

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 276 Fb

Im Rahmen vorvertraglicher Verhandlungen hat der Auftragnehmer den Auftraggeber darüber aufzuklären, daß er mit dem zukünftigen Baubetreuer des Auftraggebers eine Provisionsabsprache trifft. Unterläßt er dies, kann der Auftraggeber als Schaden den Betrag fordern, um den er die Bauleistung zu teuer erworben hat.

BGH, Urteil vom 14. März 1991 - VII ZR 342/89 - Kammergericht
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 342/89

URTEIL

Verkündet am:
14. März 1991
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1991 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 28. September 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

WI



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine gemeinnützige Wohnungsbaugesellschaft des Landes Berlin. Der Beklagte zu 2 (künftig: B.) vermittelte 1981 der Beklagten zu 1 (künftig: Beklagte), einem in A. ansässigen Großbauunternehmen, den Zugang zum Wohnungsbau in Berlin. Er versprach der Beklagten, er werde ihr gegen angemessenes Honorar Großaufträge im sozialen Wohnungsbau verschaffen. Unter dem Datum vom 2. November 1981 verpflichtete sich die Beklagte, B. eine Provision von 6 Mio. DM zuzüglich 13 % Mehrwertsteuer zu zahlen, wenn er ihr einen Auftrag zum Bau von 1.000 Sozialwohnungen verschaffe; bei Änderung des Bauvolumens sollte sich die Provision entsprechend erhöhen bzw. verringern. Unter gleichem Datum erstellte sie ein Festpreisangebot, das B. als Verhandlungsgrundlage dienen sollte.

B. wurde alsbald in Berlin tätig und knüpfte Kontakte zu den dortigen Entscheidungsträgern. Das Festpreisangebot der Beklagten lag deutlich unter dem damaligen Berliner Preisniveau. Auf eine Ausschreibung wurde deshalb verzichtet. Nach längeren Verhandlungen schlossen die Parteien am 25. Mai 1982 die maßgeblichen Verträge. Im Baubetreuungsvertrag beauftragte die Klägerin die SB-GmbH, deren Mitgesellschafter und Geschäftsführer B. war, mit der wirtschaftlichen und technischen Betreuung des Bauvorhabens gegen eine Pauschalvergütung von knapp 3,7 Mio. DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Im Generalunternehmervertrag beauftragte die SB-GmbH namens und in Vollmacht der Klägerin die Beklagte mit der Errichtung von 525 schlüsselfertigen Wohnungen und den zugehörigen Kfz-Stellplätzen zu einem Pauschalpreis von rund

88 Mio. DM. Die Einhaltung dieses Festpreises garantierte die SB-GmbH der Klägerin in einem gesonderten Vertrag.

Einen Tag später, am 26. Mai 1982, traf die Beklagte mit B. entsprechend einer im April 1982 gegebenen Zusage eine neue Provisionsabrede, die an die Stelle der Vereinbarung vom 2. November 1981 treten sollte. Danach verpflichtete sich die Beklagte, an B. 3.136.789,60 DM sofort sowie weitere 4 Mio. DM zu zahlen, sobald die Klägerin Abschlagszahlungen von 12 Mio. DM geleistet habe. Die Beklagte zahlte die versprochenen Beträge an B. oder an Dritte, die B. benannt hatte.

Mit Vertrag vom 22. Dezember 1982 erweiterten die Parteien den Auftrag um 142 Wohnungen. Das Bauvorhaben wurde 1986 fertiggestellt. Die Beklagte erhielt den vereinbarten Werklohn.

Die Klägerin hat von den Beklagten zu 1 und 2 Zahlung von 7.736.789 DM nebst Zinsen verlangt. Das gegen B. gerichtete Verfahren ist nach Eröffnung des Konkursverfahrens über dessen Vermögen unterbrochen. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten geltend gemacht, diese habe den Betrag, den sie B. als Provision gezahlt habe, unredlicherweise auf ihren Werklohn aufgeschlagen. Bei den fraglichen Zahlungen handele es sich in der Sache um Schmiergelder.

