

11

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 652, 313

Zur Rechtswirksamkeit einer formlosen Vereinbarung zwischen einem Immobilienmakler und seinem Auftraggeber, daß dieser bei Nichtzustandekommen des Grundstückskaufvertrages als Unkostenersatz und als Vergütung für die erfolglos gebliebenen Bemühungen des Maklers eine "Pauschale" zu zahlen hat.

BGH, Urt. v. 6. Februar 1980 - IV ZR 141/78 - OLG Frankfurt
LG Frankfurt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 141/78

URTEIL

Verkündet am

in dem Rechtsstreit

6. Februar 1980
M a y e r ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Immobilienmaklers Andreas B [REDACTED] ,
E [REDACTED]-L [REDACTED]-Straße 16, D [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Eheleute Dieter und Marion H [REDACTED] ,
B [REDACTED] L [REDACTED] 46, F [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

22

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1980
durch die Richter Dr. Hoegen, Knüfer, Dehner, Dr. Seidl
und Dr. Blumenröhr

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 3. Juli 1978 wird zu-
rückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

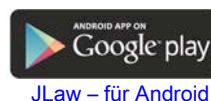
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist gewerbsmäßiger Immobilienmakler.
Ende 1975/Anfang 1976 erhielt er den Alleinauftrag zum
Verkauf eines in G [REDACTED] belegenen Gaststätten-
grundstücks. Am 31. Januar 1976 schloß er mit den be-
klagten Eheleuten, die sich für den Erwerb eines Gast-
stättenobjektes interessierten, einen Nachweis-Makler-
vertrag und wies ihnen anhand des Angebots Nr. J 2150
(Kaufpreis: 220.000,-- DM; Käuferprovision: 5 % des
Kaufpreises nebst 11 % MWSt) und aufgrund einer Hausbe-
sichtigung das Grundstück in Gundershausen nach. Da
die zum Kauf entschlossenen Beklagten nicht sogleich
die volle Finanzierung sicherstellen konnten, trafen



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



die Parteien am 10. Februar 1976 eine schriftliche Vereinbarung. In ihr erklärten die Beklagten, daß sie das Gaststättengrundstück erwerben wollten (220.000,-- DM Kaufpreis; 12.000,-- DM Provision zuzüglich 1.320,-- DM MWSt); der notarielle Kaufvertrag sollte bis zum 25. Februar 1976 geschlossen werden; für den Fall, daß der in Aussicht genommene Vertrag nicht zustande käme, verpflichteten sich die Beklagten, an den Kläger als Ersatz für die diesem durch die Nachweistätigkeit entstandenen Aufwendungen eine pauschale Abgeltung von 3.600,-- DM (30 % der bei Kauf geschuldeten Provision) zuzüglich 11 % MWSt zu zahlen; die vereinbarte Pauschale sollte spätestens am 10. März 1976 fällig sein. Wegen der Finanzierungsschwierigkeiten der Beklagten kam es bis zum 25. Februar 1976 nicht zum Abschluß eines Kaufvertrages. Daraufhin vermittelte der Kläger das Grundstück mit Erfolg an einen anderen Interessenten (notarieller Kaufvertrag vom 12. März 1976). Mit Rechnung vom 26. März 1976 forderte der Kläger die Beklagten vergeblich auf, eine Provision in Höhe von 3.600,-- DM zuzüglich 396,-- DM als pauschale Abgeltung für die nicht vollzogene Beurkundung zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 3.996,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten.

Das Landgericht hat bis auf einen Teil der Zinsforderung der Klage stattgegeben.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stellt die schriftliche Vereinbarung der Parteien vom 10. Februar 1976, in der die Beklagten erklärt hatten, bei Nichtzustandekommen des bis zum 25. Februar 1976 abzuschließenden Kaufvertrages über das Gaststättengrundstück 3.600,-- DM nebst 11 % MWSt zu zahlen, nach ihrem Sinn und Zweck ein der notariellen Beurkundung bedürftiges (selbständiges) Vertragsstrafenversprechen dar; die Vereinbarung sei (insoweit) unwirksam (§§ 344, 313 BGB). Es sei eine Leistung ausbedungen worden, die über den normalen Unkostensatz weit hinausgegangen sei. Sie habe sich nicht im Rahmen der wirklich entstandenen oder der im allgemeinen entstehenden Aufwendungen (im Sinne des § 652 Abs. 2 BGB) gehalten. Daß ihm anlässlich seiner Nachweistätigkeit im vorliegenden Falle Unkosten von annähernd 3.600,-- DM tatsächlich entstanden seien, habe der Kläger nicht dargetan. Selbst wenn er insgesamt 1.000,-- DM in Ansatz bringen könnte, nämlich für seinen freien Mitarbeiter J. [REDACTED] Aufwendungen bis zu 500,-- DM und für seine eigene Tätigkeit weitere

