Provision zu berechnen sei. Der Beklagte zu 1 hat der Zedentin für den Verkauf des Objekts an die Beklagten eine Provision in Höhe von 3% zuzüglich Umsatzsteuer in Rechnung gestellt, wie sich aus der Bezugnahme auf die Feststellungen des landgerichtlichen Urteils im Berufungsurteil ergibt. Danach hätte das Berufungsgericht, wenn es die entsprechenden Ausführungen im Revisionsurteil des Senats berücksichtigt hätte, in Erwägung ziehen müssen, den auf den Hilfsantrag zugesprochenen Wertersatzanspruch um 12.495 € (3% von 350.000 € zuzüglich Umsatzsteuer) zu kürzen.

49 (4) Da das Berufungsurteil hinsichtlich der Abweisung des Hauptantrags, bezogen auf den Miteigentumsanteil des Beklagten zu 1, auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufzuheben ist, entfällt die Verurteilung des Beklagten zu 1 nach dem Hilfsantrag in Höhe eines Betrags von 35.000 €, der sich auf diesen Miteigentumsanteil bezieht, bereits aus diesem Grund.

50 Soweit das Berufungsgericht den Beklagten zu 1 zum Schadensersatz wegen der Unmöglichkeit der Rückübertragung des Miteigentumsanteils des Beklagten zu 2 zur Zahlung von weiteren 35.000 € verurteilt hat, ist von diesem Betrag die fiktive Maklerprovision abzuziehen, dies allerdings nur zur Hälfte (12.495 € : 2 = 6.247,50 €). Danach war das Berufungsurteil aufzuheben, soweit die Verurteilung des Beklagten zu 1 einen Betrag in Höhe von 28.752,50 € nebst Zinsen übersteigt.

51 4. Die weitergehende Beschwerde des Beklagten zu 1 gegen die Nichtzulassung der Revision ist zurückzuweisen, weil insoweit die Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

52 III. Der Streitwert für das vorliegende Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war auf insgesamt 180.000 €, der Streitwert für den erfolglos gebliebenen Teil der Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 auf 28.752,50 € festzusetzen.

53 1. Der Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers beträgt 145.000 € (50% von 290.000 €).

54 a) Der vom Kläger mit der Nichtzulassungsbeschwerde weiterverfolgte und gegen den Beklagten zu 1 gerichtete Hauptantrag hat die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils des Beklagten zu 1, Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrags von 102.500 €, zum Gegenstand. Bei Zug-um-Zug-Anträgen richtet sich der Streitwert nach dem Wert desjenigen, was begehrt wird. Die Gegenleistung wird nicht berücksichtigt (vgl. Zöller/Herget aaO § 3 Rn. 16.217; Heinrich in Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl., § 3 Rn. 39; Saenger/Bendtsen, ZPO, 8. Aufl.,

§ 3 Rn. 15 Stichwort "Gegenleistung"; Roth in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 3 Rn. 47 Stichwort "Gegenrechte").

55 b) Maßgeblich für den Streitwert des mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Hauptanspruchs ist mithin der Wert des Grundbesitzes. Da die Parteien vorliegend darüber gestritten haben, welches der angemessene Wert dieses Grundstücks ist, bemisst sich der Streitwert nach dem vom Kläger behaupteten Wert. Nach den nunmehr vom Kläger im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nicht mehr beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts betrug der Wert des Gesamtgrundstücks bei Veräußerung an die Beklagten 350.000 €. Abzuziehen ist der Wert der Hofstelle von 75.000 €, die nicht Gegenstand des Rechtsstreits ist. Der Wert der von den Beklagten nicht veräußerten Flächen betrug danach 275.000 €.

56 c) Hinzuzurechnen ist der Wert des Feststellungsantrags (Klageantrag zu 2), der auf den Hauptantrag Bezug nimmt und den die Tatsacheninstanzen mit 15.000 € bemessen haben.

57 d) Soweit es den Wert des ebenfalls auf den Hauptantrag bezogenen Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs angeht, ist dieser Antrag für das Rechtsmittel des Klägers nicht werterhöhend.

58 In seiner früheren Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof der durch die Feststellung des Annahmeverzugs bewirkten Beschwer zwar noch einen zusätzlichen Wert zugemessen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. März 2009 - XI ZR 142/08, juris Rn. 2; Beschluss vom 28. Januar 2010 - III ZR 47/09, juris Rn. 4). Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt jedoch der Feststellung des Annahmeverzugs im Falle einer Zug-um-Zug-Verurteilung ein eigener wirtschaftlicher Wert nicht zu, weil die Frage des Annahmeverzugs nur ein rechtlich unselbständiges Element der umstrittenen Leistungsverpflichtung

und deshalb mit dieser wirtschaftlich identisch ist (st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2020 - VIII ZR 290/19, juris Rn. 7 mwN; aA Zöller/Herget aaO § 3 Rn. 16.15).

59 2. Zum Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers in Höhe von 145.000 € ist die Hälfte des Streitwerts der Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 (50% von 70.000 €) hinzuzurechnen.

60 a) Nach § 45 Abs. 2 GKG ist § 45 Abs. 1 Satz 1 und 3 GKG für wechselseitig eingelegte Rechtsmittel, die nicht in getrennten Prozessen verhandelt werden, entsprechend anzuwenden. Eine Zusammenrechnung eines hilfsweise geltend gemachten Anspruchs mit dem Hauptanspruch scheidet nach § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG aus, wenn Haupt- und Hilfsanspruch denselben Gegenstand betreffen, in diesem Fall ist nur der Wert des höheren Anspruchs maßgebend. Entscheidend für die Anwendung von § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG ist, ob die Ansprüche einander ausschließen und damit notwendigerweise die Zuerkennung des einen Anspruchs mit der Aberkennung des anderen verbunden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Februar 2003 - III ZR 115/02, NJW-RR 2003, 713 [juris Rn. 3]).

61 b) Im Streitfall besteht zwischen dem mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Hauptanspruch und dem Hilfsanspruch wirtschaftliche Identität. Der vom Kläger in erster Linie geltend gemachte Anspruch auf Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB und der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Wertersatz gemäß § 251 Abs. 1 BGB schließen einander aus. Da der Wert des Hauptanspruchs über dem des Hilfsantrags zum Klageantrag zu 1 liegt, ist nach § 45 Abs. 2 GKG in Verbindung mit § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG nur der höhere Wert des Hauptanspruchs maßgeblich.

62 c) Im vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wendet sich der Kläger gegen die Abweisung des mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten

Hauptanspruchs, soweit dieser sich auf den Miteigentumsanteil des Beklagten zu 1 bezieht, und der darauf bezogenen Folgeanträge. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 1 richtet sich gegen seine Verurteilung zum Wertersatz wegen der Unmöglichkeit der Herausgabe des gesamten noch in Streit stehenden Objekts, das die Miteigentumsanteile beider Beklagter umfasst. Diese Rechtsmittel betreffen damit zur Hälfte denselben Gegenstand, soweit der Miteigentumsanteil des Beklagten zu 1 betroffen ist.

63 d) Danach findet keine Zusammenrechnung der Werte der wechselseitigen Rechtsmittel des Klägers und des Beklagten zu 1 statt, soweit sie den Miteigentumsanteil des Beklagten zu 1 betreffen. Insofern ist der höhere Wert des Rechtsmittels des Klägers maßgeblich.

64 Soweit der Beklagte zu 1 sich dagegen wendet, dass er zum Wertersatz wegen der Unmöglichkeit der Herausgabe des Miteigentumsanteils des Beklagten zu 2 verurteilt worden ist, hat dagegen eine Zusammenrechnung zu erfolgen, weil der Kläger mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde die Abweisung der Klage im Hauptanspruch insoweit nicht angegriffen hat.

65 3. Der Senat hat neben dem (Gesamt-)Streitwert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens den (Teil-)Streitwert der erfolglos gebliebenen Beschwerde des Beklagten zu 1 festzusetzen. Der Beklagte zu 1 hat die Gerichtskosten seiner erfolglosen Nichtzulassungsbeschwerde zu tragen, weil nach Nr. 1242 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zum Gerichtskostengesetz) Gerichtskosten für das Verfahren anfallen, soweit die Beschwerde verworfen oder zurückgewiesen wird. Dieser Streitwert beträgt 28.752,50 € (70.000 € abzüglich 12.495 € fiktive Maklerprovision = 57.505 €, hiervon die Hälfte).

66 IV. Der Streitwert für das vor dem Senat geführte Revisionsverfahren I ZR 160/17 ist in Abänderung des Streitwertbeschlusses vom 13. September 2018,

mit dem der Streitwert des Revisionsverfahrens auf 235.000 € festgesetzt worden ist, nach den vorstehenden dargelegten Maßstäben auf 349.996 € festzusetzen.

67 In diesem Revisionsverfahren hat der Kläger seinen auf Naturalrestitution gerichteten Antrag in vollem Umfang weiterverfolgt. Dort hat er noch geltend gemacht, das in Rede stehende Objekt habe einen Wert von 400.000 € gehabt und sei unter Wert an die Beklagten veräußert worden. Nach Verkauf der Hofstelle zum Preis von 75.000 € hatten die landwirtschaftlichen Flächen, die Gegenstand des Revisionsverfahrens waren, seiner Behauptung nach einen Wert von 325.000 €. Dies war der Wert des mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Hauptanspruchs. Hinzuzurechnen war der Wert des Feststellungsantrags (Klageantrag zu 2) von 15.000 €. Außerdem war Gegenstand des Revisionsverfahrens der auf Rückzahlung der Maklerprovision in Höhe von 9.996 € gerichtete

Klageantrag zu 3. Demgegenüber hatte die Anschlussrevision des Beklagten zu 1 gegen seine Verurteilung nach dem Hilfsantrag keinen gesonderten Wert, weil der Hilfsantrag mit dem dort noch geltend gemachten Hauptantrag vollständig wirtschaftlich identisch war.

Koch

Schaffert

Schwonke

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Lüneburg, Entscheidung vom 31.08.2016 - 9 O 334/15 -

OLG Celle, Entscheidung vom 05.09.2019 - 16 U 154/16 -