

BUNDESGERICHTSHOF

19

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 305/86

URTEIL

Verkündet am:
11. Mai 1988
Küpferle,
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Thomas K. [REDACTED] und Carmen W. [REDACTED]-K. [REDACTED],
beide: F. [REDACTED]-N. [REDACTED]-Str. 14, B. [REDACTED]-B. [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

D. [REDACTED] Immobilien Gesellschaft mbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Uwe W. [REDACTED], P. [REDACTED] Straße 41, B. [REDACTED]
[REDACTED]-B. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Ritter und Dr. v. Ungern-Sternberg auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1988

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger, die im übrigen zurückgewiesen wird, wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. Oktober 1986 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Kläger mit einem Anspruch auf Zahlung von 58.399,78 DM nebst 4% Zinsen seit dem 11. April 1985 und mit dem Feststellungsantrag abgewiesen hat.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die als Grundstücksmaklerin tätig ist, hatte von dem Eigentümer eines Hauses in B [REDACTED], F [REDACTED] [REDACTED]-N [REDACTED]-Straße, den Makleralleinauftrag zum Verkauf dieses Objekts erhalten. Sie hatte dabei mit ihm vereinbart, daß der Käufer eine Maklergebühr von 3,42% zu zahlen habe

- 3 -

und daß dem Verkäufer keinerlei Unkosten durch die Vermittlung entstehen sollten. Die Kläger waren an dem Erwerb eines solchen Hauses interessiert; sie beabsichtigten, den Kaufpreis teilweise durch den Verkauf ihrer Eigentumswohnung zu finanzieren. Die Beklagte brachte die Kläger mit dem Verkäufer zusammen. Die Kläger hatten jedoch Bedenken, die mit dem Hauskauf verbundene Verpflichtung zu übernehmen, bevor nicht sichergestellt war, daß sie die Eigentumswohnung zu dem von ihnen ins Auge gefaßten Kaufpreis von 240.000 DM verkaufen konnten. Um diese Bedenken auszuräumen, schloß die Beklagte mit den Klägern am 27. April 1984 folgende schriftliche Vereinbarung:

"Die Firma ... (Beklagte) erklärt heute gegenüber der Familie ... (Kläger):
Ihre Wohnung in B [REDACTED], G [REDACTED]-S [REDACTED]-
Straße 31 wird von uns zu einem Mindestpreis von
DM 240.000 bis spätestens 15.6.1984 verkauft.
Sollte die Wohnung bis zu diesem Zeitpunkt, also
dem 15.6.1984 nicht bezahlt sein, verschafft die
... (Beklagte) der Familie ... (Kläger) eine Zwischenfinanzierung über diesen Betrag und bezahlt die Zinsen bis zum Zahlungseingang direkt an die Bank.

Außerdem bezahlt die Firma ... (Beklagte) ab diesem Zeitpunkt die Hausgeldkosten für diese Wohnung."

Die Kläger schlossen daraufhin noch am selben Tage den Kaufvertrag über das Haus in B [REDACTED] ab.



Die Beklagte vermittelte den Klägern weder den Verkauf ihrer Eigentumswohnung noch eine Zwischenfinanzierung. Die Kläger verlangten daraufhin in mehreren Schreiben, daß die Beklagte ihnen einen Betrag von 240.000 DM zur Verfügung stelle und im übrigen die bis dahin entstandenen Verzugszinsen erstatte; nachdem diese Aufforderung erfolglos geblieben war, machten sie diesen Anspruch gerichtlich geltend. Nach Klageerhebung verkauften die Kläger am 22. Februar 1985 ihre Eigentumswohnung mit Hilfe eines anderen Maklers zu einem Kaufpreis von 195.000 DM; die Beklagte hatten sie von dieser Absicht mit Schreiben vom 20. Februar 1985 verständigt, um ihr Gelegenheit zu geben, durch die Zahlung eines entsprechenden Betrages den Verkauf abzuwenden.

Die Kläger verlangen jetzt mit der Klage Ersatz des Schadens, der ihnen ihrer Auffassung nach durch die Vertragsverletzung der Beklagten entstanden ist und den sie mit 76.985,85 DM beziffern, sowie Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des weiteren Schadens.