Das Landgericht hat die gegen die Beklagte gerichtete Klage durch Teilurteil in Höhe von 7.136.789 DM abgewiesen. Das Kammergericht hat das Teilurteil im Ergebnis bestätigt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren abgewiesenen Zahlungsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Nach Ansicht des Kammergerichts hat die Klägerin gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf Zahlung der möglicherweise im Pauschalpreis enthaltenen und an B. geleisteten Provision von 7.136.789 DM. Die Beklagte habe keine vorvertragliche Pflicht verletzt. Sie sei nicht gehalten gewesen, ihre Provisionszusage vom 2. November 1981 offenzulegen. Die Kalkulation des Angebotspreises sei ihre interne Angelegenheit gewesen. Auch wenn die an B. gezahlte Provision Bestandteil des Baupreises gewesen sein sollte, sei dies rechtlich ohne Bedeutung. Als Unternehmerin dürfe die Beklagte auch Kosten für die Vermittlung des Auftrags in ihren Angebotspreis einkalkulieren. Daran ändere sich nichts, wenn es sich bei dem Bauvorhaben um öffentlich geförderten Wohnungsbau handele. Es sei daher unerheblich, daß die Wohnungsbau-Kreditanstalt angedroht habe, sie werde ihre Förderung um die an B. abgeführte Provision kürzen.

Eine vorvertragliche Pflicht, ihr Provisionsversprechen vom 2. November 1981 offenzulegen, ergebe sich für die Beklagte auch nicht aus dem Umstand, daß B. bzw. die von ihm beherrschte SB-GmbH als Baubetreuer für die Klägerin tätig werden sollte; denn die ursprüngliche Provisionszusage sei lange vor Abschluß des Baubetreuungsvertrages zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem noch nicht abzusehen gewesen sei, daß es zu Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien kommen würde. Die ursprüngliche Provisionszusage trage keinen Schmiergeldcharakter; ihr fehle die für Schmiergeldzahlungen typische Zielrichtung. Vielmehr handele es sich insoweit um einen nicht zu beanstandenden Maklervertrag.

Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung seien nicht gegeben. Zwar trage die im April 1982 mündlich und am 26. Mai 1982 schriftlich getroffene Vereinbarung mit B. Schmiergeldcharakter. Durch diese Provisionsabsprache habe die Klägerin jedoch keinen Schaden erlitten; denn der von ihr zu zahlende Preis pro qm Wohnfläche habe von Anfang an festgestanden; er habe sich auch später nicht erhöht, so daß die zweite Provisionszusage auf den Baupreis ohne jede Auswirkung geblieben sei. Mangels Schadens seien auch deliktische Ansprüche nicht gegeben.

II.

Die Ausführungen des Kammergerichts halten schon im Hinblick auf Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen der rechtlichen Überprüfung nicht stand, so daß auf weitere Anspruchsgrundlagen nicht einzugehen ist.

Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt. Sie hat der Klägerin wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen den durch die Verletzung der Aufklärungspflicht verursachten Schaden zu ersetzen.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Ansicht des Kammergerichts, die Beklagte sei grundsätzlich nicht verpflichtet, die Kalkulation ihres Angebots offenzulegen. Bei einem Werkvertrag muß der Unternehmer den Besteller grundsätzlich nicht über seine Berechnungsgrundlagen und seine Preiskalkulation unterrichten (vgl. MünchKomm/Roth 2. Aufl., § 242 BGB Rdn. 202). Dies gilt insbesondere, wenn es sich wie hier um einen Pauschalpreisvertrag handelt, bei dem die Grundlagen der Preisermittlung nicht zum Vertragsgegenstand werden (Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab VOB, 5. Aufl., Teil B § 2, Rdn. 87 b).

Es kann offenbleiben, ob dieser Grundsatz auch dann noch uneingeschränkt gilt, wenn der Bauvertrag ein Vorhaben betrifft, das mit Mitteln des sozialen Wohnungsbaus gefördert werden soll und die Einbeziehung von Vermittlungsprovisionen in den Werklohn die Förderungswürdigkeit des Vorhabens ganz oder teilweise gefährden kann.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes besteht bei Vertragsverhandlungen, auch wenn die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (BGH,

