

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 18/72

URTEIL

Verkündet am

18. Mai 1973
Hellmann,
Justizhauptsekretär
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED] & Co., Immobilien, in
F [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Gesellschafter
Immobilienkaufmann Kurt K [REDACTED], ebendort,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Beratungsstellenleiter Hans D [REDACTED]
in N [REDACTED], Am S [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Hanna D [REDACTED] geb. M [REDACTED],
ebendort,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 1973
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die
Richter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt
und Knüfer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt (Main) vom 20. Dezember 1971
wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin vermittelte im Alleinauftrag den
Verkauf von Eigentumswohnungen eines in zwei Abschnit-
ten zu erstellenden Bauprojekts in N. Sie unterhielt
an der Baustelle einen Informationsstand, den die Be-
klagten am 18. Oktober 1970 aufsuchten. Sie interessier-
ten sich für den Erwerb einer Penthouse-Wohnung des
zweiten Bauabschnitts nebst zwei Garagen. Der Vertre-
ter der Klägerin füllte eine aus zwei vorgedruckten
Seiten bestehende "Vereinbarung" aus, in der die Be-
klagten erklärten, die von der Klägerin nachgewiesene,
durch handschriftliche Einfügung bezeichnete Wohnung

nebst den Garagen zum Gesamtpreis von 296 000,-- DM käuflich erwerben zu wollen. Es wurde ein Termin zur Protokollierung bei einem bestimmten Notar festgelegt und darauf hingewiesen, daß vorher mit dem Bauträger die detaillierte Finanzierung zu vereinbaren sei. Die folgenden, vordruckten Bestimmungen lauteten:

"III. Zu diesem Erwerb ist der Kaufinteressent in jedem Fall verpflichtet, wenn ihm der bisherige Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger den Erwerb binnen einer Frist von 3 Wochen, vom heutigen Tage an gerechnet, anträgt. Der Kaufinteressent hat bei der notariellen Beurkundung mitzuwirken und alle Erklärungen abzugeben und alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, ihm das Eigentum an der Eigentumswohnung zu verschaffen.

IV. Der Kaufinteressent hat der Maklerfirma für ihre Tätigkeit (Nachweis nach Ziff. I) eine Maklerprovision in Höhe von 5 % (i. W. fünf Prozent) zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu zahlen. Der Provisionsanspruch entsteht mit der Unterzeichnung dieses Vertrages. Die Provision ist fällig bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages, spätestens jedoch mit Ablauf von 3 Wochen, gerechnet ab heute.

Sollte ein notarieller Kaufvertrag aus einem vom Kaufinteressenten zu vertretenden Umstand nicht binnen einer Frist von 3 Wochen, von heute ab gerechnet, abgeschlossen werden, ist die Maklerfirma berechtigt, die Eigentumswohnung anderweitig zu verkaufen. Der Maklerprovisionsanspruch gegen den Kaufinteressenten bleibt in diesem Falle bestehen und ist dann sofort zahlbar."

In den folgenden Ziffern wurde u. a. die Wirksamkeit mündlicher Vereinbarungen ausgeschlossen und festge-



legt, daß bei Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen die übrigen verbindlich bleiben sollten.

Die Beklagten beanstandeten die unter Ziffer IV vorgesehene Provisionsverpflichtung als zu belastend. Der Vertreter der Klägerin fügte der Vereinbarung daraufhin den handschriftlichen Zusatz an:

"Bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrages wird die Provision voll auf den Kauf eines anderen Objektes aus unserem Angebot angerechnet."

Hierunter setzten der Vertreter der Klägerin und die Beklagten ihre Unterschriften.

Am 2. November 1970 erklärten die Beklagten ihren Rücktritt von der Vereinbarung mit der Begründung, sie seien in den Verhandlungen mit dem Bauträger nicht in den Fragen der Gewährleistung und des Einzugstermins einig geworden. Die Klägerin bestand daraufhin lediglich auf der Begleichung ihrer Provisionsforderung in Höhe von insgesamt 16 428,-- DM. Die Beklagten lehnten die Zahlung ab und fochten die Vereinbarung wegen arglistiger Täuschung an. Sie machten geltend, die Klägerin habe in der Werbung und den Verhandlungen als verbindlichen, für die Beklagten wesentlichen Bezugstermin der Wohnung das Frühjahr 1971 angegeben, obwohl dieser Zeitpunkt nach Kenntnis der Klägerin nicht einzuhalten gewesen sei. Die Klägerin hat erwidert, für den zweiten Bauabschnitt sei der Termin niemals in Betracht gekommen, wie die Beklagten an der Baustelle selbst gesehen hätten. Sie hat mit der Klage ihren genannten Provisionsanspruch nebst Zinsen geltend gemacht.

Die Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten. Sie haben vorgebracht, ihre Unterschrift decke nur den handschriftlichen Zusatz, nicht die gesamte Vereinbarung. Zudem sei diese wegen Formmangels nichtig, jedenfalls aber wirksam angefochten. Die Provisionsbestimmung unter Ziffer IV sei sittenwidrig. Überdies sei das Nichtzustandekommen des Kaufvertrages nicht von den Beklagten zu vertreten.

Der Erstbeklagte bat in einem Schreiben vom 27. Dezember 1970 die Bauträgerin um die Beantwortung einiger die Klägerin betreffender Fragen. Die Klägerin hat verschiedene Wendungen als ehrverletzend angesehen und in Erweiterung der Klage beantragt, die Beklagten zur Unterlassung folgender Behauptungen gegenüber Dritten zu verurteilen:

1. Die von der Klägerin benutzte Vertragsklausel betreffend Zahlung von Maklerprovision auch bei Nichtzustandekommen eines Vertrages sei sittenwidrig und sie sei daher bei seriösen Maklerfirmen ungebräuchlich,
2. die Geschäftsbedingungen des Maklervertrages der Klägerin seien unwirksam, weil durch sie eine mißbräuchliche Verfolgung eigener Interessen der Maklerfirma auf Kosten der eigentlichen Vertragspartner (Verkäufer oder Käufer) ermöglicht werde,
3. die Klägerin bediene sich hemdsärmeliger Methoden.

Der Erstbeklagte hat beantragt, die Unterlassungsklage abzuweisen. Er hat sich auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil das Zahlungsbegehren und durch Schlußurteil die Unterlassungsklage abgewiesen. Die hiergegen gerichteten Berufungen der Klägerin hatten keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Dem erkennenden Senat liegen mehrere Fälle mit im wesentlichen gleichartigem Sachverhalt zur Entscheidung vor. Es handelt sich immer darum, daß ein Makler im Auftrag des Trägers eines Wohnungsbauprojekts Interessenten für den Kauf einer Eigentumswohnung wirbt. Er läßt die zum Kauf entschlossenen Interessenten ein vorgedrucktes und entsprechend ausgefülltes Formular unterzeichnen, in dem sie sich zum Erwerb einer bestimmten Wohnung verpflichten. Dieser soll zu einem späteren Zeitpunkt notariell beurkundet werden. Zugleich verspricht der Interessent dem Makler allein für den Nachweis, unabhängig vom Zustandekommen des Kaufvertrages, eine feste Provision. Aus dieser Verpflichtung soll er nur entlassen werden, wenn die notarielle Beurkundung aus Gründen unterbleibt, die der (an der Erklärung nicht beteiligte) Verkäufer zu vertreten hat. In allen Fällen haben die Beklagten die im einzelnen unterschiedlich ausgestaltete Erklärung unterschrieben, dann aber von dem Erwerb der Eigentumswohnung mit dem Ergebnis abgesehen, daß sie von dem Makler auf Zahlung der Provision in Anspruch genommen worden sind. Die Berufungsgerichte haben, wenn auch mit abweichenden Begründungen, die der Provisionsforderung jeweils zugrunde liegende Erklärung übereinstimmend als unwirksam angesehen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

Die Unwirksamkeit läßt sich allerdings nicht daraus herleiten, daß bei der in dem Vordruck abgegebenen Käufererklärung die in § 313 BGB vorgeschriebene Form nicht gewahrt worden sei. Wie der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden hat (BGHZ 57, 394), bedarf ein Vertrag, in dem sich der eine Teil nicht zur Übertragung des Eigentums, sondern nur der andere zum Erwerb verpflichtet, nicht der notariellen Beurkundung. Der erkennende Senat tritt dieser Entscheidung aus den dort ausgeführten Gründen bei. Das Schutzbedürfnis gegenüber voreiligen Entschlüssen mag unter den gewandelten Verhältnissen beim Grundstückserwerber nicht selten ebenso hoch zu veranschlagen sein wie bei dem Veräußerer. Das erlaubt es jedoch nicht, für reine Erwerbsverpflichtungen einen im Gesetz nicht vorgesehenen Formzwang im Wege der Rechtsprechung einzuführen. In allen zu entscheidenden Fällen handelt es sich um solche einseitige, überdies nur dem Makler gegenüber eingegangene Verpflichtungen zum Erwerb von Grundeigentum. Der Veräußerer ist in keiner Weise beteiligt; er bleibt ungebunden und es steht in seinem Belieben, ob er den vorgesehenen notariellen Vertrag mit dem vom Makler geworbenen und festgelegten Interessenten schließen will. Auch ein mittelbarer Zwang zum Abschluß ergibt sich für ihn aus der Erklärung nicht. Insbesondere wird die dem Erwerber auferlegte Provisionsschuld nicht auf den Veräußerer für den Fall überwälzt, daß dieser das Nichtzustandekommen des notariellen Vertrages zu vertreten hat, worin ein auf die Veräußerung gerichteter Druck und damit ein Grund für die Unwirksamkeit der formlosen Vereinbarung gesehen werden könnte (Senatsurteil vom 30. Oktober 1970 = LM BGB § 652 Nr. 38 = NJW 1971, 93). Schließlich enthalten die nur in den

Grundzügen umrissenen Käufererklärungen auch nicht sämtliche Elemente eines Kaufangebots, das vom Veräußerer nur noch angenommen zu werden brauchte. Einer solchen Deutung stände überdies die stets getroffene Bestimmung entgegen, daß der (gesamte) notarielle Kaufvertrag noch innerhalb der vorgesehenen Frist abzuschließen bleibe. Hiernach geht es unter keinem Gesichtspunkt an, das umstrittene Provisionsversprechen deshalb als unwirksam anzusehen, weil es im Zusammenhang mit einer formnichtigen Verpflichtung zum Grundstückserwerb abgegeben worden sei.

Ebenso gehen alle Versuche fehl, den von den Maklern vorliegend verwandten Erklärungsvordrucken die erforderliche Klarheit hinsichtlich der zu übernehmenden Provisionsverpflichtung abzusprechen. Gewiß weicht die Bestimmung, daß die Provision unabhängig vom Zustandekommen des notariellen Kaufvertrages zu zahlen ist, von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages in dem wesentlichen Punkt ab, daß der Anspruch auf den Maklerlohn nicht vom Abschluß des Hauptgeschäfts abhängig sein soll. Von einem solchen regelwidrig erweiterten Anspruch des Maklers ist deshalb zu fordern, daß er dem Interessenten klar und unmißverständlich zum Bewußtsein gebracht wird. Das könnte nicht durch eine Verweisung auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in einem längeren, unübersichtlichen Formularvertrag geschehen; vielmehr bedarf es hierfür grundsätzlich einer Individualvereinbarung. Dieser muß jedoch ein kurzer, übersichtlich gestalteter Vordruck gleichstehen, wenn er die einzugehende Verpflichtung so deutlich zum Ausdruck bringt, daß sie dem Kaufinteressenten auch ohne besondere Aufmerksamkeit schlechterdings nicht

entgehen kann. Die in den vorliegenden Fällen verwandten Formulare erfüllen trotz unterschiedlicher Fassung diese Voraussetzung in ausreichendem Maße. Sie enthalten alle an sichtbarer Stelle die ausdrückliche und deutliche Bestimmung, daß der Käufer die vereinbarte Provision auch dann zu zahlen hat, wenn der Kaufvertrag aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht abgeschlossen wird. Im einzelnen braucht hierauf indessen nicht eingegangen zu werden, weil sich die Bestimmung aus anderen Gründen als unwirksam erweist.

In allen zur Entscheidung stehenden Fällen ist der Makler zunächst im Auftrag des Veräußerers tätig geworden und hat dann auch einen Maklervertrag mit dem Kaufinteressenten abgeschlossen. Solche Doppelaufträge sind, wenn das Einverständnis beider Auftraggeber vorliegt, nicht schlechthin unzulässig, mögen sie auch dem Bild des in §§ 652 f. BGB geregelten Maklervertrages nicht entsprechen. Sie bringen den Makler jedoch in die besondere Lage, seine vertragliche Pflicht nach beiden Seiten erfüllen zu müssen. Der Doppel-Makler kann der übernommenen Aufgabe, die Interessen beider Auftraggeber zu wahren, nur dadurch gerecht werden, daß er sich beiden gegenüber strenger Unparteilichkeit befleißigt, um ihnen in fairer Weise zu dienen (BGHZ 48, 344, 348). Diese Pflicht hat er auch bei der Gestaltung der Verträge zu beachten, da er sonst in einen Interessenwiderstreit kommen würde.

Mit der Stellung und den Pflichten eines ehrlich zwischen den beiden künftigen Vertragsparteien stehenden Maklers sind die Erklärungen unvereinbar, die vorliegend den Kaufinteressenten abverlangt worden sind. Sie dienen nahezu ausschließlich den Interessen des

Verkäufers und des Maklers. Der Käufer wird durch sie einseitig gebunden. Er muß sich verpflichten, die bezeichnete Eigentumswohnung zu erwerben, ohne irgend einen Anspruch darauf zu gewinnen, daß ihm das Objekt auch wirklich übereignet wird. Der Veräußerer, d. h. der andere Auftraggeber des Maklers, bleibt frei von jeder rechtlichen Bindung und oft sogar ungenannt. Ihm wird der Kaufinteressent nur als ein bereits auf den Erwerb festgelegter möglicher Vertragspartner vom Makler zugeführt. Hinzu kommt, daß der Erwerber seinen bindenden Kaufentschluß allein auf Grund der Auskünfte des Maklers und des vorgelegten Werbematerials treffen muß: der Inhalt des von dem Verkäufer bereitgehaltenen Kaufvertrages ist ihm in den Einzelheiten noch nicht bekannt. Hierdurch läuft er die erhebliche Gefahr, in Auseinandersetzungen darüber verwickelt zu werden, ob sich der notarielle Kaufvertrag mit den Angaben des Maklers deckt, oder ob er so wesentlich von den begründeten Erwartungen abweicht, daß das hierdurch bedingte Scheitern des Geschäfts nicht vom Käufer zu vertreten ist.

Entscheidend wird diese parteiliche, einseitige Vertragsgestaltung dadurch verstärkt, daß sich der Makler von dem Interessenten zugleich mit der Kaufverpflichtung eine vom Zustandekommen des Kaufvertrages unabhängige Provision versprechen läßt. Der Bundesgerichtshof hat zwar derartige Abreden unter bestimmten, engen Voraussetzungen zugelassen, so wie er auch die Doppeltätigkeit des Maklers als nicht schlechthin unstatthaft angesehen hat. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Makler beide Rechtsfiguren nach Belieben und zu seinem Vorteil kombinieren könnte. Durch das Versprechen einer erfolgsunabhängigen Provision wird die dem Maklervertrag sonst eigene

Entschließungs- und Abschlußfreiheit des Auftraggebers erheblich eingeengt. Gerade dies ist vorliegend auch der Zweck der Bestimmung. Mit ihr wird ein (mit Blick auf die Provisionssätze sehr erheblicher) wirtschaftlicher Druck auf den Käufer ausgeübt, die ihm einseitig auferlegte, zudem nur grob umrissene Kaufverpflichtung zu erfüllen, selbst wenn sich später herausstellt, daß die Leistung des Verkäufers nicht seinen Erwartungen entspricht.

Es ergibt sich das Bild, daß der Makler die Interessen des Verkäufers und zugleich seine eigenen bis zur äußersten Grenze auf Kosten des Käufers wahrnimmt. Während er den Verkäufer kaum in Erscheinung treten und jedenfalls gänzlich ungebunden läßt, unterwirft er den Käufer einer vorformulierten Regelung, durch die sich dieser nicht nur zum Abschluß des nachgewiesenen Geschäfts für den Fall verpflichtet, daß der frei bleibende Verkäufer einverstanden ist, sondern überdies als Sanktion dieser Verpflichtung dem Makler die Zahlung der vollen Provision auch bei Aufgabe des Kaufentschlusses zusichern muß. Auf diese Weise wird dem Käufer entgegen seinem Interesse vorzeitig und einseitig die Entschließungsfreiheit genommen. Eine so starke Bevorzugung des einen und Benachteiligung des anderen Teils ist mit der Pflicht des Doppel-Maklers zu strenger Unparteilichkeit unvereinbar. Bei pflichtgemäßer Abwägung der Interessen beider Auftraggeber muß sich der Doppel-Makler damit begnügen, vom Käufer - der gesetzlichen Regelung entsprechend - Provision nur beim Zustandekommen des notariellen Kaufvertrages zu verlangen. Er kann nicht nach beiden Seiten als Makler tätig werden und zugleich dem Käufer gegen-

über wie ein allein dem Bauträger verpflichteter Verkaufsagent handeln. Die Klausel in den vorgedruckten Erklärungen, die dem Käufer die Zahlung der vollen Provision auch beim Verzicht auf das nachgewiesene Geschäft auferlegt, verstößt in so erheblichem Maße gegen die berufliche Pflicht des Doppel-Maklers zu fairer Gleichbehandlung beider Auftraggeber, daß sie nach § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig und deshalb nichtig angesehen werden muß. Das entspricht zugleich dem in § 654 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken, mag die Vorschrift auch wegen der Erlaubtheit der Doppeltätigkeit nicht unmittelbar anwendbar sein.

Die Anstößigkeit der erfolgsunabhängigen Provision in den zu entscheidenden Fällen wird noch dadurch vermehrt, daß sie als Druckmittel zugunsten des Verkäufers ausgegeben wird, bei Verfall aber wirtschaftlich dem Makler zugute kommt. Dementsprechend ist in allen Fällen nicht die (zum Teil recht anzweifelbare) Kaufverpflichtung, sondern das Provisionsversprechen ernstgenommen worden. Die Käufererklärung wird praktisch so gehandhabt, daß sich der Käufer von ihr durch Zahlung der verlorenen vollen Provision lösen kann. Der Doppel-Makler verletzt seine Pflicht zur gleichmäßigen Interessenwahrnehmung auch dadurch, daß er zugleich mit den Belangen des Verkäufers den eigenen das Übergewicht verschafft. Mit dem Gebot, beiden Auftraggebern in fairer Weise zu dienen (BGH aaO), ist es unvereinbar, daß der Makler einen von ihnen nicht nur auf das vorgeschlagene Geschäft festlegt, sondern aus einer Sinneswandlung dieses Partners auch den vollen Gewinn wie beim Zustandekommen des Geschäfts ziehen will. Gegen die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung für die nutzlos in Anspruch genommenen Aufwendungen und Mühen

des Maklers wäre nichts zu erinnern; sie würde im redlichen Verkehr als verständlich angesehen und überdies auch nicht als drückende Einengung der Entschliebungsfreiheit empfunden werden. Den Verlust der vollen Provision kann der beiden Seiten verpflichtete Makler jedoch dem einen, kaufunwillig gewordenen Auftraggeber nicht ansinnen, ohne durch eine solche Voranstellung seines eigenen Interesses erheblich gegen die aus seiner Mittlerstellung hervorgehenden Pflichten zu verstoßen. Auch aus diesem Grunde muß die Klausel als unwirksam angesehen werden. Der Makler muß sich entscheiden, ob er die Vorteile der Doppeltätigkeit oder die eines erfolgsunabhängigen Provisionsversprechens bevorzugt; eine Kombination dieser beiden, jeweils für sich möglichen Vertragsgestaltungen kann wegen ihrer dargelegten Unvereinbarkeit keinen rechtlichen Bestand haben.

Das Berufungsgericht hat hiernach den Provisionsanspruch der Klägerin im Ergebnis zu Recht verneint. Damit ist auch ihrem Unterlassungsbegehren die tatsächliche Grundlage entzogen; die Kritik des Erstbeklagten an der Vertragspraxis der Klägerin war in der Sache nicht unberechtigt. Soweit er sich in der Form durch die Wahl seiner Ausdrücke vergriffen haben mag, hat das Berufungsgericht zutreffend bedacht, daß dies allein und einmalig in dem Schreiben geschehen ist, daß der Erstbeklagte in Wahrung berechtigter Interessen an die Bauträgerin gerichtet hat.

Die Revision der Klägerin war deshalb insgesamt als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Hauß

Richter am Bundesgerichtshof
Johannsen
ist in Urlaub und an
der Unterzeichnung verhindert.

Dr. Pfretzschner

Dr. Hauß

Dr. Reinhardt

Knüfer