

Oberlandesgericht Hamm

Im Namen des Volkes

Urteil

§§ 254, 652 BGB

- 1. Auch bei einem Verstoß gegen Aufklärungs- und Beratungspflichten des Maklers ist Raum für ein die Schadensersatzpflicht minderndes, gegebenenfalls sogar sie ausschließendes Mitverschulden des Kunden.**
- 2. Ein Makler kann seinen Lohnanspruch verwirken, wenn er - über den in § 654 BGB geregelten Fall hinaus - durch vorsätzliche oder grob leichtfertige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwider handelt und damit seines Lohnes unwürdig erscheint bzw. die Provision bereits nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat.**

OLG Hamm, Urteil vom 24.09.2020 Az. : 18 U 18/19

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 04.01.2019 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

Dieses und das angefochtene Urteil sowie das Versäumnisurteil vom 12.06.2018 sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Maklerlohn in Anspruch; die Beklagte rechnet mit Schadensersatzansprüchen wegen Pflichtverletzung auf und beruft sich auf Verwirkung.

2

Die Klägerin war im Sommer 2017 mit der Vermarktung des Objektes Tstrasse 00 in M beauftragt. Nach einem Kontakt zwischen dem für die Klägerin tätigen Zeugen C und dem Ehemann der Beklagten, dem Zeugen S, bezüglich eines anderen Objektes wies der Zeuge C seitens der Klägerin den Ehemann der Beklagten auf das Objekt Tstrasse 00 hin.

3

Am 07.07.2017 erfolgte eine Besichtigung, bei der neben der Beklagten und ihrem Ehemann sowie dem Zeugen C auch die damalige Eigentümerin, die Zeugin I, anwesend war.

4

Am 10.07.2017 unterschrieb die Beklagte einen "Objektnachweis mit Courtagevereinbarung und Auftrag für Notartermin".

5

In dem der Beklagten von der Klägerin zur Verfügung gestellten Exposé wurde das Objekt unter "Eckdaten" damit beworben, dass "5 Wohneinheiten" vorhanden seien. Des Weiteren enthielt das Exposé stilisierte Grundrisspläne des Erdgeschosses, des 1. Obergeschosses und des Dachgeschosses.

6

Daneben existiert noch ein (ungenehmigt) ausgebauter Spitzboden. Dass dieser zu Wohnzwecken nicht genehmigt sei, erklärte der Zeuge C anlässlich der Besichtigung.

7

Im Erdgeschoss befand sich früher, wie dem Zeugen C und dem Ehemann der Beklagten bekannt war, ein Gewerbe. Zwischenzeitlich war das Erdgeschoss zur Wohnung umgebaut worden.

8

Am 27.07.2017 erfolgte der Abschluss eines notariellen Kaufvertrages zwischen der Beklagten und der Eigentümerin des Objektes Tstrasse 00 zum Preis von 207.000 EUR, den die Beklagte im Folgenden zahlte.

9

Ebenfalls am 27.07.2017 unterschrieben die Beklagte und die Eigentümerin eine Erklärung, wonach ihnen bekannt sei, dass der Ausbau des Dachgeschosses seinerzeit ohne Genehmigung des Bauamtes erfolgt sei.

10

In dem Kaufvertrag ist der Kaufgegenstand als Sondereigentum (nebst Miteigentum) an zwei Einheiten, nämlich zum einem Sondereigentum an den gewerblichen Räumen im Erdgeschoss und der Wohnung im 1. Obergeschoss und zum anderen Sondereigentum an der Wohnung im 1. Obergeschoss und im Dachgeschoss, bezeichnet und es wird auf zwei Grundbuchblätter Bezug genommen.

11

Unter dem 13.10.2017 stellte die Klägerin der Beklagten für ihre Tätigkeit 7.389,90 EUR in Rechnung. Die Beklagte zahlte den Betrag nicht und machte geltend, es seien seitens der Klägerin falsche Angaben im Hinblick auf das Kaufobjekt gemacht worden.

12

Die Klägerin hat behauptet, der Zeuge C habe Informationen der Eigentümerin übernommen. Sie ist der Ansicht gewesen, er habe diese auch nicht weiter überprüfen müssen.

13

Nach Erlass eines antragsgemäßen Versäumnisurteils, mit dem die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 7.389,90 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5

Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.11.2017 zu zahlen, und fristgemäßem Einspruch, hat die Klägerin beantragt,

14

das Versäumnisurteil vom 12.06.2018 aufrechtzuerhalten.

