

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am

31. März 1976

H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IV ZR 41/74

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Fred D [REDACTED] , [REDACTED] M [REDACTED] ,
S [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

Dr. Dr. Anton M [REDACTED] , [REDACTED] M [REDACTED] , R [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1976 durch den Vizepräsidenten Dr. Hauß und die Richter Knüfer, Rottmüller, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23/26. November 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1966 plante der Beklagte als Eigentümer des Anwesens M., O. an Stelle des dort stehenden Altbaues ein neues Büro- und Geschäftshaus zu errichten. Er beauftragte den Kläger, die im Altbau wohnenden 8 Mietparteien zu bewegen, ihre Wohnungen aufzugeben, damit möglichst schnell mit dem Neubau begonnen werden könne. Der Beklagte war bereit, zur Beschaffung von Ersatzwohnungen oder für Ablösungen und

- 3 -

Abfindungen Zahlungen zu leisten. Als Entschädigung für die Freimachung des Altbaues sollte der Kläger berechtigt sein, die Büroräume und Läden des Neubaus als Makler für den Beklagten zu vermieten und die anfallenden Provisionen von den Mietern einzunehmen. Dem Kläger gelang es, bis Mitte 1966 den Altbau freizumachen.

Bis zu diesem Zeitpunkt hatte ihm der Beklagte rund 20.000,- DM Aufwendungen ersetzt. Anfang 1967 forderte der Kläger vom Beklagten weitere 18.000,- DM mit der Behauptung, er habe diese Summe für die Freimachung der Wohnungen aus eigenen Mitteln verauslagt. Der Beklagte verlangte über die behaupteten Auslagen eine Abrechnung und Belege. Hierüber kam es zu Meinungsverschiedenheiten. Bei diesem Briefwechsel machte der Kläger auch geltend, daß ihm der Beklagte die Alleinvermietung für den Neubau zugesagt habe. Der Beklagte bestritt, einen solchen Alleinauftrag erteilt zu haben. Nachdem der Beklagte weitere Zahlungen ablehnte, trat der Kläger seine Forderung an den Schreinermeister Hans F. ab. Dieser erhob am 8. Juli 1967 beim Landgericht München I Klage gegen den Beklagten (AZ.: 3 O 431/67). Am 31. August 1967 schrieb der Beklagte dem Kläger, "daß in Anbetracht aller Umstände, insbesondere auch der Vorgänge im Zusammenhang mit der Räumung O." eine weitere Maklertätigkeit durch den Kläger in Bezug auf die Vermietung des Objektes "weder sinnvoll noch zumutbar ist. Lediglich der Ordnung halber" werde der Maklerauftrag insoweit widerrufen.

In dem Rechtsstreit zwischen F. und dem Beklagten kam das Landgericht München I im Urteil vom 6. März 1970 zum Ergebnis, daß der vom Kläger des vorliegenden Rechtsstreits an Fischer abgetretene Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 17.583,74 DM begründet und in Höhe von 200,- DM unbegründet sei.



Durch ein im schriftlichen Verfahren erlassenes Urteil vom 25./26. Juni 1970 sprach das Landgericht F. den noch offenen Restbetrag von 1.000,- DM zu. Auf die Berufung des Beklagten änderte das Oberlandesgericht München diese Entscheidung durch Urteil vom 28. April 1971 (12 U 1506/70 und 2214/70) dahin ab, daß der Beklagte lediglich zur Zahlung von 11.383,74 DM an F. verurteilt wurde. Es nahm an, daß der Kläger zwar tatsächlich für die Durchführung des vom Beklagten erteilten Auftrages Aufwendungen in der vom Landgericht festgestellten Höhe gemacht habe; in Höhe von 7.200,- DM bestehe jedoch kein Ersatzanspruch, weil der Kläger insoweit bei vernünftiger Überlegung nicht hätte annehmen können, daß der Beklagte mit der Aufwendung einverstanden sein würde. - Die im Neubau geschaffenen Räume sind inzwischen mit Hilfe eines anderen Maklers vermietet worden.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger vom Beklagten 50.000,- DM als Schadensersatz für die Nichterfüllung des Alleinauftrags zur Vermietung des Neubaus am O. Er behauptet, er hätte bei Vermietung der gewerblichen Räume dieses Anwesens Maklerprovisionen in Höhe von 283.680,- DM verdient. Berücksichtige man, daß er Arbeit und Aufwendungen erspart habe, so verbleibe ihm ein Verdienstauffall von 50.000,- DM.