Das Landgericht hat den Klägern 2.885,72 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht dieses Urteil abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 18.275,72 DM nebst Zinsen verurteilt, es im übrigen aber bei der Entscheidung des Landgerichts belassen. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren restlichen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, den Verkauf der Wohnung der Kläger in Bietigheim für einen Mindestpreis von 240.000 DM zu vermitteln, am 15. Juni 1984 endete. Die Rechtsfolgen, die sich daraus ergäben, daß ihr bis zu diesem Datum ein Verkauf nicht gelungen sei, seien in der schriftlichen Vereinbarung abschließend geregelt. Die Beklagte sei daher nur verpflichtet gewesen, den Klägern eine Zwischenfinanzierung zu verschaffen, die Zinsen "bis zum Zahlungseingang" direkt an die Bank zu zahlen und die Hausgeldkosten für die Eigentumswohnung zu entrichten. Zur Begründung dieses Auslegungsergebnisses führt das Berufungsgericht aus, die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung sei eng auszulegen. Zum einen widerspreche die von der Beklagten übernommene Verpflichtung völlig dem Leitbild des Maklervertrages. Zum anderen wäre ein uneingeschränktes "Garantieversprechen" über den 15. Juni hinaus unter dem Gesichtspunkt des § 313 BGB sehr bedenklich, weil durch die daraus abgeleitete intensive Bindung der Kläger wenigstens mittelbar ein empfindlicher Druck auf ihre Entscheidungsfreiheit ausgeübt würde.

Beide Überlegungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht geht ohne nähere Begründung davon aus, daß die Vereinbarung vom 27. April 1984 ein Maklervertrag gewesen sei. Selbst wenn dies richtig sein sollte - hierauf wird später in anderem Zusammenhang noch einzugehen

sein -, wäre es verfehlt gewesen, daß das Berufungsgericht hier auf den Begriff des Leitbilds zurückgegriffen hat, um damit die von ihm vertretene enge Auslegung des Vertrags zu rechtfertigen. Der genannte Begriff ist im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt worden und hat nur dort eine sinnvolle Funktion. Dadurch, daß Abweichungen vom Leitbild eines bestimmten Vertragstyps weitgehend für unwirksam erklärt werden (§ 9 Abs. 2 AGBG), soll verhindert werden, daß der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an die Stelle der abgewogenen, die Interessen beider Parteien berücksichtigenden gesetzlichen Regelung eine Bestimmung setzt, die einseitig der Wahrung seiner eigenen Interessen dient. Auf ausgehandelte Individualverträge trifft diese Überlegung grundsätzlich nicht zu. Hier kann in der Regel - und insbesondere auch im vorliegenden Fall - davon ausgegangen werden, daß beide Parteien bei den Vertragsverhandlungen in der Lage waren, ihre Interessen ausreichend zu wahren. Wenn dem aber so ist, dann muß das Bestreben des Tatrichters dahin gehen, dem übereinstimmenden Willen der Parteien, so wie er in ihren Erklärungen und den Begleitumständen zum Ausdruck gekommen ist, zur Wirksamkeit zu verhelfen. Er darf sich den Weg zu einer umfassenden Würdigung aller für die Erkenntnis des Parteiwillens wesentlichen Umstände nicht dadurch verstellen, daß er den Grundsatz aufstellt, er müsse sich bei der Auslegung möglichst eng an die (nachgiebige) gesetzliche Regelung halten. Er muß sich vielmehr von der Überlegung leiten lassen, daß das Gesetz den Parteien eine freie Gestaltung ihrer schuldrechtlichen Beziehungen gestattet, soweit nicht zwingendes Gesetzesrecht verletzt wird. Er würde dem Willen des Gesetzgebers zuwiderhandeln, wenn er grundsätzlich alle Vereinbarungen, die von

nachgiebigen Gesetzesvorschriften (oder vom "Leitbild" der im Gesetz ausdrücklich geregelten Vertragstypen) abweichen, einer einschränkenden Auslegung unterworfen würde. Zumindest darf dies nur dann geschehen, wenn vorher sorgfältig geprüft wird, ob nicht etwa eine besondere Interessenlage bestand, die Anlaß zu einer dem "Leitbild" widersprechenden Regelung geben konnte. In dieser Hinsicht hätte hier in Betracht gezogen werden müssen:

Die Kläger hatten Bedenken, das ihnen von der Beklagten nachgewiesene Objekt zu erwerben, weil sie die Finanzierung nicht für gesichert ansahen. Die Beklagte hatte dagegen aus verständlichen Gründen ein Interesse daran, das Geschäft alsbald zustande zu bringen; sie wollte deshalb durch die von ihr abgegebene Zusicherung die von den Klägern geäußerten Bedenken gegenstandslos machen. Dies könnte dafür sprechen, die von der Beklagten gegebene Zusicherung so auszulegen, daß sie die Befürchtungen, die die Kläger wegen der Finanzierung hatten, vollständig ausräumte, daß also ihr Sicherungsbedürfnis voll befriedigt wurde und daß ihnen durch eine etwaige Verzögerung der Veräußerung der Wohnung keinerlei finanzielle Mehrbelastung entstehen konnte.