15

Die Beklagte hat beantragt,

16

das Versäumnisurteil vom 12.06.2018 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

17

Die Beklagte hat behauptet, der Mitarbeiter der Klägerin, der Zeuge C, habe falsche Angaben gemacht. Er habe behauptet, dass das Haus über 5 räumlich getrennte und bauordnungsrechtlich genehmigte Wohneinheiten verfüge und auch das Erdgeschoss zu Wohnzwecken geeignet und genehmigt sei. Diese falschen Informationen habe der Zeuge C nicht von der Eigentümerin erhalten, sondern eigenständig erstellt. Er habe weiter erklärt, dass im Spitzboden eine weitere Wohnung genehmigungsfähig sei. Sie habe nach Abschluss des Kaufvertrages davon Kenntnis erlangt, dass eine Nutzung des Erdgeschosses zu Wohnzwecken nicht bauordnungsrechtlich genehmigt sei. Ebenso habe sie davon Kenntnis erlangt, dass lediglich zwei Wohneinheiten bauordnungsrechtlich genehmigt seien.

18

Die Beklagte ist der Ansicht gewesen, die Voraussetzungen eines Makleranspruchs lägen im Übrigen nicht vor, weil die Immobilie zunächst besichtigt und der schriftliche Maklervertrag erst im Nachhinein geschlossen worden sei.

19

Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt mit Schadensersatzansprüchen. Dazu hat sie behauptet, im Hinblick auf die Erdgeschosssetage, die nur als Gewerbe nutzbar sei, liege ein Minderwert in Höhe der Klageforderung vor. Darüber hinaus bestehe im Hinblick auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Spitzbodens ein Schaden in Form von nicht zu realisierenden Mieteinnahmen, die die Klageforderung bei weitem überstiegen, sowie einem Minderwert in Höhe von mindestens 15.000 EUR. Insgesamt sei das Haus nur 150.000 EUR wert. Die Umbaukosten zwecks Herstellung eines bauordnungsrechtlich genehmigungsfähigen Zustandes hinsichtlich der angepriesenen 5 Wohneinheiten beliefen sich auf einen 6-stelligen Betrag.

20

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen S, C und I mit am 04.01.2019 verkündetem Urteil das Versäumnisurteil aufrechterhalten und zur Begründung im Kern ausgeführt, ein Maklervertrag sei zwischen den Parteien geschlossen worden, denn dies könne auch konkludent erfolgen. Der Anspruch der Klägerin sei auch nicht gem. § 654 BGB erloschen; es lasse sich nicht feststellen, dass die Klägerin bzw. der Zeuge C vorsätzlich, leichtfertig oder ins Blaue hinein falsche Angaben gemacht habe; eine Pflichtverletzung liege nicht vor. Das Exposé sei bereits nicht objektiv unrichtig, denn es werde darauf hingewiesen, dass - erst - "nach Aufarbeitung und Verbesserung" fünf Wohneinheiten zur Verfügung stünden. Es liege auch keine Vertragspflichtverletzung durch falsche mündliche Zusicherung vor. Zum Dachboden habe der Zeuge unstreitig offengelegt, dass dieser nicht genehmigt sei. Im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit sei der Ehemann der Beklagten selbst davon ausgegangen, dass für eine "eventuelle Nachgenehmigung" noch Maßnahmen

erforderlich seien. Zum Erdgeschoss habe der Zeuge C zwar angegeben, dass die Gewerberäume in eine Wohnung umgewandelt worden seien, insofern habe er sich aber auf Angaben der Eigentümerin verlassen. Darauf habe er sich auch verlassen dürfen. Es sei nicht ersichtlich, dass sich ihm Zweifel hätten aufdrängen müssen. Im Übrigen sei der Anspruch der Klägerin nicht durch Aufrechnung erloschen. Es fehle bereits an dem erforderlichen Gegenseitigkeitsverhältnis, soweit die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen nicht realisierbarer Mieteinnahmen oder Kosten für Umbaumaßnahmen geltend mache.

21

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren auf Klageabweisung unter Aufrechterhaltung ihres bisherigen Vorbringens weiterverfolgt. Insbesondere rügt sie, das Landgericht sei zu Unrecht von dem Vorliegen der Voraussetzungen für eine Maklerprovision ausgegangen. Aufgrund der Kenntnis vom Objekt vor Unterzeichnung der Vereinbarung fehle es an der erforderlichen Kausalität; im Übrigen habe es an einem eindeutigen Provisionsverlangen bei Kontaktaufnahme bzw. Vertragsanbahnung gefehlt. Das Landgericht habe auch zu Unrecht eine Aufklärungspflichtverletzung verneint. Das Exposé sei unrichtig. Der Zeuge C habe bestätigt, dass die Bezeichnung im Exposé als Haus mit 5 Wohneinheiten von ihm stamme und er die Pläne für das Exposé erstellt habe bzw. habe erstellen lassen. Es lägen auch Vertragspflichtverletzungen durch mündliche Zusicherungen vor. Der Zeuge C habe auch bestätigt, dass ihm Bedenken hinsichtlich der Abgeschlossenheit der 5. Wohneinheit gekommen seien. Auch habe das Landgericht zu Unrecht eine Aufrechnung abgelehnt. Der Makler hafte bei fahrlässig oder vorsätzlich falschen Informationen neben dem Veräußerer.

22

Sie beantragt,

23

unter Abänderung des am 04.01.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Detmold zum Az. 04 O 159/18 das Versäumnisurteil vom 12.06.2018 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

24

Die Klägerin beantragt,

25

die Berufung zurückzuweisen.

