

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 7/85

URTEIL

Verkündet am: 18. Juni 1986
Hellmann, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] & Co., M [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Gerd S [REDACTED], ebendort,

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Makler Bernhard J [REDACTED], G [REDACTED] Allee [REDACTED],
B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1986

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 15. November 1984 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, eine Maklergesellschaft, war von der K [REDACTED] L [REDACTED] versicherung mit dem Verkauf einer Wohnanlage in B [REDACTED] beauftragt; ihr war für den Erfolgsfall eine Provision von 1% des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer versprochen. Auf Anregung

- 3 -

ihrer Auftraggeberin wandte sie sich am 1. September 1980 an den Beklagten und vereinbarte mit ihm ein Gemeinschaftsgeschäft mit Provisionsteilung. Der Beklagte sollte eine Provision von 3,39% erheben.

Am 3. September 1980 bot der Beklagte der a [REDACTED] A [REDACTED]-V [REDACTED]-V [REDACTED] gesellschaft mbH in T [REDACTED] das Objekt zum Kauf an; seinem Angebotschreiben legte er eine Exposé bei, aus dem die genaue Lage des Grundstücks hervorging. Es enthielt den Vermerk:

"Bei Zustandekommen eines Kaufvertragsabschlusses ist eine Vermittlungs- oder Nachweisgebühr in Höhe von 3% des Kaufpreises zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer aus der Vermittlungsgebühr vom Käufer nach Vertragsabschluß an mich zu entrichten."

Mit Schreiben vom 9. September 1980 benannte der Beklagte der Klägerin die Fa. a [REDACTED] A [REDACTED] als Interessenten. Mit Schreiben vom 10. September 1980 fragte die Klägerin beim Beklagten an, welche Käuferprovision er der Interessentin aufgegeben habe. Dieser teilte daraufhin mit Schreiben vom 15. September 1980 mit, daß sein Exposé eine Käuferprovision von 3,39% (einschließlich der Mehrwertsteuer) ausweise. Am 16. September 1980 besichtigte der Dipl. Kaufmann A [REDACTED] von der Fa. a [REDACTED]-A [REDACTED] zusammen mit



dem Prokuristen Gerd S. [REDACTED] der Klägerin und dem Hausverwalter das Objekt. Am 24. September 1980 fand ein Gespräch bei der Verkäuferin statt, zu dem Dipl.-Kaufmann A. [REDACTED] mit dem Beklagten erschienen war. Am 10. Oktober 1980 schrieb der Beklagte an die Fa. a. [REDACTED] A. [REDACTED]:

"ich bitte Sie, mir in der o.g. Vermittlungssache einen Provisionsvorschlag zu unterbreiten. Ortsüblich ist in Nordrhein-Westfalen eine Vermittlungsgebühr in Höhe von 3% der Kaufsumme zuzüglich der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrwertsteuer."

Der Dipl. Kaufmann A. [REDACTED] erwiderte hierauf:

"

Es darf wohl überhaupt kein Zweifel darüber bestehen, daß bei Geschäften dieser Größenordnung Vermittlungsprovisionen von max. 1% zum Tragen kommen können."

Die Klägerin, die vom Beklagten über den Provisionsvorschlag der Fa. a. [REDACTED] A. [REDACTED] informiert worden war, bestand im Schreiben vom 15. September 1980 auf einer Käuferprovision von 3,39%. Daraufhin schrieb der Beklagte am 21. Oktober 1980 an die Fa. a. [REDACTED] A. [REDACTED], daß er eine von der Ortsüblichkeit abweichende Provisionsvereinbarung "nur im Einverständnis mit den am Gemeinschaftsgeschäft beteiligten Kollegen" treffen

könne; die ortsübliche Provision in Nordrhein-Westfalen betrage 3,39% der Kaufsumme.

Die Klägerin behauptet, ortsüblich wäre für die vom Beklagten erbrachte Maklerleistung eine Vergütung von 3% zuzüglich Mehrwertsteuer gewesen. Der Beklagte habe jedoch abredewidrig mit der Käuferin nur eine Provosion von 1% zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Dadurch sei ihr, der Klägerin, ein Schaden in Höhe von 1% des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer entstanden. Sie verlangt deshalb vom Beklagten Schadensersatz in Höhe von 63.280 DM nebst 9% Zinsen seit dem 16. September 1982.

