

11

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 316, 652

Zur Anwendung des § 316 BGB auf Maklerverträge.

BGH, Urteil vom 18.09.1985 - IVa ZR 139/83 - OLG Köln
LG Bonn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 139/83

URTEIL

Verkündet am

18. September 1985

Hellmann,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma M [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäfts-
führer Ir.N.A.J. H [REDACTED], Ing. J.A. L [REDACTED] und Ing.
grad. K.J. S [REDACTED] (früher: Fa. I [REDACTED] Bau GmbH, vertreten
durch den Geschäftsführer S [REDACTED]), N [REDACTED] platz 22,
E [REDACTED], - U [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma P [REDACTED] & Partner, I [REDACTED] oHG, vertreten
durch die persönlich haftenden Gesellschafter P [REDACTED] und
S [REDACTED], H [REDACTED] weg 69, St. A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

11

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1985

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 7. März 1983 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Immobilienmaklerin; sie verlangt im vorliegenden Rechtsstreit eine Nachweisprovision.

Die Beklagte war Eigentümerin eines umfangreichen Baugeländes in S [REDACTED], St. A [REDACTED]. Auf diesem



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gelände plante die das Bauvorhanden "B [REDACTED] III", das 215 Reihen-Einfamilienhäuser in fünf Bauabschnitten umfaßte; ferner sollten entlang der S [REDACTED] straße 210 Eigentumswohnungen in fünf 3-5-geschossigen Häuserblöcken errichtet werden.

Durch Vertrag vom 13. März 1980 beauftragte die Beklagte die Klägerin bezüglich des

"1. Bauabschnitts, bestehend aus
54 Eigentumswohnungen,
.....
mit dem
..... Nachweis von Kaufinteressenten oder
zur Vermittlung eines Kaufvertragsabschlusses,
wobei sich der Auftrag nur auf das gesamte
Objekt (1. Bauabschnitt) bezieht."

Als Provision wurde ein Betrag von 250.000,- DM, zahlbar in zwei Raten von 125.000,- DM, vereinbart. Diese Provisionsforderungen sind bezahlt.

Weiterhin heißt es in dem Vertrag

" 6. Maklergebühr:

.....

b) eine Maklergebühr ist auch zu bezahlen, wenn ein anderer als der angebotene Vertrag oder ein Vertrag über ein anderes, dem Auftraggeber gehörendes Objekt mit dem vom Makler beigebrachten Interessenten zustandekommt,

.....

8. Benennung eines Interessenten:

Als Interessenten benennt der Makler schon heute Herrn Dr. Günter M. [REDACTED] in K. [REDACTED] bzw. eine Gesellschaft, an der Herr Dr. M. [REDACTED] direkt oder indirekt beteiligt ist.

9. Option für weitere Bauabschnitte:

Das in diesem Auftrag erwähnte Auftragsobjekt stellt nur den 1. Bauabschnitt des geplanten Gesamtbauvorhabens dar. Das Gesamtobjekt umfaßt weitere Bauabschnitte. Der Auftraggeber räumt dem Makler an diesen weiteren Bauabschnitten eine Vermittlungsoption ein. Das bedeutet, daß der Auftraggeber an den Makler eine Maklergebühr von 3,39 % des Kaufpreises für die weiteren Bauabschnitte für den Fall zahlt, daß zwischen ihm und dem vom Makler benannten Interessenten bzw. einer Gesellschaft, an der der Interessent direkt oder indirekt beteiligt ist, ein Vertrag zustande kommt.
....."

Am 21. März 1980 schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag, der u.a. folgende Bestimmungen enthielt:

"Auftragsobjekt:

5. Bauabschnitt, bestehend aus
59 Einfamilienreihenhäusern nebst Garagen,
die an einen Interessenten verkauft werden
sollen, der die Häuser an Anleger veräußert.

.....

2. Maklerauftrag:

Der Auftraggeber beauftragt den Makler
zum Nachweis von Kaufinteressenten oder zur
Vermittlung eines Kaufvertragsabschlusses,
wobei sich der Auftrag nur auf die vorge-
nannten 59 Einfamilienreihenhäuser mit den
Baunummern 157 bis 215 als Gesamtobjekt be-
zieht.

.....