Diese Überlegungen könnten dazu führen, daß man die Vereinbarung vom 27. April 1984 als ein Garantieverprechen auffaßt, durch das die Beklagte verpflichtet wurde, unabhängig von der Frage des Verschuldens für alle Nachteile einzustehen, die die Kläger dadurch erleiden, daß die Eigentumswohnung nicht bis zum 15. Juni 1984 verkauft wurde (und bezahlt war). Sollte der Tatrichter den Vertragstext nicht in diesem Sinne verstehen, so wird er eine weitere Auslegungs-

möglichkeit in Betracht zu ziehen haben: Es könnte sich um eine gewöhnliche Leistungsverpflichtung handeln, bei der der Schuldner zwar nicht für einen bestimmten Erfolg einzustehen hat, bei der er aber für eine schuldhafte Vertragsverletzung vollen Schadensersatz zu leisten hat. In diesem Falle wäre zu prüfen, ob die oben aufgezeigten Gesichtspunkte nicht gegen die vom Berufungsgericht für richtig gehaltene Einschränkung der Verpflichtungen aus der Vereinbarung vom 27. April 1984 sprechen.

Der bloße Wortlaut der Erklärung nötigt zu einer solchen Einschränkung nicht. Wenn in ihr das Datum des 15. Juni 1984 genannt wurde, so sollte damit möglicherweise in erster Linie der Zeitraum abgegrenzt werden, der der Beklagten zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung zur Verfügung stand. Dagegen wird nicht ausdrücklich gesagt, daß die Verpflichtung der Beklagten, sich um einen Verkauf der Wohnung zu bemühen, am 15. Juni 1984 enden sollte. Einer solchen Auslegung könnte folgende Überlegung entgegengehalten werden:

Wenn in der Verpflichtungserklärung von einer Zwischenfinanzierung die Rede war, dann war damit offenbar eine Finanzierung gemeint, durch die der Zeitraum vom 15. Juni 1984 bis zur Veräußerung der Wohnung und zum Eingang des Kaufpreises überbrückt wurde. Die Vertragsparteien gingen also davon aus, daß die Bemühungen um den Verkauf der Wohnung auch nach dem 15. Juni 1984 fortgesetzt werden sollten. Daß die Suche nach einem potentiellen Käufer von diesem Zeitpunkt an nicht mehr Sache der Beklagten, sondern der Kläger sein sollte, ist wenig naheliegend; als gewerbliche Maklerin

hatte hierzu die Beklagte die besseren Möglichkeiten, und dies war ja auch der Grund, weshalb diese Aufgabe in der Vereinbarung vom 27. April 1984 ihr übertragen wurde.

Ebensowenig enthält die Vereinbarung eine ausdrückliche Bestimmung, daß durch die von der Beklagten in Satz 3 und 4 der Vereinbarung übernommenen Verpflichtungen weitergehende gesetzliche Schadensersatzansprüche ausgeschlossen werden sollten.

2. Auch bei einer weiten Auslegung der Vereinbarung vom 27. April 1984 hätte diese nicht der notariellen Beurkundung gemäß § 313 BGB bedurft. Sie begründete keine Verpflichtung der Kläger zur Veräußerung der Eigentumswohnung. Es stand in ihrem freien Belieben, ob sie die versprochene Vermittlungstätigkeit der Beklagten ausnutzen wollten. Wenn sie das Interesse an der Veräußerung zu irgendeinem Zeitpunkt verloren hätten, hätte es ihnen freigestanden, auf ein weiteres Tätigwerden der Beklagten zu verzichten; sie wären in diesem Fall nicht zur Zahlung an die Beklagte (Provision, Schadensersatz, Vertragsstrafe) verpflichtet gewesen und hätten auch sonst keinen rechtlichen Nachteil erlitten. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß durch die Vereinbarung ein indirekter Zwang zur Veräußerung der Eigentumswohnung ausgeübt wurde.

Ebensowenig begründete die Vereinbarung eine Pflicht der Beklagten zum Erwerb der Eigentumswohnung; sie enthielt auch kein selbständiges Strafgedinge für den Fall, daß sie den Erwerb unterließ. Vielmehr beschränkte sich ihre Verpflichtung auf die Vermittlung des Verkaufs und - möglicher-

weise - auf den Ersatz der Nachteile, die den Klägern durch das Nichtzustandekommen eines den Zusagen entsprechenden Kaufvertrags entstehen konnten. Die Beklagte konnte zwar in eine Lage geraten, in der es für sie empfehlenswert war, das Grundstück selbst zu erwerben, um einer - für sie drückenderen - Garantie- oder Schadensersatzleistung zu entgehen. Solche wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte können es jedoch - entgegen der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht - nicht rechtfertigen, Verträge der vorliegenden Art dem Beurkundungszwang nach § 313 BGB zu unterwerfen.

