

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 22/77

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
7. Juni 1978
F i e s e r,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Firma E [REDACTED] S.A.S. Via P [REDACTED], V [REDACTED]/Italien,
Zweigniederlassung in Deutschland, L [REDACTED]straße [REDACTED],
H [REDACTED], vertreten durch die Beklagte zu 2),
2. der Kauffrau Waltraud K [REDACTED] geb. G [REDACTED], L [REDACTED]-
straße [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Pa [REDACTED] Gesellschaft für Grundbesitz mbH,
vertreten durch deren Geschäftsführer Rolf H. E [REDACTED],
I [REDACTED]straße [REDACTED], Ha [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1978 durch die Richter Dr. Hoegen, Knüfer, Rottmüller Dehner und Dr. Seidl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. Dezember 1976 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Provisionsansprüche aus einer schriftlichen Vereinbarung vom 2. Juni 1972 geltend.

Die in V[REDACTED]/Italien ansässige Beklagte zu 1) war die Bauträgersgesellschaft für das Bauvorhaben eines Appartementhauses "E[REDACTED]" in G[REDACTED]/I[REDACTED] am Lago Maggiore; die Beklagte zu 2) ist die persönlich haftende Gesellschafterin. Die Beklagten wollten ein der

- 3 -

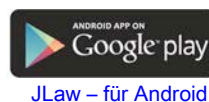
Beklagten zu 1) gehörendes und noch im Rohbau befindliches Appartement-Hotel, bestehend aus einem Hoteltrakt und 42 Eigentums-Appartements, ausbauen (erster Bauabschnitt) und auf dem Grundstück mehrere Bungalows erstellen (zweiter Bauabschnitt). Die Eigentumswohnungen und Bungalows sollten verkauft, der Ausbau der Wohnungen mit den Zahlungen der Käufer teilweise finanziert werden.

Mit dem Vertrag vom 2. Juni 1972 übertrug die Beklagte zu 1) der Klägerin den weltweiten Alleinvertrieb der Appartements. Das Aufgabengebiet der Klägerin sollte insbesondere aus der Werbung, der Erstellung der zum Verkauf benötigten Unterlagen und der Durchführung von Besichtigungsreisen für Kaufinteressenten bestehen. Für ihre gesamte Tätigkeit sollte die Klägerin eine Maklerprovision von 25 % erhalten; 16 % sollten nach Eingang von jeweils 50 % des Kaufpreises, 8 % nach Gutschrift weiterer 20 % der Kundenzahlungen und 1 % nach einem Verkauf von 50 % der Bungalows fällig sein. Der Fälligkeitszeitpunkt für die hier allein interessierende zweite Rate der Provisionsforderung (8 %) wurde nachträglich einverständlich hinausgeschoben. Die Vertragsparteien sollten zur fristlosen Kündigung berechtigt sein, falls bis zum 31. Oktober 1972 nicht 50 % oder bis zum 31. März 1973 nicht 2/3 der Eigentumswohnungen verkauft seien, vorausgesetzt, daß nach dem Verkauf von 10 Wohnungen mit dem ersten Bauabschnitt begonnen werde und die Arbeiten Ende Juli 1973 abgeschlossen seien.

Spätestens im Mai 1973 stellte die Klägerin ihre Tätigkeit ein. Am 2. April 1974 kündigte die Beklag-



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



te zu 1) den Vertrag mit der Begründung, die Klägerin habe ihre Verpflichtung zum Verkauf sämtlicher Appartements nicht erfüllt.

Mit Schreiben vom 15. Februar 1974 übersandte die Klägerin der Beklagten zu 1) eine Aufstellung über die Vermittlung von 23 Appartements und die danach fällige zweite Rate der Provision in Höhe von je 8 %; die Aufstellung schließt mit einem Gesamtbetrag von 151.168,-- DM. Mit Schreiben vom 25. September 1974 erklärte die Beklagte zu 1), die aus der Aufstellung ersichtlichen Provisionsansprüche würden nicht bestritten; auf den Gesamtbetrag werde eine Anzahlung von 10.000,-- DM geleistet; die Restforderung solle aus späteren Kaufpreiseingängen gedeckt werden; der finanzielle Engpaß beruhe darauf, daß die Klägerin seit dem 29. Mai 1973 kein Appartement mehr vermittelt habe, obwohl sie dem Grunde und dem Sinne nach einen Verkaufserfolg schulde.