6. Maklergebühr:

a) sofern der Vertrag mit einem Interessenten
des Maklers zustande kommt, bezahlt der Auf-
traggeber eine Maklergebühr in Höhe von
DM 3.000,- pro Haus zuzüglich Mehrwertsteuer.
Die Zahlungsverpflichtung entsteht mit Ab-
schluß des notariellen Kaufvertrages.

.....

b) eine Maklergebühr ist auch zu bezahlen,

wenn ein anderer als der angebotene Vertrag oder ein Vertrag über ein anderes, dem Auftraggeber gehörendes Objekt mit dem vom Makler beigebrachten Interessenten zustandekommt,

.....

8. Benennung eines Interessenten:

Als Interessenten benennt der Makler schon heute Herrn Dr. Günter M. [REDACTED] in K. [REDACTED] bzw. eine Gesellschaft, an der Herr Dr. M. [REDACTED] direkt oder indirekt beteiligt ist.".

Am Schluß des Vertrages vom 21. März 1980 befindet sich ein Nachtrag vom 30. April 1980, in dem es heißt:

"Als Nachtrag zu der vorstehenden Vereinbarung wird hiermit vereinbart, daß der unter Punkt 6) vereinbarte Provisionsanspruch zunächst außer Kraft gesetzt wird.

Nach Abschluß der entsprechenden Vertriebsvereinbarung zwischen der B. [REDACTED]-A. [REDACTED] bzw. der C. [REDACTED] in K. [REDACTED] wird über den Provisionsanspruch aus diesem Vermittlungsgeschäft mit dem Auftraggeber neu verhandelt."

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Provision für 59 verkaufte Einfamilienhäuser.

Die Beklagte behauptet, die Parteien hätten vereinbart, daß der Vertrag vom 21. März 1980 erledigt sein sollte, wenn Dr. M. [REDACTED] den Vertrag über den 1. Bauabschnitt S. [REDACTED] Straße abschließen würde. Damit hätte die Klägerin die Provision von 250.000,- DM gemäß Vertrag vom 13. März 1980 verdient. Mit dieser Provision habe es sein Bewenden haben sollen. Zu dem Verträge vom 21. März 1980 sei es gekommen, weil die Klägerin nur mit dem Vertrieb der Eigentumswohnungen beauftragt gewesen sei. Während der Besichtigung habe sich der Kunde Dr. M. [REDACTED] - ohne daß die Klägerin eine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit entfaltet habe - an dem Erwerb der Einfamilienhäuser interessiert gezeigt, über welche sie, die Beklagte, bereits im Jahre 1979 mit einer von dem Zeugen Dr. M. [REDACTED] vertretenen Gesellschaft vergeblich verhandelt habe. Die Klägerin habe daraufhin befürchtet, ihr könne die Provision für die Vermittlung der Eigentumswohnungen entgehen, wenn Dr. M. [REDACTED] nur die Einfamilienhäuser erwerbe. Zur Absicherung der Klägerin sei deshalb der Vertrag vom 21. März 1980 geschlossen worden. Es habe jedoch von vorneherein festgestanden, daß der Klägerin keinesfalls Provisionsansprüche aus beiden Verträgen zustehen sollten. Nachdem sie, die Beklagte, dem Interessenten Dr. M. [REDACTED] einen Nachlaß von 4,5% auf die Einfamilienhäuser gewährt habe, habe ihr Geschäftsführer S. [REDACTED] die Klägerin aufgesucht und die Aufhebung des Vertrages verlangt. Dem hätten die

Geschäftsführer der Klägerin im Grundsatz zugestimmt, jedoch zu ihrer Sicherheit den 8. Mai 1980 abwarten wollen. Um dieses Ergebnis festzuhalten, sei der Nachtrag vom 30. April 1980 unter den Vertrag vom 21. März 1980 gesetzt worden.