500,-- DM, so werde hierdurch der Pauschalbetrag von 3.600,-- DM bei weitem nicht erreicht. Aber auch wenn man tatsächliche Unkosten in Höhe von 1.500,-- DM als nachgewiesen ansähe, würden nicht einmal 50 % der Unkostenpauschale erreicht sein. Es könne ferner nicht davon ausgegangen werden, daß bei dem Nachweis und bei der Vermittlung von Immobilien in der Größe des hier nachgewiesenen Gaststättengrundstücks (vorgesehener Kaufpreis 220.000,-- DM; vorgesehene Nachweisprovision einschließlich 11 % MWSt 13.320,-- DM) im allgemeinen Unkosten von 3.600,-- DM (ohne MWSt) anfielen. Die Behauptung des Klägers, seine Geschäftsunkosten beliefen sich auf 30 % der eingenommenen Provisionen, sei als Maßstab nicht geeignet, weil mit den Provisionen aus erfolgreichen Maklergeschäften die gesamten Unkosten, also auch die der erfolglosen Geschäfte, bestritten werden müßten. Hier gehe es aber gerade um ein erfolgloses Geschäft. Da erfahrungsgemäß Makler mehr ohne Erfolg als mit Erfolg tätig würden, könne mangels näherer Darlegungen des Klägers allenfalls angenommen werden, daß bei einem einzelnen Geschäft generell Unkosten in Höhe von etwa 10 % der Provisionseinnahmen entstünden. Das bedeute im vorliegenden Falle bei pauschalierender Betrachtungsweise einen Unkostenbetrag von 1.332,-- DM. Auch ein solcher Betrag bleibe hinter der vereinbarten Unkostenpauschale von 3.600,-- DM wesentlich zurück. Deren Höhe sei somit geeignet gewesen, einen unangemessenen Druck auf die Beklagten als Maklerkunden auszuüben.

2. Die Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet.

a) Dem Tatrichter ist bei der Feststellung der allgemeinen Unkosten des Klägers (im Verhältnis zu der zwischen den Parteien vereinbarten Pauschale) kein Rechtsfehler unterlaufen. Es kommt im vorliegenden Falle nicht auf den angeblichen Unkostensatz von 30 % der eingenommenen Provisionen für alle erfolgreichen und erfolglosen Maklergeschäfte oder auf den sich allein auf erfolgreiche Geschäftsabschlüsse beziehenden Satz zur Berechnung eines entgangenen Gewinns an. Hier geht es allein um die Frage, welche Aufwendungen davon gerade auf erfolglose Geschäfte generell entfallen. Hierzu hätte der insoweit darlegungspflichtige Kläger - ähnlich wie bei der Geltendmachung eines entgangenen Gewinns - eine abstrakte Berechnung anstellen können und diese belegen müssen (§ 252 Satz 2 BGB i.V.m. § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das ist nach den Feststellungen des Berufungsurteils nicht hinreichend geschehen. Infolgedessen konnte der Tatrichter insoweit ohne Rechtsverstoß einen allgemeinen Unkostensatz in Höhe von 10 % der vereinbarten Provision (= 1.332,-- DM) zugrunde legen.

b) Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht hätte jedenfalls neben den tatsächlich entstandenen Kosten auch die "fixen" Kosten (1.332,-- DM) berücksichtigen müssen, geht ebenfalls fehl. Der Kläger kann sich nur entweder auf die wirklich entstandenen Aufwendungen anlässlich seiner Nachweistätigkeit für die Beklagten oder aber auf die allgemein entstehenden Aufwendungen bei erfolglosen Maklergeschäften berufen; eine Zusammenfassung beider Posten ist denkgesetzlich nicht möglich. Den Betrag von 1.332,-- DM hat auch das Berufungsgericht nicht als "fixe" Kosten neben den tatsächlichen Aufwendungen, sondern anstelle einer kon-

kreten Berechnung als Pauschalbetrag dieser Aufwendungen in Höhe von 10 % der Provision nebst Mehrwertsteuer in Erwägung gezogen.

c) Schließlich bemängelt die Revision ohne Erfolg, daß der Tatrichter zu der Frage der Berechnung der generellen Maklerunkosten keinen Sachverständigen hinzugezogen habe. Der Sachvortrag und der Beweisantrag, auf die sich die Revision in diesem Zusammenhange bezieht, betreffen, selbst wenn man das Vorbringen als genügend substantiiert ansehen wollte, lediglich die - vom Berufungsgericht zugrunde gelegte - Behauptung, die Geschäftsunkosten des Klägers betrügen mindestens 30 % des Provisionsansatzes, nicht aber die Unkosten für die erfolglosen Geschäfte. Infolgedessen war der Tatrichter nicht verpflichtet, auf den Antrag des Klägers ein Sachverständigengutachten einzuholen. Zu der Anhörung eines Sachverständigen von Amts wegen bestand aber kein Anlaß.

