

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 652; Allg. Geschäftsbedingungen

Der alleinbeauftragte Makler kann nicht durch eine Verweisungs- oder Hinzuziehungs-Klausel in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen erreichen, daß ihm der Auftraggeber die volle Provision auch dann schuldet, wenn er während der Bindung an den Alleinauftrag das gewünschte Geschäft ohne Hinzuziehung des Maklers abschließt.
(Abweichung von BGH LM BGB § 652 Nr. 20 = NJW 1966, 2008)

BGH, Urt. v. 8. Mai 1973 - IV ZR 158/71 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 158/71

URTEIL

Verkündet am

8. Mai 1973

Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Dr. S [REDACTED] & Co. Nachf., Inhaber Kaufmann
Helmut E [REDACTED], in K [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Lagerverwalter Otto N [REDACTED] in
[REDACTED] C [REDACTED], Am H [REDACTED],

2. Frau Martha N [REDACTED], ebendort,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Februar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Buchholz und Knüfer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 18. November 1971 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten erteilten der Klägerin am 27. Februar 1969 den Alleinauftrag, ihr Einfamilienhaus in M. zum Preis von 78 000,-- DM zu verkaufen. Der vorgedruckte Auftragschein enthält auf der Vorderseite den Auftrag, auf der Rückseite die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gebührensätze der Klägerin.

Nach Ziffer 2 des Auftrags übernahmen die Beklagten "die durch den Nachweis oder die Vermittlung nach umseitigen Gebührensätzen entstehenden Gebühren mit



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



einem Anteil von 3 % des Verkaufspreises". Der Prozentsatz wurde handschriftlich eingefügt.

In Ziffer 5 verpflichteten sich die Beklagten, für die Leistungen der Klägerin einen Pauschalbetrag von 500,-- DM zu zahlen, falls sich der Auftrag durch Kündigung der Beklagten oder in anderer Weise erledigen oder falls er aus sonstigen Gründen nicht mehr durchführbar sein sollte.

Nach Ziffer 4 galt der Auftrag als fester Alleinauftrag bis zum 27. Mai 1969; danach konnte er gekündigt oder in einen einfachen Auftrag umgewandelt werden. Es folgt der vorgedruckte Vermerk:

"Über die besonderen Bestimmungen und Verpflichtungen eines Alleinauftrages nach Abs. II, Ziff. 2 umseitiger Allgemeinen Geschäftsbedingungen bin ich unterrichtet worden."

Die in Bezug genommene Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet:

"Ist Alleinauftrag erteilt, so obliegt es allein Dr. S. & Co. (Klägerin), die Vermittlung des Vertrages durchzuführen, auch dann, wenn der Vertragsabschluß in einer anderen als im Auftrag vorgesehenen Rechtsform erfolgt.

Sämtliche Interessenten und eingehende Anfragen hat der Auftraggeber sofort an Dr. S. & Co. zu verweisen bzw. abzugeben; das gilt auch für Interessenten, die schon vor Auftragserteilung bekannt waren, sofern sie nicht im Auftragschein namentlich ausgeschlossen worden sind.

Der Auftraggeber übernimmt in Abänderung des Abs. 2 umstehenden Auftrages die Zahlung der

vollen Gebühr lt. nebenstehenden Gebührensätzen, wenn er von der Zuziehung von Dr. S. & Co. zum Vertragsabschluß absieht."

Nach den Gebührensätzen beträgt die genannte volle Gebühr bei einem Grundstücksverkauf 6 v. H. des Verkaufspreises, mindestens 500,-- DM.

Am 17. Juni 1969 kündigten die Beklagten den Auftrag. Durch schriftliche Vereinbarung vom 14. Februar 1970 setzten sie ihn jedoch nochmals für drei Monate in Kraft, nachdem der Sachbearbeiter der Klägerin ihnen versichert hatte, er könne das Grundstück verkaufen.

Die Klägerin bemühte sich während der gesamten Dauer des Auftrags um den Verkauf. Sie ließ ein Exposé für das Haus anfertigen und übersandte es laufend zahlreichen Interessenten; ferner stellte sie es ihren etwa 45 Büros in der Bundesrepublik zur Verfügung. Außerdem inserierte die Klägerin das Objekt sechzehn Mal in einer örtlichen Tageszeitung.

Am 5. Mai 1970 verkauften die Beklagten das Haus ohne Hinzuziehung der Klägerin an einen Erwerber, den ihnen ein anderer, von ihnen kurz zuvor beauftragter Makler vermittelt hatte. Sie forderten die Klägerin unter dem 12. Mai 1970 auf, die Bearbeitung einzustellen. Ferner zahlten sie die Pauschalgebühr von 500,-- DM.

Die Klägerin hat demgegenüber die Entrichtung der vollen Provision von 6 % aus einem Verkaufspreis von 78 000,-- DM unter Berufung auf ihre Allgemeinen Ge-

schäftsbedingungen verlangt. Sie hat beantragt, die Beklagten zur Zahlung von 5 194,80 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten. Sie haben geltend gemacht, die Klägerin habe sich nicht in dem erforderlichen Maß um den Verkauf bemüht und ihnen keine Interessenten vermittelt, so daß schließlich die Beauftragung eines anderen Maklers erforderlich geworden sei. Unter diesen Umständen sei es grob unbillig, wenn die Klägerin die volle Provision aus dem Verkauf beanspruche, der ohne ihre Mitwirkung und nur wenige Tage vor Ablauf des zum zweiten Mal in Kraft gesetzten Auftrags abgeschlossen worden sei.

Das Landgericht hat die Beklagten unter Aufhebung eines zuvor ergangenen Versäumnisurteils zur Zahlung der verlangten Provision nebst Zinsen verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf die wieder-gegebene Verweisungs- und Zuziehungsklausel in II Nr. 2 ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Beklagten haben gegen sie verstoßen, indem sie unstreitig während des der Klägerin (zum zweiten Mal) erteilten Allein- und Festauftrags einen anderen Makler beauftragt und auf Grund von dessen Nachweistätigkeit das gewünschte Geschäft ohne Einschaltung der Klägerin abgeschlossen haben. Das Berufungsgericht hat die Klausel abweichend

von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs LM BGB § 652 Nr. 20 (= NJW 1966, 2008) als unwirksam angesehen und die Klage abgewiesen. Dem ist im Ergebnis beizutreten.

Die von der Klägerin in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eingestellte Bestimmung wird in ähnlicher Fassung, aber mit sachlich gleichem Inhalt von Maklern vielfach benutzt, und zwar auch außerhalb des Bezirks des Berufungsgerichts. Sie unterliegt deshalb der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

Da die Klägerin die Bestimmung in ihre AGB aufgenommen hat, um eine Vielzahl künftiger Fälle in gleicher Weise der von ihr gewünschten Regelung zu unterwerfen, kann sich die Prüfung nicht darauf beschränken, ob sich aus der Klausel für den vorliegenden Einzelfall unter Berücksichtigung seiner Umstände ein vertretbares Ergebnis gewinnen läßt. Es kommt vielmehr im Gegensatz zu einer individuell ausgehandelten Vereinbarung darauf an, ob die Klausel als allgemeine Lösung des dort behandelten, stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen ist und daher Bestand behalten kann.

Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet gegenüber allgemeinen Geschäftsbedingungen eine an den Maßstäben von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgerichtete richterliche Inhaltskontrolle statt. Unter diesem Gesichtspunkt ist einseitig aufgestellten Klauseln die Anerkennung zu versagen, wenn sie den im dispositiven Recht enthaltenen, ausgewogenen Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragspartner verdrängen, ohne dem

Kunden in anderer Weise einen angemessenen Schutz zu sichern. Ebenso können Klauseln keinen rechtlichen Bestand haben, deren Einfügung in die Vertragsbeziehungen für den Kunden eine Überraschung bedeuten muß, wie es insbesondere dann der Fall ist, wenn der Inhalt auf eine dem Leitbild des gewählten Vertragstyps grob widersprechende Regelung hinausläuft (vgl. hierzu BGHZ 17, 1, 3; 38, 183, 185; 41, 151, 154; 52, 86, 91; 54, 109; LM BGB § 652 Nr. 14 = NJW 1965, 246; LM BGB § 652 Nr. 23 = NJW 1965, 1225). In der zum Maklerrecht ergangenen, vom Berufungsgericht angezogenen Entscheidung LM BGB § 652 Nr. 40 = NJW 1971, 1133 hat der erkennende Senat die bisherige Rechtsprechung dahin zusammengefaßt, daß allgemeine Geschäftsbedingungen sowie jedenfalls umfangreiche, vorformulierte Klauseln in Formularverträgen unwirksam sind, soweit in ihnen von den gesetzlichen Vertragstypen abweichende Regelungen getroffen werden, in denen die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des möglichen Geschäftspartners zum Ausdruck kommt und die daher bei Abwägung der Interessen der Billigkeit widersprechen.

Wird dieser Maßstab angelegt, so kann die von der Klägerin verwandte Klausel keinen Bestand behalten. Es ist zwar zu berücksichtigen, daß sie den besonderen Fall des Alleinauftrags regelt. Dieser weicht aber von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages (§ 652 BGB) in dem entscheidenden Punkt nicht ab, daß der Maklerlohn nur geschuldet wird, wenn die Tätigkeit des Maklers für das zustandegekommene Geschäft ursächlich geworden ist. Besonderheiten bestehen nur insofern, als der alleinbeauftragte Makler verpflichtet ist, in

angemessener Weise tätig zu werden, und daß dem die (schon aus der Bezeichnung als "Alleinauftrag" abzuleitende) Pflicht des Auftraggebers gegenübersteht, während der Dauer seiner Bindung an die Vereinbarung keinen anderen Makler zu beauftragen und das Geschäft mit dessen Hilfe abzuschließen. Verstößt der Auftraggeber gegen diese Verpflichtung, so steht dem Makler ohne besondere Vereinbarung ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu, der auf Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen und beim Vorliegen der Voraussetzungen auch des entgangenen Gewinns gerichtet ist.

Diesen Interessenausgleich nach den gesetzlichen Bestimmungen verdrängt die in Rede stehende Klausel durch eine völlig andere, allein im Interesse des Maklers liegende Lösung. Sie erweitert zunächst die ursprüngliche Unterlassungspflicht des Auftraggebers dahin, daß er jeden nicht durch den alleinbeauftragten Makler gewonnenen Interessenten diesem zuzusenden hat. Sodann sanktioniert sie diese Verpflichtung dahin, daß der Auftraggeber, der ihr nicht nachkommt und das Geschäft ohne Hinzuziehung des Maklers abschließt, die volle Provision zu zahlen hat.

Diese Regelung läuft darauf hinaus, dem Makler anstelle des an die gesetzlichen Voraussetzungen gebundenen Schadensersatzanspruchs die Provision aus einem fremden Geschäft zu verschaffen und zu sichern. Dies soll dadurch erreicht werden, daß der Auftraggeber entweder den anderweit gefundenen Interessenten dem Makler zusendet und diesem dadurch Gelegenheit zu einer den Provisionsanspruch auslösenden "Mitwirkung"

gibt, oder daß er von der Hinzuziehung des Maklers entgegen der Bestimmung absieht und alsdann die volle Provision wegen seines Verstoßes zahlt.

Schon die Begründung der umfassenden Verweisungspflicht durch eine Klausel in den AGB erscheint bedenklich. Allein aus der Erteilung eines Alleinauftrags würde noch nicht folgen, daß der Auftraggeber nicht selbst einen Interessenten suchen und mit diesem ohne Hinzuziehung des Maklers abschließen darf (BGH LM BGB § 652 Nr. 8 = NJW 1961, 307). Hinsichtlich der unverlangt von einem anderen Makler zugesandten Interessenten könnte dies immerhin fraglich sein. Der Auftraggeber, der sich durch die Erteilung eines Alleinauftrags gebunden hat, wird nicht damit rechnen, daß seine Bindung durch eine Bestimmung der AGB in der geschehenen Weise ausgedehnt und zu einer Handlungspflicht ausgebaut wird.

Eine solche für jeden Verstoß gegen diese weitgehende Verweisungs- und Zuziehungspflicht bestimmte Sanktion kann nicht durch eine Klausel der AGB wirksam in das Vertragswerk eingeführt werden. Berechtigt wäre der Anspruch des Maklers, der im Vertrauen auf den erteilten Alleinauftrag tätig geworden und darin enttäuscht worden ist, auf Ersatz seiner Auslagen. Die Beklagten haben ihn vorliegend durch Zahlung des Pauschalbetrages von 500,-- DM anerkannt und erfüllt. Denkbar wäre weiter, daß dem Makler in einem solchen Fall eine angemessene Entschädigung für seinen nutzlosen Arbeitsaufwand zuerkannt würde. Äußerst unsicher wäre aber in aller Regel ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns. Seine Voraussetzungen wären

in einer Vielzahl von Fällen objektiv nicht gegeben. Denn der Anreiz zum Vertragsbruch wird für den Auftraggeber um so größer, je deutlicher sich abzeichnet, daß der alleinbeauftragte Makler das gewünschte Geschäft nicht zustande zu bringen vermag. Auch vorliegend haben die Beklagten ihr Haus erst mit Hilfe eines anderen Maklers verkauft, als der zum zweiten Mal in Kraft gesetzte, auf insgesamt sechs Monate bemessene Alleinauftrag der Klägerin bis auf einen Rest von zehn Tagen ergebnislos abgelaufen war. Die beanstandete Klausel zielt aber gerade und entscheidend auf den Gewinn des Maklers ab. Sie ersetzt seinen zweifelhaften oder sogar tatsächlich unbegründeten Anspruch auf Ersatz des Gewinnentgangs durch die sichere Forderung auf Provision aus dem ohne seine ursächliche Mitwirkung zustande gekommenen Geschäft. Dadurch münzt sie den Vertragsbruch des Auftraggebers in einen Vorteil für den Makler um, der ihm in der Mehrzahl der Fälle nicht zugeflossen wäre, wenn sich der Auftraggeber vertragsgetreu verhalten und das Ende seiner Bindung abgewartet hätte. Dem Auftraggeber werden andererseits durch die einseitige Schaffung eines provisionspflichtigen Tatbestandes anstelle des gesetzlichen Schadensersatzanspruchs alle Einwendungen abgeschnitten, die er gegen diesen vorbringen könnte. Er kann sich weder auf mangelndes Verschulden berufen noch geltend machen, der alleinbeauftragte Makler sei außerstande gewesen, das gewünschte Geschäft zuwege zu bringen. Diese Regelung, die dem Makler über die Ausgestaltung eines meist fraglichen Schadensersatzanspruchs hinaus zusätzliche Gewinnmöglichkeiten verschafft (Provisionsanspruch selbst bei unstreitiger eigener Erfolglosigkeit sowie aus Geschäften des Auftraggebers mit selbst gefundenen Interessenten), verschiebt in einseitiger

Weise zugunsten der Makler die gesetzliche Regelung, die für die Abwicklung des Maklervertrages gilt. Daher können derartige Klauseln nicht als Vertragsbestandteil anerkannt werden, wenn sie über die allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag eingeführt werden.

Vorliegend kommt erschwerend hinzu, daß sich die Klägerin bei einem Verstoß gegen die Zuziehungsklausel nicht mit der Provision begnügen will, die ihr der Auftraggeber bei erfolgreicher Nachweistätigkeit schulden würde. Er soll vielmehr im Verletzungsfalle das Doppelte zahlen, nämlich abweichend von Abs. 2 des Auftrags die "volle" Gebühr (6 % anstelle von 3 % des Kaufpreises). Dem liegt ersichtlich die Vorstellung zugrunde, daß die Klägerin als entgangenen Gewinn nicht nur die von ihrem Auftraggeber, sondern stets auch eine von dessen Geschäftspartner zu entrichtende Provision zu beanspruchen hätte. Dieser wird jedoch nur dann provisionspflichtig, wenn er einen entsprechenden Maklervertrag abgeschlossen hat. Bei einem Alleinauftrag könnten sich sogar Bedenken ergeben, wenn der Makler zugleich auch für den anderen Teil tätig würde (§ 654 BGB). Es kann sich durchweg nur um eine freiwillige, in Verbindung mit dem Kaufpreis auszuhandelnde Leistung des anderen Teils handeln, von deren Übernahme der Makler das Zustandekommen des Geschäfts nicht abhängig machen darf. Sie in Form einer zusätzlichen, bei jedem Verstoß gegen die Klausel geschuldeten Provision auf den Auftraggeber zu überwälzen, stellt eine besondere Unbilligkeit dar. Insgesamt will die Klägerin so gestellt werden, als habe sie nicht nur das ohne ihre Hilfe abgeschlossene Geschäft vermittelt, sondern über-

dies auch den Interessenten bewogen, ihr ohne Rechtspflicht ebenfalls eine Provision zu zahlen. Alles dies soll unabhängig davon gelten, welche Mühen die Klägerin tatsächlich aufgewandt hat und ob für sie überhaupt (noch) eine Aussicht bestand, einen geeigneten Interessenten nachzuweisen. Der Verstoß gegen die Zuziehungspflicht, der hiernach der Klägerin nur erwünscht sein kann, soll ihr mithin alles einbringen, was für sie sonst nur im günstigsten Falle aus dem Auftrag herauszuholen gewesen wäre. Darin kommt eine einseitige, übersteigerte Verfolgung der Interessen der Klägerin auf Kosten des Auftraggebers zum Ausdruck, die als Mißbrauch der Möglichkeit angesehen werden muß, die Folgen einer Vertragsstörung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen generell zu regeln.

Nach den angeführten Grundsätzen der richterlichen Inhaltskontrolle gilt eine Klausel der AGB, die dieser Nachprüfung nicht standhält, als nicht geschrieben. Sieht man in der Klausel über die Zahlung der vollen Provision bei Verletzung der Verweisungspflicht die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, so ist die Beurteilung keine andere. Selbst wenn man die bestrittene Frage bejaht, ob eine Vertragsstrafenregelung über allgemeine Geschäftsbedingungen in einen Einzelvertrag eingeführt werden kann, geht das jedenfalls dann nicht, wenn eine Überdehnung des Straftatbestandes vorliegt (Erstreckung auf Eigengeschäfte des Auftraggebers) und die Strafhöhe wegen Übermaßes zu beanstanden ist. Die Rechtsfolge ist auch bei dieser Qualifikation der Abrede eine völlige Unwirksamkeit der zu beanstandenden Klausel für den Einzelfall (vgl. hierzu Belke, Betrieb 1969, 603, 605/606; Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe" 1972 S. 206).

Eine Individualvereinbarung des von der Klägerin beanspruchten Inhalts ist nach der ausdrücklichen - wenn auch in den Gründen enthaltenen - Feststellung des Berufungsgerichts nicht getroffen worden. Da die Klage hier- nach allein auf die unwirksame Bestimmung der AGB ge- stützt werden konnte, ist sie zu Recht abgewiesen wor- den. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin mußte als unbegründet zurückgewiesen werden.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Richter am Bun-
desgerichtshof
Dr. Buchholz
ist in Urlaub und
an der Unterzeich-
nung verhindert.

Dr. Hauß

Knüfer