
Datum: 05.02.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 75/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0205.24U75.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 146/09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 23. April 2012 – 26 O 146/09 – wird, soweit sie sich gegen eine Klageabweisung in Bezug auf Ansprüche aus den Rechnungen 037/2006, 051/2008, 020/2006, 044/2008, 055/2008, 019/2006, 045/2008, 053/2008, 052/2008, 015/2005 richtet, als unzulässig verworfen und im übrigen als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin hat den Beklagten auf Zahlung von Geschäftsbesorgungshonorar, Maklerprovision und Finanzvermittlungsprovision im Zusammenhang mit dem Ankauf, dem Umbau und dem Verkauf von sechs Immobilien in Anspruch genommen. Zur näheren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil

1

2

3

Bezug genommen (§ 540 Absatz 1 Nummer 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Soweit die Klägerin für alle sechs Immobilien Zahlung eines Geschäftsbesorgungshonorars verlangt habe, sei die Klage unschlüssig. Auf die jeweiligen Verträge finde Werkvertragsrecht Anwendung. Gemäß § 649 BGB stehe der Klägerin nach der durch den Beklagten erklärten Kündigung ein Anspruch auf Vergütung abzüglich der infolge der Vertragsbeendigung ersparten Aufwendungen zu. Die Klägerin habe es jedoch unterlassen, die für die Ermittlung der ausgeführten Teilleistung sowie die für die Bestimmung ihres Anteils an der Gesamtleistung erforderlichen Angaben zu machen. Sie habe auch nicht die auf den nicht erbrachten Teil entfallenden ersparten Aufwendungen dargelegt. 4

Im Falle der Villa H (033/2006 und 047/2008) sei nicht dargelegt, warum Teile der behaupteten Leistungen nur zu 50 % erfolgt seien, da für eine solche Festsetzung die Bezugsgröße fehle. Die vorlegten „to - do - Listen“ würden den insofern erforderlichen geordneten Sachvortrag nicht ersetzen. Dem Vortrag sei nicht zu entnehmen, welche Arbeiten tatsächlich ausgeführt worden seien. Auch sei nicht angegeben, welche Wertigkeit den einzelnen, im Vertragstext durch Spiegelstriche angeführten Leistungen im Rahmen des Gesamtauftrages zukomme. Eine Erläuterung zu der von der Klägerin angenommenen Wertigkeit der entsprechend den einzelnen Spiegelstrichen zu erbringenden Leistung sei nicht erfolgt. Das Zahlenwerk der Abrechnung sei ebenso wenig nachvollziehbar wie die Annahme des Verkaufspreises als Basis für die Ermittlung der Außenprovision. 5

Bezüglich der Residenz T (richtig: 037/2006 und 048/2008) sei die Ermittlung der Gesamtkosten zur Bestimmung des Leistungsumfanges III nicht nachvollziehbar. Ferner werde eine Abschlagszahlung auf die Gewinnbeteiligung verlangt, die aber für den Leistungsumfang III nicht vorgesehen sei. Zudem sei ein verlangtes Mindesthonorar bereits vom Beklagten gezahlt worden. Es sei aber nicht dargelegt worden, wie sich dieses zur Klageforderung verhalte. 6

Bei der Villa C (034/2006 und 046/2008) seien die Anspruchsvoraussetzungen nicht dargelegt. Insofern fehle sowohl die Darstellung der erbrachten Leistungen als auch deren Bewertung im Rahmen des Gesamtauftrages; ferner fehle eine Erläuterung des von der Klägerin angenommenen Verkaufspreises. 7

Im Fall der Villa I (050/2008) sei der Inhalt des behaupteten Geschäftsbesorgungsvertrages nicht schlüssig dargelegt. Der Verweis auf die Vereinbarung eines mit den anderen schriftlich geschlossenen Verträgen identischen Inhalts sei unzutreffend, da im Fall C weitere Leistungen wie die Entmietung und die Durchführung von Vertragsverhandlungen mit der Gemeinde über einen Trafoabriss erforderlich gewesen seien und im Übrigen die drei schriftlichen Verträge auch untereinander verschiedene Regelungen beinhalten würden. Welche Leistungen hinsichtlich des Leistungsumfanges II erbracht worden seien, werde erneut nicht genau dargelegt. Bei der Bestimmung des erbrachten Leistungsumfanges III fehle ein erkennbarer Bezugspunkt, um annehmen zu können, dass 50 % der Leistungen ausgeführt worden seien. Die vorgelegte Tabelle ersetze die fehlenden Angaben nicht. Ferner sei die Bestimmung des Verkaufspreises nicht nachvollziehbar dargelegt worden. 8

Bei der Villa M und F (049/2008) sei der Inhalt des behaupteten Geschäftsbesorgungsvertrags aus den gleichen Gründen wie im Fall I nicht ausreichend bestimmbar. Der Vortrag zur Wertigkeit der Leistungen entsprechend den einzelnen Spiegelstrichen sei widersprüchlich. Auch hier fehle ein Bezugspunkt zur Ermittlung des Umfangs der geleisteten Tätigkeit ebenso wie eine nachvollziehbare Darlegung des 9

angenommenen Verkaufspreises.

Bezüglich der Villa X (051/2008) führe die Klägerin an, hinsichtlich der Phase II Leistungen bezüglich der Spiegelstriche 1 – 3 zu 100 % und der Spiegelstriche 4, 5, 11 und 12 anteilig erfüllt zu haben, während sie gleichzeitig behaupte, der Vertrag sei nur über Leistungen der Phase III geschlossen worden. Eine darüber hinausgehende Beauftragung habe die Klägerin nicht dargelegt. Eine Zuordnung zu den einzelnen Spiegelstrichen fehle. Die Ermittlung eines angeführten Abschlages sei weder dem Grund noch der Höhe nach nachvollziehbar dargelegt. 10

Das Bestehen eines Anspruchs auf Maklerprovision hat das Landgericht gleichfalls verneint. 11

Im Falle der Villa H (020/2006 und 044/2008) bestehe ein Anspruch schon deshalb nicht, weil eine Provision für den Grundstückankauf nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag nicht geschuldet sei. Da die Parteien des Kaufvertrages ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart hätten, könne die Klägerin keinen Honoraranspruch geltend machen, solange die Möglichkeit eines Rücktritts bestehe. Da die Gefahr eines Rücktritts in den vertraglich geregelten Risikobereich der Klägerin falle, komme es nicht darauf an, ob sie den Rücktritt zu vertreten habe. Die Klägerin habe insofern die Pflicht der Abwicklung des behördlichen Genehmigungsverfahrens übernommen. Die Abrechnung 020/2006 lasse nicht erkennen, auf welches Objekt sie sich beziehe. 12

Bezüglich der Residenz T (055/2008) bestehe kein Anspruch auf ein Maklerhonorar, da die Klägerin weder mit Maklerleistungen beauftragt worden sei, noch solche erbracht habe. Einen Bestandsschutz wegen einer früheren Vermittlung gebe es nicht. 13

Im Fall der Villa I (004/2006) und der Wohnung N Straße (041/2008) bestehe kein Provisionsanspruch, da der Beklagte die Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung und somit nicht durch einen Kaufvertrag, sondern durch einen Hoheitsakt erworben habe. 14

Bei der Villa M und F (019/2006 und 045/2008) bestehe kein Provisionsanspruch, da eine Abrede über eine Entgeltlichkeit der Maklerleistung fehle. Bei Annahme einer stillschweigenden Vergütungsvereinbarung stehe die Vorkenntnis des Beklagten vom Objekt einem Provisionsanspruch zwar nicht entgegen. Letztlich sei ein entsprechender Zahlungsanspruch aber erfüllt. Ausgehend von einer üblichen Vergütung, von der der Klägerin wegen der Beauftragung eines zweiten Maklers nur die Hälfte zustehe, sei ein entsprechend berechneter Anspruch über 7.318,50 € durch Zahlung über 9.000,00 € erfüllt. 15

Einen Anspruch der Klägerin auf Vergütung von Finanzierungsvermittlungsleistungen hat das Landgericht in allen Fällen verneint. 16

Im Falle der Villa H (008/2006 und 43/2008) bestehe ein Anspruch schon deshalb nicht, weil die Klägerin den Abschluss eines Maklervertrages nicht schlüssig dargelegt habe. Inwiefern Herr T2 bei einer entsprechenden Beauftragung der Klägerin zur Vertretung des Beklagten berechtigt gewesen sei, habe die Klägerin nicht ausgeführt. Soweit sie eine Beauftragung nach Kündigung des Geschäftsbesorgungsvertrages behauptet habe, sei ihr Vortrag widersprüchlich, da sie auch behauptet habe, ihre Tätigkeit nur wegen der Gefahr eines Scheiterns des Kaufvertrages erbracht zu haben. Der Abschluss eines Hauptvertrages sei zudem nicht ausreichend dargelegt. Die für die Berechnung eines Provisionsanspruches erforderliche Angabe der tatsächlichen Darlehenssumme fehle, da der bloße Hinweis auf eine Kreditaufnahme von mindestens 2,2 Millionen Euro unzureichend sei. Zudem trage die Klägerin einerseits vor, es bestehe mit dem Beklagten keine Vereinbarung über die 17

Provisionshöhe, andererseits werde in der Rechnung dargelegt, dass eine solche Vereinbarung geschlossen worden sei.

