

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV a ZR 47/80

URTEIL

Verkündet am
6. November 1980

Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalt Gerhard S [REDACTED], G [REDACTED]straße 33,
D [REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

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

g e g e n

die Firma P [REDACTED] Wohn- und Industriebau GmbH & Co. KG,
gesetzlich vertreten durch die Firma P [REDACTED] Wohnbau-
gesellschaft mbH, diese gesetzlich vertreten durch die
Geschäftsführer Ludwig P [REDACTED] und Werner P [REDACTED],
P [REDACTED]-O [REDACTED]-Straße 13, O [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1980 durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers und die Anschlußrevision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. Januar 1979 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen der Kläger zu 4/5 und die Beklagte zu 1/5.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war früher Makler. Er sollte für die Beklagte nach einer Vereinbarung vom 2./6. August 1973 die auf einem von ihm vermittelten Grundstück "noch zu erstellenden Häuser" verkaufen. 2% Provision sollte er auch dann bekommen, wenn der Verkauf durch andere getätigt wurde. Ein "zu gegebener Zeit" noch abzuschließender Vertrag sollte eine "zeitmäßig beschränkte Verkaufsgarantie" enthalten. Nach einem Schriftwechsel im Oktober 1975 und nach Erteilung der Baugenehmigung im Juni 1976 waren sich die Parteien im August 1976 einig in der Hoffnung, daß bis zum Jahresende mindestens vier

Häuser verkauft werden würden. In der Folgezeit strebte die Beklagte eine Auflösung des Vertrages mit dem Kläger an. Seit dem 18. Oktober 1976 war der Kläger für den Verkauf nicht mehr tätig. An diesem Tage erfuhr er, daß die Beklagte einen anderen Makler eingesetzt hatte.

Der Kläger verlangt mit seinem im Laufe des Rechtsstreits auf die Summe von 68.930,68 DM erhöhten Zahlungsantrag die Provision für alle in der Zeit vom 15. Dezember 1976 bis 9. November 1977 nicht durch ihn verkauften Häuser.

In seiner als Grundurteil bezeichneten Entscheidung vom 27. Juni 1977 erklärte das Landgericht den geltend gemachten Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Geltend gemacht waren in diesem Zeitpunkt 34.210,-- DM. In den Gründen stützte das Landgericht seine Entscheidung darauf, daß der Anspruch des Klägers in irgendeiner Höhe bestehe, weil der anspruchsbegründende Alleinauftrag mangels Aufhebung und mangels wirksamer Kündigung jedenfalls bis zum 31. Dezember 1976 bestanden habe und die Provision für den Verkaufsfall vom 15. Dezember 1976 bereits fällig gewesen sei.

Auf die Berufung der Beklagten änderte das Oberlandesgericht am 6. Dezember 1977 dieses Urteil des Landgerichts ab und erklärte den Zahlungsanspruch dem Grunde nach nur insoweit für gerechtfertigt, als er die bis zum 31. März 1977 beurkundeten Kaufverträge betrifft. Eine ausdrückliche Klagabweisung im übrigen enthält das Urteil nicht. Das Berufungsgericht hielt im Wege der er-



gänzenden Vertragsauslegung eine im August 1976 beginnende und bis längstens 31. März 1977 laufende Verkaufsfrist für angemessen. Für das Betragsverfahren wurde der Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen.

Nach Meinung des Landgerichts hat das Oberlandesgericht mit dieser Befristung eine über das Grundurteil des Landgerichts und die Berufung der Beklagten hinausgehende Entscheidung getroffen. Dennoch hielt das Landgericht im Endurteil vom 28. April 1978 sich daran gebunden. Hinsichtlich der Provisionsforderung des Klägers für die weiteren Verkaufsfälle nach dem 31. März 1977 zum Gesamtbetrag von 55.499,68 DM wies das Landgericht die Klage ab. Weil es den Alleinauftrag als gegenseitigen Vertrag ansah, setzte das Landgericht die auf 7.000,- DM geschätzten ersparten Aufwendungen des Klägers von der Provision von 13.431,-- DM ab, die für zwei Verkaufsfälle bis zum 31. März 1977 entstanden war.

Durch sein Endurteil vom 23. Januar 1979 hat das Oberlandesgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und unter Zurückweisung der Berufung des Klägers im übrigen liesem auch den für ersparte Aufwendungen abgezogenen Betrag und damit insgesamt 13.431,-- DM zugesprochen. Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der Provision für alle Verkaufsfälle. Die Beklagte will mit ihrer Anschlußrevision erreichen, daß die Klage ganz abgewiesen wird.

