

BUNDESGERICHTSHOF

5

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 139/84

URTEIL

(Schlußentscheidung)

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
24. April 1986
Werner
Justizamtsinspektor,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Dieter D[REDACTED], W[REDACTED]-R[REDACTED], Ra[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G[REDACTED], Immobilien-Baubetreuungs GmbH, I[REDACTED]straße [REDACTED],
Dü[REDACTED], vertreten durch ihren alleinigen Geschäftsführer
Bernd W. F[REDACTED], Fl[REDACTED]straße [REDACTED], Dü[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Quack

für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden die Urteile des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. April 1984 und der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 21. September 1983 teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 63.000 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 27. November 1981 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 3/4 und der Beklagte 1/4 zu tragen, von den Kosten des zweiten Rechtszuges die Klägerin 1/10 und der Beklagte 9/10.

2. Die Kosten des Revisionsverfahrens haben die Parteien je zur Hälfte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war Eigentümer eines größeren Grundstücks, das er nach dem Bauherrenmodell verwerten wollte. Die Klägerin betreibt ein Immobilien- und Baubetreuungsunternehmen.

Mit Schreiben vom 20. März 1981 beauftragte der Beklagte die Klägerin "auf der Basis des von ... (ihr) erarbeiteten Abwicklungsvorschlags ... exklusiv mit dem Vertrieb des Bauherrenmodells". Zur Vergütung heißt es dort u.a.:

"Wir haben eine Courtage von 5 % zzgl. ges. Mehrwertsteuer des beurkundeten Gesamtaufwandes vereinbart.

Über die jeweilige Fälligkeit der Courtage werden wir noch eine gesonderte Vereinbarung treffen.

Für die Prospektierung incl. aller hiermit zusammenhängenden Tätigkeiten erhalten Sie eine pauschale Kostenerstattung von 0,5 % des Gesamtaufwandes zzgl. ges. Mehrwertsteuer.

Die Fälligkeit dieser Kostenerstattung wird ebenfalls noch vereinbart. ..."

Mit Schreiben vom 27. November 1981 teilte der Beklagte dem Anwalt der Klägerin mit, daß er das Grundstück bereits am 25. September 1981 verkauft habe.

Die Klägerin hat wegen der Entziehung des Auftrags 250.000 DM nebst Zinsen verlangt und zur Begründung vorgetragen, daß ihr diese Summe als Reinverdienst geblieben wäre. Im Rahmen der Gesamtvergütung würde die Pauschvergütung für die Herstellung des Prospekts - unstreitig - 70.000 DM betragen haben. Der Prospekt sei druckfertig gewesen.



Der Beklagte hat jegliche Zahlungsverpflichtung geleugnet und insbesondere behauptet, daß das Projekt aus Verschulden der Klägerin gescheitert sei.

Das Landgericht hat der Klägerin für die "Projektierung" 70.000 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage im übrigen abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision hat der Beklagte zunächst seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiterverfolgt. Der Senat hat die Revision jedoch nur im Kostenpunkt und insoweit angenommen, wie der Beklagte zur Zahlung von mehr als 63.000 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Im übrigen hat er die Annahme der Revision durch Beschluß vom 16. Januar 1986 abgelehnt.

Der Beklagte hat daraufhin seinen Antrag dieser Entscheidung angepaßt. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht beurteilt den Auftrag vom 20. März 1981 als einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Die von der Klägerin übernommenen Hauptpflichten seien nicht nur auf die bloße Ausführung bestimmter Dienstleistungen gerichtet, sondern im wesentlichen erfolgsbezogen. Da der Beklagte den Vertrag gekündigt habe, ohne dazu einen von der Klägerin zu vertretenden Grund gehabt zu haben, könne die Klägerin die vereinbarte Vergütung verlangen; sie müsse sich nur das anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags erspart habe (§ 649 Satz 2 BGB).

Das ist richtig. Auch dafür, daß die Klägerin aufgrund der Kündigung anderweiten Erwerb gehabt habe oder doch hätte haben können, ist nichts ersichtlich. Soweit der Grund des jetzt noch streitigen Anspruchs in Rede steht, hat der Senat daher die Revision nicht angenommen.

2. Bei der Ermittlung des von dem Beklagten danach noch geschuldeten Betrages geht das Berufungsgericht von der für die "Projektierung" vereinbarten Vergütung aus. Hiervon zieht es als Ersparnis die nicht mehr entstandenen Druckkosten ab, die von der Klägerin mit höchstens 10 % der Vergütung angegeben worden seien. Daß die Klägerin sich noch weitere Ersparnisse anrechnen lassen müsse, habe der dafür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht hinreichend dargetan.

Das ist zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Auch wenn der Einwand der Ersparnis kein Gegenrecht des Bestellers ist, das nur auf dessen Vortrag hin berücksichtigt werden dürfte (Senatsurteil vom 23. Oktober 1980 - VII ZR 324/79 = ZfBR 1981, 80, 81 = BauR 1981, 198, 199), so trägt der Besteller doch für Art und Umfang der streitigen Ersparnis die Beweislast (Senatsurteil vom 22. September 1977 - VII ZR 162/74 = BauR 1978, 55). Außer den nicht mehr entstandenen Druckkosten sind weitere den Anspruch aus § 649 BGB einschränkende Umstände daher nicht zu berücksichtigen.

Die Druckkostenersparnis hat das Berufungsgericht jedoch nicht rechtsfehlerfrei bewertet. Einschließlich der Mehrwertsteuer (13 %) hätte sich zwar der Werklohn, wie es insoweit zutreffend errechnet, auf 79.100 DM belaufen. Hiervon hätte das Berufungsgericht jedoch nicht ausgehen und deshalb annehmen dürfen, daß die von der Klägerin nicht geltend ge-

machten 9.100 DM auf die Druckkosten entfallen sollten. Da der Vertrag nicht ausgeführt worden ist und die Klägerin auch nicht an den Beklagten geleistet hat, liegt hier kein umsatzsteuerpflichtiges Austauschgeschäft vor. Mehrwertsteuer kann die Klägerin daher nicht verlangen (Senatsurteil ZfBR 1981, 80, 81 = BauR 1981, 198, 199 mit Nachw.). Die Druckkostenersparnis beträgt damit nur 10 % von 70.000 DM, so daß die Klägerin lediglich 63.000 DM nebst Zinsen beanspruchen kann.

Wegen der diesen Betrag übersteigenden 7.000 DM und der darauf entfallenden Zinsen muß die Klage nach alledem gleichfalls abgewiesen werden. In diesem Umfang und hinsichtlich der Kostenentscheidung sind die Urteile der Vorinstanzen zu ändern.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92, 97 ZPO.

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Quack