Der Beklagte behauptet demgegenüber, er habe sich niemals mit der von der Käuferin vorgeschlagenen Provision von 1% zuzüglich Mehrwertsteuer einverstanden erklärt. Dieser Satz sei im übrigen auch ortsüblich.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Recht-

sprechung davon aus, daß es für Gemeinschaftsgeschäfte zwischen Maklern keine gesetzlichen Regeln gibt. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der beteiligten Makler bestimmen sich daher nach den getroffenen Vereinbarungen, die erforderlichenfalls ergänzend auszulegen sind. Dabei kommt es jeweils auf die konkreten Abmachungen des Einzelfalls an; allgemeine Grundsätze können vom Revisionsgericht nicht aufgestellt werden. Die von den Maklerverbänden RDM und VDM ausgearbeiteten Regelwerke haben keine allgemeinverbindliche Kraft; sie können nur insoweit rechtlich von Bedeutung sein, als sie von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend zum Bestandteil der Verträge gemacht werden (vgl. Urteile vom 22. Mai 1963 - VIII ZR 254/61 - Betr. 1963, 1215 = AIZ 1963, 231; vom 14. Oktober 1981 - IVa ZR 152/80 - NJW 1982, 1052 = WM 1982, 16).

Im vorliegenden Fall ist unstreitig, daß die Klägerin die Maklerin des Verkäufers, der Beklagte der Makler des Käufers sein sollte. Das entspricht der in Maklerkreisen herrschenden Auffassung, die von Gemeinschaftsgeschäften spricht, wenn mehrere Makler auf entgegengesetzter Seite tätig werden (Schwerdtner in MK 2. Aufl. § 652 Rdn. 13; davon gehen auch die von den Maklerverbänden aufgestellten Regelwerke - § 10 der "Geschäftsgebräuche für Gemeinschaftsgeschäfte" des RDM; § 9 der entsprechenden Ausarbeitung des VDM - aus). Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht von dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vertretene Ansicht, nicht die Klägerin, sondern eine aus der Klägerin und dem Beklagten bestehende Ge-

sellschaft des bürgerlichen Rechts habe mit der K [REDACTED] L [REDACTED] versicherung einen Maklervertrag abgeschlossen, ist mit dem insoweit übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien in den Tatsacheninstanzen unvereinbar.

Unstreitig ist auch der Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung. Danach sollte die Klägerin von ihrem Kunden 1%, der Beklagte von seinem Kunden 3% (ohne Mehrwertsteuer) verlangen; die Gesamtprovision sollte geteilt werden. Das bedeutete also praktisch, daß der Beklagte von seiner Provision 1% an die Klägerin abführen mußte. Es ist demnach nicht erforderlich, auf die von dem RDM aufgestellten "Geschäftsgebräuche für Gemeinschaftsgeschäfte unter Maklern" zurückzugreifen, wie es das Landgericht getan hat. Im übrigen ist die von diesem Gericht (im Anschluß an OLG Hamburg Urteil vom 22. April 1971 - 3 U 177/70 - , abgedruckt bei Dykerhoff, Das Recht des Immobilienmaklers, 7. Aufl. S. 197) vertretene Ansicht, die RDM-Geschäftsgebräuche würden bei Gemeinschaftsgeschäften zwischen RDM-Maklern automatisch Bestandteil des Gemeinschaftsvertrages, nicht zutreffend. Würde man dies als richtig anerkennen, so würde man den Maklerverbänden eine Rechtssetzungsgewalt über ihre Mitglieder zubilligen, die ihnen als privaten Vereinen nicht zukommt.

II.

