

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IV ZR 32/72

Verkündet am  
8. Mai 1973  
Hellmann,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Frau Barbara R [REDACTED], geb. H [REDACTED],
  2. des Herrn Hans R [REDACTED],
- beide in O [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Jos. Gg. u. Tr. D [REDACTED] oHG,  
vertreten durch ihre Gesellschafter Josef G [REDACTED] und  
Traute D [REDACTED] in B [REDACTED], I [REDACTED] S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hauß und die Richter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Hoffmann und Knüfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 7. Januar 1972 aufgehoben, soweit die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Main) vom 20. November 1970 zurückgewiesen und soweit über die Kosten der Berufung entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Erstbeklagte beauftragte die Klägerin am 8. April 1970 mit dem Verkauf ihres in O. gelegenen Grundstücks. In den vorgedruckten Auftragsschein der Klägerin, den die Erstbeklagte allein unterschrieb, wurde die Höhe der Provision nicht eingesetzt. Dagegen wurde bestimmt,

- 3 -

daß der Auftrag als Fest- und Alleinauftrag gelten sollte, den die Erstbeklagte nach dem 8. Juli 1970 mit einer Frist von einem Monat widerrufen konnte. Handschriftlich wurde hinzugesetzt, daß der Limitverkaufspreis 85,-- DM je Quadratmeter betragen und daß die Klägerin von einem erzielten Mehrpreis 50 % als Erfolgsprovision erhalten sollte. In den auf der Rückseite abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmte Ziffer 8:

" Ist Alleinauftrag erteilt, so sind direkte oder durch andere Makler benannte Interessenten an den beauftragten Makler zu verweisen. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtungen hat der Auftraggeber im Falle eines Vertragsabschlusses die volle Gebühr an den alleinbeauftragten Makler zu zahlen und zwar ohne Nachweis eines Schadens. "

Die Klägerin benannte bis Ende April 1970 zwei Interessenten, die jedoch den Limitpreis nicht anlegen wollten. Am 18. Juni 1970 verkaufte die Erstbeklagte ihr Grundstück für 95,-- DM je Quadratmeter an einen Erwerber, den ihr ein anderer Makler zugesandt hatte. Die Klägerin wurde hiervon nicht unterrichtet.

Am 19. Juni 1970 bat der Zweitbeklagte die Klägerin fernmündlich, seine Mutter (die Erstbeklagte) aus dem Alleinauftrag zu entlassen. Er gab an, einen Kaufinteressenten gefunden zu haben, der die Einschaltung der Klägerin nicht wünsche. Die ausdrückliche Frage, ob schon ein notarieller Kaufvertrag abgeschlossen worden sei, verneinte er. Nachdem die Erstbeklagte diese unrichtige Auskunft bestätigt hatte, schloß die Klägerin mit ihr am selben Tage einen schriftlichen Vertrag, an dem der Alleinauftrag gegen Zahlung einer Provisionsabfindung von 30.000,-- DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer



aufgehoben wurde. Beide Beklagten akzeptierten vereinbarungsgemäß einen von der Klägerin über 33.300,-- DM ausgestellten Monatswechsel.

Am 1. Juli 1970 focht die Klägerin den Aufhebungsvertrag wegen arglistiger Täuschung an, nachdem sie festgestellt hatte, daß der Verkauf des Grundstücks bereits am 18. Juni 1970 notariell beurkundet worden war. Sie beanspruchte 5 % Provision aus dem Verkaufspreis von 1.509.835,-- DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer, ferner Ersatz der Diskontspesen von 287,25 DM. Nach Abzug der Wechselsumme von 33.300,-- DM ergab sich eine Forderung von 50.783,08 DM. Die Klägerin hat Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen von beiden Beklagten aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung begehrt, von der Erstbeklagten überdies wegen Verletzung des Alleinauftrags.

Die Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten. Sie haben behauptet, die Klägerin habe zugesichert, das Objekt innerhalb von vier Wochen verkaufen zu können, habe sich dann aber schon vor dem 18. Juni 1970 außerstande erklärt, den Limitpreis zu erzielen. Im zweiten Rechtszug haben sich die Beklagten auch gegen die Höhe der Provision mit der Begründung gewandt, sie sei nicht ortsüblich. Die Klägerin hat die tatsächlichen Behauptungen der Beklagten bestritten.

Das Landgericht hat die Erstbeklagte zur Zahlung von 45.779,-- DM und den Zweitbeklagten zur Zahlung von 287,25 DM nebst Zinsen verurteilt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Beklagten haben mit der Berufung die gänzliche Abweisung der Klage erstrebt. Die Klägerin hat sich dem Rechtsmittel mit dem Ziel angeschlossen, die zusätzliche

Verurteilung der Erstbeklagten zur Zahlung der Mehrwertsteuer in Höhe von 5.004,08 DM zu erreichen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung und die Anschlußberufung zurückgewiesen. Die Beklagten begehren mit der Revision weiterhin die Abweisung der Klage im vollen Umfang.

Entscheidungsgründe:

Die Erstbeklagte hat unstreitig gegen den der Klägerin erteilten Alleinauftrag und die in Ziffer 8 der allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmte Verweigerungspflicht verstoßen, indem sie das gewünschte Geschäft während der Bindung an den Alleinauftrag mit Hilfe eines anderen Maklers abgeschlossen hat, ohne die Klägerin hinzuzuziehen. Darüber hinaus haben beide Beklagte versucht, die Klägerin durch unwahre Angaben über diesen anderen Verkauf zu täuschen. Das Berufungsgericht hat die deshalb von der Klägerin erklärte Anfechtung der Abfindungsvereinbarung vom 19. Juni 1970 durchgreifen lassen und die Erstbeklagte für verpflichtet gehalten, 5 % des erzielten Kaufpreises (ohne Mehrwertsteuer) als Provision an die Klägerin zu zahlen. Der Rechtsgrund dieser Verpflichtung ist in der genannten Bestimmung der allgemeinen Geschäftsbedingungen erblickt worden. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts stimmt allerdings mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs LM BGB § 652 Nr. 20 (= NJW 1966, 2008) überein. Dort ist die gleichlautende Alleinauftragsklausel in Nr. 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Reichsbundes Deutscher Makler als wirksam angesehen worden. Von die-

7

ser Entscheidung ist der erkennende Senat jedoch in seinem zur Veröffentlichung bestimmten, zugleich mit dem vorliegenden verkündeten Urteil IV ZR 158/71 abgewichen. Nach dem vorangestellten Leitsatz kann der alleinbeauftragte Makler nicht durch eine Verweisungs- oder Hinzuziehungsklausel 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. Zur Begründung ist u. a. ausgeführt worden:

"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 zustandegewordene 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. 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. 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 Schadenersatzanspruchs 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.

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 beanstandenen Klausel für den Einzelfall (vgl. hierzu Belke, Betrieb 1969, 603, 605/606; Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe" 1972 S. 206).

Die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen treffen auch auf den vorliegenden Fall zu. Das Berufungsurteil kann daher mit der Begründung, die Erstbeklagte habe gegen die Verweisungs- und Zuziehungsklausel verstoßen und schulde deshalb die verlangte Provision, keinen Bestand behalten. Möglich bleibt, daß die Klägerin unabhängig von der unwirksamen Klausel Schadensersatz wegen Verletzung des Alleinauftrags beanspruchen könnte. Sie hatte vorgetragen, am 23. Juni 1970 habe einer der von ihr geworbenen Kaufinteressenten seine Bereitschaft erklärt, das Grundstück nunmehr zu erwerben; das Geschäft sei wegen der schon beurkundeten anderweiten Veräußerung durch die Erstbeklagte nicht

zustande gekommen. Das Berufungsgericht ist, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, auf diese unter Beweis gestellte Behauptung nicht eingegangen. Sollte sie sich als zutreffend erweisen, so könnte der Klägerin ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zustehen. Auch die Frage des Ersatzes der Diskontspesen hängt hiervon ab; denn falls die Klägerin von den Beklagten schlechterdings nichts zu fordern gehabt hätte, könnte sie ihnen auch unter keinem Gesichtspunkt die Unkosten des gleichwohl ausgehandelten und erlangten Wechsels anlasten.

Das Berufungsurteil war nach alledem auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Sache zur weiteren tatsächlichen Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Hauß

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

Dr. Pfretzschner

Dr. Hauß

Hoffmann

Knüfer