Entscheidungsgründe:

Beide Parteien können mit ihren Rechtsmitteln keinen Erfolg haben, weil das angefochtene Urteil jedenfalls im Ergebnis ihren Angriffen standhält.

1. Das Berufungsgericht hält sich für die im Zeitpunkt seines Grundurteils vom Zahlungsantrag des Klägers erfaßten Verkaufsprovisionen an dieses Grundurteil vom 6. Dezember 1977 nach § 318 ZPO gebunden. Entgegen der Ansicht des Klägers sei keiner der Gründe gegeben, bei deren Vorliegen ein Grundurteil unzulässig und deshalb unbeachtlich sei. Insbesondere sei die Höhe der Provision wegen der Frage nach ersparten Aufwendungen streitig gewesen. Jedoch könnten diese Aufwendungen nicht, wie es das Landgericht wolle, in analoger Anwendung des § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Provisionsforderung abgesetzt werden. Auch der vorliegende Alleinauftrag sei nicht den Regeln über den gegenseitigen Vertrag zu unterstellen. Eine eventuell mögliche Verpflichtung des Klägers zum Schadenersatz entfalle, weil ein Schaden der Beklagten nicht ersichtlich sei. Deshalb bleibe die Berufung der Beklagten erfolglos. Für die nicht vom Grundurteil erfaßten, weil später erst in den Zahlungsantrag aufgenommenen Verkaufsfälle hat das Berufungsgericht erneut eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen. Dabei ist es wiederum zu dem Ergebnis gekommen, daß dem Kläger ermöglicht werden sollte, während einer angemessenen Frist alle Häuser zu verkaufen. Den Fristablauf hat es weiterhin im Hinblick auf die Besprechung vom August 1976 und die dabei vorgenommene Beurteilung der Marktlage auf den 31. März 1977 festgesetzt. Die vom Kläger für seine Auslegung des Vertrages benannten Zeugen hat

das Berufungsgericht nicht vernommen, weil es auf das in ihr Wissen Gestellte nicht ankomme.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Grundurteil des Oberlandesgerichts Rechtsfehler der Art enthält, daß es unzulässig ist und keine Bindungswirkung entfalten kann (vgl. dazu Tiedtke ZJP 89 - 1976 - 64, 75 ff m.w.N.). Im angefochtenen Urteil hat nämlich das Berufungsgericht die seinem früheren Grundurteil zugrunde gelegte ergänzende Vertragsauslegung, die zu dem seiner Meinung nach bindenden Ergebnis "Fristende 31. März 1977" führte, erneut vorgenommen. Jedenfalls diese erneut vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung trägt im Ergebnis die durch das angefochtene Urteil zu Lasten des Klägers getroffene Entscheidung.

3. Beide Parteien gehen im Revisionsverfahren nunmehr davon aus, daß ein Alleinauftrag zustande gekommen ist, daß aber im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die 1973 offengebliebene Frage der Beschränkung dieses Auftrages auf einen bestimmten Zeitraum zu beantworten ist. Das Berufungsgericht hat die erforderliche ergänzende Vertragsauslegung durchgeführt. Dabei sind ihm keine Fehler unterlaufen, die bei der für das Revisionsgericht nur möglichen eingeschränkten Prüfung diesem Auslegungsergebnis entgegenstehen.

Das Berufungsgericht hat keine für die Beantwortung der genannten Frage maßgeblichen Beweisantritte des Klägers und auch keine wesentlichen Indizien übergangen.

Es ist mit Recht davon ausgegangen, daß es auf die Aussagen der vom Kläger benannten Zeugen S. [REDACTED] und