Die Klägerin erwidert hierauf, der Interessent Dr. Minninger sei schon vor dem 13. März 1980 über die Erwerbsmöglichkeit sowohl der Eigentumswohnungen als auch der Einfamilienhäuser unterrichtet worden. Die Beklagte habe dem Erwerber auch keinen Preisnachlaß von 4,5% gewährt, sondern bei der Verhandlung vom 26. April 1980 ihre Kaufpreisvorstellung von ursprünglich 10,8 Mio DM auf 11,5 Mio DM erhöht, weil die Beklagte nach den Erwerbsvorstellungen von Dr. Minninger nunmehr auch die anfallende Zwischenfinanzierung übernehmen sollte und ihrerseits die zunächst abgewendete Grunderwerbssteuer auf den Erwerber abwälzen wollte. Bei dieser Verhandlungssituation sei der Beklagten nahegelegt worden, daß sie zumindest die Hälfte der in Betracht kommenden Grunderwerbssteuer (3.000,- DM pro Haus) zu übernehmen habe. Aufgrund dieses offenbar als unbefriedigend empfundenen Verhandlungsergebnisses habe der Geschäftsführer der Beklagten von der Klägerin verlangt, den Maklervertrag vom 21. März 1980 zu zerreißen. Dies sei von ihr, wie sich aus dem Nachtrag vom 30. April 1980 ergebe, abgelehnt worden. Vielmehr sei eine Einigung dahin erfolgt, daß lediglich die bisherige Vereinbarung zur Provisionshöhe bis zum endgültigen Verhandlungs-

ergebnis zwischen der Beklagten und Dr. M. [REDACTED] am 8. Mai 1980 ausgesetzt sein und bleiben sollte und daß anschließend nach Maßgabe und unter wirtschaftlicher Berücksichtigung dieses Verhandlungsergebnisses erneut in Verhandlungen zwischen den Parteien über die angemessene Provisionshöhe eingetreten werden sollte.

Das Oberlandesgericht hat dem - erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemachten - Zahlungsanspruch stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von 200.010,- DM nebst Zinsen verurteilt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Überlegungen, mit denen das Berufungsgericht eine Provisionspflicht der Beklagten dem Grunde nach bejaht hat, halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Nach § 6 b des Vertrages vom 21. März 1980 sollte eine Maklergebühr auch dann bezahlt werden, wenn "ein anderer als der angebotene Vertrag mit dem vom Makler beigebrachten Interessenten zustande kommt". Das Berufungsgericht versteht die Klausel da-

hin, daß zur Entstehung des Provisionsanspruchs der Abschluß irgend eines beliebigen Vertrags nicht genügt, sondern nur der eines solchen, der mit dem ursprünglich geplanten wirtschaftlich gleichwertig ist. Auch die Revision hält diese für die Beklagte günstige Auslegung für zutreffend; sie meint jedoch, daß das Berufungsgericht zu Unrecht eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit bejaht habe.

Mit diesen Ausführungen kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Die zwischen den Parteien zustande gekommenen Verträge sind Individualvereinbarungen, deren Auslegung revisionsrichterlich nicht voll nachprüfbar ist. Das gilt nicht nur für die Auslegung im eigentlichen Sinne, d.h. für die Feststellung des Sinnes der Willenserklärung, sondern auch für die Subsumtion der vorgetragenen oder festgestellten Tatsachen unter die in der Willenserklärung verwandten Begriffe.

Der Bundesgerichtshof hat sich zwar in einer Reihe von Entscheidungen zu der Frage geäußert, unter welchen Voraussetzungen Verträge als wirtschaftlich gleichwertig angesehen werden können (vgl. etwa die Urteile vom 9. Mai 1957 - II ZR 6/56 - vom 8. Dezember 1976 - IV ZR 141/74, vom 30. November 1983 - IVa ZR 58/82 - WM 1984, 342 und vom 12. Dezember 1984 - IVa ZR 216/82 - MDR 1985, 390). Das geschah jedoch nur im Rahmen der Auslegung des § 652 BGB, nicht im Hinblick auf individuelle Parteivereinbarungen.

Wenn die Parteien eine Provisionspflicht für wirtschaftlich gleichwertige Verträge vereinbart haben, so muß ihre Abmachung nicht notwendigerweise im Sinne der Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Identität zu verstehen sein. Im Gegenteil: Der Umstand, daß die Parteien hier eine ausdrückliche Vertragsbestimmung für erforderlich gehalten haben, spricht eher dafür, daß sie die Provisionspflicht über den gesetzlichen Rahmen erweitern, zumindest aber eine von dem Gesetz unabhängige, eigenständige Regelung der Provisionspflicht treffen wollten.