26

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Aufrechterhaltung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Insbesondere könne sich die Beklagte nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, dass sie die Kenntnis vom Objekt durch die Klägerin bereits vor Abschluss des Maklervertrages erhalten habe. Gegebenenfalls liege in der Vereinbarung vom 10.07.2017 ansonsten auch ein nachträgliches Provisionsversprechen. Die Voraussetzungen einer Verwirkung iS des § 654 BGB lägen nicht vor. Der Zeuge C habe sich auf die Angaben der Eigentümerin verlassen dürfen. Dass es sich um 5 genehmigte Wohneinheiten handele, habe der Zeuge bereits nicht erklärt. Auf seine Zweifel hinsichtlich der Abgeschlossenheit einer Wohneinheit habe er den Ehemann der Beklagten hingewiesen. Die Aufrechnung gehe ins Leere; es fehle an einer Pflichtverletzung; im Übrigen wäre eine solche auch nicht kausal für die Kaufentscheidung gewesen.

27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen, die Protokolle der mündlichen Verhandlungen sowie den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

II.

28

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

29

Das Landgericht hat das Versäumnisurteil vom 12.06.2018 zu Recht aufrechterhalten.

1.

30

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 7.389,90 EUR gem. § 652 Abs. 1 BGB. Dem steht weder eine Verwirkung des Anspruchs entgegen noch kann die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung entgegenhalten.

a)

31

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung von 7.389,90 EUR gem. § 652 Abs. 1 BGB zu, denn zwischen den Parteien ist ein Maklervertrag mit einem Provisionsversprechen i.S. des § 652 BGB zustande gekommen.

aa)

32

Der Maklervertrag ist durch die Unterschrift der Beklagten auf dem Formular "Objektnachweis mit Courtagevereinbarung und Auftrag für Notartermin" am 10.07.2017 geschlossen worden. Dass bereits zuvor ein Maklervertrag mit Provisionsversprechen zustande gekommen ist, lässt sich - auch unter Berücksichtigung des § 653 BGB, wonach ein Maklerlohn u.U. als stillschweigend vereinbart gilt - nicht feststellen. Denn dass die Klägerin, ggf. durch Überreichen des Exposés, ihre Dienste vor dem Hintergrund eines deutlichen Provisionsverlangens angeboten hätte, welches die Beklagte durch Entgegennahme entsprechender Dienste angenommen haben könnte, lässt sich nicht feststellen. Nach den Umständen wäre es auch möglich gewesen, dass die Klägerin allein als Verkäufermakler auftrat und von der Beklagten als Käuferin keine weitere Provision verlangte.

33

In der Übersendung des "Objektnachweis mit Courtagevereinbarung und Auftrag für Notartermin" lag dann aber das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines entsprechenden Vertrages, welches die Beklagte durch ihre Unterschrift und das Zurücksenden angenommen hat.

34

Dass die Courtageregelung in dem Formular in kleiner Schrift angeführt ist und dieses Formular der Beklagten - nach ihrem Vortrag - "untergeschoben" worden ist,

ändert daran nichts. Denn aus der Überschrift ergibt sich hinreichend deutlich, dass es u.a. um eine Courtagevereinbarung geht.

35

Unschädlich ist auch, dass die Beklagte das Formular am 10.07.2017 und damit nach Nachweis und Besichtigung des Objektes unterzeichnet hat (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2014, III ZR 530/13, NJW-RR 2014, 1272). Denn ein Maklervertrag kann auch noch nach erfolgter Maklerleistung abgeschlossen werden, wenn ein hinreichend deutliches Provisionsverlagen gestellt wird (vgl. BGH a.a.O.). Ein solches war in dem o.g. Formular enthalten. In dem Fall ist es dann Sache des Kunden, den anschließenden Abschluss des ihm angetragenen Maklervertrages zu verweigern (vgl. BGH a.a.O.). Dies hat die Beklagte nicht getan. Dass sie möglicherweise das Formular vor der Unterschrift nicht sorgsam gelesen hat, ändert - wie bereits dargelegt - daran nichts.

bb)

36

Der Maklervertrag ist auch wirksam.

37

Insbesondere kann dahinstehen, ob gegen die Wirksamkeit der "Courtagevereinbarung" Bedenken bestehen, weil darin eine Erwerbsverpflichtung festgehalten sein bzw. der Eindruck einer solchen Verpflichtung entstehen könnte ("Ich/wir [...] erkläre(n) mich/uns [...] bereit [...] zum Kaufpreis von 207.000 EUR zu kaufen.") und aufgrund dessen auch der Maklervertrag formbedürftig sein könnte. Denn ein etwaiger Formmangel wäre durch den formgerechten Abschluss des Hauptvertrages geheilt (vgl. BGH, Urteil vom 28.01.1987, IVa ZR 45/85, NJW 1987, 1628).

cc)

38

Die Klägerin hat die von ihr geschuldete Leistung erbracht, der beabsichtigte (Haupt-)Vertrag mit einem Dritten, hier der Eigentümerin des streitgegenständlichen Objekts, ist zustande gekommen und die Tätigkeit der Klägerin war dafür auch kausal.