II. Auch wenn man davon ausgeht, daß die Rechtsfolgen der Verletzung von Satz 2 der Vereinbarung vom 27. April 1984 in den Sätzen 3 und 4 erschöpfend geregelt seien, wäre die Beklagte auf jeden Fall verpflichtet gewesen, den Klägern eine Zwischenfinanzierung zu verschaffen. Dies ist unstreitig nicht geschehen. Es stellt sich demnach die Frage, ob die Beklagte nicht deshalb zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil sie ihre Verpflichtung zur Beschaffung der Zwischenfinanzierung nicht erfüllt hat. Auch das, was das Berufungsgericht zu diesem Punkt ausführt, hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand:

1. Es bemerkt zunächst, die Beklagte hätte diese Verpflichtung nicht verletzt (BU S. 20 letzter Abs., S. 21 oben). Im Anschluß daran führt es jedoch aus, es möge vielleicht zweifelhaft sein, ob die Beklagte ihrer Pflicht in vollem Umfang nachgekommen sei. Diese beiden Sätze sind miteinander unvereinbar. Wer seiner Pflicht nicht nachkommt, verletzt seine Pflicht; wer seiner Pflicht nicht in vollem Umfang nachkommt, verletzt seine Pflicht teilweise.

Das Berufungsgericht meint in diesem Zusammenhang, daß "die Kläger es an der erforderlichen Mitwirkung" hätten "fehlen lassen". Wenn tatsächlich die Kläger ihre Mitwirkungspflicht verletzt haben sollten und wenn infolgedessen der Beklagten eine Beschaffung der Finanzierung schlechthin unmöglich gewesen wäre, könnte ihr keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden; dann hätte aber das Berufungsgericht nicht sagen dürfen, es sei zweifelhaft, ob die Beklagte ihrer Pflicht im vollen Umfang nachgekommen sei. Wenn aber beide Parteien etwas versäumt haben und wenn beide Versäumnisse für den Eintritt des Schadens ursächlich gewesen sein sollten, so läge ein Fall des § 254 BGB vor. Nach dieser Gesetzesvorschrift führt das mitwirkende Verschulden in der Regel nur dazu, daß der Schaden zwischen Schädiger und Geschädigtem geteilt wird. In gewissen Fällen kann zwar das mitwirkende Verschulden des Geschädigten zu einem völligen Wegfall der Schadensersatzpflicht führen. Dies bedarf jedoch einer näheren tatrichterlichen Begründung, die im vorliegenden Fall fehlt.

2. Das Berufungsgericht verweist darauf, daß der Zeuge K. [REDACTED] bekundet habe, ihm seien die "notwendigen Unterlagen" trotz Nachfrage nicht übersandt worden. Das Berufungsgericht will sich offensichtlich diese Aussage zu eigen machen und eine entsprechende tatsächliche Feststellung treffen. Davon geht auch die Revision aus. Sie greift jedoch die Feststellung aus anderen Gründen an. Sie meint, daß sie zu unbestimmt sei; aus den Angaben des Zeugen K. [REDACTED] (und auch aus den Feststellungen im Urteil) gehe nicht einmal hervor, ob er den Klägern gesagt haben will, welche Unterlagen im einzelnen von ihnen vorzulegen gewesen wären. Schließlich habe

das Berufungsgericht nicht beachtet, daß die Beklagte ohne weiteres in der Lage gewesen wäre, dem Zeugen K [REDACTED] die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Diese Angriffe sind weitgehend begründet. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, die vorgesehene Finanzierung sei daran gescheitert, daß die Kläger dem Zeugen K [REDACTED] die angeforderten Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt hätten. Das Gegenteil ergibt sich aus dem eigenen Vortrag der Beklagten. Danach hatte diese die Absicht, den Klägern eine Zwischenfinanzierung über die K [REDACTED] Bank zu beschaffen. Mit dieser Bank hatte der Zeuge K [REDACTED] - der kein Angestellter der Beklagten, sondern ein selbständiger Finanzmakler ist - nichts zu tun; er sollte auch in die Verhandlungen mit der K [REDACTED] Bank nicht eingeschaltet werden. Daß die Beklagte eine Kreditgewährung durch die K [REDACTED] Bank wegen fehlender Unterlagen nicht erreicht hätte, behauptet sie selbst nicht. Vielmehr sei es nur deshalb nicht zur Finanzierung durch diese Bank gekommen, weil die Kläger erklärt hätten, sie zögen es vor, die Zwischenfinanzierung durch die Volksbank B [REDACTED] vornehmen zu lassen. Wenn dies richtig sein sollte, hätten die Kläger dadurch, daß sie das Angebot ausschlugen und sich selbst eine Zwischenfinanzierung beschafften, der Beklagten die Erfüllung ihrer Verpflichtung aus Satz 3 der Vereinbarung unmöglich gemacht; die Beklagte hätte die Unmöglichkeit nicht zu vertreten und wäre daher auch nicht nach § 280 BGB schadensersatzpflichtig. Die Kläger bestreiten jedoch, daß ihnen die Beklagte ein solches Angebot gemacht habe und daß es von ihnen mit der behaupteten Begründung abgelehnt worden sei. Das Berufungsgericht hat auch zu diesem Punkt keine tatsächlichen Feststellungen getroffen.

