

5

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

AGBG § 9 Bc, Cb; BGB § 675

Die Bestimmung in einem Formularvertrag, wonach dem Baubetreuer eine für die Vermietung des Bauobjekts und die Übernahme einer Mietgarantie vereinbarte Vergütung auch dann zusteht, wenn der Bauherr diese Leistungen einverständlich nicht in Anspruch nimmt, benachteiligt den Bauherrn entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam.

BGH, Urt. v. 5. April 1984 - VII ZR 196/83 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 196/83

URTEIL

Verkündet am
5. April 1984
W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der B- - - - - gesellschaft mbH & Co. Bau-
betreuungs-KG, vertreten durch die B- - - - - A- - - - - G- - - - -
- - - - - gesellschaft mbH, diese vertreten durch ihren
Geschäftsführer R- - - - - B- - - - - , S- - - - - - H- - - - -
Straße 4, K- - - - - ,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt - - - - - -

g e g e n

1. den Schulleiter H- - - - - J- - - - - J- - - - - ,
 2. die Kauffrau E- - - - - J- - - - - ,
- beide P- - - - - straße 4, K- - - - - ,

Beklagte, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte - - - - - -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 1984
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Doerry, Bliesener, Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das
Urteil des 20. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Köln vom 15. April 1983
wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Re-
vision zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagten haben sich von 1979 bis 1982 wiederholt an Bauherren-Modellen beteiligt, bei denen die Klägerin, ein Baubetreuungsunternehmen, als Trägerin verschiedener Funktionen ihre Vertragspartnerin war. Grundlage der Rechtsbeziehungen war jeweils ein von der Klägerin formularmäßig verwendeter Baubetreuungs- und Geschäftsbesorgungsvertrag.

Eines dieser Bauherren-Modelle betraf das Objekt D■■■■/A■■■■, ein anderes das Bauvorhaben S■■■■ in B■■■. Aus diesem zweiten Projekt hat die Klägerin den von den Beklagten bar zu zahlenden Kapitaleinsatz von 28.546 DM nebst Zinsen mit der Begründung eingeklagt, daß die Beklagten in Verzug geraten seien. Die Beklagten haben eingewendet, daß die Forderung infolge Aufrechnung mit Gegenansprüchen erloschen sei, die ihnen aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung der Klägerin aus dem Objekt D■■■■/A■■■■ und zwei weiteren Bauvorhaben zuständen. Die Klägerin habe nämlich Provisionen für die Vermietung der Objekte und für die Übernahme der Vermietungsgarantie einbehalten, obwohl sie insoweit nicht tätig geworden sei, die Vermietung vielmehr ihnen, den Beklagten, überlassen habe. Die Klägerin hat erwidert, sie sei nur im Fall D■■■■/A■■■■ zur Vermietung und deren Garantie verpflichtet gewesen. Auch wenn die Parteien sich - unstreitig - später dahin geeinigt hätten, daß die Beklagten dort die Vermietung selbst übernehmen sollten, könne sie die dafür vereinbarte Vergütung aufgrund ihrer Vertragsbedingungen beanspruchen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 23.796,05 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Es hat die Aufrechnung nur für durchgreifend erachtet, soweit sie den Anspruch der Beklagten auf Erstattung der Vermietungsgebühr aus dem Objekt D [REDACTED]/A [REDACTED] in Höhe von 4.749,95 DM betraf.

Mit der Berufung haben die Beklagten sich nur gegen die Höhe der zuerkannten Zinsen sowie dagegen gewendet, daß ihnen aus dem Bauvorhaben D [REDACTED]/A [REDACTED] der Anspruch auf Erstattung der Provision für die Vermietungsgarantie in Höhe von 4.203,50 DM versagt worden ist. Die Klägerin hat mit der Anschlußberufung die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der vollen Klagesumme begehrt. Das Oberlandesgericht hat die Klage wegen eines Gesamtbetrages von 8.953,45 DM nebst Zinsen abgewiesen. Das weitergehende Rechtsmittel der Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihre Klageforderung hinsichtlich des abgewiesenen Teils weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die aus dem Bauvorhaben S [REDACTED] hergeleitete Klageforderung sei im jetzt nur noch streitigen Umfange, also in Höhe