Nachdem die Beklagte zu 1) am 4. Oktober 1974 einen Betrag von 23.000,-- DM überwiesen und die Zahlung weiterer Provisionen verweigert hatte, verlangt die Klägerin mit der Klage einen Teilbetrag der ihr angeblich noch zustehenden Restprovisionen in Höhe von 60.000,-- DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer auf die Zinsen.

Die Beklagten haben die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch der Beklagten zu 1) in Höhe von mindestens 250.000,-- DM erklärt. Sie machen geltend, bei der Höhe der vereinbarten Provisionen sei es selbstverständliche Geschäftsgrundlage gewesen, daß die Klägerin zum Verkauf aller 42 Eigentumswohnungen verpflichtet ge-

wesen sei. Sie habe diese Verpflichtung schuldhaft nicht erfüllt und dadurch die Finanzierung des Ausbaus des Appartement-Hotels (und der Bungalows) erschwert. Die Beklagte zu 1) habe demgemäß für die Fertigstellung der Wohnungen Fremdkapital in Anspruch nehmen müssen, für das an Zinsen und Nebenkosten ein Betrag von mindestens 250.000,-- DM aufgewendet worden sei (ab Mitte 1973 im Jahresdurchschnitt rund 200.000,-- DM allein an Zinsen). Ferner bestehe zwischen der bisherigen Werbetätigkeit der Klägerin und der Höhe der Vermittlungsprovisionen ein offensichtliches Mißverhältnis. Durch die ihr bereits gezahlten Provisionen von 16 % habe die Klägerin einen Betrag von 302.336,-- DM erhalten, ohne dafür gezielte Werbung zum Verkauf der restlichen Eigentumswohnungen zu betreiben.

Demgegenüber macht die Klägerin geltend, sie sei durch den Alleinauftrag zum Verkauf von Appartements lediglich berechtigt worden. Aus der Höhe der vereinbarten Provisionen könne eine Verpflichtung zur Vermittlung aller Wohnungen nicht hergeleitet werden. Für die gesamte Konzipierung des Vertriebs (einschließlich der Kaufvertragsmuster, der Herstellung des Werbematerials und der Organisation der Besichtigungsreisen) habe sie - Klägerin - erhebliche Beträge aufwenden müssen; die Provisionen stellten das für Auslandsobjekte übliche Entgelt für die Vertriebsleistungen dar. Etwaige Gegenforderungen wegen der Einstellung der Werbetätigkeit stünden der Beklagten zu 1) nicht zu. Die Beendigung der Verkaufsbemühungen sei gerechtfertigt gewesen. Die Beklagten hätten insbesondere durch Verzögerung des Baubeginns (anstatt Ende Juli 1972 erst Mitte Februar 1973), des

Baufortschritts und der Eigentumsübertragung an die Käufer weitere Verkaufsmöglichkeiten zunichte gemacht. Im übrigen sei der Schadensersatzanspruch nicht substantiiert dargelegt.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits.

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die rechtswirksam entstandene Klageforderung weder in entsprechender Anwendung des § 654 BGB als verwirkt anzusehen noch durch Aufrechnung mit Gegenforderungen aus Garantievertrag oder aus positiver Forderungsverletzung erloschen.

1. Eine nachträgliche Korrektur der Provisionsvereinbarung analog § 654 BGB käme nur in Betracht, wenn sich die Klägerin als Maklerin eines schweren Verstoßes gegen ihre Pflichten schuldig gemacht hätte. Dem Sachvortrag der Beklagten sei aber nicht zu entnehmen, daß die Voraussetzungen einer Verwirkung nach Maßgabe dieser Vorschrift erfüllt wären.

2. Ein besonderer Garantievertrag, durch den sich die Klägerin - unabhängig von der Regelung des Alleinauftrages vom 2. Juni 1972 - zur Vermittlung sämtlicher Appartements des Bauvorhabens der Beklagten (erster Bauabschnitt) verpflichtet und versprochen hätte, im Falle des Nichteintritts eines solchen Erfolges einen künftigen Schaden zu übernehmen, sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen; dafür sprächen weder die den Vertragsschluß begleitenden Umstände noch die Korrespondenz der Parteien.