Die Prüfung des Revisionsgerichts beschränkt sich demnach darauf, ob der Tatrichter bei der Auslegung gegen allgemeine Auslegungsgrundsätze, gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen hat. In dieser Hinsicht ist nichts zu beanstanden.

2. Die Revision macht in diesem Zusammenhang geltend, der Verkauf der unbebauten Grundstücke sei nur dann mit dem Verkauf von Hausgrundstücken gleichwertig, wenn sich die Käufer beim Kauf verpflichtet hätten, den Hausbau nur mit der Beklagten zu tätigen; es sei jedoch weder vorgetragen noch festgestellt, daß die unstreitig zustande gekommenen Generalunternehmerverträge gleichzeitig mit dem Hauskauf zustande gekommen seien. Auch diese Rüge ist nicht begründet. In den Vorinstanzen sind alle Beteiligten als selbstverständlich davon ausgegangen,

daß der Verkauf der Grundstücke vom Abschluß des Generalunternehmervertrages abhängig gemacht wurde. Bereits in der Klageschrift hatte die Klägerin ausgeführt, sie habe der Beklagten den Interessenten Dr. Minninger zugeführt, mit dem (bzw. mit dessen Gesellschaften) über eine Vielzahl von Objekten Grunderwerbs- und Bauleistungsverträge abgeschlossen worden seien. Hier wird ersichtlich vorausgesetzt, daß der Grundstückskauf jeweils mit einem Bauleistungsvertrag gekoppelt war. Die Beklagte hat niemals behauptet, daß dies bei einzelnen Grundstücken anders gewesen sei. In der mündlichen Verhandlung vom 28. Oktober 1982 (Bl. 120 f d.A.) hat der Geschäftsführer der Beklagten die Zahl der verkauften Grundstücke mit 59 angegeben. Mit dieser Erklärung sollte der Auskunftsanspruch der Klägerin erfüllt werden, der wiederum der Vorbereitung der Provisionsklage diene. Wenn hinsichtlich eines dieser Häuser die Voraussetzungen für eine Provisionspflicht nicht gegeben gewesen wären, hätte es nahegelegen, darauf hinzuweisen; dies ist jedoch nicht geschehen. Das Berufungsgericht durfte daher ohne Rechtsverstoß annehmen, daß die Grundstücke nur an solche Erwerber verkauft wurden, die sich auch zum Abschluß eines Bauleistungsvertrages verpflichteten. Sollte dies unzutreffend sein, so steht es der Beklagten frei, nach der aus anderen Gründen notwendigen Zurückweisung (s. weiter unten Ziff. II 4) ihr Vorbringen klarzustellen und zu ergänzen.

3. Die Revision bezweifelt, daß die Klägerin überhaupt eine Maklertätigkeit ausgeübt habe. Auch damit kann sie keinen Erfolg haben. Es steht fest, daß der Interessent Dr. M. [REDACTED] der Beklagten von der Klägerin benannt worden ist. Diese hat damit eine Nachweistätigkeit ausgeübt. Diese bezog sich zwar zunächst nur auf die Eigentumswohnungen, nicht auf die Einfamilienhäuser. Sie war jedoch auch für den Erwerb der Häuser ursächlich; denn erst die Klägerin hat die Beklagte mit Dr. M. [REDACTED] zusammengebracht; ohne die von ihr hergestellten Kontakte hätte Dr. Minninger auch keinen Vertrag über die Einfamilienhäuser geschlossen. Der Kausalzusammenhang allein genügt allerdings grundsätzlich noch nicht zur Entstehung eines Provisionsanspruchs nach § 652 BGB; die Maklertätigkeit (Nachweis oder Vermittlung), die zum Abschluß des Hauptvertrages geführt hat, muß gerade auf die Herbeiführung dieses Vertrages gerichtet gewesen sein; ob das hier der Fall war, ist in tatsächlicher Hinsicht zwischen den Parteien streitig. Das Berufungsgericht hat diesen Punkt jedoch für nicht aufklärungsbedürftig gehalten, da nach seiner tatsächlichen Überzeugung die Beklagte durch den Vertrag vom 21.3.1980 sich auch hinsichtlich der Einfamilienhäuser zu einer Provisionszahlung verpflichtet habe. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ein Makler kann den provisionsauslösenden Nachweis gleichzeitig mit Vertragsschluß liefern; auch ein Vertrag, in dem ein Interessent nachträglich für einen bereits erbrachten Nachweis eine Provision verspricht, ist als Maklervertrag möglich (vgl. Kollhosser in MK § 516

Rdn. 17; Mühl bei Soergel, BGB 11. Aufl. Vorbem. vor § 516 Rdn. 11).