Wenn die Beklagte die Absicht hatte, die von ihr geschuldete Zwischenfinanzierung über die K [REDACTED] Bank vorzunehmen, und wenn es ihr auch möglich gewesen wäre, von dieser Bank einen Zwischenkredit zu beschaffen, dann ist es schwer verständlich, warum sie darüberhinaus noch den Finanzmakler K [REDACTED] veranlaßte, mit den Klägern Kontakt aufzunehmen. Letzten Endes kommt es hierauf jedoch nicht an. Mit der Kreditaufnahme bei der K [REDACTED] Bank hatte der Zeuge K [REDACTED] nichts zu tun. Die Unterlagen, die er von den Klägern anforderte, waren deshalb auch nicht für Verhandlungen mit der K [REDACTED] Bank bestimmt, sondern für andere Banken, zu denen K [REDACTED] Kontakt hatte. Auf jeden Fall konnte die Beklagte ihre Verpflichtung, den Klägern einen Zwischenkredit zu verschaffen, nicht dadurch erfüllen, daß sie einen Kontakt zwischen den Klägern und einem Finanzmakler herstellte; vielmehr sollte sie nach Satz 3 der Vereinbarung selbst die Aufgaben eines Finanzmaklers übernehmen.

3. Das Berufungsgericht meint weiterhin, die Kläger hätten die Beklagte nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit so zur Beschaffung der Zwischenfinanzierung aufgefordert, daß darin eine Mahnung im Sinne des § 284 Abs. 1 BGB gesehen werde könne. Die Beklagte habe sich deshalb "mit diesem Teil ihrer Verpflichtungen" (gemeint ist wohl: der Zwischenfinanzierung) nicht im Verzug befunden (BU S. 21 Abs. 2 und 3). Es hätte jedoch einer Prüfung bedurft, ob nicht eine Mahnung gemäß § 284 Abs. 2 BGB entbehrlich war. Die Vereinbarung zwischen den Parteien könnte dahin zu verstehen sein, daß die Beklagte bis zum 15. Juni 1984 entweder den Verkauf der Eigentumswohnung vermitteln oder einen Zwischenkredit beschaffen mußte. Hierfür spricht die Erwägung,

daß es den Klägern entscheidend darauf ankam, rechtzeitig über die Geldmittel verfügen zu können, mit denen sie ihre - gerade am 15. Juni 1984 fälligen - Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag über das Haus in der F[REDACTED]-N[REDACTED]-Straße erfüllen konnten. Dann wäre aber auch für die Verpflichtung zur Beschaffung des Zwischenkredits die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt gewesen. Daß die Vereinbarung anders auszulegen sei, ist bisher nicht tatrichterlich festgestellt.

Daß die Beklagte die Zwischenfinanzierung bereits vor dem 15. Juni 1984 so vorbereitet hätte, daß ein Abschluß des Darlehensvertrages und eine Auszahlung der Darlehenssumme alsbald nach diesem Zeitpunkt möglich gewesen wäre, ist aus ihrem Vortrag nicht zu entnehmen. Sie behauptet zwar, wie bereits ausgeführt, daß sie den Klägern eine Zwischenfinanzierung durch die K[REDACTED] Bank angeboten habe. Sie gibt jedoch nicht an, wann dies geschehen sei. Nach der Aussage des Zeugen S[REDACTED], des Ehemanns der Alleingesellschafterin der Beklagten, haben die Bemühungen um die Zwischenfinanzierung erst nach dem 15. Juni 1984 eingesetzt; ein genauer Zeitpunkt wird auch von ihm nicht genannt.

III. Für die Schadensberechnung ergeben sich daraus folgende Konsequenzen:

1. In erster Linie verlangen die Kläger den Ersatz der Differenz zwischen dem von der Beklagten zugesicherten Verkaufspreis von 240.000 DM und dem tatsächlich erzielten Erlös von 195.000 DM. Die Kläger könnten jedenfalls dann Erstattung dieses Betrages verlangen, wenn die Beklagte mit

Satz 2 der Vereinbarung vom 27. April 1984 die Garantie dafür übernommen haben sollte, daß die Wohnung für mindestens 240.000 DM verkauft werden könne. In diesem Fall müßte die Beklagte ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden die Kläger so stellen, wie sie bei einem Verkauf zum Preise von 240.000 DM gestanden hätten. Der Anspruch kann jedoch auch dann begründet sein, wenn die Beklagte durch Satz 2 nicht eine Garantie für den Eintritt eines bestimmten Erfolges übernehmen, sondern lediglich eine einfache schuldrechtliche Verpflichtung zu einer Vermittlungstätigkeit begründen wollte und Satz 3 und 4 der Vereinbarung nicht als eine Einschränkung der mit dieser schuldrechtlichen Verpflichtung verbundenen gesetzlichen Schadensersatzpflicht zu verstehen sein sollte. In diesem Fall hängt die Schadensersatzpflicht davon ab, ob die Unmöglichkeit von der Beklagten zu vertreten ist (§§ 275, 280 BGB). Die Beweislast trifft insoweit die Beklagte (§ 282 BGB). Die §§ 323 bis 326 BGB finden hier keine Anwendung, weil kein gegenseitiger Vertrag vorliegt.

Aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, daß die Kläger die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatten. Sie befanden sich in einer Zwangslage: Die Beklagte hatte innerhalb der vertraglich vorgesehenen Frist weder einen Verkauf vermittelt noch eine Zwischenfinanzierung beschafft; sie zahlte auch nicht die Zinsen, die durch die von den Klägern selbst beschaffte Zwischenfinanzierung entstanden waren. Ein weiteres Abwarten war ihnen nicht zuzumuten; die Kläger hätten sogar der Vorwurf der Verletzung der Schadensminderungspflicht treffen können, wenn sie die sich ihnen bietende Gelegenheit, die Wohnung zu verkaufen, nicht wahrgenommen hätten.

Bei der Prüfung der Frage, ob die Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten hat, kommt es in erster Linie darauf an, ob sie in der Zeit bis zum 15.6.1984 (und gegebenenfalls auch danach) alles in ihrer Macht stehende getan hat, um einen Verkauf zu dem vorgesehenen Kaufpreis zu erreichen. Die Darlegungs- und Beweislast trifft insoweit den Schuldner (§ 282 BGB). Bisher fehlt es insoweit bereits an ausreichend substantiierten Behauptungen der Beklagten, auf jeden Fall aber an entsprechenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

Sollte unter diesen beiden Gesichtspunkten sich keine Schadensersatzpflicht ergeben, so wird zu prüfen sein, ob der Mindererlös eine adäquate Folge des Verzugs der Beklagten mit der Beschaffung der Zwischenfinanzierung war.

Die Kläger waren allerdings unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) gehalten, die Beklagte rechtzeitig von der beabsichtigten Veräußerung zu unterrichten. Ob sie dieser Verpflichtung Genüge getan haben, erscheint zweifelhaft. Sie haben zwar die Beklagte von ihrer Verkaufsabsicht verständigt, allerdings erst zwei Tage vor dem Beurkundungstermin. Diese Frist dürfte zu kurz bemessen gewesen sein. Im Endergebnis kommt es hierauf jedoch nicht an. Das Versäumnis der Kläger könnte nur dann nach § 254 Abs. 2 BGB zu einer Einschränkung der Schadensersatzpflicht führen, wenn die Beklagte bei rechtzeitiger Ankündigung der Verkaufsabsicht die Entstehung eines Schadens hätte vermeiden können. Sie behauptet jedoch nicht, daß sie in der Lage gewesen wäre, einen Verkauf der Wohnung zum Preise von 240.000 DM zu vermitteln; sie trägt vielmehr vor, daß wegen

der Veränderung der Marktlage ein Verkauf zu diesem Preis nicht mehr möglich gewesen sei. Sie behauptet allerdings darüber hinaus, daß sie selbst bereit gewesen wäre, die Wohnung zum Preis von 240.000 DM zu erwerben. Wenn sie hierzu willens und in der Lage gewesen wäre, hätte man von ihr erwarten können, daß sie den Klägern alsbald nach dem 15. Juni 1984 ein entsprechendes Angebot unterbreitete; insbesondere hätte dies nach Klageerhebung in der Klageerwiderungsschrift geschehen können. Selbst nach dem Zugang der Mitteilung über die Verkaufsabsicht der Kläger hätte die Beklagte noch Gelegenheit gehabt, den Klägern ihr Kaufinteresse bekanntzugeben. Es kann deshalb hier unerörtert bleiben, ob die Beklagte überhaupt die für den Kauf erforderlichen Geldmittel aufbringen konnte.

2. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts können die Kläger nicht Ersatz des Maklerhonorars verlangen, das sie für den Verkauf ihrer Eigentumswohnung an einen anderen Makler zahlen mußten (4446 DM). Insoweit sei kein Schaden entstanden, weil eine Maklerprovision auch bei einer Vermittlung des Verkaufs durch die Beklagte angefallen wäre; denn die Vereinbarung vom 27. April 1984 habe "deutlich einen Maklervertrag zum Inhalt gehabt". Auch diese Ausführungen sind nicht rechtsfehlerfrei.