Der Beklagte hatte in der ersten Instanz eingewandt, daß er einen Alleinauftrag nicht erteilt habe, sondern einen auf drei Monate befristeten sogenannten "Vorlauf", während danach ein gewöhnlicher stets widerruflicher Maklerauftrag bestanden hätte. Der Kläger habe nach den drei Monaten seine Tätigkeit aber eingestellt, nachdem seine beiden Interessenten, die Stadt München und die Firma B., abgesagt hätten.

In der Berufungsinstanz berief sich der Beklagte darauf, daß die von ihm ausgesprochene Kündigung des Maklervertrages wirksam gewesen sei. Er trug hierzu vor, der Kläger habe ausreichend Zeit gehabt, Mieter für den Neubau beizubringen; er sei dazu aber nicht in der Lage gewesen. Seine beiden Hauptinteressenten, die Stadt M. und die Firma B., seien ausgefallen. Danach habe er über 11 Monate lang nichts mehr getan. Der Kläger habe sich ferner zu Unrecht geweigert, ihm, dem Beklagten, über die zur Durchführung des Auftrags gemachten Aufwendungen Rechnung zu legen und Belege vorzulegen. In dem Vorprozeß 3 0 431/67 habe sich herausgestellt, daß der Kläger sich Zahlungen des Beklagten in betrügerischer Weise erschlichen habe. Wäre dies ihm, dem Beklagten, bereits bei der Kündigung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger bekannt gewesen, so hätte er seine Kündigung auch auf diesen Umstand stützen können. Schließlich erhebt der Beklagte die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die vom Kläger eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß entgegen der Auffassung des Landgerichts der dem Kläger erteilte Makleralleinauftrag nicht frei widerruflich gewesen sei. Der Beklagte sei lediglich beim Vorliegen eines wichtigen Grundes befugt gewesen, den Alleinauftrag zu kündigen. Einen solchen wichtigen Grund habe der Beklagte dadurch gesetzt, daß er dem

Verlangen des Beklagten nach Rechnungslegung nicht entsprochen und den Ersatz auch solcher Auslagen verlangt habe, die er den Umständen nach nicht hätte für erforderlich halten dürfen. Diese Auffassung beruht auf Rechtsirrtum.

Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien war von besonderer Art und läßt sich in keinen bestimmten Vertragstypus einordnen. Der Kläger hatte es übernommen, die in dem abzubrechenden Haus wohnenden Mieter zum Einverständnis mit der Aufhebung des Mietvertrages und zur Räumung ihrer Wohnungen zu bewegen. Für diese Tätigkeit sollte er keine Vergütung, sondern lediglich Ersatz seiner Auslagen erhalten. Als Gegenleistung wurde ihm jedoch das Recht eingeräumt, die Büroräume und Läden des Neubaus als Makler für den Beklagten zu vermieten und die anfallenden Provisionen von Mietern einzunehmen. Die rechtliche Konstruktion des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien wich somit in entscheidenden Punkten von der eines Makleralleinauftrages ab. Wird einem Makler ein Alleinauftrag erteilt, so liegt in der Regel ein Maklerdienstvertrag vor (BGH LM § 652 Nr. 17 = NJW 1966, 1405; 1967, 198; 1969, 1626; Schwerdtner, Maklerrecht, Rdn. 187, S. 156 oben). Der Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden steht also auf der Seite des Auftraggebers die Pflicht zur Zahlung der Provision gegenüber. Hier war es aber anders: Die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger eine Vermittlungstätigkeit hinsichtlich der neu erstellten gewerblichen Räume zu gestatten, war die Gegenleistung für die als solche nicht provisions- oder vergütungspflichtigen Bemühungen des Klägers bei der Freimachung des Altbaus. Würde man in einem solchen Fall beim Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Kündigung des Vertragsverhältnisses gestatten, so könnte dies dazu führen, daß dem Auftraggeber die Vorteile aus der Tätigkeit des Maklers verblieben, während er auf der anderen Seite von der Verpflich-

tung zur Erbringung der versprochenen Gegenleistung frei würde.