Im Rahmen eines solchen Vertrages kann eine Provision auch für Maklertätigkeiten versprochen werden, die nach § 652 BGB keine Provisionspflicht begründen würden. Unerheblich ist es, daß nicht Dr. M. [REDACTED] oder eine Gesellschaft, an der er beteiligt war, die Grundstücke erworben hat. Wirtschaftlich gesehen war es so, daß die Gesellschaften des Dr. M. [REDACTED] die Grundstücke erwarben und dann weiter veräußerten; daß der Eigentumsübergang unmittelbar von der Beklagten auf die Interessenten stattfand, ist nach der Auslegung, die das Berufungsgericht Ziff. 6 b des Vertrages gegeben hat, belanglos. Die Klägerin konnte nicht im Zweifel darüber sein, daß Dr. M. [REDACTED] die Grundstücke nicht für den eigenen Bedarf erwerben wollte; ebenso mußte sie sich bei ihrer Erfahrung in Immobilienangelegenheiten sagen, daß man zur Übertragung des Eigentums auf die Interessenten den billigsten Weg wählen und nicht unnötige Notariats- und Grundbuchkosten entstehen lassen würde.

4. Die Beklagte kommt in der Revisionsbegründung auf ihren früheren Vortrag zurück, die Provision aus dem Vertrag vom 21. März 1980 sei nicht zusätzlich zu derjenigen aus dem Vertrag vom 13. März 1980 zu zahlen, der Provisionsanspruch aus dem Vertrag vom 21. März 1980 habe vielmehr nach dem Willen der Parteien nur

dann zum Zuge kommen sollen, wenn der Klägerin aus dem Vertrag vom 13. März 1980 kein Provisionsanspruch erwachse. Dieses Vorbringen ist vom Berufungsgericht tatrichterlich geprüft und für unbegründet befunden worden. Die Revision macht nicht geltend, daß das Berufungsgericht bei der Auslegung einen wesentlichen Umstand übersehen habe; sie rügt deshalb nur eine Verletzung der Denkgesetze. Aus ihren Ausführungen ergibt sich indes ein solcher Verstoß nicht; sie stellen nichts anderes dar als einen unzulässigen Angriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung. Der Beklagten ist es unbenommen, die von ihr in tatsächlicher Hinsicht geäußerten Bedenken nach der Zurückverweisung dem Berufungsgericht vorzutragen.

II.

Soweit die Revision die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Höhe des Provisionsanspruchs angreift, kann ihr ein Erfolg nicht versagt bleiben.

1. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht § 316 BGB angewandt hat. Sie meint, diese Gesetzesvorschrift komme nur bei gegenseitigen Verträgen zum Zuge; um einen solchen handle es sich aber bei dem Maklervertrag nicht. Zu dieser Frage hat

der Senat bereits im Urteil vom 13. März 1985 - IVa ZR 211/82 -(WM 1985, 811; zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen), Stellung genommen. Er hat sich zwar dort der herrschenden Lehre angeschlossen, nach der Maklerverträge nicht als gegenseitig verpflichtende Verträge anzusehen sind. Er ist der Auffassung entgegengetreten, daß sich der Anwendungsbereich des § 316 BGB auf gegenseitige Verträge beschränke, eine Ansicht, die weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift eine Stütze findet und die auch von ihren Anhängern nicht konsequent durchgehalten wird. Bei Maklerverträgen ist allerdings die Sondervorschrift des § 653 Abs. 2 zu beachten; nur wo diese Gesetzesbestimmung nicht eingreift, kann § 316 BGB zum Zuge kommen.