3. Auch der schriftlichen Vereinbarung vom 2. Juni 1972 selbst sei eine Verpflichtung der Klägerin zur Vermittlung sämtlicher Eigentumswohnungen mit der Folge, daß die Klägerin bei schuldhafter Nichterfüllung einer solchen Pflicht Schadensersatz zu leisten hätte, nicht zu entnehmen. Die Fälligkeit der Vertriebsprovisionen sei an jedes vermittelte und abgeschlossene Einzelgeschäft geknüpft. Die Kündigungsklausel habe die Beklagte zu 1) in den Stand setzen sollen, durch Einschaltung Dritter einen schnelleren Absatz der Appartements herbeizuführen; gerade aus ihr gehe hervor, daß es nicht zu den Vertragspflichten der Klägerin gehört habe, sämtliche Wohnungen zu vermitteln. Hieraus folge zugleich, daß aus der Tatsache der Alleinbeauftragung der Klägerin nicht ohne weiteres auf eine Vermittlungspflicht bezüglich des gesamten Projektes (erster Bauabschnitt) geschlossen werden könne. Der mit der Erteilung des Alleinauftrages zustande gekommene Maklerdienstvertrag begründe zwar eine Pflicht der Klägerin zum Tätigwerden, garantiere aber nicht zugleich der Beklagten zu 1) die Vermittlung sämtlicher Objekte. Im übrigen

hätten die Beklagten weder eine Kausalität zwischen der behaupteten schuldhaften Unterlassung der Klägerin und einem Schadenseintritt noch den Umfang des Schadens substantiiert dargelegt.

II.

1. Soweit das angefochtene Urteil das Vorliegen eines besonderen Garantievertrages verneint, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, was auch die Revision nicht in Zweifel zieht.

2. Die Angriffe der Revision gegen die weiteren Ausführungen des Berufungsurteils sind begründet.

a) Mit Recht bemängelt sie, daß weder die Fälligkeitsabrede noch die Kündigungsklausel etwas Entscheidendes über die hier interessierenden Vertragspflichten der Klägerin aussagen können.

b) Mit Erfolg rügt sie ferner, der Tatrichter habe den Vortrag der Beklagten nicht hinreichend berücksichtigt und an die Substantiierung des Schadens zu hohe Anforderungen gestellt.

Die Beklagten haben jeweils unter Beweisantritt substantiiert vorgetragen, zwischen den Parteien sei ausdrücklich "Vertragsvoraussetzung" gewesen, daß die Klägerin sämtliche Appartements vollständig und unter Einsatz intensivster Werbemittel vertreiben werde. Ebenso sei zwischen ihnen ausdrücklich "Vertragsgegenstand" gewesen, daß die Klägerin einen erheblichen An-

teil der ihr zufließenden Provisionen vorab in eine kontinuierliche und intensive Werbekampagne stecken müsse, um den Vertrieb der Eigentumswohnungen insgesamt sicherzustellen. Aus diesem Grunde sei in der Vereinbarung vom 2. Juni 1972 ausdrücklich festgelegt worden, daß die Klägerin der Beklagten zu 1) ihre Werbungsaufwendungen und Werbemittel in geeigneter Form nachzuweisen habe. Die Parteien seien sich bei Vertragsschluß insbesondere darüber im klaren gewesen, daß die Zahlung der Provision von 25 % des Kaufpreises der Appartements nur dadurch zu rechtfertigen, insbesondere aber zu realisieren gewesen sei, daß nicht nur ein Teil, sondern sämtliche Eigentumswohnungen durch die Klägerin vertrieben würden. Die Geschäftsführer der Klägerin hätten bei allen Verhandlungen auch keinen Zweifel darüber gelassen, daß sie keinerlei Schwierigkeiten in dem Vertrieb aller Eigentumswohnungen erwarteten. Innerhalb der ersten sechs Monate habe die Klägerin von den insgesamt 42 Eigentumswohnungen 15 vermittelt. Im Jahre 1973 seien nur noch 6 Vermittlungen erfolgt, die letzte am 29. Mai 1973. Nach sechs bis neun Monaten habe die Klägerin ohne Begründung jegliche Werbung eingestellt, obwohl sie wiederholt aufgefordert worden sei, ihre Vermittlungstätigkeit wieder aufzunehmen und zu verstärken. Trotz zahlreicher Mahnungen habe sie auch nicht ihre Werbemittel und Werbeaufwendungen nachgewiesen. Obwohl damals reelle Verkaufs- und Marktchancen auf jeden Fall gegeben gewesen seien, habe sich die Klägerin bewußt über ihre übernommenen Verpflichtungen hinweggesetzt. Das Appartement-Hotel (Gesamtgestehungskosten: ca. 3 Mio. DM) habe nur dadurch fertig-

gestellt werden können, daß die Beklagten Fremdkapital in Höhe von rund 1.650.000,-- DM aufgenommen hätten, da ihnen aus den von der Klägerin vermittelten Verkäufen nur etwa 1,3 Mio. DM zugeflossen seien. Die Kreditaufnahme mit einer Zinslast von jährlich rund 200.000,-- DM wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die Klägerin ihren Vertragspflichten nachgekommen wäre.