1. Die Klägerin will ersichtlich behaupten, daß der

Beklagte mit seinem Kunden eine Provision von 1% vereinbart habe. Aus ihrem Vortrag ist allerdings nicht mit völliger Klarheit zu entnehmen, ob diese Vereinbarung bereits beim Abschluß des Maklervertrages getroffen oder ob die ursprünglich mit 3% vereinbarte Provision nachträglich auf 1% herabgesetzt worden sein soll. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben. Nachdem die Parteien ausdrücklich vereinbart hatten, daß der Beklagte von seinen Kunden 3% verlangen sollte, hat dieser sowohl dann vertragswidrig gehandelt, wenn er sich auf den Abschluß eines Maklervertrages zu einem unter 3% liegenden Provisionssatz einließ, als auch dann, wenn er nachträglich ohne das Einverständnis der Klägerin den absprachegemäß vereinbarten Provisionssatz von 3% auf 1% herabsetzte.

Durch die Vertragsverletzung ist der Klägerin nach ihrer Sachdarstellung auch ein Schaden erwachsen: Denn sie trägt vor, daß sie noch andere Kunden gehabt habe, die bereit gewesen wären, die verlangte Provision von 3% zu zahlen; sie hätte ihren Anteil an der Käuferprovision auch dann erhalten, wenn der vom Beklagten beigebrachte Kunde nur zu einem Abschluß zu einem Provisionssatz von 1% bereit gewesen wäre.

Unerheblich ist es vom Standpunkt der Klägerin aus, daß der Beklagte ihr die Abtretung seines 1 % übersteigenden Provisionsanspruchs angeboten und ihr Klageerhebung gegen den Käufer anheimgestellt hat. Denn wenn der Beklagte, wie die Klägerin behauptet, durch

eine wirksame Vereinbarung mit dem Käufer den Provisionssatz auf 1% beschränkt hatte, ging die Abtretung ins Leere.

2. Der Vortrag des Beklagten weicht in zwei Punkten eindeutig von der Sachdarstellung der Klägerin ab:

Einmal behauptet er, daß für Objekte der vorliegenden Art der ortsübliche Provisionssatz nicht 3%, sondern 1% betrage. Zum anderen bestreitet er, daß er sich gegenüber einem Kunden jeweils mit einem Provisionssatz von 1% einverstanden erklärt habe.

Unstreitig ist, daß der Beklagte in seinem Angebotsschreiben an die Käufer eine Provision von 3,39% (incl. Mehrwertsteuer) verlangt hat. Dagegen geht aus der Sachdarstellung des Beklagten nicht klar hervor, wie der Käufer auf diese Provisionsforderung reagiert haben soll. Auf der einen Seite wird vortragen, erst bei der Besprechung vom 24. September 1981 habe Herr E [REDACTED], der Vertreter der Verkäuferin, Herrn A [REDACTED] nahegelegt, die Käuferprovision auf 1% zu drücken; bis zu diesem Zeitpunkt sei die Vermittlungsgebühr "völlig unstreitig" gewesen. Das kann nur so verstanden werden, daß der für die Käuferin handelnde Herr A [REDACTED] bis zu diesem Zeitpunkt den vom Beklagten geforderten Provisionssatz von 3,39% widerspruchslos hingenommen habe. Auf der anderen Seite behauptet der Beklagte, Herr A [REDACTED] habe der Provisionsforderung von 3,39 % "stets" (d.h. also: nicht erst am 24. September) widersprochen. Damit stimmt es überein, wenn der Beklagte an anderer

Stelle vorträgt, mit der Käuferin sei "nie etwas anderes als 1% vereinbart" worden. Darin liegt die Behauptung, daß sie vor dem 24. September den vom Beklagten geforderten Provisionssatz auch nicht stillschweigend akzeptiert habe. Diese beiden unterschiedlichen Sachdarstellungen führen auch zu einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung:

a) Hat der Käufer bereits in der Zeit zwischen der Zusendung des Angebots und der Besprechung vom 24. September die Maklerdienste des Beklagten in Anspruch genommen, so hat er damit das in der Übersendung des Exposé's liegende Angebot auf Abschluß eines Maklervertrages angenommen, und zwar, soweit er nicht widersprochen hat, zu den im Exposé genannten Bedingungen. Hat er vor dem 24. September den Provisionssatz von 3,39% nicht beanstandet, so ist dieser Vertragsbestandteil geworden. Auf die Höhe der ortsüblichen Provision kommt es dann nicht an; § 653 Abs. 2 gilt nur, wenn kein bestimmter Provisionssatz vereinbart ist. Der Beklagte hätte also nach dieser Darstellung seine vertragliche Verpflichtung, mit dem Käufer einen Provisionssatz von 3% zuzüglich Mehrwertsteuer zu vereinbaren, erfüllt. Daß Herr A. [REDACTED] später eine Provision von 3% als überhöht bezeichnet und die Zahlung eines 1% übersteigenden Betrages verweigert hat, konnte an dem Provisionsanspruch des Beklagten solange nichts ändern, als dieser sich nicht mit einer Ermäßigung einverstanden erklärte.