Bezüglich der Residenz T (053/2008) bestehe kein Anspruch, da die Klägerin der Behauptung des Beklagten, die Tätigkeit der Klägerin sei durch das Honorar für die Geschäftsbesorgung abgegolten, nicht entgegengetreten sei. 18

Bei der Villa C (003/2006 und 040/2008) habe der Beklagte hinsichtlich der Rechnung 003/2006 unwidersprochen Erfüllung eingewandt. Ein weitergehender Anspruch in Höhe von 2 % des Kreditvolumens stehe der Klägerin nicht zu, da sie nicht dargelegt habe, dass mit dem Beklagten eine über 0,5 % der Darlehenssumme hinausgehende Vergütung vereinbart worden sei. Konkreter Vortrag hierzu fehle ebenso wie ein entsprechendes Beweisangebot. Eine Vertragsanpassung durch Erhöhung dieser Vergütung sei nicht begründet, weil die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht vorlägen, da der Klägerin ein Festhalten am Vertrag zumutbar sei. Wegen der Kündigung des Geschäftsbesorgungsvertrages verbleibe der Klägerin ihr Vergütungsanspruch nach § 649 BGB. 19

Im Fall der Villa I sowie des Objekts C (005/2006) – richtig müsste es in der Rechnung 005/2006 wohl „N-Straße“ statt „C“ heißen – sowie N-Straße (042/2008) scheitere ein Vergütungsanspruch an § 654 BGB, da die Klägerin ihren umfassenden Beratungs- und Aufklärungspflichten nicht nachgekommen sei. Die Klägerin habe entgegen dem Kenntnisstand ihres Geschäftsführers den Beklagten nicht darauf hingewiesen, dass ein Kommanditist die vor seinem Beitritt zur KG durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen nicht steuermindernd habe geltend machen können. Dies sei für den Beklagten jedoch entscheidend für den Abschluss des Kreditvertrages gewesen, da er durch die Steuerminderung den Verkauf der Wohnungen an steuerlich interessierte Erwerber habe fördern wollen. 20

Bei der Villa M und F (054/2008) sei ein Maklerauftrag nicht schlüssig dargelegt worden und ergebe sich auch nicht aus der angeführten Unterlage. Auch das Zustandekommen eines Hauptvertrages habe die Klägerin nicht ausreichend dargelegt, da der bloße Hinweis, es sei eine Finanzierung von 720.000,00 € wahrscheinlich über die D erfolgt, unzureichend sei. Zudem könne die Klägerin keine Vergütung ihres Zeitaufwandes verlangen, ohne diesen näher darzulegen. 21

Hinsichtlich diverser Zusatzaufträge (052/2008 und 015/2005) sei die Klage gleichfalls nicht begründet. Bei der Rechnung 052/2008 habe die Klägerin weder ihre jeweilige Beauftragung noch ihre entsprechenden Leistungen näher dargelegt. Die Rechnung 015/2005 lasse nicht erkennen, worauf sich ein Anspruch gründen solle. 22

Gegen dieses am 30. April 2012 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit am 09. Mai 2012 eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um einen Monat mit am 25. Juli 2012 eingegangenem Schriftsatz begründet. 23

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil mit dem Ziel, eine Verurteilung des Beklagten entsprechend den zuletzt erstinstanzlich verfolgten Klageanträgen, hilfsweise den Erlass eines Teilurteils und äußerst hilfsweise die Zurückverweisung des Rechtsstreits an eine andere Kammer des Landgerichts zu erreichen. 24

Die Klägerin rügt einen Verstoß gegen den „Anspruch auf einen gesetzlichen Richter“, da der Einzelrichter - insbesondere als Richter auf Probe - dem vorliegenden Rechtsstreit nicht gewachsen gewesen sei. Zudem habe das Landgericht ein Überraschungsurteil erlassen, da der erkennende Richter bei seiner vorläufigen Bewertung in der mündlichen Verhandlung zumindest hinsichtlich der Provisionsansprüche wegen der Finanzierungsvermittlung deren schlüssige Darlegung bejaht habe. Die Darlegung durch die Klägerin hierzu sei minutiös im Schriftsatz vom 18. Juli 2011 erfolgt (008/2006 und 043/2008). Auch das Bestehen eines Anspruches nach § 649 BGB habe das Landgericht dem Grunde nach in der mündlichen Verhandlung bejaht. Die vom Gericht geforderte Substantiierung des Klägervortrages sei überzogen und lasse die Möglichkeit einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO außer Betracht. Letztlich sei ein Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen in vielen Punkten unzulässig und daher unbeachtlich gewesen. Dies gelte insbesondere zum bloßen Bestreiten der Verkaufspreise H (047/2008) sowie des Kreditvolumens H (008/2006 und 043/2008), die beide der Beklagten bekannt seien, so dass nur ein qualifiziertes Bestreiten zulässig gewesen wäre. Gleiches gelte für die bei der Ermittlung des Geschäftsbesorgungshonorars festzustellenden Gesamtkosten bzw. Verkaufspreise T (037/2006 und 048/2008), I (050/2008), M und F (049/2008) und für die Darlegung des Kreditvolumens M und F (054/2008).

Zu Unrecht habe das Landgericht ein Finanzierungsvermittlungshonorar für das Objekt C (040/2008) verneint. Auf eine Änderung ihrer Rechtsansicht habe die Kammer hinweisen müssen. Der in der Rechnung (003/2006) erfolgte Hinweis auf eine Vergütungsabrede über 0,5 % sei eine bloße Standardfloskel im Rahmen ordnungsgemäßer Rechnungslegung, der keine Geständniswirkung dahingehend zukomme, dass eine höhere Vergütung nicht vereinbart worden sei. Zumindest habe das Landgericht der Klägerin auf der Basis einer 0,5 % Vergütung einen Provisionsanspruch über 1.050,00 € zusprechen müssen. Das Bestehen einer Finanzierungsvermittlungsprovision H über 2.105,00 € sei unstrittig, da die Auszahlung über 421.000,00 € erfolgt sei und die Provisionshöhe zumindest 0,5 % betrage (008/2006). 26

Zu den Rechnungen Geschäftsbesorgungshonorar C (034/2006) und H (033/2006) finde sich trotz der Abweisung der Ansprüche im Urteil keine Begründung. Dabei handele es sich um Vorauszahlungen und nicht um Abschläge. 27

Soweit es die Honoraransprüche wegen Geschäftsbesorgung betreffe (033/2006, 47/2008; 037/2006, 048/2008; 034/2006, 046/2008; 050/2008; 049/2008; 051/2008), sei der jeweilige Vertragsschluss substantiiert dargelegt worden. Bei diesen Ansprüchen habe das Landgericht die Regelung des § 649 BGB unzutreffend angewandt. Der Vortrag der Klägerin hierzu sei ausreichend gewesen, da sie die von ihr erbrachten Leistungen dargelegt habe. Einer näheren Darlegung über den Inhalt der nach den Spiegelstrichen geschuldeten Leistung der Klägerin habe es nicht bedurft, da sich dies schon aus dem Vertrag selbst ergebe. Zudem habe der Beklagte mit seinem Schreiben vom 22. September 2006 die Leistungen dem Grunde nach anerkannt und sich im Schreiben vom 19. August 2005 für die Leistungen der Klägerin bedankt. Ferner habe der Beklagte erklärt, dass das Objekt T zu seiner Zufriedenheit abgewickelt worden sei. 28

Angesichts der – auch nach der vom Landgericht in der mündlichen Verhandlung geäußerten vorläufigen Bewertung - rechtsgrundlos erklärten Kündigung durch den Beklagten dürften die Substantiierungspflichten der Klägerin nicht überspannt werden. Die tabellarische Darstellung der Bewertung der Spiegelstriche sei ausreichend. Vorliegend werde nur die Vergütung der erbrachten Leistungen, nicht jedoch ein entgangener Gewinn verlangt, so dass sich die Frage ersparter Aufwendungen nicht stelle. 29

Hinsichtlich der Rechnungen Maklerprovision I und N (004/2006 und 041/2008) sei es unerheblich, dass der Beklagte diese Grundstücke im Rahmen einer Zwangsversteigerung erlangt habe. Erst durch den von der Klägerin organisierten Forderungsankauf sei eine Durchführung der Zwangsversteigerung überhaupt ermöglicht worden.	30
Das mit den Rechnungen I und C sowie N (005/2006 und 042/2008) geltend gemachte Finanzierungsvermittlungshonorar sei nicht gemäß § 654 BGB verwirkt. Mit den Entscheidungen der Landgerichte Lübeck und Stralsund sowie des Oberlandesgerichts Schleswig habe sich das Landgericht Köln nicht auseinandergesetzt.	31
Die Klägerin beantragt,	32
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 23. April 2012 – 26 O 146/09 – den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 1.095.014,51 € nebst Zinsen nach dem Mahnbescheidsantrag vom 29. Dezember 2008 sowie weitere 153.880,00 € nebst Zinsen nach dem Mahnbescheidesantrag vom 15. Januar 2009 zu zahlen.	33
Der Beklagte beantragt,	34
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	35
Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Da der Rechtsstreit durch die Kammer auf den Einzelrichter übertragen worden sei, habe der gesetzliche Richter entschieden. Gründe, die gegen eine Übertragung sprächen, seien nicht erkennbar. Ein Überraschungsurteil liege schon deshalb nicht vor, weil sich der erkennende Richter in der mündlichen Verhandlung nicht festgelegt habe. Er habe auch nicht ausgeführt, dass die Provisionsansprüche wegen Finanzierungsvermittlungen schlüssig dargelegt seien; gleiches gelte für Ansprüche nach § 649 BGB. Zu dem unschlüssigen Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 18. Juli 2011 habe der Beklagte mit Schriftsatz vom 01. September 2011 Stellung genommen. Eines weiteren gerichtlichen Hinweises zur Unschlüssigkeit der Klage habe es nicht bedurft. Eine schlüssige Darlegung des Verhältnisses der erbrachten Leistungen zur vertraglich vereinbarten Gesamtleistung fehle. Der Vortrag biete auch keine Basis für eine Schätzung nach § 287 ZPO. Der Erlass eines Teilurteils sei bereits wegen der von Beklagtenseite erklärten Aufrechnung sowie der Erhebung der Verjährungseinrede prozessual unzulässig. Zudem komme eine Verurteilung nicht in Betracht, da die Rechnung (003/2006) bereits beglichen und ein entsprechender Anspruch zudem verjährt sei, da zudem eine vertragliche Vereinbarung für die Stellung der Rechnungen (008/2006) und (053/2008) fehle und die Klägerin an einer Finanzierung (008/2006) nicht teilgenommen habe. Zu den Rechnungen (033/206) und (034/206) habe das Landgericht Ausführungen im Urteil gemacht. Da die Klägerin insofern keine Leistungen dargelegt habe, stehe ihr auch kein Vorschuss zu. Vorauszahlungen könnten nach einer Kündigung des Auftrages nicht geltend gemacht werden.	36
Zum weiteren Vorbringen der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	37
II.	38
Die Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.	39
Soweit sich die Berufung gegen die Abweisung der auf die Rechnungen 037/2006, 051/2008, 020/2006, 044/2008, 055/2008, 019/2006, 045/2008, 053/2008, 052/2008, 015/2005	40

gestützten Klage richtet, ist sie unzulässig.