Die Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das - im Gegensatz zum Rücktritt - das Vertragsverhältnis nicht völlig aufgehoben, sondern lediglich mit sofortiger Wirkung oder von einem zukünftigen Zeitpunkt an beendet wird. Es berührt demnach nicht die Gesamtheit der vertraglichen Verpflichtungen, sondern nur solche, die in der Zukunft zu erfüllen sind (vgl. dazu Esser, Schuldrecht 4. Aufl., § 31 I, III, V; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1 10. Aufl., § 19 II c; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung § 24 II).

Eine Kündigung ist - namentlich als Kündigung aus wichtigem Grund - auch bei solchen Schuldverhältnissen möglich, für die das Gesetz eine Kündigungsmöglichkeit nicht ausdrücklich vorgesehen hat. Voraussetzung ist aber stets, daß die Leistungen der Parteien zeitlich teilbar sind und daß durch die Kündigung das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung nicht gestört wird. Aus diesem Grund kommt eine Kündigung bei solchen Vertragstypen nicht in Betracht, die einen einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung zum Gegenstand haben, wohl aber bei solchen, bei denen der eine Teil zu einer stetig sich wiederholenden Sachleistung und der Partner zu einer nach Zeitabschnitten bemessenen Vergütung in Geld verpflichtet ist (Miete, Pacht, Arbeitsvertrag). Auch die Kündigung eines normalen Makleralleinauftrags stört nicht das Gleichgewicht zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen: Mit dem Zeitpunkt, zu dem die Kündigung wirksam wird, entfällt auf der Seite des Maklers die Tätigkeitspflicht, auf der Seite des Kunden die Verpflichtung, alle Interessenten an den Makler zu verweisen. Im vorliegenden Fall

hat jedoch der Beklagte die Erklärung, daß er sich nicht mehr an den Vertrag mit dem Kläger gebunden fühle, erst in einem Zeitpunkt abgegeben, in dem der Kläger die ihm obliegende Leistung bereits voll erbracht hatte. Ein Kündigungsrecht kann demnach dem Beklagten nicht zugbilligt werden.

Auch bei solchen Verträgen, deren Kündigung nicht zulässig ist, kann durch die grobe Vertragsverletzung eines Teils das für die Abwicklung des Vertrags erforderliche Vertrauensverhältnis so tiefgreifend zerstört werden, daß dem anderen Teil ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. In diesem Fall gewährt die Rechtsprechung dem nichtschuldigen Vertragspartner ein Rücktrittsrecht (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, Rdn. 43 - 46 vor § 275 BGB; Wilde in BGB-RGRK, 11. Aufl., Anh. zu § 326 BGB, Anm. 7 - 12; Battes bei Erman, 6. Aufl., § 276 Rdn. 102). Hierfür genügt jedoch das Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung für sich allein nicht; es muß vielmehr stets ein von der anderen Seite verschuldeter Fortfall der für die Abwicklung des Vertrages notwendigen Vertrauensgrundlage hinzukommen.

Die bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um eine derart schwerwiegende, die Vertrauensbasis erschütternde Vertragsverletzung annehmen zu können. Das Berufungsgericht wirft dem Kläger zunächst vor, daß er die von ihm an den Zeugen Weiß in Höhe von 9.200,- DM geleisteten Zahlungen in vollem Umfang ersetzt haben wollte, obwohl er bei vernünftiger Überlegung diese Zahlung zumindest in Höhe von 7.000,- DM nicht als erforderlich hätte ansehen dürfen. Es bezweifelt also nicht, daß der Kläger tatsächlich Auslagen in dieser Höhe