3. a) Hiernach steht in tatsächlicher Hinsicht fest: Hätten die Beklagten das Gaststättengrundstück für 220.000,-- DM gekauft, hätten sie dem Kläger aufgrund des Maklervertrages vom 31. Januar 1976 eine Nachweisprovision von insgesamt 12.210,-- DM (5 % des Kaufpreises = 11.000,-- DM nebst 11 % MWSt = 1.210,-- DM), aufgrund der schriftlichen Vereinbarung vom 10. Februar 1976 eine Nachweisprovision von insgesamt 13.320,-- DM (5,455 % des Kaufpreises = 12.000,-- DM nebst 11 % MWSt = 1.320,-- DM) zahlen müssen. Da der beabsichtigte Kaufvertrag nicht zustande kam, sollten sie ihm aufgrund der schriftlichen Vereinbarung vom 10. Februar 1976 eine "Unkostenpauschale" von insgesamt

3.996,-- DM (30 % von 12.000,-- DM = 3.600,-- DM nebst 11 % MWSt = 396,-- DM) zahlen. Der Pauschale von "netto" 3.600,-- DM stehen rechenmäßig Aufwendungen des Klägers von höchstens 1.332,-- DM (generell errechnete Unkosten) oder von höchstens 1.500,-- DM (tatsächlich entstandene Unkosten) gegenüber. Der Unterschied beträgt rechenmäßig also mindestens 2.268,-- DM oder mindestens 2.100,-- DM. Die Pauschale von 3.600,-- DM ist wiederum 30 % von 12.000,-- DM Provision oder aber 33 % von 11.000,-- DM Provision.

b) Dabei bedarf, was die Frage der tatsächlich entstandenen Unkosten angeht, der vom Oberlandesgericht zugunsten des Klägers letztlich zugrunde gelegte Höchstbetrag von 1.500,-- DM allerdings noch einer Korrektur nach unten. Tatsächliche Unkosten sind nur der für den Mitarbeiter Junk aufgewendete Betrag (500,-- DM) und der vom Tatrichter als weitere Unkosten allgemein unterstellte Betrag (500,-- DM), nicht aber der für die "Arbeit" des Klägers in Ansatz gebrachte Betrag, den dieser im einzelnen nicht näher aufgegliedert hatte (500,-- DM). Die letztgenannten 500,-- DM sind daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich nicht als Aufwendungen, sondern als Entgelt des Klägers einzuordnen, so daß sich die tatsächlichen Unkosten allenfalls auf insgesamt 1.000,-- DM belaufen. Das wiederum hat zur Folge, daß zugunsten des Klägers von den generell errechneten Unkosten (insgesamt 1.332,-- DM) auszugehen ist.

4. Unter diesen Umständen ist die Schlußfolgerung des Oberlandesgerichts, die Verpflichtung des Beklagten

zur Zahlung einer Pauschale von 3.600,-- DM (nebst MWSt) sei geeignet, auf sie als Kunden des Klägers einen unangemessenen Druck in Richtung auf den Abschluß eines Grundstückskaufvertrages auszuüben, rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Der Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB verbietet es, formlose Vertragsstrafeversprechen als wirksam anzuerkennen, durch die gegen den vom Makler als möglichen Grundstückskäufer geworbenen Interessenten ein mittelbarer Zwang zum Erwerb ausgeübt wird. Das ergibt sich aus der Vorschrift des § 344 BGB, nach der ein Vertragsstrafeversprechen unwirksam ist, wenn das Gesetz das zu sichernde Leistungsversprechen für unwirksam erklärt. Die Vorschrift ist nach ihrem Zweck auch auf ein selbständiges Strafversprechen anzuwenden, wenn durch dieses ein Druck zum Abschluß eines notariellen Grundstückskaufvertrags ausgeübt werden soll (vgl. BGH LM BGB § 652 Nr. 38 und Nr. 39 = NJW 1971, 93 und 557; siehe auch BGH LM § 313 Nr. 43 = NJW 1970, 1915). An dieser zu § 313 BGB a.F. entwickelten Rechtsprechung hält der Senat nach erneuter Überprüfung fest. Sie gilt in gleicher Weise für § 313 BGB n.F., wonach das Erfordernis der notariellen Beurkundung auch auf Verträge ausgedehnt worden ist, durch die eine Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks begründet wird. Ist ein Vertragsstrafeversprechen wegen Formmangels nach den §§ 125, 313 BGB nichtig, so besteht, wie der Senat bereits in LM BGB § 652 Nr. 39 ausgesprochen hat, keine Möglichkeit, die Vertragsstrafe auf ein noch tragbares Maß herabzusetzen oder die Vereinbarung in einem derartigen Umfang als gültig zu behandeln.

Auf der anderen Seite ist aber nicht zu verkennen, daß der Makler ein verständliches und berechtigtes Interesse daran haben kann, sich gegen willkürliche Verhaltensweisen des Auftraggebers, für den er Kosten und Arbeitskraft aufgewendet hat, zu sichern. Eine Vereinbarung, durch die diesen Interessen Rechnung getragen wird, ist formlos gültig, wenn und solange durch sie kein unangemessener Druck auf den Auftraggeber ausgeübt wird, das Grundstück zu erwerben. Gültig ist deshalb eine formlos getroffene Vereinbarung, in der sich der Makler für den Fall einer (endgültigen) Verweigerung des Grundstückskaufs durch den Auftraggeber den Ersatz der ihm durch seine Maklertätigkeit (Nachweis oder Vermittlung) entstandenen Aufwendungen versprechen läßt. Ebenfalls ist es zulässig, formlos eine Vereinbarung über ein angemessenes Entgelt des Maklers für die durch die Weigerung des Auftraggebers ergebnislos gebliebenen Bemühungen zu treffen, wobei aber die Vergütung wesentlich unter der beim Kauf geschuldeten Provision liegen muß, damit auch insoweit kein mittelbarer Druck stattfindet (vgl. BGH LM BGB § 652 Nr. 39 = NJW 1971, 557; BGH WM 1973, 816). Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, wie die geschuldete Leistung im Einzelfall bezeichnet wird (BGH WM a.a.O.).

b) Im vorliegenden Fall kann hiernach die formlose Vereinbarung vom 10. Februar 1976, auf die der Kläger den Klageanspruch auf Zahlung von 3.600,-- DM (nebst MWSt) stützt, nicht als wirksam anerkannt werden.

An Provision hätten die Beklagten mindestens 11.000,-- DM (Maklervertrag vom 31. Januar 1976),

höchstens 12.000,-- DM (schriftliche Vereinbarung vom 10. Februar 1976) geschuldet, jeweils nebst Mehrwertsteuer. Bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrages sollten sie eine "Unkostenpauschale" in Höhe der obengenannten 3.600,-- DM zahlen (ebenfalls zuzüglich MWSt). Darin sind - generell errechnete - Aufwendungen des Klägers von 1.332,-- DM enthalten, von denen zu seinen Gunsten auszugehen ist (siehe oben unter 3 b). Der Mehrbetrag von 2.268,-- DM stellt somit ein Entgelt für die Bemühungen des Klägers dar, das etwa 20,6 % der (Mindest-)Provision von 11.000,-- DM und 18,9 % der (Höchst-)Provision von 12.000,-- DM ausmacht. Ein Entgelt von mindestens fast 20 % neben der Vergütung der (allgemein errechneten) Aufwendungen ist aber nicht mehr so gering, daß von einem mittelbaren Zwang zum Kauf aus Rechtsgründen nicht mehr gesprochen werden könnte. Nach Ansicht des erkennenden Senats bedarf vielmehr eine Vereinbarung, durch die dem Makler neben dem Ersatz der - tatsächlich entstandenen oder, wie hier, allgemein errechneten - Aufwendungen ein Entgelt für seine Bemühungen versprochen wird, der notariellen Beurkundung nach § 313 BGB, wenn allein dieses Entgelt den Betrag von etwa 10 bis 15 % der vereinbarten Provision übersteigt und dies nicht durch außergewöhnliche Umstände gerechtfertigt ist. Solche Umstände sind im vorliegenden Fall weder festgestellt noch vorgetragen. Sie dürften in Fällen, in denen - wie hier - eine Vergütung für den Makler nur wegen einer Nachweistätigkeit geschuldet sein kann, auch nur verhältnismäßig selten in Betracht kommen.

Der hier getroffenen Entscheidung steht das Urteil des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1975 - IV ZR 44/74 - (teilweise abgedruckt in DB 1976, 189) nicht entgegen. Die den beiden Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte unterscheiden sich in wesentlichen Punkten; insbesondere war die in dem früheren Urteil erörterte Vereinbarung noch unter der Geltung des § 313 BGB a.F. getroffen worden.

Dr. Hoegen

Knüfer

Richter am BGH
Dehner kann wegen
Urlaubs nicht unterschreiben.

Dr. Hoegen

Dr. Seidl

Blumenröhr