Für die Zulässigkeit einer Berufung ist es gemäß § 520 Absatz 3 ZPO erforderlich, dass der Berufungskläger sich mit dem angefochtenen Urteil inhaltlich auseinandersetzt. Bei einem teilbaren Streitgegenstand muss sich die Berufungsbegründung in hinreichend bestimmter Weise auf alle Teile des Urteils erstrecken, deren Änderung beantragt wird. Soweit eine solche Begründung fehlt, ist die Berufung unzulässig (BGH, Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 68/99, NJW-RR 2000, 1015-1016, juris: Tz. 8). Vorliegend ist eine Teilbarkeit hinsichtlich der einzelnen Rechnungspositionen gegeben, da sich die Ansprüche auf unterschiedliche Objekte und zudem auf verschiedene Leistungen je Objekt beziehen. 41

Nach § 520 Absatz 3 Satz 2 Nummer 2 ZPO hat, wenn die Berufung darauf gestützt wird, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 513 Absatz 1, § 546 ZPO), die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser - zugeschnitten auf den Streitfall und aus sich heraus verständlich – diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet. Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit ist somit lediglich die Mitteilung der Umstände erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsführers in Frage stellen. Besondere formale Anforderungen werden nicht gestellt; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (BGH, Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 24/12, NSW ZPO § 520 (BGH-intern), juris: Tz. 8). 42

Gemäß § 520 Absatz 3 Satz 2 Nummer 3 ZPO hat der Berufungsführer konkrete Anhaltspunkte zu bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen grundsätzlich gebunden ist (§ 529 Absatz 1 Nummer 1 ZPO), muss die Berufung, die den festgestellten Sachverhalt angreifen will, eine Begründung dahingehend enthalten, warum die Bindung an die festgestellten Tatsachen ausnahmsweise nicht bestehen soll (BGH, Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 24/12, NSW ZPO § 520 (BGH-intern), juris: Tz. 9). 43

Den Erfordernissen nach § 520 Absatz 3 Satz 2 Nummern 2 und 3 ZPO genügt die Berufungsbegründung der Klägerin hinsichtlich der obigen Zahlungsansprüche nicht. Da die Berufungsverhandlung nicht mehr eine Fortsetzung der Verhandlung der ersten Instanz ist, sondern der Kontrolle und Beseitigung von Fehlern in der erstinstanzlichen Entscheidung dient, hat der Berufungskläger den Rechts- oder Verfahrensfehler in der Berufungsbegründung aufzuzeigen; ein globaler Hinweis auf erstinstanzliches Vorbringen und Beweisantritte genügt nicht den in § 520 Absatz 3 Satz 2 ZPO bestimmten Anforderungen an eine Berufungsbegründung (BGH, Beschluss vom 12. November 2009 - V ZR 76/09; IBR 2010, 120, juris: Tz. 2). Die Klägerin hat die Berufung gegen das ihre Klage in dem oben dargelegten Umfang abweisende Urteil nicht begründet. Der Verweis auf die erstinstanzlichen Ausführungen lässt nicht erkennen, inwiefern sie diese in dem angefochtenen Urteil als nicht ausreichend gewürdigt ansieht. 44

Selbst in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 22. Januar 2013 zeigt die Klägerin nicht konkret auf, inwiefern die Ausführungen des Landgerichts - auf die einzelnen Rechnungen bezogen - unzutreffend sein sollen. Fälschlicherweise unterstellt sie dabei, dass das Landgericht die entsprechenden Ansprüche ausschließlich wegen der Unschlüssigkeit des Klagevortrags abgewiesen habe. Aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgen die entsprechenden Ausführungen des Senats hierzu im Zusammenhang mit den Ausführungen zu den übrigen Rechnungen.

Im Übrigen ist die Berufung zulässig, insbesondere form- und fristgemäß erhoben. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. 46

Soweit die Klägerin eine Entscheidung durch den Einzelrichter beanstandet, obwohl die Voraussetzungen für eine Rückübertragung auf die Kammer vorgelegen haben, dringt sie hiermit nicht durch. Die Kammer hat den Rechtsstreit auf den Einzelrichter übertragen. Diese Übertragung ist gemäß § 348 Absatz 4 ZPO ebenso wenig anfechtbar wie eine trotz Antrag unterlassene Rückübertragung auf die Kammer (OLG Köln, Beschluss vom 09. Januar 1976 – 16 W 164/75, NJW 1976, 680). Selbst wenn das Landgericht in falscher Besetzung entschieden hätte, würde trotz der grundrechtlichen Relevanz dieses Verstoßes gegen Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG der erstinstanzlich unterlaufene Verfahrensmangel durch das sich anschließende zweitinstanzliche (korrekte) Verfahren geheilt werden. Dies gilt ungeachtet der Schwere des Verfahrensverstoßes. Der "gesetzliche Richter" im Sinne des Artikel 101 Absatz 1 GG ist jetzt das Berufungsgericht (BGH, Beschluss vom 17. März 2008 - II ZR 313/06, NJW 2008, 1672). 47

Soweit die Klägerin rügt, das Urteil sei eine Überraschungsentscheidung gewesen, ist weder dargelegt, welche Hinweise das Landgericht verfahrenswidrig nicht gegeben haben soll, noch dass das Urteil auf einem solchen Verfahrensfehler beruht. Insbesondere ist von der Klägerin nicht vorgetragen, was sie auf einen entsprechenden Hinweis hin weiter vorgetragen hätte. Im Rahmen der Rüge der Verletzung der Hinweispflicht ist entsprechender Vortrag indes regelmäßig geboten, damit sich die Kausalität einer Verletzung der Prozessleitungspflicht prüfen lässt (Zöller, ZPO, 29. Auflage, § 139 Rdnr. 20). Zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung greift die Hinweispflicht des § 139 ZPO zudem nur insoweit, als auf übersehene oder für unerheblich gehaltene Gesichtspunkte hingewiesen werden muss, sowie in dem Fall, dass die Parteien einen Gesichtspunkt übereinstimmend anders beurteilen als das Gericht (Zöller, ZPO, 29. Auflage, § 139 Rdnr. 5). Das Landgericht hatte jedoch umfangreiche Hinweise vor Erlass des Urteils erteilt. 48

Die eingeklagten Ansprüche betreffen drei Themenkomplexe. Zum einen werden Ansprüche aus Geschäftsbesorgungsverträgen, zum anderen Ansprüche auf Maklerprovision und zum dritten Ansprüche auf eine Vergütung für Finanzierungsvermittlungen von der Klägerin geltend gemacht. 49

1. 50

Soweit die Klägerin eine Vergütung im Rahmen von Geschäftsbesorgungsverträgen verlangt, gilt Folgendes: 51

Entsprechend den Ausführungen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in seinem Urteil vom 02. Dezember 2011 im Parallelprozess 1 U 35/10 (GA Bl. 1281 ff.), denen sich der Senat anschließt, stellen die Geschäftsbesorgungsverträge Werkverträge im Sinne des § 631 BGB dar (vgl. GA Bl. 1289 f.). 52

Für die Abgrenzung zwischen werkvertraglichen und dienstvertraglichen Leistungen ist allein maßgeblich, dass die Vergütung nicht nur für die Arbeitsleistung, sondern für den vertraglich geschuldeten Erfolg erfolgen soll (KG Berlin, Urteil vom 09. November 2007 - 7 U 75/07, KGR Berlin 2008, 225, juris: Tz. 4). Die Geschäftsbesorgungsverträge sehen eine Vergütung entsprechend den aufgewandten Kosten bzw. eine Gewinnbeteiligung vor. Diese Vergütung knüpft fast ausnahmslos an den Erfolg der Baumaßnahme und den Vertrieb der Objekte an. Die Tatsache, dass hier eine Pauschalpreisvereinbarung getroffen worden war, nimmt dem Vertrag nicht den Charakter eines Werkvertrages (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 04. Oktober 2012 - 12 U 39/12 Grundeigentum 2012, 1558-1559, juris: Tz. 3).

Der Vortrag der Klägerin lässt nicht ausreichend klar erkennen, welche Leistungen sie vergütet verlangt und inwiefern sie Schadensersatz begehrt. Im Wesentlichen zielt ihre Klage auf die Vergütung der bereits erbrachten Leistungen (genannt Leistungsumfang II, Projektierung und bauliche Realisierung = A), auf die Erstattung des auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Gewinns (gleichfalls Leistungsumfang II = B) sowie auf den Ersatz des entgangenen Gewinns wegen Verlusts der Möglichkeit der Vermakelung der Objekte (Leistungsumfang III, Vermarktung = C). 54

A. Soweit die Klägerin für bereits erbrachte Leistungen Vergütung fordert, ist zwischen den Parteien unstreitig, dass diese nicht die vollständigen vertraglich geschuldeten Leistungen darstellen, so dass die Klägerin nur einen Teil der zunächst vereinbarten Vergütung verlangen kann. 55

Die Regelung des § 3 Ziffer 2 (a und b) in den vorliegenden Geschäftsbesorgungsverträgen sieht ferner für den Leistungsumfang II grundsätzlich eine Vergütung entsprechend den tatsächlich aufgewandten Baukosten und keine Bezahlung der jeweiligen Einzelleistung der Klägerin vor. Somit handelt es sich um eine Pauschalpreisvereinbarung. 56

Unabhängig von der Frage, ob der Beklagte die entsprechenden Vertragsverhältnisse zur Klägerin wirksam gekündigt hat, gehen beide Parteien übereinstimmend davon aus, dass eine weitere Leistungserbringung durch die Klägerin nicht mehr in Betracht kommt. Zur schlüssigen Darlegung seines Vergütungsanspruches ist der Auftragnehmer bei einem vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag gehalten, die geforderte Vergütung für die erbrachten Leistungen aus dem Vertragspreis abzuleiten (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 09. Februar 2005 - 4 U 190/03, BTR 2005, 128, juris: Tz. 51). 57

Dabei hat eine Vergütung bei einer Pauschalpreisvereinbarung nach den Grundsätzen zu erfolgen, die für den Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen nach einem gekündigten Werkvertrag aufgestellt worden sind. Die der Klägerin zustehende Teilvergütung lässt sich nur auf der Grundlage des geschlossenen Vertrages ermitteln. Die zur Darlegung der Vergütungsansprüche erforderliche Abrechnung muss den Besteller in die Lage versetzen, die Berechtigung der Forderung auf der Grundlage des Vertrages zu überprüfen. Der Auftragnehmer hat die erbrachten Leistungen darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen; der Auftragnehmer muss deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen. Soweit zur Bewertung der erbrachten Leistung Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluss nicht vorhanden oder nicht ergiebig sind, muss der Auftragnehmer im Nachhinein im einzelnen darlegen, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 91/98, DB 1999, 1054-1055, juris: Tz. 10). Dabei muss der 58

Auftragnehmer anhand einer konkreten Kalkulation die Abgrenzung zwischen den erbrachten und den nicht erbrachten Leistungen sowie die Bewertung der jeweiligen Vergütungsanteile darlegen (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 09. Februar 2005 - 4 U 190/03, BTR 2005, 128, juris: Tz. 51).