Solange der Beklagte den im Innenverhältnis der

Klägerin zustehenden Provisionsanteil nicht erhalten hat, ist er auch nicht zur Abführung an die Klägerin verpflichtet. Ob die zwischen den Parteien getroffene Abrede dahin aufzufassen ist, daß der Beklagte den Provisionsanteil der Klägerin auf eigene Kosten einzuklagen habe, ist hier nicht zu entscheiden. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, hätte die Klägerin gegen den Beklagten nur einen Anspruch darauf, daß er den Provisionsanteil einklage. In eine Geldforderung könnte sich dieser Anspruch nur unter den Voraussetzungen des § 326 BGB verwandeln. Die Klägerin hat jedoch den Beklagten noch nicht einmal in Verzug gesetzt, geschweige denn eine Nachfrist gesetzt.

b) Anders wäre die Rechtslage jedoch dann, wenn Herr A. [REDACTED] bereits unmittelbar nach Empfang des Exposé's und vor der Inanspruchnahme von Maklerdiensten erklärt haben sollte, der Käufer sei mit der Höhe der geforderten Provision nicht einverstanden. Wenn demgegenüber der Beklagte auf seiner Provisionsforderung von 3,39% beharrte - das will er ersichtlich behaupten -, dann läge ein Fall des offenen Dissenses vor. Die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB greift hier nicht ein; denn beide Kontrahenten gingen ersichtlich trotz der fehlenden Einigung über die Provisionshöhe vom Zustandekommen und von der Verbindlichkeit des Maklervertrages aus. Soweit sie sich auch später nicht über die Höhe des Maklerlohnes einigen konnten, greift § 653 Abs. 2 BGB ein, d.h. also, der Beklagte konnte

in diesem Falle die ortsübliche Provision verlangen. Nach der Sachdarstellung des Beklagten beträgt aber der ortsübliche Satz nicht 3%, sondern nur 1%. Der Beklagte hat also, wenn man seine Sachdarstellung zugrundelegt, in vertragswidriger Weise einen Maklervertrag mit einem Provisionssatz von nur 1% geschlossen.

Dieser Vertragsverstoß gereicht ihm auch zum Verschulden; denn bei sachgerechtem Verhalten wäre es ihm möglich gewesen, einen Vertragsschluß zu 1% zu vermeiden. Nachdem der Beklagte mit der Klägerin vereinbart hatte, daß vom Käufer eine Provision von 3,39% verlangt werden sollte, mußte er die Vorsichtsmaßregeln anwenden, die erforderlich sind, um die Entstehung eines Provisionsanspruches in dieser Höhe zu sichern. Dazu gehörte es, daß er seine Information erst nach Abschluß eines (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Maklervertrages preisgab; denn anderenfalls ging er das Risiko ein, daß er für seine Tätigkeit keine oder nur eine unzulängliche Vergütung erhielt (BGHZ 95, 393, 400). Der Beklagte hat sich daran nicht gehalten; er hat vielmehr zugleich mit seiner Provisionsforderung dem Interessenten ein vollständiges Exposé übermittelt. Dieser konnte daher ohne Schwierigkeiten den Provisionssatz drücken. Hätte der Beklagte darauf bestanden, daß vor der Information des Kaufinteressenten die Provisionsfrage geklärt wurde, so hätte möglicherweise die Käuferin sich auf die geforderte Provision eingelassen; wenn sie hierzu nicht bereit gewesen wäre, hätte der Beklagte den Abschluß des Maklervertrages und die Übermittlung von näheren Informationen ablehnen und der Klägerin Gelegenheit geben müssen, die erwartete Käuferprovision auf eine

andere Weise zur Entstehung zu bringen.

Ein weiterer Vertragsverstoß liegt darin, daß der Beklagte die Klägerin nicht alsbald davon unterrichtet hat, daß der Kaufinteressent nur zur Zahlung einer Provision von 1% bereit war. Die Klägerin wollte sich ersichtlich vergewissern, ob die von ihr verlangte Käuferprovision vereinbart wurde; sie hat deshalb beim Beklagten angefragt, welche Provision er seinem Kunden aufgegeben habe. Wenn der Beklagte daraufhin erwiderte, daß in seinem Exposé eine Käuferprovision von 3,39% genannt sei, so war dies zwar zutreffend, aber irreführend; es entstand dadurch der Eindruck, daß diese Provision vom Kunden akzeptiert worden sei. Hätte der Beklagte die Klägerin vollständig unterrichtet, so hätte diese die Möglichkeit gehabt, sich um einen Verkauf an einen anderen Interessenten, der 3,39% zu zahlen bereit war, zu bemühen.

Falls man also das Vorbringen des Beklagten in dem oben eingangs unter b) dargelegten Sinne versteht, würde sich aus ihm nicht ergeben, daß er der Klägerin nicht zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet sei; es ist also gegenüber dem schlüssigen Klagevortrag nicht erheblich.

c) Bei einem solchen Sach- und Streitstand kommt der Grundsatz zur Anwendung, daß Unklarheiten im Parteivortrag zu Lasten derjenigen Partei gehen, die sie veranlaßt hat. Es ist also bei der Entscheidung von der für die Beklagten ungünstigeren Alternative auszu-

gehen, d.h. also von der unter II 2 b dargestellten Version. Da auch nach ihr eine Haftung des Beklagten zu bejahen ist, kommt es auf das Beweisergebnis nicht an. Im Übrigen hat nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts die Beweisaufnahme die Richtigkeit dieser Version bestätigt.

Das Berufungsurteil durfte daher eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten nicht verneinen.

III.

Der Beklagte trägt vor, daß die Klägerin nicht in der Lage gewesen wäre, das Grundstück an einen anderen Interessenten zu vermitteln. Er will ersichtlich auch behaupten, daß Herr Albrecht auf keinen Fall - also auch nicht, wenn ihm nicht sofort das Objekt vollständig nachgewiesen worden wäre - gewillt gewesen wäre, eine über 1% liegende Provision zu zahlen, und daß er lieber ein Scheitern des Geschäfts in Kauf genommen hätte als eine Käuferprovision von 3,39%. Wenn das richtig sein sollte, wäre der Klägerin kein Schaden entstanden. Ob in dieser Hinsicht die Sachdarstellung der Klägerin oder die des Beklagten richtig ist, wird das Berufungsgericht nach § 287 ZPO zu beurteilen haben.

Dagegen kann die Entstehung eines Schadens nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden, die Klägerin habe der K[REDACTED] L[REDACTED]-versicherung zwar andere Interessenten benannt, die Verkäuferin habe aber auf einem Verkauf an die Firma a[REDACTED] bestanden. Daraus folgt noch nicht ohne weiteres, daß die Klägerin nicht in der Lage gewesen wäre, das Grundstück an einen anderen Interessenten zu vermitteln; denn wenn der Beklagte sich mit der Firma a[REDACTED] nicht über die Höhe der Provision geeinigt hätte und wenn daran der Abschluß eines Maklervertrages zwischen diesen beiden gescheitert wäre, hätte möglicherweise die Verkäuferin vom Interesse der Firma a[REDACTED] keine Kenntnis erlangt und hätte daher auch nicht auf einem Verkauf an diese Firma bestehen können. Im übrigen kann auch, solange keine entsprechenden tatsächlichen Feststellungen getroffen sind, nicht davon ausgegangen werden, daß die Firma a[REDACTED] auch dann auf einem Provisionsatz von 1% bestanden hätte, wenn der Beklagte die Bekanntgabe des Objekts von der Vereinbarung einer Provision in Höhe von 3,39% abhängig gemacht hätte.

Das Berufungsurteil muß daher aufgehoben und die Sache zur weiteren tatsächlichen Aufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Lang

Dehner

Dr. Zopfs