



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 140/16

vom

1. Juni 2017

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. Juni 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler und Feddersen

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. Februar 2016 aufgehoben.

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

Streitwert: 119.000 €

Gründe:

- 1 I. Der seinerzeit in der Windenergiebranche als Vermittler von Kauf- und Verkaufsinteressenten tätige Kläger korrespondierte seit Januar 2009 mit der Beklagten, die einen Erwerber für ihre Rechte an einem Windpark in der Gemeinde W. suchte. Auf der Grundlage eines per E-Mail geschlossenen Maklervertrags vom 2. April 2009 verlangt er von der Beklagten eine Maklerprovision in Höhe von 119.000 € für die Vermittlung des Windparks "W. " an die e. en. GmbH.
- 2 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Kläger den Abschluss eines Maklervertrags als Grundlage für sein Provisionsbegehren schlüssig vorgetragen hat. Die im zweiten Rechtszug durchgeführte Beweisaufnahme habe

auch ergeben, dass der für die Beklagte tätig gewesene Zeuge Dr. S. diese wirksam habe vertreten können. Es lasse sich aber nicht feststellen, dass der Kläger die vereinbarte Maklerleistung erbracht habe, indem er der Beklagten einen Kaufvertrag mit einem bestimmten, von den Parteien festgelegten Mindesterloß vermittelt habe. In der mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 2016 habe der Kläger im Anschluss an die Beweisaufnahme zur Vertretungsmacht auf Nachfrage erklärt, er wisse nicht, ob ein Einspeisetarif von 9,2 ct oder von 9,7 ct je Kilowattstunde zugrunde gelegen habe, und behauptet, der zu berücksichtigende Kaufpreis habe nicht nur mindestens 900.000 €, sondern mehr als 1,5 Mio. € betragen. Wenn danach auch eine Einspeisevergütung von 9,7 ct je Kilowattstunde in Betracht komme, hätte der Kläger einen für seinen Provisionsanspruch erforderlichen Kaufpreis von mindestens 1,5 Mio. € in dem von ihm vermittelten Vertrag schlüssig darlegen müssen; daran aber fehle es. Die Beweislast für die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs des Klägers könne auch nicht auf die Beklagte verlagert werden. Dem Kläger stehe nach der mit der Beklagten getroffenen Vereinbarung auch keine prozentual reduzierte Provision zu.

3 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

4 1. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots einer Partei verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie darauf beruht, dass das Gericht verfahrensfehlerhaft überspannte Anforderungen an den Vortrag der Partei gestellt hat. Der Entscheidungserheblichkeit des Vorbringens einer Partei steht nicht entgegen, dass diese hilfsweise die Möglichkeit einer abweichenden

Tatsache in den Raum gestellt habe. Eine Partei ist nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, insbesondere zu präzisieren, zu ergänzen oder zu berichtigen. Aus diesem Grund können für einen Klageantrag, sofern nicht eine bewusste Verletzung der Wahrheitspflicht gemäß § 138 Abs. 1 ZPO vorliegt, in tatsächlicher Hinsicht widersprechende Begründungen gegeben werden, wenn das Verhältnis dieser Begründungen zueinander klargestellt ist, sie also nicht als ein einheitliches Vorbringen geltend gemacht werden (vgl. BGH, Beschluss vom 16. April 2015 - IX ZR 195/14, NJW-RR 2015, 829 Rn. 9, 15 und 16).

5 2. Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

6 a) Die Beschwerde rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht nach unergiebigem schriftlicher Anhörung der Zeugen P. und We. deren bereits beschlossene Einvernahme sowie die Vernehmung des weiteren Zeugen B. zur Kaufpreishöhe nicht durchgeführt hat. Es hat dabei ein ersichtlich gegebenes Eventualverhältnis der Behauptungen des Klägers zu den beiden Kaufpreisvarianten unberücksichtigt gelassen und deshalb von der zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Klägers zwingend erforderlichen Einvernahme der drei Zeugen abgesehen.

7 aa) Das Vorbringen des Klägers ließ sich nach dem Zusammenhang nur dahin verstehen, dass der Kläger, der den Einspeisepreis für den Windpark nicht gekannt hat, in erster Linie die erste Kaufpreisvariante (900.000 € bei 9,2 Cent/KWh) behauptet und hilfsweise für den Fall, dass die Einspeisevergütung tatsächlich 9,7 €/KWh betrug, einen Kaufpreis von mehr als 1,5 Mio. € vorgetragen hat.

8 (1) Der Kläger hatte zunächst den Abschluss eines den Provisionsvoraussetzungen genügenden Kaufvertrags zwischen der Beklagten und der e. en. GmbH behauptet, ohne sich dabei auf eine der Kaufpreisvarianten festzulegen.

9 (2) Nachdem die Beklagte behauptet hatte, der Kaufpreis habe insgesamt nur 840.000 € betragen, hat der Kläger ergänzend vorgetragen, ein Kaufpreis von 900.000 € sei auf alle Fälle überschritten worden. Der in der Abrechnungsvereinbarung gemäß Anlage B 2 genannte Anpassungsbetrag von 90.000 € sei das Ergebnis einer Verrechnung der Kaufpreiserhöhung mit den Kosten aus Garantieverletzungen der Beklagten gewesen. Aufgrund der Weiterveräußerung des Windparks durch die e. en. GmbH komme deren dem Kläger unbekannter, aber angefallener 60%iger Veräußerungsgewinn hinzu. Diesen unter Beweis durch die Vernehmung der damals für die Beklagte handelnden Personen P. und We. gestellten Vortrag hat der Kläger nachfolgend - wie auch das Berufungsgericht gesehen hat - dahin konkretisiert, dass er eine Einspeisevergütung von 9,2 Cent/KWh behauptet hat, so dass für seinen Provisionsanspruch schon ein Kaufpreis von 900.000 € genüge.

10 (3) Soweit der Kläger nachfolgend in der mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 2016 auf Nachfrage des Gerichts erklärt hat, er wisse nicht, ob für den Windpark eine Einspeisevergütung von 9,2 Cent/KWh oder von 9,7 Cent/KWh gelte, und weiterhin behauptet hat, der Kaufpreis übersteige sogar 1,5 Mio. €, ist er damit nicht von seinem bisherigen Vortrag abgerückt. Die beiden Darstellungen waren nicht widersprüchlich, sondern standen ersichtlich in einem Eventualverhältnis in dem Sinne, dass der Kläger für den Fall, dass er eine Einspeisevergütung von nur 9,2 Cent/KWh nicht nachweisen konnte, hilfsweise einen die höhere Schwelle von 1,5 Mio. € erreichenden Kaufpreis behauptete.

- 11 bb) Das Berufungsgericht hat demgegenüber erklärtermaßen den für die erste Kaufpreisvariante angetretenen Zeugenbeweis zur Höhe des Kaufpreises bei mangelfreier Leistung, zu den Kosten aus Garantieverletzungen und zum abschließenden Veräußerungspreis nicht erhoben, obwohl der Eventualvortrag zur zweiten Kaufpreisvariante nichts am in erster Linie gehaltenen Vortrag zur ersten Variante geändert hat. Der Kläger hat auch nicht die für die zweite Kaufpreisvariante behauptete Tatsache eines Kaufpreises von mindestens 1,5 Mio. € willkürlich ins Blaue hinein vorgetragen; der ihm im Gegensatz zur Beklagten nicht bekannte Veräußerungsgewinn konnte den Kaufpreis um bis zu 900.000 € erhöhen.
- 12 cc) Die Beschwerde weist zudem mit Recht darauf hin, dass das Berufungsgericht den Kläger, wenn dieser in der mündlichen Verhandlung vom 29. Januar 2016 tatsächlich von seinem ursprünglichen Vortrag abgerückt wäre, zumindest gemäß § 139 ZPO noch in der mündlichen Verhandlung auf die dadurch etwa entstandene Unklarheit seines Vortrags hätte hinweisen müssen. Die Beschwerde führt hierzu aus, der Kläger hätte daraufhin klargestellt, dass er weiterhin in erster Linie die Erfüllung der ersten Kaufpreisvariante und nur hilfsweise für den Fall, dass eine Einspeisevergütung von 9,2 Cent/KWh nicht nachzuweisen sei, einen die höhere Schwelle von 1,5 Mio. € erreichenden Kaufpreis behauptete.
- 13 b) Eine Gehörsverletzung ist schon dann entscheidungserheblich, wenn nicht auszuschließen ist, dass das Gericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2016 - I ZR 241/15, GRUR 2017, 295 Rn. 13 = WRP 2017, 303 - Entertain; Beschluss vom 10. Januar 2017 - XI ZR 365/14, BKR 2017, 164 Rn. 20, jeweils mwN). Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt. Die Einvernahme der vom Berufungsgericht nach den Ausführungen zu vorstehend II 2 a

zu Unrecht nicht vernommenen Zeugen P. , We. und B. hätte ergeben können, dass zwischen der Beklagten und deren Abnehmerin ein Kaufpreis vereinbart worden war, dessen Höhe den Provisionsanspruch rechtfertigte.

14 III. Danach ist gemäß § 544 Abs. 7 ZPO das angegriffene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

15 IV. Das Berufungsgericht wird in der wiedereröffneten Berufungsinstanz jedenfalls nicht mit der von ihm bislang gegebenen Begründung davon ausgehen können, die Beklagte habe einer ihr etwa obliegenden sekundären Darlegungslast genügt und auch die Voraussetzungen für eine Vorlageanordnung gemäß § 142 ZPO seien nicht erfüllt.

16 1. Das Berufungsgericht hat zugunsten des Klägers unterstellt, dass die Beklagte hinsichtlich der Höhe des Veräußerungsgewinns der e. en. GmbH und der daraus resultierenden Kaufpreisanpassung eine sekundäre Darlegungslast traf.

17 2. Nicht nachvollziehbar ist die nicht näher begründete Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe einer solchen Darlegungslast hinreichend Genüge getan. Die Beklagte musste den zwischen der e. en. GmbH und deren Abnehmer vereinbarten Weiterverkaufspreis kennen, da sie anderenfalls die "Vereinbarung zur Endabrechnung bzw. endgültigen Festsetzung des Kaufpreises bzw. sonstiger Kosten für das Windparkprojekt W. " mit der e. en. GmbH nicht hätte schließen können. Da die Beklagte zu diesem Erlös keine Angaben gemacht hat, hätte das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden ansehen müssen, der Anpassungsbetrag in Höhe von 60% des Veräußerungsgewinns der e. en.

GmbH habe mindestens 60.000 € betragen. Nicht nachvollziehbar ist auch die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, eine an die e. GmbH gerichtete Anordnung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO zur Urkundenvorlage sei nicht in Betracht gekommen, weil sie einen schlüssigen Sachvortrag des Klägers erfordert hätte.

Büscher

Schaffert

Koch

Löffler

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Duisburg, Entscheidung vom 12.02.2014 - 3 O 171/12 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 26.02.2016 - I-7 U 63/14 -