H nicht ankommt. Nach dem Gesamtzusammenhang der Berufungsbegründung des Klägers waren diese an der Vereinbarung der Parteien im Jahre 1973 beteiligten Zeugen nicht dafür benannt, daß damals die Parteien den Alleinauftrag grundsätzlich so lange wirksam sein lassen wollten, bis der Kläger alle Häuser verkauft haben würde oder daß überhaupt die Parteien sich über einen bestimmten Anhaltspunkt für das Ende des Alleinauftrags einig gewesen sind. Sie sollten vielmehr nach dem Vortrag des Klägers bekunden, beide Parteien hätten bei dem Vertragsschluß im Hinblick darauf, daß die Bebaubarkeit des Grundstücks, die Gestaltung und der Preis der Häuser und die spätere Konjunkturlage unbekannt waren, die Frage der Frist grundsätzlich offenhalten und erst dann eine zusätzliche zeitliche Regelung treffen wollen, wenn die konkrete Ausgangssituation bekannt sein würde. Selbst dann, wenn die vom Kläger benannten Zeugen 1973 mit dem Kläger die grundsätzliche Möglichkeit zum Verkauf aller Häuser ins Auge gefaßt hatten, sollte doch nach dem Vertrag, wie er auch nach Meinung des Klägers zu verstehen ist, die endgültige Frist erst in der konkreten späteren Situation bestimmt werden.

Das Berufungsgericht hat auch nicht verkannt, daß die Parteien bei ihrem Schriftwechsel im Oktober 1975 vereinbart haben, eine Frist erst nach Erteilung der Baugenehmigung festzulegen. Es hat sich vielmehr die in seinem Grundurteil zur Festlegung der Frist angestellten Erwägungen erkennbar zu eigen gemacht. Im Grundurteil ist jedoch ausdrücklich im Hinblick auf diesen Schriftwechsel der Fristbeginn auf einen Zeit-

punkt nach Erteilung der Baugenehmigung, nämlich auf den Zeitpunkt der Besprechung vom 10. August 1976 angesetzt worden.

Diese Besprechung und die ihr zugrunde liegende unstreitige Beurteilung der Marktlage durch beide Parteien hat das Berufungsgericht mit nicht zu beanstandenden Erwägungen für maßgeblich erklärt. Deshalb kommt es auch nicht auf die vom Kläger weiter in seiner Berufungsbegründung benannten Zeugen Appel und Gessner an. Diese Zeugen sind für ihre Beurteilung der Marktlage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses benannt. Unstreitig gingen die Parteien im August 1976 aber von der Erwartung aus, daß bei ihrer Beurteilung der Marktlage bis zum Jahresende mindestens 4 Häuser verkauft sein müßten. Wegen der immer weiter fortschreitenden Fertigstellung der Häuser durfte das Berufungsgericht dann aber eine Frist bis zum 31. März 1977 annehmen. Es konnte davon ausgehen, daß die Parteien für den Verkauf der verbleibenden 5 Häuser und des Ladens diesen Zeitraum als ausreichend und angemessen angesehen hätten, wenn sie sich damals - 1 1/2 Monate nach der Baugenehmigung - endgültig über die zeitliche Regelung geeinigt hätten.

Schließlich ist im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, daß alle Häuser vor Baufertigstellung bis zum 9. November 1977 verkauft worden sind. Für diese Vertragsauslegung ist auf die Sicht der Parteien im Sommer 1976 nach Erteilung der Baugenehmigung abzustellen. Es kommt nicht auf die spätere tatsächliche Entwicklung an, die von einer Vielzahl damals noch unbekannter Faktoren beeinflusst worden sein kann. Deshalb brauchte das Berufungsgericht

sich mit der späteren tatsächlichen Entwicklung nicht auseinanderzusetzen.

4. Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß sich die Beklagte nicht auf den Ablauf einer angemessenen Frist habe berufen dürfen, weil sie selber durch ihr Verhalten eine weitere Tätigkeit des Klägers als Vermittler vereitelt habe (§ 162 BGB). Der dazu vom Kläger in seiner Berufungsbegründung und in seinem Schriftsatz vom 27. November 1978 sowie bereits in seinem Schriftsatz vom 24. April 1978 gebrachte Vortrag reicht nicht für die Annahme aus, die Beklagte habe wider Treu und Glauben die Entstehung der Provisionsansprüche vereitelt. Unerheblich ist, welche Versuche die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 3. Oktober 1975 unternommen hat, weil dem Kläger in der Folgezeit auch noch nach Erteilung der Baugenehmigung die Alleinverkaufsmöglichkeit geblieben ist. Ebenso kommt es nicht darauf an, daß die Beklagte den vom Kläger am Tage der Baugenehmigung vorgelegten Vertragsentwurf nicht akzeptiert hat, in welchem dieser den Alleinauftrag bis zur Abwicklung des Bauvorhabens behalten wollte. Der Versuch der Beklagten, einer so weitgehenden Bindung zu entgehen, ist jedenfalls nicht als treuwidrig zu bezeichnen. Daß schließlich die Beklagte schon am 18. Oktober 1976 einen anderen Makler einschaltete, war zwar im Hinblick auf die Notwendigkeit der Vereinbarung einer angemessenen Frist nicht vertragsgerecht. Da aber der Kläger bis zu diesem Zeitpunkt keines der bereits im Bau befindlichen Häuser verkauft hatte und ihm auch die Möglichkeit nicht abgeschnitten war, in Zukunft weitere Häuser zu verkaufen, sind die Voraussetzungen des § 162 BGB nicht gegeben. Aus dem gleichen

Grunde kann der Revision auch nicht insoweit zugestimmt werden, als sie meint, für den Kläger komme noch ein Schadenersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung in Betracht, den das Berufungsgericht übergangen habe.

5. Die Anschlußrevision der Beklagten will unter Heranziehung der Grundsätze über gegenseitige Verträge dem Kläger ersparte Aufwendungen und anderweitig möglichen Verdienst anrechnen. Darin kann ihr nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zum Landgericht eine Heranziehung der Grundsätze über den gegenseitigen Vertrag (§§ 323 ff, hier § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht für möglich gehalten. Die Frage, ob und in welchem Umfang ein Alleinauftrag oder ein sogenannter Maklerdienstvertrag als gegenseitiger Vertrag angesehen werden kann, ist vom Bundesgerichtshof bislang nicht entschieden und in der Literatur umstritten (für gegenseitigen Vertrag: MünchKomm/Schwerdtner Rdz. 222 zu § 652; Soergel/Mormann 10. Aufl. Rdz. 23 zu § 652, vgl. auch Mormann WM 1968, 954, 960; Erman/Werner Rdz. 28 zu § 652; ausführlich Krüger-Doye, Der Alleinauftrag im Maklerrecht, S. 72 ff m.w.N. in Fn. 105; dagegen Palandt/Thomas 39. Aufl. Anm. 10 A zu § 652; Jauernig/Vollkommer Anm. 11 a cc zu § 652; Knüfer LM BGB § 652 Anm. zu Nr. 51; Reich im Alternativkommentar Rdz. 31 zu § 652 BGB ff.)

Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es jedoch nicht. Auch dann, wenn grundsätzlich die Anwendung der Bestimmung des § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. des § 615

Satz 2 BGB auf einen Maklerdienstvertrag möglich wäre, hätten die Parteien im vorliegenden Fall durch die besondere Ausgestaltung ihres Vertragsverhältnisses mit der Vereinbarung vom 2./6. August 1973 diese Bestimmungen abbedungen, was zulässig ist (vgl. Palandt/Heinrichs 39. Aufl. Vorbem. 2c vor §§ 323 ff und Palandt/Putzo Anm. 1 e zu § 615). Obwohl diese Vereinbarung wie ausgeführt in mancher Beziehung lückenhaft ist, haben die Parteien darin offenbar bewußt und gewollt die finanzielle Seite abschließend und umfassend geregelt. In Ziff. 3 der schriftlichen Bestätigung heißt es zum noch abzuschließenden Vertrag, daß dieser "abgesehen von den bereits festliegenden Vergütungen und Aufwendungen" eine zeitmäßig beschränkte Verkaufsgarantie enthalten solle. Ausdrücklich festgelegt worden ist nämlich in Ziff. 2, daß die Provision von 2% dem Kläger auch bei einem Verkauf durch eine dritte Person oder durch die Beklagte zustehen sollte und welche Verkaufsaufwendungen von jeder der Parteien getragen werden sollten. Mit dieser ausdrücklichen Festlegung wäre nicht zu vereinbaren, daß der Kläger bei einem während der Vertragsdauer nicht durch ihn herbeigeführten Verkauf sich ersparte Aufwendungen oder ersparte Arbeitskraft anrechnen lassen müßte. Krüger-Doye will sogar für den Normalfall des Alleinauftrages, in dem nicht ausdrücklich die Provisionspflicht auch für Verkaufserfolge anderer vereinbart worden ist, die Möglichkeit des Abzugs ersparter Aufwendungen verneinen (vgl. aaO S. 91).

Schließlich hat das Berufungsgericht mit Recht eine Verpflichtung des Klägers zum Schadenersatz verneint, weil ein Schaden der Beklagten nicht ersichtlich ist. Die Beklagte hat weder dahingehende Behauptungen aufgestellt, noch eine Aufrechnungserklärung abgegeben.

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs

/