

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 144/72

URTEIL

Verkündet am

10. Oktober 1973

Hellmann,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C [REDACTED] Baubetreuung, Alleininhaber
Erich K[REDACTED], E[REDACTED], D[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Immobilien G [REDACTED], Inhaberin Frau
Ingeborg G [REDACTED], K [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1973 durch die Richter Professor Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Buchholz und Knüfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. Juni 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin macht aus einer schriftlichen Vereinbarung vom 30. Mai 1969 Provisionsansprüche geltend. Die Vereinbarung war zwischen der Beklagten und einer Firma W. GmbH, Bauträgersgesellschaft für Wohnungs- und Siedlungsbau in K., abgeschlossen worden. Geschäftsführer der Firma W. waren die Herren W. und Klaus-Peter G.. Nach der Behauptung der Klägerin ist sie an die Stelle der Firma W., die in der Zwischenzeit in Konkurs geraten ist, getreten, und zwar auf Grund einer Absprache vom 28. Juni 1969, die von der Beklagten in einem Schreiben an die Firma W. vom 30. Juni 1969 bestätigt worden sei.

- 3 -

Dem Vertrag lag das Vorhaben der Beklagten zugrunde, ein Baugebiet in Velbert, Zur D[REDACTED], das sie zur Betreuung erhalten hatte, in drei Bauabschnitte mit insgesamt 27 Bauparzellen aufzuteilen und auf den Parzellen 27 Eigenheime (Reihenbungalows) zu errichten. Die Beklagte beauftragte mit dem Vertrag die Firma W[REDACTED], den Verkauf der 27 Häuser durchzuführen. Das Aufgabengebiet der Firma W[REDACTED] sollte im besonderen bestehen aus 1. Werbung, 2. Kundenberatung bis zum Abschluß des Werk-, Kauf- und Übereignungsvertrages, 3. Vorbereitungen zum Abschluß des Werkvertrages und 4. Vorbereitungen zum Abschluß des Kauf- und Übereignungsvertrages. Die Firma W[REDACTED] sollte für ihre Arbeit eine im einzelnen vereinbarte Maklerprovision erhalten. Weiter heißt es in der Vereinbarung, die Firma W[REDACTED] verpflichtete sich, "alle Interessen der Beklagten gegenüber Kunden, Käufern oder sonstigen Dritten betreffend dieses Bauvorhaben wahrzunehmen, die sich auf dem Verkauf des Objektes begründen."

Die Klägerin hat behauptet, bis zum Januar 1970 über alle 27 Einzelobjekte Kauf- und Werkverträge vermittelt zu haben. Sie verlangt mit der Klage die nach Abzug von Teilzahlungen und Verrechnungen ihr angeblich noch zustehende Restprovision von 33.407,41 DM nebst 12 % Zinsen.

Die Beklagte hat zunächst bestritten, der Klägerin einen Maklerauftrag erteilt zu haben. Sie habe vielmehr, wie sie behauptet hat, ausschließlich mit Klaus-Peter Großmann, dem früheren Geschäftsführer der Firma W[REDACTED] und Sohn der Inhaberin der Klägerin, zusammengearbeitet. Auf jeden Fall seien die Provisionsansprüche der Höhe



nach nicht gerechtfertigt, da die in dem Vertrag mit der Firma W. [REDACTED] vorgesehenen Berater- und Betreueraufgaben zum Teil gar nicht, zum Teil schlecht erfüllt worden seien. Wegen dieser Vertragsverletzungen sei das ganze Objekt notleidend geworden. Sie habe die mit den Bauherren zu einem Festpreis abgeschlossenen Werkverträge über die schlüsselfertige Herstellung der Eigenheime nicht mehr vollständig ausführen können und sich daher mit ihnen anderweitig arrangieren müssen. Dadurch habe sie einen hohen Schaden erlitten, der insgesamt mehr als 200.000,-- DM betrage. Die Provisionsansprüche müßten daher gekürzt werden. Hilfsweise hat die Beklagte mit Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage nach Antrag stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung, abgesehen von einer Herabsetzung des Zinssatzes auf 5 %, zurückgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Beklagte weiter die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat rechtlich bedenkenfrei festgestellt, daß die Klägerin anstelle der Firma W. [REDACTED] in die zwischen dieser Firma und der Beklagten getroffene Vereinbarung vom 30. Mai 1969 eingetreten ist. Es hat darauf verwiesen, daß die Beklagte mit Schreiben vom 30. Juni 1969 der Firma W. [REDACTED] selbst mitgeteilt hat, die Klägerin anstelle der Firma W. [REDACTED]

mit den dieser übertragenen Aufgaben betraut zu haben. Außerdem hat sie auch in der Präambel der mit den Bauherren abgeschlossenen Werkverträge erklärt, den Bauherren die Bauparzelle über die Klägerin angeboten zu haben. Schließlich hat sie der Klägerin wiederholt Ratenzahlungen auf die Provisionsansprüche geleistet. Gegen die Feststellung, daß hiernach zwischen den Parteien ein Vertrag mit dem Inhalt der Vereinbarung vom 30. Mai 1969 zustandegekommen ist, werden von der Revision auch keine Einwendungen erhoben.

Das Berufungsgericht hat eine Minderung der Provisionsansprüche sowie zur Aufrechnung berechtigende Schadensersatzansprüche der Beklagten aus Vertragsverletzung verneint. Es hat ausgeführt, aus der Vereinbarung vom 30. Mai 1969 ergebe sich zwar, daß die Klägerin in den in dieser Vereinbarung bestimmten Aufgabenbereichen für die Beklagte tätig werden sollte. Doch habe es der Klägerin nicht obgelegen, die Beklagte, die sich selbst als Baubetreuerin bezeichnet habe, bei der Planung, Kalkulation, Finanzierung und Gestaltung des Bauvorhabens und bezüglich der mit den Interessenten abzuschließenden Verträge zu beraten und zu betreuen. Der Vertrag habe ausdrücklich nur eine Beratung der Kunden vorgesehen. Wenn die Klägerin zu einer Beratung der Beklagten habe verpflichtet sein sollen, dann hätte das besonders vereinbart werden müssen. Daß das geschehen sei, habe die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Das gelte insbesondere für die Festpreisvereinbarung und die Aufstellung des Zahlungsplanes. Die Beurteilung dieser Fragen habe nicht zu den Aufgaben der Klägerin als Maklerin gehört, sondern zum eigentlichen Unternehmerrisiko der Beklagten.

Gegen diese Ausführungen ist rechtlich insoweit nichts zu erinnern, als das Berufungsgericht verneint hat, daß die in dem Vertrag vom 30. Mai 1969 vereinbarte Provision zu mindern sei. Denn eine Minderung der Maklerprovision kann nur entsprechend § 654 BGB in Betracht kommen. Dem Sachvortrag der Beklagten war aber nicht zu entnehmen, daß die Voraussetzungen einer Verwirkung nach Maßgabe dieser Vorschrift gegeben wären. Insbesondere ist eine Verwirkung des Provisionsanspruches nicht schon mit jeder schuldhaften Vertragsverletzung anzunehmen (BGHZ 36, 323). Dagegen kann ein schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen die vertraglichen Maklerpflichten aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zur Schadensersatzpflicht führen und ein Leistungsverweigerungsrecht oder die Möglichkeit der Aufrechnung begründen. Soweit das Berufungsgericht auch einen solchen Schadensersatzanspruch verneint hat, sind die Ausführungen im Berufungsurteil nicht frei von Rechtsirrtum.

Die Ausführungen sind zunächst nicht ganz widerspruchsfrei zu der Frage, ob der Klägerin nicht schon nach allgemeinem Maklervertragsrecht bestimmte Beratungspflichten oblagen. Das Berufungsgericht führt einmal aus, die Klägerin schulde als Maklerin grundsätzlich keine bestimmten Tätigkeiten, während es an anderer Stelle sagt, die Vertragspflichten, die der Klägerin nach Ansicht der Beklagten obgelegen hätten, gingen weit über die allgemeine Beratungs- und Betreuungspflicht eines Maklers hinaus. Zutreffend hat das Berufungsgericht an der zuletzt genannten Stelle erkennen lassen, daß den Makler schon nach allgemeinem Vertragsrecht Beratungs- und Betreuungspflichten gegenüber seinem Auftraggeber treffen. Insbesondere hat ein mit einem Alleinauftrag versehener Makler alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um einen

für seinen Auftraggeber vorteilhaften Vertragsabschluß zu erreichen und vor allem einen möglichst günstigen Kaufpreis zu erzielen, und in diesem Rahmen trifft den Makler auch die Verpflichtung, seinen Auftraggeber sachkundig zu beraten (Soergel/Siebert/Mormann BGB 10. Aufl. § 652 Rdn. 27; Palandt/Thomas BGB 32. Aufl. § 652 Anm. 10 B c; Glaser/Warncke, Das Maklerrecht in der Praxis, 4. Aufl. 1969 S. 33, 5. Aufl. 1973 S. 38).

Zudem und zuvörderst richten sich die Vertragspflichten des Maklers aber nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung. Hierzu hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, nicht alle für die Auslegung der Vereinbarung vom 30. Mai 1969 in Betracht kommenden Umstände und somit auch nicht die Besonderheiten dieser Vereinbarung genügend berücksichtigt. Die Revision weist insbesondere darauf hin, daß eine Reihe von Vertragsklauseln dafür sprechen, daß der Vereinbarung vom 30. Mai 1969 nicht der Charakter eines gewöhnlichen Maklervertrages beizumessen sei, sondern daß ein Makler-Dienstvertrag vorliege. Hierzu rechnet die Revision die in den Vertragstext aufgenommene Verpflichtung der W■■■■/Klägerin, die Häuser "nach den Grundlagen der ordnungsgemäßen kaufmännischen Gepflogenheiten" zu veräußern, weiter die ausdrückliche Aufzählung des Aufgabengebietes der W■■■■/Klägerin, nach der diese auch die Aufgabe hatte, "die Vorbereitungen" zum Abschluß der Werk- und Kaufverträge zu treffen. Außerdem verweist die Revision auf die vom Berufungsgericht außer acht gelassene Vertragsklausel, nach der sich die W■■■■/Klägerin verpflichtet hatte, bezüglich der Bauvorhaben "alle Interessen der Beklagten gegenüber Kunden, Käufern und sonstigen Dritten wahrzunehmen". Die letztgenannte Vertragsklausel begründet erhebliche Bedenken

gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Vertrag habe ausdrücklich nur eine Beratung der Kunden vorgesehen.

Des weiteren rügt die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten, die Parteien seien sich darüber einig gewesen, daß eine umfassende Beratung der Beklagten in allen mit der Wohnbaubetreuung zusammenhängenden Fragen durch die Klägerin stattfinden sollte, als unsubstantiiert behandelt hat. Im Hinblick auf die besondere Vertragsgestaltung und den Sachvortrag der Beklagten darüber, daß sie sich gerade der Sachkunde des Geschäftsführers der WEGRO Großmann jun. versichern wollte, durfte das Berufungsgericht diesen Beweisantrag nicht übergehen, wenn nicht schon ohnedies dem Inhalt des Vertrages eine über die gewöhnliche Pflicht des Maklers hinausgehende Beratungspflicht zu entnehmen war. Daß Fragen der Planung, Kalkulation und Finanzierung zum Unternehmerrisiko der Beklagten gehörten, schließt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus, daß sich die Beklagte als Unternehmerin hierzu die Mithilfe der Klägerin sichern und dieser insoweit eine Beratungsaufgabe übertragen wollte. Nimmt man den weiteren Sachvortrag der Beklagten hinzu, die Vereinbarung von Festpreisen mit den Bauherren und die Kalkulation dieser Preise sei von der Klägerin veranlaßt und der Zahlungsplan sei von G. jun. selbst entworfen worden, dann ergibt sich hieraus in aller Deutlichkeit die Behauptung der Beklagten, daß sie sich der Mithilfe der Klägerin bedient habe. Der Sachvortrag der Beklagten ermangelte daher nicht einer hinreichenden Substantiierung. Doch wird zu prüfen sein, wie die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe die

Kalkulation der Preise veranlaßt, damit zu vereinbaren ist, daß in der Vereinbarung vom 30. Mai 1969, die vor Beauftragung der Klägerin zustande kam, bereits vermerkt worden ist, die Kaufpreise seien aus der der Vereinbarung beigefügten Aufstellung zu ersehen und für beide Teile verbindlich.

Ist eine Verpflichtung der Klägerin anzunehmen, die Interessen der Beklagten hinsichtlich des Inhalts der mit den Bauherren abzuschließenden Verträge wahrzunehmen, und dann auch die Verpflichtung, die Beklagte insoweit durch fachkundige Beratung vor Schaden zu bewahren, dann kommt es darauf an, ob die Klägerin diese Verpflichtung schuldhaft verletzt hat. Ist das der Fall, dann hängt die Schadensersatzpflicht der Klägerin einmal davon ab, ob und inwieweit der bei der Beklagten eingetretene Schaden auf die Verletzung der Beratungspflicht zurückzuführen ist, sowie ihrem Umfang nach von einem etwa vorhandenen Mitverschulden der Beklagten. Hierzu wird die Behauptung der Klägerin von Bedeutung sein, daß der Schaden vornehmlich auf den verspäteten Baubeginn zurückzuführen sei, den nicht sie, sondern allein die Beklagte selbst zu vertreten habe.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben, damit das Berufungsgericht die nach den vorgenannten Gesichtspunkten erforderliche weitere Sachprüfung vornehmen kann.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz

Knüfer