Zunächst bedarf es daher einer Bestimmung der durch die Klägerin erbrachten Leistungen. Sie muss somit darlegen, welche vergütungspflichtigen Leistungen durch sie oder in ihrem Namen zu Gunsten des Beklagten erbracht wurden. Hierzu hat die Klägerin auf die als Anlage 53 ff. mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2009 vorgelegten Unterlagen verwiesen. Dabei handelt es sich um eine Vielzahl von Schreiben und Aufstellungen, die auch bei Durchsicht nicht aus sich selbst heraus erklären, welche vertraglichen Verpflichtungen hiernach erfüllt worden sein sollen. Soweit die Klägerin dies im Rahmen des Schriftsatzes vom 08. November 2010 (GA Bl. 600 ff.) näher darzulegen versucht hat, scheitert eine nachvollziehbare Darlegung daran, dass nicht erkennbar ist, welche Leistungen durch die Klägerin oder in ihrem Auftrag erbracht worden sein sollen und welche Leistungen durch Drittfirmen (S = Architekt X2, I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A, T3) im vergütungspflichtigen Auftrag des Beklagten erfolgt sind. Da sich bereits aus den vorgelegten Urkunden Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Klägerin Tätigkeiten behauptet, die sie offenkundig nicht selbst erbracht hat, hätte sie darlegen müssen, worauf sich ihre Annahme gründet, dass diese Leistungen als von ihr erbrachte Leistungen anzusehen sind. Hieran fehlt es.

59

Soweit die Klägerin versucht hat, diesem Problem zu begegnen, indem sie mit Erklärung vom 18. Oktober 2010 (GA Bl. 628 f.) eine Prozessstandschafts- und Einziehungsvereinbarung mit der I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A vorgelegt hat, ist sie damit nicht erfolgreich. Vorliegend geht es um die Feststellung der Erbringung von Leistungen durch die Klägerin. Dadurch, dass die I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A die Klägerin zur Geltendmachung der Ansprüche der I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A ermächtigt hat, werden deren Leistungen nicht zu Leistungen der Klägerin. Selbst bei unterstellter Wirksamkeit der Einziehungsvereinbarung wäre die Klägerin nunmehr lediglich berechtigt, die Ansprüche der I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A einzuklagen. Über diese müsste sie allerdings zunächst noch korrekt abrechnen und nach der erfolgten Offenlegung der Prozessstandschaft auf Zahlung an die I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A klagen, was vorliegend beides nicht geschehen ist. Ferner läge in diesem Fall, worauf schon in dem Verfahren 22 U 168/10 der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln in seinem Beschluss vom 10. Oktober 2011 (GA Bl. 1655, dort Seite 8) hingewiesen hat, eine doppelte Rechtshängigkeit der Ansprüche vor, da die I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A ihre Ansprüche gleichfalls gerichtlich verfolgt.

60

Soweit es zudem die unzureichende Abgrenzung der Leistung der Klägerin von solchen der übrigen Drittfirmen betrifft, hätte die von der I2 & Service Baubetreuungs GmbH BL A erteilte Einziehungsermächtigung diese nicht umfasst und die Schwierigkeit der Abgrenzung nicht behoben.

61

Selbst bei schlüssiger Darlegung der erbrachten Leistungen hätte die Klägerin ferner aufzeigen müssen, welcher Anteil diesen Leistungen an den vertraglich geschuldeten Gesamtleistungen zukommt. Insofern hat sie im Schriftsatz vom 27. Dezember 2010 (GA Bl. 822 ff.) eine Tabelle über die Bewertung ihrer einzelnen Vertragspflichten vorgelegt. Hierin ist die geschuldete Gesamtleistung prozentual auf die Einzelleistungen aufgeteilt. Dabei unterlässt es die Klägerin jedoch, näher darzulegen, wie sie zu der prozentualen Aufteilung ihrer Leistungen gelangt. Weder legt sie eine Kalkulation ihrer internen Kosten vor, noch

62

schlüsselt sie die Leistungen entsprechend einem erforderlichen zeitlichen Aufwand auf. Diese Schwierigkeit setzt sich bei der Bewertung der nach ihrer Darstellung nur teilweise erbrachten Einzelleistungen fort. Auch insofern wird nicht nachvollziehbar dargelegt, wie die Klägerin zur Bewertung des Umfangs der erbrachten Einzelleistung im Verhältnis zur gesamten Einzelleistung kommt. Letztlich stehen ihre Darstellungen auch untereinander in Widerspruch. Soweit für die Leistungen entsprechend dem zehnten Spiegelstrich 5 % der Gesamtleistungen veranschlagt werden, bleibt unberücksichtigt, dass diese Leistungen gar nicht der nach § 3 Ziffer 2 kostenabhängigen Vergütung unterfallen, sondern gesondert zu vergüten waren. Dadurch ist nicht mehr nachvollziehbar, wie sich das Vergütungsgefüge hierdurch verschiebt. Teilweise entsprechen die durch die Klägerin erfolgten prozentualen Bewertungen der Einzelleistungen zudem nicht denjenigen in ihren eigenen Aufstellungen.

Letztlich fehlt zur Ermittlung des Gesamtanspruches bei ordnungsgemäßer und vollständiger Leistungserbringung eine nachvollziehbare Darlegung des „schlussgerechneten Investments“ (vgl. § 3 Ziffer 2). Eine entsprechende Darlegung der dort verlangten Aufstellung sämtlicher planerischen und baulichen Leistungen gemäß DIN 276/Kostengruppen 200 - 700 ohne Position Grunderwerb und Finanzierung fehlt. Da sich die von der Klägerin verlangte Honorierung von diesen Einzelpositionen ableitet, bedurfte es deren nachvollziehbarer Darlegung. 63

Soweit die Klägerin darauf verweist, dass das Gericht gemäß § 287 ZPO den Werklohn durch eine Schätzung ermitteln könne, liegen die hierfür notwendigen Voraussetzungen nicht vor. Zwar kann ein Gericht gehalten sein, einen sachlich fehlerhaft abgerechneten Werklohn gegebenenfalls unter Ausschöpfung des abgeschwächten Beweismaßes des § 287 Absatz 2 ZPO durch Schätzung zu ermitteln (Saarländisches OLG, Urteil vom 18. Dezember 2007- 4 U 363/05, OLGR Saarbrücken 2008, 377-382, juris: Tz. 65). Dies ist aber vorliegend deshalb nicht möglich, weil die Darlegung der Klägerin schon im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen den Vergütungsanteilen für die von ihr erbrachten Leistungen und die nicht von ihr erbrachten Leistungen nicht plausibel ist. Gleiches gilt für die Ermittlung der Investitionskosten. Die der Klägerin gemäß § 631 BGB zustehende Vergütung muss aber den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien entsprechen. Sie lässt sich nur auf der Grundlage einer plausiblen Kalkulation des Auftragnehmers ermitteln; eine solche Grundlage für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO liegt jedoch nicht vor (vgl. in einem ähnlichen Fall Brandenburgisches OLG, Urteil vom 09. Februar 2005 - 4 U 190/03, BTR 2005, 128, juris: Tz. 63). 64

B. Soweit die Klägerin ferner den ihr im Rahmen des nicht ausgeführten Leistungsumfanges II entgangenen Gewinn geltend macht, setzt ein Vergütungsanspruch gemäß § 649 BGB eine freie Kündigung des Werkvertrages voraus. 65

Die Möglichkeit, dass der Besteller den Vertrag kündigen kann, ohne dass es eines besonderen Kündigungsgrundes bedarf, beruht darauf, dass der Besteller vorzugsweise ein Interesse an der Ausführung des Werkes hat und deshalb die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Fall erhält, wenn dieses Interesse wegfällt. Der Unternehmer ist nach der Wertung des Gesetzes durch die Regelung des § 649 S. 2 und 3 BGB ausreichend geschützt. Danach behält der Unternehmer seinen vertraglichen Vergütungsanspruch; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (BGH, Versäumnisurteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 218/02 – BGHZ 156, 82 – 91; juris: Tz. 18). 66

Der Beklagte hat der Klägerin mit Schreiben vom 16. Januar 2006 (AH Bl. 25 f.) alle Geschäftsbesorgungsverträge mit sofortiger Wirkung entzogen. Sollte hierin eine begründete außerordentliche Kündigung zu sehen sein, käme schon eine Inanspruchnahme des Beklagten gemäß § 649 BGB nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juli 2001 – X ZR 162/99 – NZBau 2001, 621 – 623; juris: 13). Nach einer wirksamen außerordentlichen Kündigung hat der Unternehmer lediglich Anspruch auf Vergütung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 218/02 – BGHZ 156, 82 – 91; juris: Tz. 19).

Nach den Ausführungen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in seinem Urteil vom 02. Dezember 2011 im Parallelprozess 1 U 35/10 (GA Bl. 1290 ff.), war die fristlose Kündigung unwirksam. Gegen diese Entscheidung hat der Beklagte Nichtzulassungsbeschwerde erhoben (vgl. GA Bl. 1660 ff.). Ein detaillierter Vortrag des Beklagten zu den einzelnen Kündigungsgründen liegt im hiesigen Verfahren nicht vor. Der Beklagte nimmt insofern lediglich auf eingereichte Schriftsätze bzw. gerichtliche Entscheidungen Bezug. 68

Zu Gunsten der Klägerin unterstellt der Senat daher, dass die außerordentliche Kündigung nicht wirksam erklärt worden ist. Ferner geht der Senat vom Vorliegen einer ordentlichen Kündigung aus. 69

Für einen Anspruch aus § 649 S. 2 und 3 BGB fehlt indes schlüssiger Sachvortrag der Klägerin. Dass der Sachvortrag der Klägerin im Hinblick den bei Pauschalpreisvereinbarungen zu stellenden Anforderungen nicht genügt, wurde bereits erwähnt. 70

Außerdem muss der Unternehmer auch darlegen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Da es allein dem Unternehmer möglich ist, die Ersparnis darzulegen, muss die Darlegung so erfolgen, dass dem Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung möglich ist (BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 – VII ZR 45/11-MDR 2011, 1158 – 1159; juris: Tz. 16). 71

Insoweit fehlt eine nachvollziehbare Darstellung der ersparten Aufwendungen. Der von der Klägerin vorgenommene bloße prozentuale Abschlag ihrer Forderung stellt keine nachvollziehbare Darlegung ihrer ersparten Aufwendungen dar, da er eine sachgerechte Erwidern durch den Beklagten nicht ermöglicht (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 14. Juli 2010 - 6 U 145/08, juris: Tz. 59 ff.). Insofern hätte die Klägerin die einzelnen Kostenpositionen – Arbeitsmittel, Personalkosten pp. – darlegen oder ferner ausführen müssen, dass ihr ein anderweitiger Einsatz nicht möglich gewesen sei. 72

Da bei einem Anspruch nach § 649 Satz 2 BGB die Leistung gerade nicht ausgeführt worden ist, liegt kein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft vor, so dass die Klägerin auch die Zahlung der Mehrwertsteuer nicht verlangen kann (BGH, Urteil vom 24. April 1986 – VII ZR 139/84, BauR 1986, 577 - 578, juris: Tz. 14). 73

C. Hinsichtlich des Leistungsumfanges III (Vermarktung) steht der Klägerin nur bei Eintritt der im Vertrag genannten Voraussetzungen ein Anspruch auf entgangenen Gewinn zu. Eine Vergütung in Höhe von 5 % (Innenprovision) stand der Klägerin nach § 3 Ziffer 3 des Geschäftsbesorgungsvertrages erst im Falle einer Beurkundung des jeweiligen Kaufvertrages zu. Eine weitergehende 3 %ige Außenvergütung sollte sie bei dem jeweiligen Käufer geltend machen können. Ausführungen zur konkreten Anzahl und zum Umfang der beurkundeten 74

Verkäufe der Objekte und zu den dabei erzielten Kaufpreisen fehlen überwiegend.