Urteil vom 27. Februar 1974 - V ZR 85/82 = NJW 1974, 849, 851; Urteil vom 6. Februar 1976 - V ZR 44/74 = LM § 123 BGB Nr. 45; Urteil vom 15. Januar 1985 - X ZR 16/83 = WM 1985, 673, 674; Senatsurteil vom 8. Dezember 1988 - VII ZR 83/88 = NJW 1989, 1793, 1794 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen war die Beklagte vor Abschluß des Generalunternehmervertrages vom 25. Mai 1982 verpflichtet, die Klägerin jedenfalls darüber in Kenntnis zu setzen, daß sie B. im April 1982 eine Provision mündlich versprochen hatte. Denn diese zweite Provisionsabrede verstößt gegen die guten Sitten und gefährdet damit das gesamte Vertragswerk.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anstößig, wenn Unternehmen, die steuerbegünstigte Vermögensanlagen anbieten, steuerlichen Beratern eine Provision für den Fall versprechen, daß sie ihren Mandanten zu einem Vertragsschluß mit diesen Unternehmen veranlassen. Durch eine Provisionsvereinbarung gerät der steuerliche Berater in Gefahr, seinen Mandanten nicht mehr unvoreingenommen zu beraten. In einer solchen Lage kann er dem Vorwurf des Treubruchs nur dadurch entgehen, daß er den Mandanten, denen er die Beteiligung an dem betreffenden Projekt nahelegt, das ihm erteilte Provisionsversprechen offenbart (BGHZ 78, 263, 268; BGHZ 95, 81, 84; Urteil vom 25. Februar 1987 - IVa ZR 214/85 = WM 1987, 959, 960; Urteil vom 20. Mai 1987 - IVa ZR 36/86 = WM 1987, 960, 961).

b) Der Gefahr des Treubruchs ist nicht nur der steuerliche Berater, sondern auch der Sachwalter ausgesetzt, der aufgrund eines Treueverhältnisses verpflichtet ist, fremde

Vermögensinteressen wahrzunehmen. Wer das Vertrauen eines anderen besitzt und aus diesem Grund von ihm als Berater zugezogen wird, der mißbraucht dieses Vertrauen, wenn er es dadurch zu Geld macht, daß er den Inhalt seiner Ratschläge von Zahlungen interessierter Dritter abhängig macht. Der Beratene setzt in einem solchen Fall als selbstverständlich voraus, daß sich sein Berater bei seinen Ratschlägen ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten läßt (BGH, Urteil vom 25. Juni 1986 - IVa ZR 234/84 = WM 1986, 1389, 1390).

Dies alles verhält sich ganz ähnlich bei einem Baubetreuer. Die Nähe zum Vermögen des Betreuten zeigt sich in seiner Befugnis, für Rechnung des Betreuten Bauwerkverträge schließen zu können, und in seiner Aufgabe, die Durchführung und Abrechnung der geschlossenen Werkverträge zu überwachen (vgl. Senat, Urteil vom 25. Oktober 1990 - VII ZR 230/88 = WM 1991, 10 = ZIP 1990, 1578). Im Hinblick auf das ihm entgegengebrachte Vertrauen gehört er damit zu dem Kreis der Personen, denen die Annahme von Zuwendungen durch mit ihm in Verhandlung tretende und künftig von ihm überwachte Dritte verwehrt ist.

c) Die Provisionszusage ist nichtig, wenn der Versprechende weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß der Berater oder Sachwalter diese Vereinbarung seinem Auftraggeber verschweigen will (BGHZ 78, 263, 268). Es ist nicht erforderlich, daß mit der getroffenen Provisionsvereinbarung ein Treubruch des Beraters honoriert werden soll. Es reicht vielmehr aus, wenn der Berater hinter dem Rücken seines Auftraggebers sich von einem Dritten eine Provision

versprechen läßt und dadurch in die Gefahr gerät, für seinen Auftraggeber nicht mehr unvoreingenommen tätig sein zu können (BGHZ 95, 81, 85).

d) Eine derartige Provisionszusage kann schon im vorvertraglichen Bereich die Pflicht des Versprechenden begründen, seinem Verhandlungspartner diese offenzulegen. Zwar liegt diesen vorvertraglichen Beziehungen nicht ein derartiges Vertrauensverhältnis zugrunde, wie es zwischen dem Verhandlungspartner und dem Sachwalter besteht. Dennoch kann der Verhandlungspartner redlicherweise auch vom Dritten Aufklärung erwarten, wenn der Dritte seinem Sachwalter eine Provision für den Fall des Vertragsschlusses zusagt und erkennbar die Gefahr besteht, der Sachwalter werde fortan seine weiteren Entscheidungen nicht mehr unbeeinflußt treffen. Andernfalls wäre das gesamte Vertragswerk nachhaltig gefährdet.

e) So liegt der Fall hier.

Zwar bestanden im April 1982 noch keine vertraglichen Beziehungen des B. zur Klägerin. Jedoch war nach den Feststellungen des Kammergerichts zu diesem Zeitpunkt bereits absehbar, daß B. bzw. die von ihm beherrschte SB-GmbH Baubetreuer der Klägerin werden würde. B. sollte damit rechtlich eindeutig im Lager der Klägerin stehen. Die Beklagte kannte auch die Pflichtenkollision, in die B. durch die schon im damaligen Zeitpunkt beabsichtigte Beauftragung der von ihm beherrschten SB-GmbH mit der Baubetreuung geraten würde. Nach den Feststellungen des Kammergerichts, wonach die zweite Provisionsabsprache Schmiergeldcharakter trug,

war der Beklagten dabei auch klar, zumindest rechnete sie damit, daß B. von sich aus der Klägerin seine Bindungen an die Beklagte nicht offenbaren würde. Spätestens dann aber traf sie eine Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin, um dem Eindruck entgegenzutreten, sie wolle zukünftig auf die Entscheidungen des B. oder der von ihm beherrschten SB-GmbH als Baubetreuer unredlichen Einfluß nehmen und sich auf diese Weise das Wohlverhalten desjenigen erkaufen, der vom Verhandlungspartner damit beauftragt werden sollte, sie (die Beklagte) mit der Werkleistung zu beauftragen und die Bauausführung zu überwachen.

3. Die Offenlegung dieser Provisionszusage war der Beklagten entgegen der Ansicht des Kammergerichts zumutbar.

Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Kammergerichts lag ein sittlich zu mißbilligendes Verhalten der Beklagten ursprünglich nicht vor. Nach ihren eigenen Angaben sollte B. zunächst versuchen, mit der Klägerin einen Generalübernehmervertrag zu schließen. Mithin stellte die Vereinbarung vom 2. November 1981 einen aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Maklervertrag dar. Die Beklagte brauchte sich also mit der Offenlegung dieses Versprechens nicht selbst einer unredlichen oder gar strafbaren Handlung zu bezichtigen.

Der Beklagten war auch zumutbar, die weitergehende Provisionsabrede zu offenbaren. Sie hatte alles zu unterlassen, was sich auf die beabsichtigte Vertragsdurchführung negativ auswirken konnte. Das Interesse der Klägerin an einer störungsfreien Verwirklichung ihres Bauvorhabens,

insbesondere an einer Baubetreuung durch einen Sachwalter, der nicht zugleich im Lager des Vertragsgegners stand, überwog das Interesse der Beklagten an einer Geheimhaltung ihrer Abreden mit B..

4. Entgegen der vom Kammergericht vertretenen Ansicht ist der Klägerin durch das Verheimlichen der B. gewährten Provision ein Schaden entstanden.

Der auf Verschulden bei Vertragsverhandlungen gestützte Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet. Hält der Geschädigte am Vertrag fest, so muß er so behandelt werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen. Diesen zunächst für die Abwicklung von Kaufverträgen aufgestellten Grundsatz (zuletzt BGH, Urteil vom 28. März 1990 - VIII ZR 169/89 = WM 1990, 1032, 1035 m.w.N.) hat der Senat auf Werkverträge übertragen (Senatsurteil vom 8. Dezember 1988 aaO).

Steht demnach dem Besteller wegen der unterbliebenen Aufklärung gegen den Unternehmer aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen ein Schadensersatzanspruch zu und hält er am Vertrag fest, muß der Betrag als ersatzfähiger Schaden anerkannt werden, um den er die Werkleistung zu teuer bezahlt hat. Dabei kommt es nicht auf den - hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden - Nachweis an, ob der Vertragsgegner sich mit einem Vertragsschluß zu einer niedrigeren Vergütung auch einverstanden erklärt hätte (Senatsurteil vom 8. Dezember 1988 aaO). Für den Schadensersatzanspruch kommt es vielmehr darauf an, wie sich der Besteller bei Kenntnis

der ihm verheimlichten Umstände verhalten hätte (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 16. Januar 1991 - VIII ZR 14/90 S. 17/18 des Urteilsabdrucks - zur Veröffentlichung bestimmt -); verbleibende Unklarheiten gehen dabei zu Lasten des aufklärungspflichtigen Unternehmers (Senatsurteile vom 11. Mai 1989 - VII ZR 12/88 = ZfBR 1989, 207, 208/209 = BauR 1989, 623 = WM 1989, 1286 und vom 31. Mai 1990 - VII ZR 341/88 = WM 1990, 1658 = VersR 1990, 1363).

Bei dem derzeitigen Sachstand ist davon auszugehen, daß die Klägerin bei Kenntnis davon, daß die Provision des B. im Baupreis einkalkuliert war, für die Durchführung ihres Bauvorhabens weniger aufgewendet hätte, als sie letztlich bezahlt hat. Sie kann deshalb eine Herabsetzung des durch die Provision verteuerten Werklohns und die Rückzahlung des durch die Provision verursachten Mehrbetrags verlangen. Dabei hat es auf die Schadenshöhe keinen Einfluß, daß die Vereinbarung vom 2. November 1981 einen aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Maklervertrag zwischen B. und der Beklagten darstellte. Denn aus diesem Vertrag ergab sich keine Provisionspflicht der Beklagten. Diese entsteht nur, wenn der Makler ein Geschäft mit einem Dritten nachweist oder vermittelt, nicht aber, wenn er - wie hier - zur Zeit des Geschäftsabschlusses die Rolle des Maklers mit der des für den Geschäftspartner auftretenden Baubetreuers vertauscht hat. B. hatte ursprünglich eine Vermittlung von Bauaufträgen an die Beklagte übernommen. Eine Vermittlung setzt aber voraus, daß der Makler in Beziehung zu einem Dritten tritt und auf diesen zum Vertragsschluß einwirkt. Ein solches Vermitteln entfällt jedoch, wenn der Makler selbst als

Beauftragter des Dritten den Vertrag in dessen Namen abschließt (BGH, Urteile vom 12. Mai 1971 - IV ZR 82/70 = NJW 1971, 1839 und vom 24. April 1985 - IVa ZR 211/83 = NJW 1985, 2473). Zwar kann der Auftraggeber grundsätzlich dem Makler - abweichend vom gesetzlichen Leitbild - auch für diesen Fall eine Provision versprechen. Im vorliegenden Fall wäre eine solche Zusage - wie oben ausgeführt - nichtig gewesen.

5. Von seinem Standpunkt aus folgerichtig hat das Kammergericht offengelassen, ob die Verletzung der Aufklärungspflicht für den Schaden der Klägerin ursächlich gewesen ist. Dies ist zweifelhaft. Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe vor Abschluß des Generalunternehmervertrags Kenntnis von der Provisionszusage und ihrer Einbeziehung in den Baupreis erlangt. Die Klägerin hat dies bestritten. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der vorvertraglichen Offenbarungspflicht kann im Ergebnis daran scheitern, daß die Klägerin keine Aufklärung mehr nötig hatte, weil ihre Organe die vertragsschädliche Provision und Preiskalkulation ohnehin kannten. Sollte dies zutreffen, müßte sich die Klägerin die Kenntnis ihrer Geschäftsführer entsprechend § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG zurechnen lassen. Für das Revisionsverfahren allerdings ist zugunsten der Klägerin zu unterstellen, daß der Schaden auf der Verletzung der Aufklärungspflicht beruht.

III.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Voraussetzungen für eine endgültige Entscheidung durch den Senat (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) sind nicht gegeben; denn zur Schadensursächlichkeit der Aufklärungspflichtverletzung und zur Höhe des dadurch verursachten Schadens hat das Berufungsgericht noch keine Feststellungen getroffen. Diese sind nachzuholen.

Lang

Quack

Thode

Hausmann

Wiebel