c) Diese tatsächlichen Behauptungen der Beklagten, deren Wahrheit für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen. Hierauf kann das angefochtene Urteil beruhen.

aa) War die Klägerin - unabhängig von einer Erfolgsgarantie - zum Vertriebe sämtlicher Eigentumswohnungen verpflichtet, was die Beklagten zu beweisen haben, so hat sie durch die Einstellung ihrer Werbe- und Vermittlungstätigkeit dieser Vertragspflicht nicht genügt. Es kommt alsdann darauf an, ob die Klägerin ein Verschulden trifft. Dazu hat das Berufungsgericht jedoch noch keine Feststellungen getroffen.

bb) Selbst wenn eine derartige Vermittlungspflicht für die Klägerin nicht bestand, so gilt aufgrund der besonderen Umstände dieses Falles im Ergebnis das gleiche. Der Klägerin war Alleinauftrag erteilt. Sie war verpflichtet, alles in ihren Kräften Stehende zu tun, um die Vermittlung weiterer Eigentumswohnungen voranzutreiben und Verkaufsabschlüsse zu erzielen (BGH LM BGB § 652 Nr. 17 = NJW 1966, 1405; Nr. 21 = NJW 1967,

198; BGH AIZ 1969, 220; WM 1973, 1382 und 1977, 871). Dieser Verpflichtung kam hier eine entscheidende Bedeutung zu, was der Klägerin auch bekannt war. Aus den Zahlungen der Käufer sollte der Ausbau der Appartements teilweise finanziert werden. Um nicht gegen den Alleinauftrag zu verstoßen, durfte die Beklagte zu 1) keinen anderen Makler beauftragen. Die Möglichkeit, während der Laufzeit des Vertrages die Eigentumswohnungen selber zu vertreiben, hatte nach Lage des Falles keine praktische Bedeutung. Andererseits war der Klägerin, selbst wenn man den besonderen Werbeaufwand in Rechnung stellt, eine auffallend hohe Provision (25 %) zugestanden worden. Wenn nun - wie die Beklagten behauptet haben - die Klägerin nach anfänglich guten Erfolgen ihre Werbe- und Vermittlungstätigkeit zunächst eingeschränkt und schließlich ganz aufgegeben hat, so hat sie die oben genannte Pflicht nicht erfüllt. Insoweit kommt es für den von den Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch darauf an, ob die Klägerin ein Verschulden trifft. Hierzu fehlen ebenfalls Feststellungen des Berufungsgerichts.

cc) Für den Eintritt und den Umfang eines Schadens sowie für dessen Verursachung durch eine Pflichtverletzung der Klägerin tragen die Beklagten die Beweislast (BGH LM BGB § 282 Nr. 18 = MDR 1969, 652). Der Sachvortrag der Beklagten genügt den in dieser Hinsicht zu stellenden Anforderungen, wobei zu ihren Gunsten ein Anscheinsbeweis und eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO in Betracht kommen können (vgl. hierzu BGH LM ZPO § 282 Nr. 27 = MDR 1974, 747). Ob die Klägerin "vertraglich verpflichtet" war, den Ausbau der Eigentumswohnungen

"mitzufinanzieren", ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts (BU 13) für die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen der Verletzung der Pflicht, auf Vertragsabschlüsse für die Beklagte zu 1) hinzuwirken, und dem geltend gemachten Schaden ohne Bedeutung.

dd) Von der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfange die Klägerin die Einschränkung und die Einstellung ihrer Maklertätigkeit zu vertreten hatte, hängt schließlich ab, ob sie ein so schwerer Schuldvorwurf trifft, daß in entsprechender Anwendung des § 654 BGB die Provisionsforderung als verwirkt angesehen werden kann.

Dr. Hoegen

Knüfer

Rottmüller

Dehner

Dr. Seidl