Die Kläger haben zwar die Beklagte mit einer Maklertätigkeit (Vermittlung des Verkaufs ihrer Eigentumswohnung) beauftragt; sie haben jedoch kein Provisionsversprechen abgegeben. Der Beklagten hätte daher bei einer erfolgreichen Vermittlungstätigkeit nur dann eine Provision zugestanden, wenn die ihr übertragene Leistung den Umständen nach nur ge-

gen eine Vergütung zu erwarten war (§ 653 Abs. 1 BGB). Nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist eine Maklerleistung dann, wenn die Umstände zu der Annahme zwingen, die Leistung würde unterbleiben, wenn dem Makler angesonnen würde, ohne Provision tätig zu werden (Senatsurteil vom 12. Februar 1981 - IVa ZR 94/80 - NJW 1981, 1444). Es kommt demnach entscheidend darauf an, ob die Beklagte den Abschluß der Vereinbarung vom 27. April 1984 und überhaupt eine Vermittlung des Verkaufs der Eigentumswohnung abgelehnt hätte, wenn zwischen den Parteien von vornherein Klarheit darüber bestanden hätte, daß hierfür keine Provision zu zahlen sei. Das ist den Umständen nach keineswegs selbstverständlich. Die Beklagte rechnete damit, daß sie sich durch den Kaufvertrag über das Haus in der F [REDACTED]-N [REDACTED]-Straße eine Provision verdienen würde. Dieses Geschäft wäre jedoch gescheitert, wenn die Beklagte sich nicht bereit erklärt hätte, den Verkauf der Eigentumswohnung der Kläger zu vermitteln. Es läßt sich demnach nicht von vornherein ausschließen, daß die Beklagte bereit gewesen wäre, die Vermittlung des Wohnungsverkaufs auch unentgeltlich zu übernehmen, um sich die Provision für den Kaufvertrag über das Haus in der F [REDACTED]-N [REDACTED]-Straße nicht entgehen zu lassen.

Wenn die Beklagte die Kläger dafür entschädigen muß, daß sie die Eigentumswohnung nicht bis zum vereinbarten Termin verkauft hat, hat sie auch die Kosten der Inserate zu tragen, in denen die Kläger selbst nach Ablauf der Frist die Wohnung zum Verkauf angeboten haben (40,13 DM; 38,76 DM; 38,76 DM; 154,81 DM).

3. Nach dem bisherigen Streitstand kann angenommen werden, daß die Kläger von den Verkäufern nicht mit Verzugszinsen in Höhe von 4.745,41 DM und vom Finanzamt nicht mit einem Verspätungszuschlag von 630 DM belastet worden wären, wenn ihre Eigentumswohnung rechtzeitig verkauft oder ihnen rechtzeitig eine Zwischenfinanzierung zur Verfügung gestellt worden wäre. Soweit die Beklagte für die Nichteinhaltung ihrer Zusagen aus Satz 2 und 3 der Vereinbarung vom 27. April 1984 schadensersatzpflichtig ist, wird sie auch diese Schadensposten als adäquate Schadensfolgen zu erstatten haben. Das gleiche gilt für den Schaden, den die Kläger dadurch erlitten haben, daß sie ein ihnen eingeräumtes Skonto in Höhe von 257,82 DM nicht ausnutzen konnten.

4. Durch die Aufnahme des Zwischenkredits sind Kosten für die Bewilligung einer Grundschuld, für die Eintragung der Grundschuld und für die Löschungsbewilligung (301,99 DM; 329,30 DM; 198 DM; 124,05 DM) entstanden. Den Umständen nach ist anzunehmen, daß auch bei einer Zwischenfinanzierung durch die K. [REDACTED] Bank eine Grundschuldbestellung notwendig geworden und dabei Kosten in derselben Größenordnung angefallen wären. Ein Schadensersatzanspruch könnte den Klägern daher insoweit nur dann zustehen, wenn bei einer Kreditgewährung durch die K. [REDACTED] Bank diese Kosten nicht von ihnen zu tragen gewesen wären. Dies ist zweifelhaft und hängt von einer Auslegung des dritten Satzes der Vereinbarung vom 27. April 1984 ab. Der dort gebrauchte Ausdruck "Beschaffung der Zwischenfinanzierung" könnte dahin verstanden werden, daß die Beklagte nicht nur den Abschluß des Darlehensvertrages vermitteln, sondern auch die durch die Zwischenfinanzierung entstehenden zusätzlichen Kosten überneh-

men sollte. Für eine solche Auslegung könnte die Erwägung sprechen, daß Satz 3 ersichtlich der Gedanke zugrunde lag, den Klägern sollten dadurch, daß die Beklagte die Wohnung nicht bis zum 15. Juni 1984 verkauft hatte, keine finanziellen Nachteile erwachsen. Die Entscheidung hierüber muß jedoch dem Tatrichter vorbehalten bleiben.