39

Die Klägerin hat der Beklagten das streitgegenständliche Objekt (durch ihren Mitarbeiter) jedenfalls nachgewiesen.

40

Der mit der Eigentümerin abgeschlossene Vertrag ist auch zum beabsichtigten Vertrag, also demjenigen, dessen Abschluss nachgewiesen werden sollte, wirtschaftlich kongruent. Dabei ist es unerheblich, dass im Ergebnis nicht ein Haus, sondern zweimal Teil- & Wohnungseigentum erworben worden ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 13.12.2007, III ZR 163/07, NJW 2008, 651).

dd)

41

Mit dem Abschluss des (Haupt-)Vertrages ist der Provisionsanspruch auch fällig. Der Höhe nach beläuft er sich gem. der "Courtagevereinbarung" unstreitig auf 3,57% von 207.000 EUR = 7.389,90 EUR.

b)

42

Der Anspruch ist auch weder verwirkt noch wegen einer Pflichtverletzung nicht geschuldet oder durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen untergegangen.

aa)

43

Die Klägerin hat zwar ihre Pflichten aus dem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag verletzt, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, dies führt aber nicht dazu, dass die Beklagte die Provision gem. § 242 BGB oder wegen einer Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gem. §§ 387, 389 BGB nicht zahlen muss.

(1)

44

Der Makler steht zu seinem Auftraggeber als dessen Interessenvertreter in einem besonderen Treueverhältnis, aus dem sich für ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben bestimmte Nebenpflichten ergeben. Eine sachgemäße Interessenwahrung gebietet regelmäßig, den Auftraggeber über alle dem Makler bekannten Umstände aufzuklären, die für die Entschließung des Auftraggebers von Bedeutung sein können (BGH, Urteil vom 18.01.2007, III ZR 146/06, NJW-RR 2007, 711). Dabei darf der Makler Informationen, die er von dem Veräußerer erhalten hat, grundsätzlich ungeprüft weitergeben. Das setzt allerdings voraus, dass der Makler die betreffenden Informationen - insbesondere, wenn er diese in einem eigenen Exposé über das Objekt herausstellt - mit der erforderlichen Sorgfalt eingeholt und sondiert hat; dazu gehört, dass der Makler keine Angaben der Verkäuferseite in sein Exposé aufnimmt, die nach den in seinem Berufsstand vorauszusetzenden Kenntnissen ersichtlich als unrichtig, nicht plausibel oder sonst als bedenklich einzustufen sind (BGH a.a.O.).

45

Vorliegend hat die Klägerin, vertreten durch den Zeugen C, jedenfalls die erhaltenen Informationen nicht hinreichend sondiert. Denn, dass das Objekt "5 Wohneinheiten" enthielt, war nach den bei dem Zeugen C vorauszusetzenden Kenntnissen ersichtlich nicht plausibel bzw. bedenklich. Er hat selbst in seiner Vernehmung in erster Instanz angegeben, Bedenken (gehabt) zu haben, denn er hat angegeben, es handle sich "im Prinzip" nicht um ein Fünffamilienhaus, weil eine Wohnung nicht abgeschlossen gewesen sei. Dabei beinhaltet die Erklärung "5 Wohneinheiten" die Aussage, es handle sich um fünf Wohnungen. Denn nach dem Verständnis eines verständigen Durchschnittsbürgers besteht insoweit kein Unterschied. Darüber hinaus versteht der verständige Durchschnittsbürger - unabhängig davon, dass er davon ausgeht, dass auch eine eventuelle erforderliche Genehmigung bei Herstellung eingeholt worden ist, also eine "Nutzbarkeit" in rechtlicher Hinsicht vorliegt - darin die Zusammenfassung einer Mehrheit von Räumen, die in ihrer Gesamtheit so beschaffen sein müssen, dass die Führung eines selbständigen Haushalts möglich ist, und die eine von anderen Wohnungen oder Räumen, insbesondere Wohnräumen, baulich getrennte, in sich abgeschlossene Wohneinheit bilden sowie einen selbständigen Zugang haben müssen. Außerdem ist es nach allgemeinem Verständnis erforderlich, dass die für die Führung eines selbständigen Haushalts notwendigen Nebenräume (Küche, Bad oder Dusche, Toilette) vorhanden sind (vgl. bspw. § 42a Abs. 2 S. 2 SGB XII). Nach den örtlichen Gegebenheiten - so wie der Zeuge C sie auf den Plänen zum Exposé wiedergegeben hat - war aber auch für ihn erkennbar, dass die "Wohnung" im Erdgeschoss durchquert werden musste, um in

die zur Straße gelegene Wohnung im 1. Obergeschoss zu gelangen und die "Wohnung" im 1. Obergeschoss hinten durchquert werden musste, um zu den bei den "Wohnungen" im 2. Obergeschoss zu gelangen, wobei nur die hintere der beiden dortigen Wohnungen in sich abgeschlossen war. Die insofern fehlende Abgeschlossenheit hat der Zeuge C auch nicht dadurch relativiert, dass es im Text des Exposés, nachdem eingangs unter "Eckdaten" lediglich von "5 Wohneinheiten" die Rede ist, heißt:

46

"[...] steht hier ein Mehrfamilienhaus mit schlummerndem Potential zum Verkauf, das nur geweckt und herausgearbeitet werden muss. Insgesamt würden nach einer Aufarbeitung und Verbesserung 5 Wohneinheiten mit einer Gesamtwohnfläche von über 400 m² zur Verfügung stehen".

47

Denn die Aufarbeitung und Verbesserung bezieht sich nicht auf die Erstellung der angegebenen Anzahl von Wohneinheiten, sondern lediglich auf deren Qualität, also das "wie" und nicht das "ob". Es lässt sich auch nicht feststellen, dass der Zeuge C die insoweit getroffene Aussage zur Anzahl der Wohneinheiten anlässlich der Besichtigung relativiert hätte. Er hat zwar in seiner Vernehmung in erster Instanz angegeben, er habe darauf hingewiesen, dass zumindest eine der Wohnungen oben nicht wirklich abgeschlossen gewesen sei. Aber der ebenfalls in erster Instanz vernommene Zeuge S hat demgegenüber angegeben, dass auf seine eigenen geäußerten Bedenken hinsichtlich der Abgeschlossenheit der Wohnungen die von ihm darauf angesprochenen Anwesenden - also die Eigentümerin und der Zeuge C - bestätigt hätten, dass dies so seine Richtigkeit habe. Damit lässt sich nicht feststellen, dass der Zeuge C die Angabe "5 Wohneinheiten" anlässlich der Besichtigung richtiggestellt hat.

48

Darüber hinaus hat der Zeuge C auch die nicht hinreichend geprüfte - bereits in der obigen Aussage enthaltene - Information übernommen, bei dem Erdgeschoss handele es sich ebenfalls um eine Wohnung. Auch hier mussten sich ihm Bedenken aufdrängen und zwar unabhängig von der früheren Nutzung als Gewerbe, weil auch hier - wie bereits geschildert - die Abgeschlossenheit offensichtlich fraglich war. Denn die Wohnung lag "zu beiden Seiten" des gemeinschaftlichen Flures, der zum Erreichen der darüber straßenseitig gelegenen Wohnung im 1. Obergeschoss genutzt werden musste. Dabei reichte seine Nachfrage bei der Eigentümerin, ob es "in Ordnung" sei, dass sie dort im Erdgeschoss wohne, nicht aus, um sich der Richtigkeit dieser Information zu versichern. Denn diese Frage musste von der Eigentümerin nicht ohne weiteres so verstanden werden, dass er nach einer baurechtlichen Genehmigung im Hinblick auf die Nutzungsänderung von Gewerbe zu Wohnraum fragte, so dass auch ihre bejahende Antwort insofern ersichtlich nicht ausreichte.

49

Vor dem Hintergrund, dass der Zeuge C diese Informationen schon nicht ungeprüft übernehmen konnte, ohne seine Pflichten zu verletzen, kann im Übrigen dahinstehen, ob er die fraglichen Informationen (komplett) von der Eigentümerin erhalten oder er sie sich - gegebenenfalls aus den vorhandenen Unterlagen - selbst besorgt und damit eigenständig falsche Angaben getätigt hat.

50

Dass der Zeuge C darüber hinaus seine Pflichten durch die ungeprüfte Übernahme von (falschen) Informationen und deren Weitergabe oder sonstige Angaben verletzt hat, lässt sich nicht feststellen. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass er die

Genehmigungsfähigkeit des ausgebauten Spitzbodens ausdrücklich bestätigt hat. Dies hat schon der in erster Instanz vernommene Zeuge S, der Ehemann der Beklagten, so nicht bestätigt. Er hat lediglich angegeben, der Zeuge C habe erklärt, dass diese (weitere bzw. sechste) "Wohnung" aus ihm, dem Zeugen S, nicht mehr genau erinnerlichen Gründen nicht im Exposé enthalten sei. Es sei jedenfalls darum gegangen, dass die Genehmigungsfähigkeit "in Frage" gestanden habe. Nach seiner Erinnerung habe es an einem zweiten Rettungsweg gemangelt. Sie hätten dann die Wohnung dahingehend besichtigt, wo man einen solchen zweiten Rettungsweg möglicherweise installieren könne. In dem geschilderten Geschehen, insbesondere auch demjenigen zu einem zweiten Rettungsweg, liegt aber keine Zusicherung einer Genehmigungsfähigkeit etwa dann, wenn der zweite Rettungsweg installiert wäre. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Zeugin I nach ihren Angaben anlässlich ihrer Vernehmung in erster Instanz erklärt hat, sie habe mitgeteilt, dass aus ihre Sicht eine Genehmigung schwierig werden könne, weil nicht genug Fluchtwege vorhanden gewesen seien. Im Übrigen war der Zeuge C zu Aussagen über die Genehmigungsfähigkeit als angestellter Immobilienmakler bei der Klägerin, die Teil der öffentlich-rechtlichen U-Finanzgruppe ist, grundsätzlich ersichtlich nicht hinreichend qualifiziert.

(2)

51

Soweit der Beklagten durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist, muss sie sich jedoch aufgrund der konkreten Umstände des vorliegenden Falles ein Mitverschulden ihres Ehemannes, des Zeugen S, als Erfüllungsgehilfe gem. §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 S. 1 BGB anrechnen lassen, § 254 Abs. 1 BGB, welches Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin ausschließt.

52

Soweit die Beklagte geltend macht, ihr sei ein Schaden entstanden, kann dieser nur in Form eines Minderwertes gegeben sein (vgl. dazu BGH, Urteil vom 28.09.2000, III ZR 43/99, NJW 2000, 3642). Denn ein Schaden in Form der Belastung mit einer (unnützen) Verbindlichkeit, hier dem Provisionsanspruch, liegt schon nicht vor, da die Beklagte nicht vorgetragen hat, ohne die Pflichtverletzung den Vertrag gar nicht geschlossen zu haben (vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1981, V ZR 207/80, NJW 1982, 1145; Palandt/Sprau, BGB, 79. Auflage, § 652 Rn. 18). Auch ein Schaden in Form von Umbaukosten kommt, abgesehen davon, dass diese nicht konkret beziffert worden sind, nicht in Betracht, weil diese - für das Erd- und die beiden Obergeschosse - auch angefallen wären, wenn der Zeuge C zutreffende Angaben zur Anzahl der Wohnungen und zum Erdgeschoss gemacht hätte. Entsprechendes gilt für einen Schaden in Form von entgangenen Mieteinnahmen bezüglich des Erd- und Obergeschosses.

53

Die Beklagte trifft aber - vermittelt über ihren Ehemann - ein Mitverschulden, welches etwaige Schadensersatzansprüche gänzlich ausschließt.

54

Auch bei einem Verstoß gegen Aufklärungs- und Beratungspflichten des Maklers ist Raum für ein die Schadenersatzpflicht minderndes Mitverschulden (Fischer, Maklerrecht, 5. Auflage, Kap. IX Rn. 35; vgl. auch BGH, Urteil vom 08.07.1981, IVa ZR 244/80, NJW 1981, 2685). Zwar wird bei einem Beratungsvertrag und bei Beratungspflichtverletzungen des Versicherungsmaklers angenommen, der zu beratenden Person könne regelmäßig nicht vorgehalten werden, dass sie dasjenige, worüber der Berater hätte aufklären oder unterrichten sollen, bei entsprechenden

Bemühungen ohne fremde Hilfe selbst hätte erkennen können (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2017, I ZR 143/16, NJW 2018, 1160 Rn. 20; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.01.2004, XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868; zum Immobilienmakler BGH, Urteil vom 18.01.2007, III ZR 146/06; NJW-RR 2007, 711; Senat, Beschluss vom 27.06.2011, 18 W 11/11, BeckRS 2011, 24528; für ein Mitverschulden vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.09.2016, 7 U 82/15, BeckRS 2016, 21373). Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Zeuge C als Makler hier lediglich den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrages und grundsätzlich keine weitere Beratungsleistung bzw. -pflicht schuldet (vgl. auch Fischer, a.a.O., Kap. IX Rn. 18; für eine Übertragung der Rspr. zum Mitverschulden beim Versicherungsmakler auf Immobilienmakler aber wohl Fischer, NZM 2019, 201 (204 f.)). Darüber hinaus kann ein Mitverschulden jedenfalls unter besonderen Umständen in Betracht kommen, nämlich dann, wenn ohne weiteres erkennbare Umstände, die gegen die Richtigkeit des vom Berater eingenommenen Standpunkts sprechen, nicht genügend beachtet werden (vgl. BGH a.a.O. Rn. 21; Fischer, a.a.O., Kap. IX Rn. 39; vgl. auch BGH, Urteil vom 26.09.1997, V ZR 65/96, NJW-RR 1998, 16).

55

Vorliegend musste sich dem Ehemann der Beklagten, dem Zeugen S, der sich um die im Besitz der Beklagten befindlichen, mehreren Immobilien kümmert, die fehlende Abgeschlossenheit der Wohnungen und damit die Zweifel an der vorhandenen Anzahl sowie der baurechtlichen Genehmigung der Nutzungsänderung bezüglich des Erdgeschosses ebenso aufdrängen wie dem Zeugen C und hat es auch getan, wie er in seiner Vernehmung in erster Instanz angegeben hat. Dass diese Bedenken u.a. durch den Zeugen C auf entsprechende Nachfrage entkräftet worden wären, so dass der Zeuge S sich keine weiteren Gedanken machen musste, lässt sich nicht feststellen. Denn auch wenn er, der Zeuge S, bei seiner Vernehmung in erster Instanz angegeben hat, u.a. der Zeuge C habe ihm bestätigt, dass das alles "so seine Richtigkeit habe", hat dies der Zeuge C nicht bestätigt, sondern vielmehr im Gegenteil angegeben, er habe auf die fehlende Abgeschlossenheit zumindest einer Wohnung anlässlich der Besichtigung hingewiesen.

56

Darüber hinaus mussten dem Zeugen S insbesondere Bedenken kommen, als der notarielle Kaufvertrag mit den darin enthaltenen grundbuchrechtlichen Angaben vorlag (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 02.02.2011, 3 U 154/10, BeckRS 2012, 1236). Denn aus diesem ergab sich offensichtlich, dass die (ehemalige) Gewerbeeinheit im Erdgeschoss zusammen mit der Wohnung im 1. Obergeschoss straßenseitig als ein Wohnungseigentum im grundbuchrechtlichen Sinne und die hintere Wohnung im 1. Obergeschoss mit dem darüber liegenden Geschöß als ein weiteres Wohnungseigentum im grundbuchrechtlichen Sinne angesehen wurde. Auch wenn die grundbuchrechtliche Situation nicht notwendigerweise mit der baurechtlichen oder tatsächlichen Situation übereinstimmen muss, sprach dies jedoch deutlich gegen das Vorhandensein von fünf "Wohnungen" und entsprach im Übrigen der Situation, wie sie auch bei der Besichtigung wahrnehmbar und im Übrigen auch in den dem Exposé beigefügten stilisierten Plänen wiedergegeben war.

57

Selbst wenn der Zeuge C anlässlich des Notartermins noch einmal bestätigt haben sollte, dass es sich um ein Mehrfamilienhaus mit fünf Wohneinheiten handele, konnte eine solche Angabe ohne Mitteilung einer Begründung oder sonstigen Erklärung im Hinblick auf den offensichtlich dagegensprechenden Inhalt des Kaufvertrages die sich aufdrängenden Bedenken nicht hinreichend entkräften. Denn dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zeuge C bei einer solchen Erklärung "aus dem Stand" ersichtlich keine weiteren Erkundigungen eingeholt haben konnte und im

Übrigen auch eine besondere Qualifikation seinerseits, die eine solche Einschätzung ohne weiteres gerechtfertigt hätte, nicht erkennbar war.

58

Im Rahmen der Abwägung der Verursachung und des Verschuldens der Beteiligten gem. § 254 Abs. 1 BGB ist neben dem bereits Ausgeführten zu berücksichtigen, dass das Gewicht, das den Angaben im Kaufvertrag zukommt, deutlich überwiegt gegenüber demjenigen, das den Angaben, die der Zeuge C insbesondere im Rahmen des Exposés getätigt hat, zukommt. Darüber hinaus ist im Hinblick auf die Entstehung des Schadens in Form eines etwaigen Minderwertes zu berücksichtigen, dass die Beklagte das Objekt - wie der Zeuge S als Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben hat - seit dem Erwerb vor ca. drei Jahren ohne größere Umbauarbeiten in Form von fünf Einheiten nutzt und vermietet (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 02.02.2011, 3 U 154/10, BeckRS 2012, 1236). Damit überwiegt der Anteil der Beklagten so deutlich, dass die Einstandspflicht der Klägerin vollständig zurücktritt.

59

Demzufolge kann die Beklagte weder mit einem Schadensersatzanspruch im Hinblick auf fehlerhafte Angaben bezüglich der Anzahl der Wohnungen, noch hinsichtlich der Nutzbarkeit des Erdgeschosses als Wohnung oder der Genehmigungsfähigkeit des Spitzbodens aufrechnen.

bb)

60

Der Anspruch der Klägerin ist auch nicht durch Verwirkung gem. § 654 BGB analog erloschen.

61

Zwar kann der Makler seinen Lohnanspruch verwirken, wenn er - über den in § 654 BGB geregelten Fall hinaus - durch vorsätzliche oder grob leichtfertige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwider handelt (BGH, Urteil vom 13.03.1985, IVa ZR 222/83, MDR 1985, 741) und damit seines Lohnes unwürdig erscheint bzw. die Provision bereits nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat (Senat, Urteil vom 01.03.1999, 18 U 149/98, NJW-RR 2000, 59; Urteil vom 05.07.1993, 18 U 258/92, NJW-RR 1994, 125, jeweils m.w.N.). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Fälle von schuldhaften Falschinformationen, soweit sie nicht durch ein treuwidriges Verhalten gekennzeichnet sind, in der Regel zufriedenstellend unter dem Gesichtspunkt der Nebenpflichtverletzung beurteilt werden können (BGH, Urteil vom 24.06.1981, IVa ZR 225/80, NJW 1981, 2297; Fischer, a.a.O., Kap. VIII Rn. 53 jew. m.w.N.).