Hinsichtlich der einzelnen Rechnungen stellt sich die Rechtslage hinsichtlich der Ansprüche aus den Geschäftsbesorgungsverträgen daher wie folgt dar. 75

Im Falle der Villa H (033/2006 = AH Bl. 70 und 047/2008 = AH Bl. 71 f.) steht der Klägerin kein Anspruch auf ein Geschäftsbesorgungshonorar zu. Soweit sie mit der Rechnung (033/2006) monatliche Abschläge für die Zeit vom 10. Juni 2005 bis zum 10. Januar 2006 geltend macht, ist dieser Anspruch mit der Stellung der Schlussrechnung (047/2008) untergegangen. Der Auftragnehmer kann den Anspruch auf Abschlagszahlung, bei dem es sich um einen selbständigen schuldrechtlichen Anspruch im Sinne von § 241 Satz 1 BGB handelt, nicht uneingeschränkt geltend machen. Der Anspruch auf Abschlagszahlung kann jedenfalls dann nicht mehr durchgesetzt werden, wenn die Leistung abgenommen ist und der Unternehmer eine Schlussrechnung gestellt hat (BGH, Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 471/01, BauR 2004, 1146-1147, juris: Tz. 15). Nach der herrschenden Meinung geht nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses der Anspruch auf Abschlagszahlungen unter. Das gleiche gilt, wenn der Unternehmer seine Arbeiten endgültig einstellt. Mit der Arbeitseinstellung ist der Zweck der Abschlagszahlungen (Ausgleich für die Vorleistungspflicht des Unternehmers durch Finanzierung der erbrachten Teilleistungen) entfallen. Auch in diesem Fall wird die Leistung des Unternehmers "schlussrechnungsfähig" und muss insgesamt abgerechnet werden (OLG Düsseldorf, Urteil vom 07. Mai 1999 - 22 U 226/98, NJW-RR 2000, 231-232, juris: Tz. 32). In diesem Fall ist die Berechtigung des Unternehmers zur vorläufigen Abrechnung erloschen. Eine Abschlagsforderung verliert ihre Durchsetzbarkeit (BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158-187, juris: Tz. 42). Die geforderten monatlichen Zahlungen stellten bloße Abschlagszahlungen und keine bereits endgültig dem Empfänger zustehenden Vorschusszahlungen dar, da über etwaige ausgezahlte Beträge noch endgültig abzurechnen gewesen wäre. Dadurch, dass die Klägerin ihre Rechnung als Schlussrechnung bezeichnete, brachte sie klar den Willen zur Beendigung des Vertragsverhältnisses und die Absicht einer endgültigen Abrechnung zum Ausdruck. Da auch der Beklagte von einer Beendigung des Vertragsverhältnisses ausging, war der Anspruch auf eine Abschlagszahlung spätestens nach Erstellung der Schlussrechnung nicht mehr durchsetzbar. 76

Letztlich wäre ein Vergütungsanspruch auch verjährt. Vorliegend entspricht die Verjährungsfrist der Regelverjährung des § 195 BGB. Der Verjährungsbeginn ergibt sich aus § 199 BGB. Bei dem als Vorauszahlung bezeichneten monatlichen Zahlungsanspruch ist von einer Fälligkeit zu Beginn des Leistungsmonates auszugehen, so dass alle Ansprüche bereits 2005 fällig waren. Mit Ablauf des 31. Dezember 2008 wäre daher Verjährung eingetreten. 77

Gemäß § 204 Absatz 1 Nummer 3 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO konnte durch die Zustellung des Mahnbescheides der Ablauf der Verjährung nicht mehr gehemmt werden, da der Antrag erst am 16. Januar 2009 beim Mahngericht gestellt worden ist, als der Anspruch bereits verjährt war. 78

Soweit die Klägerin mit sogenannter Schlussrechnung (047/2008) einen verbleibenden Restbetrag (A) von 30.686,00 € verlangt, fehlt es bereits an einer nachvollziehbaren Darlegung der von ihr gewählten Berechnungsgrundlage. Der in der Rechnung erfolgte Hinweis auf eine Vergütung für erbrachte Leistungen in Höhe von 100.686,00 € lässt weder erkennen, auf welche Leistungen er sich bezieht, noch ergibt sich hieraus eine nachvollziehbare Aufstellung der zu Grunde gelegten Investitionskosten. 79

Es erfolgte zudem weder eine Abgrenzung der von Drittfirmen erbrachten Leistungen zu den von der Klägerin erbrachten Leistungen noch eine nachvollziehbare Darlegung der Bewertung der klägerischen Teilleistungen im Verhältnis zur Gesamtleistung. Bei der Darlegung (GA Bl. 611 f.) belaufen sich die erbrachten Leistungen zudem auf 55 %, während laut Rechnung lediglich knapp 49,5 % erbracht sein sollen (203.405,00 € ./ 100.686,00 €).

Im Rahmen der Ermittlung des wegen nicht erbrachter Leistungen II (B) berechneten Gewinns setzen sich diese unzureichenden Ausführungen fort, da die Klägerin bei ihrer weiteren Anspruchsberechnung auf den unter A angenommenen Werten aufbaut und keine ausreichenden Darlegungen zu den ersparten Aufwendungen macht, da sie diese pauschal mit 40 % ansetzt, ohne sie näher zu erläutern. 81

Soweit es die Maklerprovisionen bzw. entgangene Maklerprovision betrifft (C), fehlt eine Darlegung, dass in Höhe eines Gesamtverkaufspreises von 3.359.720,00 € bereits beurkundete Kaufverträge vorliegen. 82

Bezüglich der Residenz T (037/2006 = AH Bl. 78 und 048/2008 = AH Bl. 76) besteht kein Zahlungsanspruch. Eine vertragliche Anspruchsgrundlage für einen Vorschussanspruch auf eine Gewinnbeteiligung, wie er in der Rechnung (037/2006) verlangt wird, ist bereits nicht dargelegt. Da sich die Berufungsbegründung gegen diese Feststellung des Landgerichts nicht gewandt hat, ist die Berufung insofern bereits unzulässig. Die Schlussrechnung über die Gewinnbeteiligung (048/2008) richtet sich abweichend von den übrigen Ansprüchen auf Gewinnbeteiligung allein nach einem Erlösgewinn in Höhe von 33 % (vgl. § 3 Ziffer 2). Dabei fehlt zur Schlüssigkeit der Klage bereits die laut Vertrag erforderliche Veräußerung aller Einheiten. Die Ermittlung des Gewinns in Höhe von 630.879,00 € ist der Abrechnung nicht nachvollziehbar zu entnehmen und aus den in der Abrechnung dem eingeklagten Betrag vorangestellten Beträgen nicht abzuleiten. Eine Darlegung, dass die laut Vertrag bei der Abrechnung zu berücksichtigende Eigenkapitalverzinsung sowie die einzubeziehenden Eigenkosten in die Abrechnung über die Kosten eingestellt worden sind, ist nicht festzustellen. Ferner fehlt die bei der Kostenbestimmung erforderliche nachvollziehbare Bezifferung der Ansprüche der Klägerin, die gleichfalls als Kosten bei der Ermittlung des Gewinns von den Einnahmen abzuziehen sind. 83

Bei der Villa C (034/2006 = AH Bl. 53 und 046/2008 = AH Bl. 56) scheitert ein Anspruch auf Vorschuss (034/2006) aus den gleichen Gründen wie bei der Rechnung (033/2006). In der Schlussrechnung (046/2008) findet sich zu (A) und (B) keine nachvollziehbare Darstellung der Ansprüche und ihrer Berechnung, da diese nur mit einem insgesamt noch offenen Betrag von 3.550,16 € beziffert werden. Soweit es die Maklerprovisionen bzw. entgangene Maklerprovision betrifft (C), fehlt eine Darlegung, dass in Höhe eines Gesamtverkaufspreises von 1.225.640,00 € bereits beurkundete Kaufverträge vorliegen. 84

Im Fall der Villa I (050/2008 = AH Bl. 152 f.) fehlt es bereits an einer substantiierten Darlegung des Abschlusses eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Während die Rechnung sich auf einen Vertragsschluss im September 2005 bezieht, hat die Klägerin später einen Vertragsschluss im Frühsommer (GA Bl. 60) behauptet und noch später einen solchen am 17. August 2005 (GA Bl. 1112) angeführt. Zu den konkreten Umständen des Vertragsschlusses sowie den daran beteiligten Personen hat sie keine Ausführungen gemacht. Schließlich hat sie sogar einen Dissens zwischen den Parteien behauptet (GA Bl. 1313). Schon aus diesen Gründen ist der Vortrag widersprüchlich und daher unschlüssig. Der Hinweis, das Bestehen eines Vertrages ergebe sich bereits aus dem Vergleichsvorschlag des Beklagten vom 22. September 2006 (AH Bl. 48 ff.), führt zu keiner anderen Bewertung, da dem Vorschlag keine von der Klägerin behauptete umfängliche Beauftragung im Rahmen 85

eines Geschäftsbesorgungsvertrages zu entnehmen ist und der Beklagte die Erteilung von Einzelaufträgen nicht in Abrede gestellt hat.

Wie das Landgericht ausgeführt hat, fehlt auch eine schlüssige Darlegung des konkreten Vertragsinhaltes. Die bloße Bezugnahme auf den Inhalt der anderen schriftlich vorliegenden Verträge ist schon deshalb unzureichend, weil diese sowohl untereinander abweichen als auch mit dem behaupteten Vertragsinhalt des mündlich geschlossenen Vertrages nicht in Übereinstimmung stehen können. Schon die Gewinnmarge II der drei schriftlich geschlossenen Verträge ist ebenso unterschiedlich (25 %, 33 %) wie die Höhe eines Vorschusses sowie die in die Berechnung der Anspruchshöhe einzusetzende Eigenkapitalverzinsung und die zu berücksichtigenden Eigenkosten wie auch das Mindesthonorar (7 %, 10 %). Letztlich sah selbst die Klägerin die erheblichen Unterschiede in ihrem Schreiben vom 27. Dezember 2005 (GA Bl. 970). Trotz der im landgerichtlichen Urteil aufgezeigten Differenzen hat die Klägerin den von ihr behaupteten Vertragsinhalt nicht klargestellt. 86

Soweit die Klägerin ihre erbrachten Leistungen (A) auf der Basis einer Vergütung von 10 % der Investitionen verlangt, ist dies nicht nachvollziehbar, da das Geschäftsbesorgungshonorar nach ihrer eigenen Darstellung in der Rechnung 050/ 2008 nur 7 % betragen soll, ohne dass erkennbar wird, aus welchem Grund dessen Anhebung auf 10 % gerechtfertigt sein soll. Den Vergleichsvorschlag vom 22. September 2006 – der von einer solchen Anhebung ausging - hat die Klägerin nicht angenommen. Eine Darlegung der Kosten als Berechnungsgrundlage fehlt ebenso wie eine klare Darlegung des Anteils der erbrachten Leistungen an der behaupteten vertraglich vereinbarten Gesamtleistung. Während die mit dem zehnten Spiegelstrich bezeichnete Leistung nach den schriftlichen Verträgen nicht in der Pauschalvergütung enthalten ist, geht die Klägerin unter Abweichung von ihrem Vortrag der Inhaltsgleichheit der Verträge von der Einbeziehung der mit dem zehnten Spiegelstrich bezeichneten Leistung in die Pauschalvergütung aus. Während sie in ihrer Abrechnung erbrachte Leistungen in Höhe von 40 % anführt, ergibt sich aus ihrer Aufstellung im Schriftsatz vom 08. November 2010 (GA Bl. 621 f.) ein Betrag von 42 %. 87

Die Schlüssigkeit eines Anspruches auf entgangenen Gewinn (B) scheitert sowohl an den oben genannten Unzulänglichkeiten als auch an der fehlenden konkreten Darlegung der ersparten Aufwendungen. 88

Hinsichtlich des entgangenen Gewinns (C) als Maklerprovision ist nicht dargelegt, dass ein Verkauf des Objektes bereits erfolgt ist. 89

Bei der Villa M und F (049/2008 = AH Bl. 150 f.) gelten die Ausführungen bezüglich der Rechnung (050/2008) entsprechend. Insofern reicht der angegebene Vortrag zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Ende 2004 (GA Bl. 59) bis August 2005 (AH Bl. 150) bzw. 17. August 2005 (GA Bl. 150). Für eine Erhöhung des Honoraranspruches von 7 % auf 10 % fehlt gleichfalls die Anspruchsgrundlage (A). Als Teilleistungen werden 40 % geltend gemacht, während die Auflistung 44 % (GA Bl. 616 f.) anführt. Nicht nachvollziehbar ist ferner, dass der mündliche Vertrag inhaltsgleich mit den schriftlichen sei, gleichzeitig aber behauptet wird, dass er über diesen hinausgehe, da hiernach auch Mietangelegenheiten von der Klägerin geregelt werden sollten. Hinsichtlich (B) und (C) gelten die obigen Ausführungen entsprechend. 90

Bezüglich der Villa X (051/2008 = AH Bl. 174 f.) differieren die als Zeitpunkt des Vertragsschlusses angegebenen Daten vom 17. August 2005 (GA Bl. 1113) und von September 2005 (AH Bl. 174). Eine vertragliche Grundlage für einen Anspruch auf eine 91

Abschlagszahlung wegen bereits erbrachter Leistungen sowie wegen eines entgangenen Gewinns wurde von der Klägerin nicht behauptet. Die schriftlichen Verträge sehen einen Abschlag auf einen entgangenen Gewinn nicht vor. Da die Klägerin zudem selbst ausgeführt hat, dass nach dem Vertrag nur Leistungen der Stufe III erbracht werden sollten, kann eine Vergütung für Leistungen II nicht verlangt werden. Letztlich ist die Klägerin mit der Berufungsbegründung den Feststellungen des Landgerichts, dass ein Abschlag nicht gefordert werden könne, nicht entgegengetreten, so dass die Berufung schon aus diesem Grunde unzulässig ist.

2. 92

Soweit es die geltend gemachten Ansprüche auf Maklerprovision betrifft, steht der Klägerin insofern kein Anspruch zu. 93

Hinsichtlich der Abweisung des Anspruches aus der Rechnung 020/2006 (= AH Bl. 91 H) ist die Klägerin der Feststellung des Landgerichts, dass diese Rechnung nicht nachvollziehbar sei, da unklar bleibe, für welches Objekt sie erstellt worden sei, nicht entgegengetreten. Die Berufung ist daher unzulässig. Soweit sich die Rechnung auf die Villa H beziehen sollte, gelten die folgenden Ausführungen zur Rechnung (044/2008) entsprechend. 94

Soweit es die Rechnung 044/2008 (= AH Bl. 94 H) betrifft, ist die Berufung unzulässig. Die Klägerin ist der Feststellung des Landgerichts, dass diese Leistung unentgeltlich durch die Klägerin erbracht werden sollte, nicht entgegengetreten. Gleiches gilt für die landgerichtliche Feststellung, dass eine Maklerprovision wegen des vertraglich möglichen Rücktritts vom Kaufvertrag nicht zu erbringen sei. 95

Die Berufung könnte auch in der Sache keinen Erfolg haben. 96

Ein Provisionsanspruch scheitert letztlich an dem von den Kaufvertragsparteien vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht (GA Bl. 501 ff. dort 510), das die Gemeinde auch ausgeübt hat (GA Bl. 519). 97

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schließen Umstände, die das wirksame Zustandekommen des Hauptvertrages verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen, die Entstehung des Provisionsanspruchs aus (BGH, Urteil vom 20. Februar 1997 - III ZR 81/96, NJW 1997, 1583-1584, juris: Tz. 5). Dabei ist für das Entstehen des Provisionsanspruchs nach § 652 Absatz 1 BGB lediglich das Zustandekommen des Hauptvertrags infolge des Nachweises oder der Vermittlung erforderlich, nicht aber - wie nach § 87a Absatz 1 Satz 1 HGB beim Handelsvertreter - die Ausführung des Geschäfts. Dem entspricht es, dass Umstände, die lediglich die Leistungspflicht aus dem wirksam zustande gekommenen Vertrag beseitigen - wie einverständliche Aufhebung des Vertrags, nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung oder Rücktritt - die Provisionspflicht unberührt lassen. 98

Auch der Rücktritt vom Vertrag macht den Vertragsschluss nicht ungeschehen, sondern hebt nur die vertragliche Leistungspflicht auf. Er hat deshalb grundsätzlich auf die Provisionspflicht keinen Einfluss. Insoweit wird lediglich für ein im Hauptvertrag ausbedungenes zeitlich befristetes und an keine Voraussetzung gebundenes Rücktrittsrecht eine Ausnahme gemacht (BGH, Urteil vom 09. Juli 2009 - III ZR 104/08, NJW 2009, 2810-2811; juris: Tz. 8). In einem solchen Fall entsteht die Provisionspflicht erst dann, wenn die Frist abgelaufen ist, ohne dass die rücktrittsberechtigte Partei ihr Recht ausgeübt hat. Diese Ausnahme wird durch die Überlegung gerechtfertigt, dass in einem solchen Fall eine echte vertragliche Bindung erst mit 99

Fristablauf begründet wird. Dieser Fall ist deshalb ebenso zu behandeln wie der, in dem ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wird. Hingegen muss es in anderen Fällen bei der aus dem Gesetz abgeleiteten Regel verbleiben, so insbesondere bei der Ausübung eines gesetzlichen, eines dem gesetzlichen nachgebildeten oder eines von bestimmten sachlichen Voraussetzungen abhängig gemachten vertraglichen Rücktrittsrechts (BGH, Urteil vom 20. Februar 1997 - III ZR 81/96, NJW 1997, 1583-1584, juris: Tz. 5).

Da das in § 10 des Kaufvertrages geregelte Rücktrittsrecht von der Umsetzung eines Nutzungskonzeptes hinsichtlich des gekauften Grundstücks abhängig gemacht worden ist, lag ein nur unter bestimmten Voraussetzungen gegebenes Rücktrittsrecht vor, so dass dessen Ausübung den Provisionsanspruch grundsätzlich nicht berührte. 100

Eine andere Beurteilung ergibt sich im vorliegenden Fall jedoch dadurch, dass für die Umsetzung des Nutzungskonzeptes die Klägerin als Makler mitverantwortlich war. Insofern bedarf der Maklervertrag einer ergänzenden Auslegung, ob eine Provision auch in den Fällen der Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts vereinbart sein sollte oder nicht. Zur Auslegung des Maklervertrages bedarf es jeweils einer auf die Besonderheiten des Einzelfalls abgestellten Prüfung, deren Ergebnisse unterschiedlich ausfallen können und sich nicht verallgemeinern lassen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. August 1997 - 7 U 193/96, BB 1997, 2070-2071, juris: Tz. 10). 101

Haben die Parteien des Maklervertrages – wie hier – das Risiko der Ausübung des Rücktrittsrechts durch die Gemeinde erkannt, so liegt es nahe, in einer ergänzenden Vereinbarung den Wegfall des Provisionsanspruches für den Fall vorzusehen, dass der wirtschaftliche Zweck des Hauptvertrages verfehlt wird. Dies gilt umso mehr, als das Risiko der unzureichenden Umsetzung des Nutzungskonzeptes in den Einflussbereich der Klägerin fiel. 102

Daran ändert sich nichts, wenn der Hauptvertrag bereits teilweise in Vollzug gesetzt und auch die Maklerprovision teilweise bereits gezahlt worden ist. Dabei steht der Bedingtheit des Maklerprovisionsanspruches nicht entgegen, dass die Parteien des Hauptvertrages diesen bereits teilweise erfüllt hatten. Diese Rechtswirkungen standen nämlich immer noch unter dem Vorbehalt einer etwaigen Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis (BGH, Beschluss vom 29. Januar 1998 - III ZR 76/97, WM 1998, 720-721, juris: Tz. 5). 103

Zwar kam es in der Folge zu einem weiteren Vertragsschluss mit der Gemeinde. Insofern hat die Klägerin jedoch nicht dargelegt, inwiefern ihre Leistungen hierfür kausal gewesen sind. Da der zweite Vertrag erst nach Dezember 2007 und damit später als ein Jahr nach dem Rücktritt der Gemeinde zustande gekommen ist, greift die Kausalitätsvermutung zu Gunsten der Klägerin nicht ein (vgl. GA Bl. 1424, Anlage 39). 104

Zudem ist nicht nachvollziehbar dargelegt, auf welcher Grundlage der Klägerin ein über den in der Rechnung 020/2006 abgerechneten Betrag hinausgehender Provisionsanspruch zustehen könnte, da die Klägerin ihre erste Rechnung selbst als Schlussrechnung bezeichnet hat. 105

Auch hinsichtlich der Rechnung 055/2008 (= AH Bl. 96 T) ist die Klägerin der Feststellung des Landgerichts, dass sie weder mit einer Vermittlung beauftragt war, noch eine Maklerleistung erbracht habe, nicht entgegengetreten, so dass die Berufung insofern unzulässig ist. 106

Die Berufung könnte auch in der Sache keinen Erfolg haben. 107

Die Klägerin hat bereits nicht ausreichend dargelegt, dass ihre Leistung für den Abschluss eines weiteren Vertrages mit den Eheleuten S2 kausal gewesen ist.