5. Soweit die Kläger die Erstattung von 15 DM verlangen, die sie der Volksbank B [REDACTED] für die Erstellung einer Zinsbestätigung gezahlt haben, hat die Klage keinen Erfolg. Die Bescheinigung wurde "zur Vorlage bei Gericht", d.h. also zur Führung des vorliegenden Rechtsstreits benötigt. Es handelt sich demnach um Prozeßkosten, die nur im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden können.

6. Anders ist es jedoch mit den Anwaltskosten, die die Kläger in Höhe von 1.777,50 + 40,00 + 20,00 + 257,25 DM geltend machen. Sie sind zwar Kosten i.S. von § 4 Abs. 1 ZPO, die bei der Berechnung des Streitwerts außer Betracht bleiben (diese Gesetzesvorschrift findet auch auf solche Nebenkosten Anwendung, die in den bezifferten Klageantrag eingerechnet werden - RGJW 1934, 2771; BGH Beschluß vom 10. Mai 1962 - VII ZR 104/61 - KostRspr ZPO § 4 Nr. 2; vom 19. März 1956 - II ZR 63/56 - LM ZPO § 4 Nr. 5; RGZ 32, 377; Stein/Jonas/Schumann ZPO 20. Aufl. § 4 Rdn. 28 bei Fn 49). Dennoch sind sie keine Prozeßkosten und können daher nicht im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden.

Eine Besprechungsgebühr (§ 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO) könnte dem Anwalt der Kläger nur dann erwachsen sein, wenn er in dem Zeitpunkt, in dem er das Telefongespräch führte,

noch keinen Klageauftrag hatte. Das Telefongespräch hatte nach seiner Sachdarstellung den Zweck, die Beklagte zur Überlassung eines Darlehensbetrags zu veranlassen; es wurde also in ihm der gleiche Anspruch geltend gemacht wie später in Ziffer 1 und 2 des ursprünglichen Klageantrags (Klageschrift Bl. 1 und 2 d.A.). Fordert der mit der Klageerhebung beauftragte Rechtsanwalt den Gegner vor Erhebung der Klage zur Erfüllung auf, so begründet dies nur eine halbe Prozeßgebühr gemäß §§ 31 Abs. 1 Nr. 1, 32 BRAGO; dies gilt nicht nur bei schriftlicher, sondern auch bei fernmündlicher Mahnung. § 118 BRAGO ist in einem solchen Fall nicht anwendbar (Riedel/Sußbauer BRAGO 5. Aufl. § 118 Rdn. 3; BGH Urteil vom 1. Oktober 1968 - VI ZR 159/67 - NJW 1968, 2334; BGHZ 48, 336). Sollte aber der Anwalt nur mit der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs betraut gewesen sein, so konnte zwar eine Gebühr aus § 118 Abs. 1 Nr. 2 BRAGO entstehen; diese gehörte aber nicht zu den Prozeßvorbereitungskosten, die gemäß § 104 ZPO festgesetzt werden können (vgl. OLG Düsseldorf JMB1 NRW 1968, 167, für den analogen Fall des Mahnschreibens vgl. Schneider bei Zöllner, ZPO, 15. Aufl. § 91 Rdn. 13, Stichwort "Mahnschreiben"), sie kann daher als adäquate Verzugsfolge im Rechtsstreit selbst geltend gemacht werden.

7. Den von den Klägern in Höhe von

	2.860,98 DM
	5.945,57 DM
	6.471,02 DM
	<u>719,00 DM</u>
zusammen	15.996,57 DM

geltend gemachten Anspruch auf Zinserstattung hat das Berufungsgericht dem Grunde nach für berechtigt gehalten, ihm jedoch nur in Höhe von

15.728,22 DM

stattgegeben, ihn also in Höhe des Differenzbetrages von

268,35 DM

abgewiesen. In der Revisionsbegründung wird nicht dargelegt, warum die Abweisung dieses Teilbetrags rechtsfehlerhaft sein soll. Der Revision muß daher insoweit ein Erfolg versagt bleiben. Das gleiche gilt für die 4% übersteigende Zinsforderung.

8. Nach alledem läßt sich nicht ausschließen, daß die erforderliche neue tatrichterliche Würdigung einen weiteren Zahlungsanspruch der Kläger in Höhe von 58.399,78 DM ergeben wird. In diesem Umfang muß daher die klageabweisende Entscheidung aufgehoben werden.

IV. Die Feststellungsklage hat das Berufungsgericht abgewiesen, "weil ein Schadensersatzanspruch der Kläger unter keinem Gesichtspunkt" bestehe. Da es jedoch diese Ansicht nach den obigen Ausführungen nicht rechtsfehlerfrei begründet hat, kann auch die Entscheidung über den Feststellungsanspruch nicht bestehen bleiben.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter

Dr. v. Ungern-Sternberg