gehabt hat; es geht auch in Übereinstimmung mit den Urteilen im Vorprozeß davon aus, daß die Erstattungspflicht des Beklagten sich auf die vom Kläger gezahlten Maklerprovisionen erstreckte. Einen Vertragsverstoß sieht das Berufungsgericht also lediglich darin, daß der Kläger über das in § 670 BGB bestimmte Maß hinaus Aufwendungen gemacht hatte und erstattet verlangt haben wollte. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß das Landgericht im Vorprozeß den Erstattungsanspruch auch hinsichtlich der vom Oberlandesgericht abgewiesenen 7.000,- DM für begründet hielt. Dies zeigt, daß die Rechtslage zweifelhaft war. Auch hätte das eigene Verhalten des Beklagten nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. In dieser Hinsicht wäre zu erwägen gewesen, ob bei Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der subjektiven Seite, die Tatsache, daß der Kläger durch seinen Zessionar im Vorprozeß eine um 7.000,- DM überhöhte Forderung geltend gemacht hatte, schwerer wiegt als die Tatsache, daß der Beklagte im selben Prozeß einen Anspruch des Klägers von rd. 11.000,- DM zu Unrecht bestritten hatte. Auch hätte nicht außer acht gelassen werden dürfen, daß dem Beklagten durch die überhöhte Erstattungsforderung des Klägers kein Schaden entstanden ist. Schließlich war auch in dem Zeitpunkt, in dem der Beklagte den Alleinauftrag widerrief, mit der Wiederholung eines solchen Vorfalls nicht zu rechnen, da erstattungsfähige Aufwendungen des Klägers nur während seiner Bemühungen um die Freimachung der Altbauwohnungen entstehen konnten. Unter Berücksichtigung aller dieser Gesichtspunkte wird man in der fahrlässigen Geltendmachung eines überhöhten Erstattungsanspruchs noch keine so schwerwiegende Vertragsverletzung sehen können, daß sie die Auflösung des Vertragsverhältnisses durch den Beklagten rechtfertigen könnte. Daß auf Seiten des Klägers mehr als Fahrlässigkeit vorgelegen habe, hat das Berufungsgericht aber nicht festgestellt.

Eine weitere Vertragsverletzung sieht das Berufungsgericht darin, daß der Kläger eine Rechnungslegung verweigerte und auf Erstattung seiner Aufwendungen ohne vorherige Rechnungslegung bestand. Auch in dieser Hinsicht war die Rechtslage nicht eindeutig. Zweifelhaft war insbesondere, ob die Parteien nicht die Rechnungslegungspflicht vertraglich ausgeschlossen hatten. Das hat jedenfalls das Landgericht München I in dem im Vorprozeß ergangenen Urteil vom 6. März 1970 - 3 O 431/67 - angenommen (S. 19 des Urteils unter d). Der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München hat in seinem Urteil vom 20. April 1971 - 12 U 1506/70 - diese Auffassung nicht mißbilligt; er hat vielmehr die Frage dahingestellt gelassen, weil eine etwa bestehende Rechnungslegungspflicht durch die im Laufe des Rechtsstreits gegebenen Erklärungen erfüllt worden sei (S. 21 des Urteils unter 4). Unter diesen Umständen erscheint es überhaupt zweifelhaft, ob ein etwaiger Irrtum des Klägers über das Bestehen einer Abrechnungspflicht schuldhaft war. Jedenfalls war das Verschulden nicht so schwerwiegend, daß es - für sich allein oder in Verbindung mit der überhöhten Erstattungsforderung - die für die weitere Abwicklung des Vertragsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage völlig zerstören konnte.

Dennoch kann der Klage vom Revisionsgericht nicht stattgegeben werden. Der Beklagte erhebt noch weitergehende Vorwürfe gegen den Kläger, insbesondere den des betrügerischen Verhaltens (so u. a. in dem Schriftsatz vom 7. Dezember 1972, der ausweislich des Tatbestandes Gegenstand des Vertrags vor dem Berufungsgericht war). Dieses Vorbringen könnte, wenn es sich als wahr erweisen sollte, den vom Beklagten erklärten Rücktritt vom Vertrag rechtfertigen; es ist jedoch bisher in tatsächlicher Hinsicht noch nicht geprüft worden. Damit diese Prüfung nachgeholt werden kann, muß der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Sollte sich ergeben, daß der Beklagte mit Recht vom Vertrag zurückgetreten ist, dann stünde dem Kläger für die von ihm geleisteten Dienste ein Vergütungsanspruch gemäß § 346 Satz 2 BGB zu. Die Zubilligung dieses Anspruchs darf jedoch nicht dazu führen, daß der Beklagte schlechter gestellt wird, als er bei beiderseitiger ordnungsmäßiger Erfüllung des Vertrages stehen würde. Wenn er nämlich wegen einer vom Kläger begangenen positiven Forderungsverletzung zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sein sollte, stünde ihm auch aus demselben Rechtsgrund ein Schadensersatzanspruch zu. Soweit er durch einen vom Kläger verschuldeten Rücktritt finanziell benachteiligt wird, könnte er von diesem Ersatz verlangen. Einen solchen Schadensersatzanspruch könnte er auch einem auf § 346 Satz 2 BGB gestützten Vergütungsanspruch entgegenhalten.

Dr. Hauß

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen

Dehner