Wenn der Makler die Gelegenheit zum Vertragsschluss nachgewiesen hat und seiner Tätigkeit der Abschluss des Hauptvertrags in angemessenem Zeitabstand folgt, ergibt sich daraus der Schluss auf den Ursachenzusammenhang zwischen beiden von selbst (BGH, Urteil vom 06. Juli 2006 – III ZR 379/04, NZM 2006, 667 – 668, juris: Tz. 18). Als angemessener Zeitabstand, der diese Schlussfolgerung rechtfertigt, sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vier Monate (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - III ZR 191/98, NJW 1999, 1255-1257, juris: 13), ca. drei bis fünf Monate (BGH, Urteil vom 26. September 1979 - IV ZR 92/78 – NJW 1980, 123-124, juris:14) und mehr als ein halbes Jahr (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - III ZR 393/04 - WuM 2005, 731-732, juris: 11) angesehen worden (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2007 – III ZR 163/07, NJW 2008, 651 - 653, juris: Tz. 10).

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird auch bei einer Dauer von 10 Monaten (OLG Frankfurt, Urteil vom 06. September 2000 - 19 U 64/00, NZM 2001, 908; juris: Tz. 4) bis zu einem Jahr (OLG Stuttgart, Urteil vom 24. Juni 2009 - 3 U 3/09, NZM 2010, 86-88, juris: Tz. 36) die Kausalitätsvermutung bejaht.

Vorliegend greift diese Kausalitätsvermutung zu Gunsten der Klägerin nicht ein, da nach der Vermittlung der ersten Wohnung im Mai 2005 der Abschluss des zweiten Kaufvertrages über die weitere Wohnung erst im Oktober 2006 und damit mehr als ein Jahr später geschlossen worden ist. Ein substantiierter Vortrag, wonach auch weitere Verträge mit den Eheleuten S2 im Rahmen einer Kundenschutzvereinbarung mit dem Beklagten als von der Klägerin vermittelt gelten sollten, ist zweitinstanzlich nicht erfolgt. Der Geschäftsbesorgungsvertrag sieht eine solche Regelung nicht vor.

Im Fall der Villa I und des Objekts N-Straße (004/2006 = AH Bl. 87 – in dieser Rechnung muss es statt „C“ wohl richterweise „N-Straße“ heißen – und 041/2008 = AH Bl. 88) ist die Erbringung von Maklerleistungen durch die Klägerin nicht feststellbar.

Nach § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB hat ein Makler einen Anspruch auf Provision, wenn der von ihm herbeizuführende Vertrag in Folge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Diese Voraussetzungen sind jedoch bei einem Eigentumserwerb in der Zwangsversteigerung nicht gegeben. Dem Vorliegen einer Maklerleistung im Sinne des § 652 BGB steht entgegen, dass sich im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens der Eigentumserwerb nicht auf der Grundlage eines Kaufvertrages, sondern durch Zuschlag als öffentlich-rechtlicher Eigentumsübertragungsakt vollzieht (BGH, Urteil vom 04. Juli 1990 - IV ZR 174/89, BGHZ 112, 59-64, juris: Tz. 11).

Da ein Provisionsanspruch bei einer Zwangsversteigerung grundsätzlich ausscheidet, kann ein solcher nur bei einer besonderen Vereinbarung zwischen den Parteien des Maklervertrages angenommen werden (BGH, Urteil vom 04. Juli 1990 - IV ZR 174/89, BGHZ 112, 59-64, juris: Tz. 14).

Zur Frage, ob die Parteien die Ersteigerung für provisionspflichtig erklärt haben, fehlt konkreter Vortrag der Klägerin, da diese in erster Linie auf ihre Leistungen im Rahmen des Forderungsankaufes zur Ermöglichung der Versteigerung abstellt. Ob der Klägerin eine Maklerprovision wegen des Forderungsankaufes zusteht, bedarf keiner Entscheidung, da ein solcher Provisionsanspruch, der einen anderen Streitgegenstand beträfe, nicht eingeklagt ist.

Soweit es die Rechnungen 019/2006 (= AH Bl. 93) und 045/2008 (= AH Bl. 95 M und F) betrifft, ist die Klägerin der Feststellung des Landgerichts, dass sie die ihr zustehende Vergütung bereits erhalten hat, nicht entgegengetreten. Die Berufung ist daher insofern unzulässig.

Sie könnte auch in der Sache keinen Erfolg haben. Die Klägerin hat nicht nachvollziehbar dargelegt, auf welcher Grundlage der Klägerin ein über den mit der Rechnung 004/2006 geltend gemachten Anspruch hinausgehender Provisionsanspruch zustehen könnte, da die Klägerin ihre erste Rechnung nicht als Abschlags- oder Teilrechnung bezeichnet hat. Wie das Landgericht unangegriffen ausgeführt hat, liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage auch nicht vor, so dass eine Vertragsanpassung im Rahmen einer Erhöhung der Provision nicht in Betracht kommt. 117

3. 118

Hinsichtlich der geltend gemachten Vergütung für eine Finanzierungsvermittlung ist die Klage gleichfalls unbegründet. 119

Soweit die Klägerin eine Provision verlangt, die den von dem Beklagten behaupteten vereinbarten Betrag von 0,5 % überschreitet, muss sie beweisen, dass die vom Beklagten behauptete Vereinbarung über die Höhe der Vergütung nicht getroffen worden ist. Wegen der Schwierigkeiten des zu führenden Negativbeweises muss derjenige, der eine bestimmte Vergütungsabrede behauptet, diese Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darlegen. Sache des auf eine höhere Vergütung Klagenden ist es dann, die geltend gemachten Umstände zu widerlegen, die für die behauptete Vereinbarung sprechen könnten. Dabei sind an diese Beweisführung keine zu strengen Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 23. Januar 1996 - X ZR 63/94, NJW-RR 1996, 952-953, juris: Tz. 11). 120

Die Klägerin hat in ihren Abrechnungen (008/2006, 003/2006, 005/2006) jeweils angeführt, dass die Vergütung von 0,5 % der Darlehenssumme auf einer Vereinbarung der Parteien beruhe. Soweit sie in ihrer Berufungsbegründung ausgeführt hat, dies stelle lediglich eine Standardfloskel dar, überzeugt dies nicht, da sich diese Formulierung in anderen Rechnungen gerade nicht wiederfindet. Dafür dass die Provision nur in Höhe von 0,5 % vereinbart wurde, sprechen zudem die eigenen Darlegungen der Klägerin. In ihrem Schreiben vom 02. Mai 2006 (GA Bl. 733 ff.) führt sie selber aus, dass der Beklagte diese Höhe vorgeschlagen und sie dies „vorläufig auch anerkannt“ habe, da ihr dies akzeptabel schien. Daher sehe sie es als großes Entgegenkommen an, im Falle der Rechnung (008/2006) nur 0,5 % Provision in Rechnung zu stellen. Erst durch die Aufkündigung der Zusammenarbeit zwischen den Parteien sah sich die Klägerin berechtigt, das Honorar nunmehr zu erhöhen. Hierauf weist sie in den von ihr nachträglich gestellten Rechnungen mit dem erhöhten Provisionsanspruch ausdrücklich hin (043/2008, 040/2008, 042/2008). Angesichts der eigenen Ausführungen der Klägerin bedarf es daher einer konkreteren Darlegung der Vereinbarung über die niedrigere Provision durch den Beklagten nicht. 121

Die Klägerin kann sich zur Begründung eines erhöhten Provisionsanspruches auch nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB berufen. 122

Die Regeln, die an den Wegfall der Geschäftsgrundlage anknüpfen, sind entwickelt worden, um bei Verträgen - auf der Ebene des vertraglichen Schuldrechts - die Folgen schwerwiegender Störungen der Vertragsgrundlagen in den Grenzen des Zumutbaren halten zu können. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage soll eine den veränderten Umständen entsprechende Anpassung des Vertrages ermöglichen, wenn einer Seite nach der gesamten 123

Interessenlage ein Festhalten an den ursprünglichen Absprachen unter den veränderten Umständen nicht zuzumuten ist. Dies kann anzunehmen sein, wenn sich von dem Vorhandensein oder dem zukünftigen Eintritt bestimmter Umstände gemachte Erwartungen nicht verwirklichen, obwohl der Geschäftswille beider Parteien auf entsprechenden, nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Abschluss des Vertrages aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen oder auf Vorstellungen einer Partei allein aufbaut, die dem Geschäftspartner beim Vertragsschluss erkennbar waren und von ihm nicht beanstandet wurden. Voraussetzung ist desweiteren, dass sich ein Umstand als nicht gegeben erwiesen hat, den mindestens eine Partei beim Vertragsschluss vorausgesetzt hat und der für sie so wichtig gewesen ist, dass sie den Vertrag nicht oder zumindest nicht in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte, wenn sie die tatsächliche Entwicklung gekannt oder vorhergesehen hätte. Da Vertragsparteien jedweden Umstand zum Gegenstand ihres Geschäftswillens machen können, kann Geschäftsgrundlage auch der Fortbestand der Geschäftsbeziehung der Vertragsparteien sein (BGH, Urteil vom 19. Januar 1999 - X ZR 60/97, NJW 1999, 1623-1626, juris: Tz. 27). Grundlage des Vertrages kann dabei aber nicht dasjenige sein, was die Parteien vereinbart haben, sondern lediglich das, was sie ihrer Vereinbarung zugrunde gelegt haben (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - VII ZR 13/10, BGHZ 190, 212-226, juris: Tz. 21). Weder hat die Klägerin behauptet, die Parteien hätten sich nur deshalb auf eine so niedrige Provision geeinigt, weil sie von einer umfänglichen Zusammenarbeit ausgegangen seien. Noch hat die Klägerin auch nur ansatzweise dargelegt, dass die vereinbarte Provisionshöhe für sie unzumutbar sei.

Die Unzumutbarkeit setzt voraus, dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde. Dies erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Vorteile, die der betreffenden Partei neben den Nachteilen erwachsen. Angesichts der grundsätzlich bestehenden vertraglichen Ansprüche, die der Klägerin auch nach Beendigung der Geschäftsbeziehung zustehen, ist nicht feststellbar, dass es für die Klägerin unzumutbar ist, am Vertrag festgehalten zu werden. 124

Im Falle der Villa H (008/2006 = AH Bl. 89 und 043/2008 = AH Bl. 90) hat die Klägerin sich ausdrücklich mit einer 0,5 %igen Vergütung einverstanden erklärt (GA Bl. 733), so dass ein weitergehender Anspruch gemäß der Rechnung (043/2008) schon aus diesem Grunde nicht besteht. 125

Wie das Landgericht überzeugend ausgeführt hat, fehlt zudem ein substantiierter Vortrag der Klägerin zum Zustandekommen eines Hauptvertrages über eine Darlehenssumme von 2,2 Mio. Euro. Insofern hätte die Klägerin substantiiert darlegen müssen, wann und mit welchem Kreditinstitut dieser Darlehensvertrag zustande gekommen sein soll. Da sie den Abschluss eines solchen Vertrages lediglich vermutet, stellt eine Durchführung des von ihr angebotenen Zeugenbeweises daher eine unzulässige Ausforschung dar. 126

Unstreitig hat der Beklagte jedoch im April 2008 einen Darlehensvertrag über 421.000,00 € mit der Volks- und Raiffeisenbank H (GA Bl. 1419) auf der Grundlage eines Antrags aus Dezember 2007 (GA Bl. 1424) abgeschlossen. Insofern hat die Klägerin jedoch nicht dargelegt, dass dieser Vertrag auf ihrer Maklerleistung beruhte. Die von ihr aufgezeigten Leistungen stammten alle aus dem Jahre 2006 (GA Bl. 1332), so dass schon wegen des Zeitablaufes deren Ursächlichkeit für den Vertragsschluss im April 2008 nicht zu vermuten ist und auch nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht festgestellt werden kann. 127

Hinsichtlich der Rechnung 053/2008 (= AH Bl. 97 T) ist die Klägerin der Feststellung des Landgerichts, dass ihre Leistung durch das Honorar des Geschäftsbesorgungsvertrages 128

abgegolten sein sollte, nicht entgegengetreten, so dass die Berufung unzulässig ist.

Bei der Villa C (003/2006 = AH Bl. 79 und 040/2008 = AH Bl. 80) scheidet ein Anspruch auf Ausgleich der Rechnung (040/2008) bereits deshalb aus, weil die Klägerin die Vereinbarung einer Provision von 0,5 % nicht widerlegt hat. Die Klägerin ist der Feststellung des Landgerichts, dass die Provisionsforderung aus der Rechnung (003/2006) bereits erfüllt worden ist, nicht entgegengetreten, so dass die Berufung insoweit unzulässig ist. Im Übrigen wäre ein Provisionsanspruch aus der Rechnung (003/2006) verjährt, da er erst mit dem Mahnantrag vom 16. Januar 2009 geltend gemacht worden ist. Im Jahr 2005 lag der Darlehensvertrag vor (vgl. Anlage 54, dort 23 E und F), so dass die Provision in diesem Jahr fällig war, ohne dass es insoweit auf die Rechnungserteilung ankommt. Soweit die Klägerin ausgeführt hat, dass sie auch mit der weiteren Abwicklung des Kreditvertrages beauftragt gewesen sei, berührt dies die Fälligkeit des Provisionsanspruches für die Vermittlung des Darlehensvertrages nicht, da die den Provisionsanspruch begründende Leistung in der Kreditvermittlung lag und sich der Anspruch auch von der Höhe der Kreditsumme aus berechnet.

Im Fall der Villa I und des Objekts N-Straße (005/2006 = AH Bl. 85) – richtig müsste es in der Rechnung 005/2006 wohl „N-Straße“ statt „C“ heißen – sowie (042/2008 = AH Bl. 86) steht der Klägerin ein Provisionsanspruch von mehr als 0,5 % nicht zu, weil sie nicht widerlegen kann, dass die Parteien sich auf diesen Provisionssatz geeinigt haben, und eine nachträgliche Erhöhung des Provisionssatzes nicht festgestellt werden kann.

In Betracht kommt daher lediglich ein Anspruch auf Provision auf der Basis eines Provisionssatzes von 0,5 %. Die Erbringung einer Maklerleistung durch die Klägerin und die Herbeiführung eines Vertragsschlusses vom 04. Oktober 2005 (GA Bl. 497) über einen Darlehensbetrag von 1.750.000,00 € sowie 200.000,00 € ist zwischen den Parteien unstreitig.

Der Anspruch auf Provision in Höhe von 0,5 %, mithin in Höhe von 9.750,00 €, ist indes in entsprechender Anwendung des § 654 BGB verwirkt.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Vergütungsanspruch nach dem Rechtsgedanken des § 654 BGB jedoch verwirkt sein, wenn ein Dienstverhältnis eine besondere Treuepflicht begründet und der Dienstleistende in schwerwiegender Weise diese Treuepflicht verletzt und sich dadurch als seines Lohnes unwürdig erweist. Dies ist der Fall, wenn die Treuepflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer grob leichtfertigen Weise verletzt wird, die dem Vorsatz nahekommt (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 - XI ZR 67/11, DB 2011, 2655 – 2658, juris: Tz. 33).

Zu den Vertragspflichten des Maklers gehört eine sachgemäße Wahrung der Interessen des Auftraggebers. Die Interessenwahrung gebietet dem Makler, den Auftraggeber über alle ihm, dem Makler, bekannten tatsächlichen und rechtlichen Umstände aufzuklären, die sich auf den Abschluss des Hauptgeschäfts beziehen und für den Willensentschluss des Auftraggebers von Bedeutung sein können (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1981 – V ZR 207/80, WM 1982, 428 – 429, juris: Tz. 15; BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 – III ZR 146/06, NZM 2007, 335 - 337, juris: Tz. 11). Die Erklärungen des Maklers müssen insgesamt so beschaffen sein, dass sie seinem Kunden keine unzutreffenden Vorstellungen vermitteln (BGH, Urteil vom 28. September 2000 – III ZR 43/99, NJW 2000, 3642 – 3643, juris: Tz. 6; BGH, Urteil vom 31. Januar 2003 – V ZR 389/01, NZM 2003, 415 – 416, juris: Tz. 25). Die Reichweite der Aufklärungspflicht bestimmt sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 28. September 2000 – III ZR 43/99, NJW 2000, 3642 – 3643, juris: Tz. 6).

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 02. Dezember 2011 Schadensersatzansprüche des Beklagten wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit der Darlehensaufnahme abgewiesen (GA Bl. 1281 ff. dort 1290 f. und 1301), da dem Beklagten bereits der Umstand, dass das KG - Modell nicht funktionsfähig war, durch das Protokoll T2 vom 15. Juni 2005 bekannt gewesen sei. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Schadensersatzpflicht der Klägerin, sondern nur um die Frage, ob die Klägerin in schwerwiegender Weise ihre Treuepflicht verletzt und sich dadurch als ihres Lohnes unwürdig erwiesen hat.

Unstreitig sollte die Finanzierung auch dazu dienen, potentiellen Käufern das jeweilige Objekt dadurch attraktiver zu gestalten, dass diese etwaige Investitionen steuermindernd geltend machen können sollten. Dieses Konzept (GA Bl. 471 ff.) – dessen „Genialität“ sich die Klägerin rühmte (GA Bl. 1129) – ließ sich nicht umsetzen, was der Klägerin bereits unstreitig (GA Bl. 183) aufgrund der Ausführungen des Steuerberaters vom 18. August 2005 (GA Bl. 1232, 1238) und nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts bekannt war. Hierüber hätte die Klägerin den Beklagten aufklären müssen. Das hat sie nicht getan. Der Geschäftsführer der Klägerin hat vor dem Landgericht Bremen am 22.12.2009 selbst bekundet, er habe die entsprechende Information, die er im Oktober 2005 erhalten habe, nicht an den Beklagten weitergegeben, weil sie für ihn eine untergeordnete Rolle im Gesamtzusammenhang gespielt habe (Sitzungsprotokoll, Seite 8, Anlage 67, GA Bl. 183).

Anders als bei der Frage nach einer Haftung der Klägerin kommt es bei der Bewertung der Unwürdigkeit des Maklers wegen eines schwerwiegenden Treueverstoßes nicht auf eine bereits auf anderem Wege erlangte Kenntnis des Kunden von den maßgeblichen Umständen an.

Bei der Villa M und F (054/2008 = AH Bl. 142) hat die Klägerin geltend gemacht, dass ihr nur eine Vergütung entsprechend den aufgewandten Stunden zustehe. Da die Klägerin jedoch weder eine Auflistung ihrer aufgewandten Arbeitszeit noch ihren Stundensatz dargelegt hat, ist die Klage insofern – worauf schon das Landgericht im Urteil hingewiesen hat – unschlüssig.

Die Berufung greift die Abweisung der auf diverse Zusatzaufträge (052/2008, 015/2005) gestützten Rechnungen nicht konkret an, so dass sie insofern unzulässig ist.

Sie könnte auch in der Sache keinen Erfolg haben.

052/2008 Zusatzaufträge:

Insofern fehlt bereits eine nachvollziehbare Darlegung der Umstände der Auftragserteilung und der Leistungserbringung durch die Klägerin. Die Klägerin beschränkt sich insofern auf den Verweis auf etwaige Unterlagen und Tabellen (GA Bl. 167), die einen geordneten Sachvortrag jedoch nicht ersetzen können.

015/2005 Zusatzaufträge:

Die Darlegung der Klägerin zu einem noch offenen Provisionsanspruch (GA Bl. 168) ist – worauf bereits das Landgericht hingewiesen hatte - nicht nachvollziehbar. Der Sachverhalt erschließt sich auch nicht aufgrund der übergebenen Unterlagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Absatz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nummer 10, 711 ZPO. Ein Grund, die Revision gemäß §

543 Absatz 2 ZPO zuzulassen, ist nicht ersichtlich.

Streitwert für das Berufungsverfahren:

146

1.248.894,51 €

147