62

Der der Klägerin zuzurechnenden Pflichtverletzung durch den Zeugen C fehlt insoweit das für eine Anwendung des Verwirkungsgedankens außergewöhnliche Gewicht; es stellt kein solch treuwidriges Verhalten dar. Dass die Klägerin bzw. der Zeuge C nicht irgendeine, sondern die bestehende Treuepflicht vorsätzlich, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat (vgl. BGH, Urteil vom 24.06.1981, IVa ZR 225/80, NJW 1981, 2297), lässt sich nicht feststellen. Dies gilt zunächst insoweit, als sich nicht feststellen lässt, dass der Zeuge C vorsätzlich falsche Angaben gemacht hat. Aber auch, dass er in einer dem nahekommenden Weise grob leichtfertig falsche Angaben gemacht hat, lässt sich - auch unter Berücksichtigung seiner Angaben in der Vernehmung in erster Instanz

- nicht feststellen. Dagegen spricht bereits, dass er sich u.a. anhand der vorhandenen Pläne und vor Ort ein Bild von den Gegebenheiten gemacht und diese umgesetzt hat. Soweit er im Weiteren von "5 Wohneinheiten" ausging, entsprach dies unstreitig der tatsächlichen Nutzung und wurde auch von der Eigentümerin, der Zeugin I, wie sie in ihrer Vernehmung in erster Instanz angegeben hat, als zutreffend angesehen. Auch aktuell werden - ohne größere Umbauarbeiten - 5 Einheiten genutzt. Auch wenn dem Zeugen C bekannt gewesen wäre, dass es der Beklagten, wie der Zeuge S nach seiner Vernehmung in erster Instanz bei der Besichtigung bekundet haben will, die Nutzung als Wohnraum im Erdgeschoss wichtig war (vgl. BGH, Urteil vom 24.06.1981, IVa ZR 225/80, NJW 1981, 2297), reichen auch die insoweit erfolgten Angaben des Zeugen C nicht aus zur Annahme einer entsprechenden Treuepflichtverletzung. Denn der Zeuge C hat sich insoweit - wenn auch nicht ausreichend -, nach seinen Angaben im Rahmen der Vernehmung in erster Instanz, nach der Nutzung als Wohnung im Erdgeschoss bei der Eigentümerin erkundigt. Darüber hinaus war der Beklagten die - jedenfalls noch grundbuchrechtlich - weiterhin als Gewerbe erfolgende Bezeichnung des Erdgeschosses bei Kaufvertragsabschluss bekannt. Hat aber der Kunde Kenntnis von der Unrichtigkeit einer Exposé-Angabe, kann dies dagegensprechen, von einem lohnunwürdigen Fehlverhalten auszugehen (vgl. Fischer a.a.O. Kap. VIII Rn. 55; anders im Ergebnis Urteil des Senats vom 01.03.1999, 18 U 149/98, NJW-RR 2000, 59). Nach alledem begründen die Angaben des Zeugen C bezüglich des streitgegenständlichen Hauses keine solch gravierende (Treue-)Pflichtverletzung, dass von einer Verwirkung des Lohnanspruchs der Klägerin auszugehen ist.

63

Auch eine Verwirkung des Lohnanspruchs wegen einer Veranlassung zur Unterzeichnung einer formnichtigen "Kaufverpflichtungserklärung" ist nicht anzunehmen. Zwar kann es in einem solchen Fall zu einer Verwirkung des Anspruchs gem. § 654 BGB kommen, nämlich dann, wenn dem Maklerkunden die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung nicht bekannt war und auf der anderen Seite der Makler diese Unkenntnis kannte oder erkennen konnte und der Makler die Unkenntnis ausnutzt (vgl. BGH, Urteil vom 04.10.1989, IVa ZR 250/88, NJW-RR 1990, 57; Urteil vom 15.03.1989, IVa ZR 2/88, NJW-RR 1989, 760). Allerdings liegen bereits die objektiven Voraussetzungen hier nicht vor. Auch wenn grundsätzlich angenommen werden kann, dass der Auftraggeber eines Maklers in der Regel rechtsunkundig ist (vgl. BGH a.a.O.), ist jedenfalls der Ehemann der Beklagten unstreitig in Immobiliengeschäften bewandert. Seine Kenntnis als Wissensvertreter ist der Beklagten zuzurechnen, § 166 BGB, so dass es bereits daran fehlt, dass dem Maklerkunden die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung nicht bekannt ist.

64

Auch der übrige Vortrag der Beklagten gibt keine Anhaltspunkte für eine sonstige schwerwiegende Treuepflichtverletzung der Klägerin i.S. des § 654 BGB analog.

2.

65

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 Abs. 3 S. 1, 288 Abs. 1 S. 2 BGB und ist im Übrigen mit der Berufung nicht weiter angegriffen worden.

III.

66

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

67

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, die Fortbildung des Rechts verlangt nicht nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs und der Senat weicht im vorliegenden Einzelfall mit seiner Entscheidung nicht von höchstrichterlichen oder anderen obergerichtlichen Urteilen ab, § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO.