

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. November 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Firma I. GmbH & Co. KG (im folgenden: Firma I.) beabsichtigte im September 1992, ein ihr gehörendes Baugelände zu veräußern, wobei der Erwerber entweder das Grundstück kaufen oder die Geschäftsanteile der Firma I. übernehmen sollte. Sie beauftragte die Klägerin, eine Immobilienmaklerin, einen Kaufinteressenten zu suchen. Die Klägerin wandte sich daraufhin an die Beklagte, eine Bauträgerfirma, und bot dieser durch Übersendung eines Exposés das Grundstück an. Die Parteien schlossen am 17. September 1992 eine schriftliche "Courtagevereinbarung", die folgende Bestimmungen enthielt:

- "1. Die - Klägerin - erhält von der - Beklagten - für die Vermittlung des Baugrundstücks ... eine Courtage in Höhe von 4,0 % zzgl. 14 % MwSt. bezogen auf den noch zu vereinbarenden Kaufpreis.
2. Beim Ankauf des gesamten Areals durch die - Beklagte - und einem anschließenden Vertrieb oder Teilvertrieb von Grundstücksflächen zur Bebauung erhält die - Klägerin - einen qualifizierten Alleinauftrag für 9 Monate für die Vermittlung. In diesem Fall reduziert sich die Ankaufsprovision für das gesamte Areal um 0,5 % auf 3,5 % des zu vereinbarenden Kaufpreises zzgl. 14 % MwSt. ..."

Durch notariellen Kaufvertrag vom 13. Februar 1993 erwarb die Beklagte von der Firma I. deren Geschäftsanteile sowohl bezüglich der GmbH als auch bezüglich der KG. Der Vertrag ist durchgeführt, und die Beklagte ist als Gesellschafterin der KG und der Komplementär-GmbH im Handelsregister eingetragen.

- 4 -

Die Klägerin verlangte daraufhin von der Beklagten die vereinbarte Courtage. Die Beklagte zahlte insgesamt 4 % des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer, und zwar zunächst 3,5 % und schließlich - aufgrund einer Absprache von September 1994, deren Einzelheiten streitig sind - die restlichen 0,5 %.

Unstreitig hat die Beklagte Teilflächen des Geländes ohne Einschaltung der Klägerin an die Firma D. Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. Bauträger KG (im folgenden: Firma D.) veräußert. Die Klägerin erblickt hierin eine Verletzung des ihr in Ziffer 2 der Vereinbarung vom 17. September 1992 zugesagten "qualifizierten Alleinauftrages". Sie trägt vor, wenn sie von der Beklagten in das Geschäft einbezogen worden wäre, hätte sie mit der Firma D. einen Maklervertrag schließen und die ortsübliche Käuferprovision erzielen können. Die ihr entgangene Courtage, die sie im ersten Rechtszug mit 3 %, im Berufungsrechtszug mit 4 % des Verkaufserlöses zuzüglich Mehrwertsteuer beziffert hat, hat die Klägerin von der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit verlangt.

Die Beklagte hat die Ansprüche der Klägerin dem Grunde und der Höhe nach bestritten.

Die Vorinstanzen haben die Beklagte zur Zahlung von 384.092,55 DM nebst gestaffelten Zinsen, d.h. auf der Basis von 3 % des Verkaufserlöses zuzüglich Mehrwertsteuer, verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Zwar sind die materiellrechtlichen Revisionsrügen unbegründet (1); jedoch greifen die Verfahrensrügen durch (2).

1. Die materiellrechtlichen Rügen:

a) Der in Nr. 2 der Courtage-Vereinbarung vom 17. September 1992 verwendete Begriff "qualifizierter Alleinauftrag" wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in dem Sinne verstanden, daß sich der Maklerkunde während des Bestehens dieses Auftrags verpflichtet, auch für solche Geschäfte Maklerprovision zu zahlen, die ohne Zutun des Maklers zustande gekommen sind (BGHZ 125, 135, 140). Damit ist der Begriff inhaltlich hinreichend bestimmt. Daraus ergibt sich zumindest, daß die Beklagte - wollte sie sich nicht gegenüber der Klägerin provisions- oder schadensersatzpflichtig machen - gehalten war, einen etwaigen Kaufinteressenten an die Klägerin zu verweisen, um dieser Gelegenheit zu geben, ihrerseits mit dem Interessenten einen Maklervertrag abzuschließen. Dem Senat ist - im Gegensatz zu den Ausführungen der Revision - auch nicht erkennbar, daß eine Vertragsgestaltung dieses Inhalts dem Verbot der Doppeltätigkeit nach § 654 BGB zuwiderlaufen soll. Vielmehr konnte es durchaus im wohlverstandenen Interesse der Beklagten gelegen haben, die Provisionspflicht, die sie anderenfalls selbst getroffen hätte, auf den Käufer abzuwälzen. Daß die Klägerin sich im Falle ihrer Einschaltung in diese Vorgänge vertragswidrig verhalten hätte, ist nicht ersichtlich.

b) Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer derartig weitreichenden vertraglichen Bindung des Auftraggebers an den Makler bestehen keine Bedenken. Insbesondere liegt in einer solchen - durch Individualvertrag getroffenen - Abrede für sich allein genommen weder ein Verstoß gegen § 138 BGB noch, wie die Revision geltend macht, gegen § 1 GWB. Auch in der Entscheidung BGHZ 125, 135 ff, in der der dortige Alleinauftrag nach den Besonderheiten der konkreten Vertragsgestaltung für sittenwidrig gehalten worden ist, wird die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Aufträge als solche nicht in Frage gestellt.

c) Es mag sein, daß ein qualifizierter Alleinauftrag nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 34 GWB in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung der Schriftform bedurfte (vgl. dazu BGH, Beschluß vom 21. Februar 1995 - KZA 29/94 = NJW-RR 1998, 1260; s. auch Dehner, NJW 1997, 18, 24). Zwar ist das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F., soweit es Verträge betrifft, die Beschränkungen der in § 18 GWB a.F. (§ 16 GWB n.F.) bezeichneten Art enthalten, mit dem Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999 (Bekanntmachung vom 26. August 1998 BGBl. I S. 2546) ersatzlos entfallen. Dieser Wegfall des Formerfordernisses kann sich jedoch grundsätzlich nur auf Verträge auswirken, die unter der Geltung des neuen Rechts abgeschlossen werden. Bei Altverträgen bleibt das Formerfordernis bestehen (BGH, Urteil vom 2. Februar 1999 - KZR 51/97, zur Veröffentlichung vorgesehen).

d) Im vorliegenden Fall handelte es sich jedoch, auch wenn man der Auslegung folgt, die die Klägerin dieser Vertragsbestimmung gibt, nicht etwa um die Erteilung des Alleinauftrages selbst, sondern lediglich um einen auf ei-

ne solche gerichteten Vorvertrag. Dieser würde dann zwar ebenfalls dem Formzwang unterliegen, jedoch genügt die schriftliche Klausel der Nr. 2 diesem Erfordernis. Insbesondere trifft es nicht zu, daß eine Einigung über die Höhe der Maklerprovision zu den unabdingbaren Essentialia des Maklervertrages gehört (arg. § 653 BGB). Auch die genaue Bezeichnung der zu verkaufenden Flächen sowie die Konditionen der einzelnen Verkäufe brauchten noch nicht im Vorvertrag festgelegt zu werden, sondern konnten dem endgültigen Alleinauftrag vorbehalten bleiben.

e) Dies bedeutete, daß der Vertrag mit seinem von der Klägerin behaupteten Inhalt geeignet war, für diese einen Anspruch auf Erteilung des Alleinauftrages zu begründen. Hat die Beklagte gegen diese Verpflichtung verstoßen, so kann dies einen Schadensersatzanspruch auf entgangene Provision auslösen.

2. Die Verfahrensrügen:

a) Die Revision beanstandet indessen zu Recht, daß das Berufungsgericht den Beweisantrag der Beklagten über den Sinn, den die streitige Bestimmung der Nr. 2 gehabt haben soll, übergangen hat.

aa) Die Beklagte hatte im ersten Rechtszug vorgetragen, die Regelungen der Ziffern 1 und 2 seien im Sinne einer Alternative gemeint gewesen: Die Beklagte habe entweder für die Vermittlung des Objekts 4 % Provision bezahlen sollen oder nur 3,5 %, dann aber mit der zusätzlichen Verpflichtung, die Klägerin bei dem Weiterverkauf von Teilflächen als Maklerin einzuschalten. Für diesen Sachvortrag hatte die Beklagte einen Zeugen benannt. Das Landgericht

hat dieses Vorbringen insbesondere deswegen für unsubstantiiert gehalten, weil die Beklagte nicht hinreichend klargestellt habe, welcher Partei, ob der Beklagten selbst oder der Klägerin, das Wahlrecht zwischen diesen Alternativen zugestanden habe. Daraufhin hatte die Beklagte im Berufungsrechtszug unter Wiederholung und Ergänzung des unter Beweis gestellten Vorbringens weiter geltend gemacht, beide Parteien hätten sich am 17. September 1992 noch auf keine dieser Alternativen festlegen wollen und können. Da sie aber in wirtschaftlicher Hinsicht mit beiden Regelungen einverstanden gewesen seien, hätten beide Parteien eine der beiden Alternativen auswählen können.

bb) Ein derartiges Verständnis der vertraglichen Regelung entfernt sich - insbesondere wenn man berücksichtigt, daß bei einem bloßen Vorvertrag (s.o.) noch nicht sämtliche Einzelheiten abschließend festgelegt zu werden brauchten - jedenfalls nicht so weit von deren Wortlaut, als daß man das gesamte Vorbringen - wie es das Berufungsgericht getan hat - schlicht als unbeachtlich hätte ansehen dürfen. Im übrigen wäre auch bei einem Widerspruch zu dem schriftlich niedergelegten Vertragstext der Beklagten nicht von vornherein der Vortrag abgeschnitten gewesen, daß die Parteien in Wirklichkeit etwas Abweichendes gemeint hatten. Deswegen hätte der angebotene Beweis erhoben werden müssen.

b) Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der von der Beklagten behaupteten Abgeltungsvereinbarung vom 27. September 1994 halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Wie die Revision mit Recht geltend macht, trifft es insbesondere nicht zu, daß ein etwaiges Angebot der Klägerin, mit der Zahlung der noch offenen 0,5 % und des streitigen Mehrwertsteuerbetrages einen Schlußstrich unter die gesamte Angelegenheit zu ziehen, von dem

Vertreter der Beklagten nur sofort hätte angenommen werden können und müssen. Das Berufungsgericht legt selbst dar, die Beklagte habe vorgetragen, ihr Prokurist habe bei dem Gespräch erklärt, er wolle das Angebot der Klägerin mit ihrem, der Beklagten, Geschäftsführer besprechen. Unter diesen Umständen konnte die Annahme des Angebots unter stillschweigender Abbedingung des § 147 Abs. 1 Satz 1 BGB auch in der Bewirkung der Zahlung selbst gelegen haben, nachdem die Angelegenheit bei der Beklagten intern abgeklärt worden war. Auch das Schreiben der Klägerin vom 27. September 1994 steht einer solchen Deutung nicht entgegen. Zwar ist dem Berufungsgericht zugegeben, daß ein Verzicht der Klägerin auf etwaige weitergehende Forderungen dort nicht erwähnt wird. Andererseits schließt der Wortlaut des Schreibens eine generelle Bereinigung der gesamten Angelegenheit auch nicht etwa aus. Dementsprechend hätte dem Beweisantrag der Beklagten auf Vernehmung ihres Prokuristen über den Inhalt des Telefongesprächs vom 27. September 1994 nachgegangen werden müssen.

c) Die Angriffe der Revision gegen die Schadensberechnung des Berufungsgerichts sind unbegründet. Das Berufungsgericht hat sich insoweit im Rahmen des ihm durch § 287 ZPO gewährten Beurteilungsspielraums gehalten. Die hiergegen erhobenen Revisionsrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

3. Ergebnis:

Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, welches den Beweisanträgen beider Parteien über den Sinn des mit der ursprünglichen Courtagevereinbarung Gewollten und über den Inhalt der Vereinbarung vom 27. September 1994 nachzugehen haben wird.

Rinne

Wurm

Streck

Schlick

Dörr