Im vorliegenden Fall kann die Provision der Klägerin nicht nach § 653 Abs. 2 BGB bestimmt werden. In der Vereinbarung vom 21. März 1980 hatten die Parteien eine unter dem ortsüblichen Satz liegende Provision (3.000,-- DM pro Haus) vereinbart. Selbst dieser Betrag erschien der Beklagten zu hoch, und sie verlangte deshalb eine Aufhebung der Provisionsvereinbarung. Diesem Wunsch hat die Klägerin zwar nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht stattgegeben; sie ist jedoch der Beklagten dadurch entgegengekommen, daß sie sich bereit erklärte, über die Höhe der Provision unter Berücksichtigung des Ausgangs der Kaufverhandlungen mit Dr. M. [REDACTED] erneut zu verhandeln. Es wäre nun widersinnig, wenn dieses Zugeständnis der

Klägerin dazu führen würde, daß von der Beklagten die höhere ortsübliche Provision zu zahlen wäre. Es liegt demnach die Annahme nahe, daß die Parteien die Anwendung des § 653 Abs. 2 BGB stillschweigend ausgeschlossen haben. Davon geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Die Heranziehung des § 316 BGB erscheint jedoch aus einem anderen Grunde als rechtsfehlerhaft. Diese Gesetzesvorschrift ist dann nicht anwendbar, wenn der Vertrag zwar keine ausdrückliche Bestimmung der Höhe der Gegenleistung **enthält, wenn sich diese** aber im Wege der Auslegung (auch der ergänzenden) aus dem Vertrag entnehmen läßt. Es ist auch nicht erforderlich, daß die Auslegung zu einem festen Provisionsatz führt; es genügt, daß die Parteien sich auf eine bestimmte Methode für die Errechnung der Vergütung geeinigt haben. So war es aber hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach waren sich die Parteien darüber einig, daß sich die Provision am Verkaufsergebnis orientieren sollte; soweit dieses Ergebnis den ursprünglichen Erwartungen entsprach, sollte es bei der Provision von 3.000,-- DM verbleiben; anderenfalls sollte sie entsprechend herabgesetzt werden. Die Festsetzung der Provision war also entgegen § 316 BGB nicht dem - nur durch Billigkeitsgrundsätzen beschränkten - Ermessen der Klägerin überlassen. Die Vereinbarung war zwar nicht so bestimmt, daß sie Zweifel über die Höhe der tatsächlich geschuldeten Provision von vornherein

ausschloß. Soweit sich die Parteien nicht einigen konnten, war jedoch der Provisionssatz nicht - wie nach § 316 ZPO - von der Klägerin zu bestimmen, sondern vom Gericht durch Auslegung der getroffenen Vereinbarung zu ermitteln (Urteil vom 21. Dezember 1977 - V ZR 179/75 - LM BGB § 157 [Ge] Nr. 28).

Dieser Rechtsfehler berührt jedoch die Entscheidung des Berufungsgerichts im Endergebnis nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war es der Beklagten gelungen, das ursprünglich erwartete Verkaufsergebnis zu erzielen, so daß die Voraussetzungen vorlagen, unter denen die Klägerin die ursprünglich vereinbarte Provision verlangen konnte.

3. Dennoch muß das Berufungsurteil aufgehoben werden, weil die Feststellung, die Klägerin habe ihr ursprüngliches Verhandlungsziel erreicht, auf rechtsfehlerhafte Weise zustandegekommen ist. Das Berufungsgericht stützt sich dabei vor allem darauf, daß die Beklagte den Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 7. Dezember 1982 nicht substantiiert entgegengetreten sei. Die Revision beanstandet dies; sie macht geltend, daß die Ausführungen, die das Berufungsgericht im Auge gehabt habe (S. 12 des genannten Schriftsatzes = Bl. 143 ff der Akten), sich nicht auf die Einfamilienhäuser, um die es im vorliegenden Rechtsstreit geht, sondern auf die Eigentumswohnungen beziehen. Das ist zwar nicht im vollen Umfang, aber doch teilweise zu-

treffend. An der genannten Stelle setzt sich die Klägerin zunächst mit der Behauptung der Beklagten auseinander, Dr. M. [REDACTED] sei ein Nachlaß von 4,75% auf den Kaufpreis gewährt worden (Bl. 143 der Akten unten). Dies stellt eine Antwort auf den Vortrag auf Seite 7 des Schriftsatzes der Beklagten vom 22. November 1982 (Bl. 129 der Akten) dar. Dort ist aber von einem Preisnachlaß für die Einfamilienhäuser die Rede. Auch die Erwiderung der Klägerin muß deshalb auf die Einfamilienhäuser bezogen werden. Im folgenden Satz wird bemerkt, daß der Nachlaßprozentsatz erstmals im Schreiben der Beklagten vom 22. September 1980 erwähnt werde. Auch dieses Schreiben betrifft die Einfamilienhäuser. Anders ist es jedoch mit dem nächsten Satz, der folgenden Wortlaut hat:

"Vorsorglich mag auch insoweit gegenüber den Ausführungen im Schriftsatz der Beklagten vom 22.11.1982 richtig gestellt werden, daß bereits in der Besprechung zwischen den Beteiligten (dem Geschäftsführer S. [REDACTED] auf Seiten der Beklagten, Dr. M. [REDACTED] und den Geschäftsführern der Klägerin, P. [REDACTED] und S. [REDACTED]) im Büro von Herrn Dr. M. [REDACTED] in Köln am 26.3.1980 eindeutig klar gestellt war, daß nicht etwa seitens der Beklagten gegenüber dem Erwerbsinteressenten Dr. M. [REDACTED] irgendein "Nachlaß" (geschweige denn von einem Prozentsatz in Höhe von 4,75%, von welcher Ausgangsvorstellung eigentlich?) die Rede war, sondern im Gegenteil die Beklagte gegenüber dem Erwerbsinteressenten Dr. M. [REDACTED] neuerdings entgegen der im Angebotsschreiben der Klägerin vom

21.3.1980 unterbreiteten Kaufpreisvorstellung von 10,8 Millionen Deutsche Mark (für die Eigentumswohnungen) ihre neuerliche Kaufpreisvorstellung von 11,5 Mill. Deutsche Mark entgegengesetzt hat, nämlich weil die Beklagten angesichts der Erwerbsvorstellungen von Dr. M. [REDACTED] nunmehr auch die anfallende Zwischenfinanzierung ihrerseits bestreiten sollte."

Diese Ausführungen beziehen sich - im Gegensatz zu den vorhergehenden Sätzen - auf die Eigentumswohnungen und nicht auf die Einfamilienhäuser. Denn einmal ist in dem Satz ausdrücklich von Eigentumswohnungen die Rede; zum anderen beruft sich die Klägerin auf das Angebotsschreiben vom 21.3.1980 (gemeint ist offensichtlich das Schreiben vom 13. März 1980 - Bl. 84 der Akten, in dem für die Eigentumswohnungen ein Preis von rund 10,8 Millionen DM geboten wurde. Im folgenden Absatz ist von einem Verhandlungspolster von über 350.000,-- DM die Rede; die Klägerin verwies insoweit auf ihr Schreiben vom 25. April 1980 (Bl. 148 der Akten), das ebenfalls die Eigentumswohnungen zum Gegenstand hatte. Das Berufungsgericht bezieht nun auf Seite 31 seines Urteils sowohl die Behauptung über die Erhöhung des Kaufpreises von 10,8 Millionen DM auf 11,5 Millionen DM als auch die über das Verhandlungspolster von 350.000,-- DM auf die Einfamilienhäuser; es setzt sich dadurch mit

dem aus dem Tatbestand und den dort in Bezug genommenen Schriftsätzen ersichtlichen Sachvortrag in Widerspruch.

Läßt man von den Ausführungen der Klägerin auf Blatt 143 letzter Absatz und Blatt 144 diejenigen Stellen außer Betracht, die sich auf die Eigentumswohnungen beziehen, dann kann man aus ihnen lediglich entnehmen, daß die Klägerin die Behauptung der Beklagten über einen Nachlaß von 4,75% bestreiten wollte. In dieser Hinsicht war eine Gegenerklärung der Beklagten nicht erforderlich; denn daß ein Nachlaß in dieser Höhe gewährt worden sei, hatte sie bereits im Schriftsatz vom 22. November 1982 auf Seite 7 (Bl. 129 der Akten) behauptet und unter Beweis gestellt.

Das Berufungsgericht hätte daher diesen Punkt
aufklären müssen.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Lang

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs