

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 25/72

Verkündet am
18. Mai 1973
Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma G [REDACTED] KG, vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Martin G [REDACTED],
in M [REDACTED], Von der T [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Kraftfahrer Josef G [REDACTED] in M [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. 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 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. November 1971 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte unterzeichnete am 18. Oktober 1970 eine aus einem ausgefüllten Vordruck der Klägerin bestehende "Käufererklärung". Nach ihr kaufte er eine bestimmt bezeichnete Eigentumswohnung in einem Bauvorhaben in N. zum Gesamtkaufpreis von 161.500,-- DM. Das Formular enthielt u.a. folgende Vereinbarungen:

"Die technische Abwicklung des Verkaufs erfolgt durch die ... G. KG (Klägerin). Die Firma G. KG erhält vom Käufer eine Nachweisgebühr in Höhe von DM 3.000,--, die jedoch voll auf den Kaufpreis angerechnet wird. Daneben ist vom Käufer eine einmalige Bearbeitungs- und Schreibgebühr in Höhe von DM 200,-- zu entrichten. Diese Beträge sind mit Unterzeichnung dieser Erklärung fällig.

- 3 -

Der Zeitpunkt der notariellen Verbriefung wird dem Käufer von der Firma G. KG noch bekanntgegeben.

Sollte der Käufer den Abschluß des Kaufvertrages nicht zu dem ihm genannten Zeitpunkt vornehmen oder kommt der Vertrag aus Gründen, die der Käufer zu vertreten hat, nicht zustande, so steht der Firma G. KG trotzdem für den Nachweis der Wohnung der vorerwähnte Betrag von DM 3.200,-- zu. Dieser Betrag wird vom Käufer anerkannt, ohne daß es eines Schadensnachweises bedarf."

Unter "Sonderbedingungen" folgten handschriftliche Angaben über die Finanzierung.

Der Beklagte schloß den notariellen Kaufvertrag nicht ab und überwies der Klägerin lediglich 200,-- DM für Bearbeitungs- und Schreibgebühren. Die Klägerin hat daraufhin mit der Klage Zahlung von 3.000,-- DM nebst Zinsen verlangt.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, seine Erklärung sei insgesamt nichtig, weil sie der in § 313 BGB vorgeschriebenen Form bedurft hätte. Von der Nichtigkeit werde auch das etwa abgegebene Versprechen einer Vertragsstrafe erfaßt, die überdies zu hoch bemessen wäre.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.



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 Eigen-

tums, 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 stünde überdies die stets getroffene Bestimmung entgegen, daß der (gesamte) notarielle Kaufvertrag noch innerhalb der vorgesehenen Frist ab-

zuschließen 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 regelmäßig 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) wirtschaft-

licher 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 Entschliebungsfreiheit 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 gegenüber 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 be-

zufliche 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 Entschließungsfreiheit empfunden werden. Den Verlust der vollen Provision kann der bei-

den 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.

Da das Berufungsgericht hiernach den Provisionsanspruch der Klägerin im Ergebnis zu Recht verneint hat, war die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

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

Dr. Reinhardt

Knüfer