von 8.953,45 DM durch Aufrechnung erloschen. Den Beklagten habe nämlich aus der Abrechnung des Objekts D [REDACTED] / A [REDACTED] eine auf ungerechtfertigter Bereicherung der Klägerin beruhende entsprechend hohe Gegenforderung zugestanden. Da die Klägerin die Vermietung dieses Hauses nicht vermittelt und infolgedessen insoweit auch keine Garantie übernommen habe, sei sie nicht berechtigt gewesen, dafür aus dem Guthaben der Beklagten jene 8.953,45 DM als Vergütung einzubehalten. Die Klausel des Baubetreuungs- und Geschäftsbesorgungsvertrages, wonach die Beklagten auch dann zur Zahlung verpflichtet seien, falls diese Leistungen entfielen, sei nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie meint in erster Linie, eine Minderung des Vergütungsanspruchs scheide bereits deshalb aus, weil es sich bei dem Vertrage um ein "umfangreiches Regelungs-
werk sui generis" handele, das nicht in einzelne (gesetzliche) Schuldverhältnisse aufgespalten werden könne, sondern einheitlich nach § 305 BGB zu beurteilen sei. Demgemäß hätte die vereinbarte Vergütung nur dann herabgesetzt werden dürfen, wenn sich im Vertrage ein dafür sprechender Anhalt fände. Das sei jedoch nicht der Fall; hier sei die Minderung sogar ausdrücklich ausgeschlossen worden. Die Parteien hätten daher auch vereinbaren können, daß die Nichtinanspruchnahme von Teilleistungen die Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung der Vergütung unberührt lasse.

Das ist nicht richtig. Das Berufungsgericht stellt seine Entscheidung mit Recht auf die einzelnen

hier nicht erbrachten Betreuungsleistungen ab. Der Vertrag der Parteien ist aus Teilen mit jeweils selbständigem Inhalt zusammengesetzt (vgl. BGH NJW 1983, 985, 986 mit Nachw.).

a) Die von der Klägerin unstreitig formularmäßig, auch gegenüber den Beklagten schon mehrfach verwendeten Vertragsbedingungen haben, soweit sie hier von Interesse sind, folgenden Wortlaut:

§ 3 Betreuungs- und Geschäftsbesorgungsaufträge, Entgelte

1. Der Bauherr beauftragt den Betreuer mit der wirtschaftlichen Baubetreuung, d. h. mit der Besorgung aller mit dem Bauvorhaben, seiner Vorbereitung, Durchführung und Abwicklung in Zusammenhang stehenden wirtschaftlichen, insbesondere finanziellen Angelegenheiten ...

Das Honorar für die wirtschaftliche Betreuung beträgt 3 Prozent vom Gesamtaufwand zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Es ist mit dem Abschluß dieses Vertrages zur Zahlung fällig. Für die gemäß § 2 Absatz 2 übernommene Garantie über die Limitierung der Bauzeitinsen erhält der Betreuer ein Entgelt in Höhe von 1 Prozent des Gesamtaufwandes. Es ist ebenfalls sofort zur Zahlung fällig.

2. Der Bauherr beauftragt den Betreuer, ihm die zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Zwischenfinanzierungsmittel sowie die zur langfristigen Finanzierung vorgesehenen Darlehen ... zu beschaffen.

Der Betreuer erhält für die Vermittlung der Zwischenkredite und der langfristigen Darlehen sowie für die Bearbeitung der Zwischen- und Endfinanzierung ein Entgelt in Höhe von 4 Prozent des Gesamtaufwandes zzgl. MWSt. Die Vergütung ist sofort fällig.

3. Der Betreuer verpflichtet sich, für den Bauherrn gegenüber dem Darlehensgeber der Zwischen-

kredite die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zur Bezugsfertigkeit des Bauvorhabens zu übernehmen oder dem Bauherrn einen ... anderen Bürgen zu beschaffen, ... Der Bürge erhält hierfür ein Entgelt in Höhe von 2 Prozent des Gesamtaufwandes. Die Vergütung ist sofort fällig.

4. Der Betreuer verpflichtet sich, das Bauvorhaben frühestmöglich ab Bezugsfertigkeit zu vermieten. ... Für die Übernahme der Vermietungstätigkeit erhält der Betreuer ein Entgelt in Höhe von 1 Prozent des Gesamtaufwandes zzgl. MWSt. Die Vergütung ist sofort fällig.
5. Der Betreuer garantiert hiermit dem Bauherrn, daß spätestens ab Beginn des dritten der Bezugsfertigkeit folgenden Monats für sein Bauvorhaben ein Mietvertrag abgeschlossen wird. ... Für die Übernahme dieser Garantie erhält der Betreuer eine Vergütung in Höhe von 1 % des Gesamtaufwandes, die sofort fällig ist.
6. Die vorstehend unter Ziffer 1 - 5 vereinbarten Entgelte stehen dem Betreuer im Hinblick auf die von ihm erbrachten Vorleistungen auch dann zu, wenn der Bauherr eine oder mehrere der vorstehend vereinbarten Leistungen des Betreuers nicht in Anspruch nimmt oder wenn die Leistung dem Betreuer aus einem vom Bauherrn zu vertretenden Grund unmöglich wird."

b) Diese Bedingungen zeigen, daß die Klägerin eine Anzahl verschiedenartiger Betreuungsleistungen für eine jeweils darauf abgestimmte Vergütung erbringen sollte. Eine einheitliche, die gesamten Betreuungsleistungen erfassende Vergütung war nicht vorgesehen. Der Gesamtaufwand war lediglich in das von den Beklagten aufzubringende Eigenkapital und in den Nettobetrag des Fremdkapitals aufgegliedert. Die verschiedenen Betreuungsleistungen der Klägerin sind daher je nach ihrem rechtlichen Gehalt nach allgemeinen Grundsätzen (Garantievertrag) oder nach den besonderen Vorschriften über den Makler-, Bürgschafts- sowie den Geschäftsbesorgungsvertrag zu beurteilen, und für jede

einzelne dieser Leistungen stellt sich dann die Frage nach ihrer Vergütung.

Entgegen der Ansicht der Revision hat denn auch der Bundesgerichtshof in seinem bereits erwähnten Urteil NJW 1983, 985 den dort festgestellten Sachverhalt nicht nur nach § 305 BGB gewürdigt, sondern ausgesprochen, daß die Baubetreuerin eine Maklerprovision gefordert habe, die der Bauherr wegen der Bestimmung des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu zahlen brauche. Auf die von der Revision vermißte Anwendung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG kam es dort nicht an, weil der Betreuer in jenem Falle keine Klausel verwendet hatte, die - wie hier - die Vergütung auch bei Nichtleistung sichern sollte.

2. Verfehlt ist ferner die Meinung der Revision, das Berufungsgericht habe die steuerlichen Konsequenzen seiner Entscheidung nicht hinreichend berücksichtigt.

Die eingehende Aufgliederung der Gesamtbetreuung in einzelne Leistungen und die damit ermöglichte Zuordnung dieser Leistungen zu selbständigen Schuldverhältnissen war - wie auch die Revision nicht verkennt - gerade aus steuerlichen Erwägungen unvermeidlich. Nur wenn die von den Parteien gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung auch ernsthaft gewollt war, kam eine steuerliche Anerkennung als Werbungskosten in Betracht (BGHZ 67, 334, 338 mit Nachw.; 76, 86, 95; vgl. auch Wollny, Beilage 1/1982 zu BB Heft 7/1982, S. 6 f). Die Beklagten hatten daher eine von den einzelnen Betreuungsleistungen der Klägerin unabhängige und damit hinsichtlich ihrer Verwendung von der Finanzverwaltung nicht mehr nachprüfbare Gesamtvergütung gerade nicht übernehmen dürfen und auch nicht übernehmen wollen.

3. Daß die Klägerin den vereinbarten Gesamtaufwand für das Objekt D [REDACTED] / A [REDACTED] nicht überschritten hatte, ist danach ebensowenig von Belang. Die Festpreisabrede verpflichtete sie nur, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, zur Freistellung der Beklagten von etwaigen den Festpreis übersteigenden Forderungen der Bauhandwerker (BGHZ 67, 334, 336 mit Nachw.). Beanspruchen kann die Klägerin aus dem Gesamtaufwand nur eine Vergütung ihrer Betreuungstätigkeit (BGH NJW 1975, 869, 870), und der Umfang dieser Vergütung hängt wiederum davon ab, was die Parteien insoweit wirksam vereinbart haben.

4. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht somit davon aus, daß die hier streitigen Provisionsansprüche der Klägerin nur dann gerechtfertigt wären, wenn § 3 Nr. 6 des Baubetreuungs- und Geschäftsbesorgungsvertrages wirksam wäre, die Klägerin also eine Vergütung für die Vermietung des Objekts und für die Übernahme einer sich darauf beziehenden Garantie beanspruchen könnte, obwohl sie insoweit irgendwelche Leistungen nicht erbracht hat.

Diese Frage wird vom Berufungsgericht mit Recht verneint.

a) Soweit es um die Vergütung gemäß § 3 Nr. 4 des Vertrages, also um die Provision von 4.749,95 DM für die Vermietung des Bauvorhabens geht, nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, daß die in § 3 Nr. 6 des Vertrages bestimmte Zahlungspflicht der Beklagten auch für den Fall, daß sie die Leistungen der Klägerin nicht in Anspruch nehmen, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

Der Bundesgerichtshof hat bereits für die Fälle, die dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (AGB-Gesetz, BGBI. I 3317) noch nicht unterlagen, wiederholt hervorgehoben, daß der Makler seinen Lohn nach dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages nur dann verdient, wenn seine Tätigkeit für das zustandegekommene Geschäft - hier also für die Vermietung durch die Beklagten selbst - ursächlich war (BGHZ 60, 377, 381 f; 60, 385, 390; zuletzt wohl Urt. vom 26. Februar 1981 - IVa ZR 99/80 = LM AGBG § 28 Nr. 1 = WM 1981, 561, 562). Das gilt nicht minder dann, wenn das AGB-Gesetz anzuwenden ist. Zutreffend hat daher das Oberlandesgericht München für derartige Fälle auch schon entschieden, daß der vertragliche Ausschluß des Rechts auf Rückforderung bereits gezahlter Provisionen nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam ist (Urt. vom 2. April 1982 - 23 U 4208/81 = Betrieb 1982, 1003 mit Anm. Brych und Jehl/Steinbrück; Urt. vom 28. Juli 1983 - 1 U 2602/83 = BB 1983, 1692; vgl. auch Urt. vom 27. Oktober 1983 - 1 U 2174/83 = Betrieb 1984, 502).

b) Entsprechendes gilt für die Vergütung gemäß § 3 Nr. 5 des Vertrages, also für die Provision von 4.203,50 DM für die Übernahme der Garantie für den Abschluß eines Mietvertrages.

Dazu führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin sei aufgrund der späteren Vereinbarung, daß die Beklagten die Vermietung selbst übernehmen sollten, auch hinsichtlich der Vermietungsgarantie von ihrer Verpflichtung zur Leistung befreit worden. Da dieser Garantievertrag ein gegenseitiger Vertrag sei, gehöre zu seinem wesentlichen Grundgedanken die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung. Hiermit sei die in § 3 Nr. 6 des Baubetreuungs-

und Geschäftsbesorgungsvertrages festgeschriebene Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Garantieprovision nicht vereinbar.

Das ist richtig. Zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehört der Grundsatz, daß bei der Abwicklung gegenseitiger Verträge auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung angemessen Rücksicht zu nehmen ist (vgl. etwa § 323 BGB). So hat denn der Bundesgerichtshof schon wiederholt auf diese Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung abgestellt und ausgesprochen, eine Vergütungsklausel stehe nicht in Einklang mit Treu und Glauben, wenn sie dem Verwender das volle Entgelt auch für den Fall zuspricht, daß der Verwender noch gar keine oder eine nur ganz geringfügige Tätigkeit entfaltet hat (BGHZ 54, 106, 111; NJW 1982, 181; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 4. Aufl., § 9 Rdn. 99; Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 9 AGBG Anm. 3 a). Ähnlich liegen die Dinge hier, wo die ursprünglich der Klägerin obliegende Vermietung des Bauvorhabens einvernehmlich den Beklagten übertragen worden ist, die Klägerin also insofern keinerlei Tätigkeit zu entfalten hatte. Zudem ist nach § 11 Nr. 2 a AGBG in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 BGB zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Für die weit tiefer eingreifende Klausel, daß der Vertragspartner trotz einverständlichen Ausfalls der vom Verwender zunächst geschuldeten Leistung zur vollen Gegenleistung verpflichtet bleiben soll, ergibt sich die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners umso deutlicher. Insoweit bringt denn auch die Revision dagegen nichts vor.

5. Die Revision ist nach alledem mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Doerry

Bliesener

Walchshöfer

Quack