

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 652, 138 Aa, Bb

a) Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob bei einer Maklerprovision ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Vergütung besteht, ist die Gegenüberstellung von üblicher und vereinbarter Provision.

b) Ein Makler handelt sittenwidrig, wenn er den ihm durch einen qualifizierten Alleinauftrag verbundenen Verkäufer eines Grundstücks nicht von der ihm bekannten Bereitschaft des Nachbarn unterrichtet, für das zu verkaufende Grundstück einen hohen Preis zu zahlen, vielmehr stattdessen gleichzeitig mit dem Verkäufer eine sogenannte Übererlösklausel vereinbart und vom Nachbarn einen Preis fordert, der ihm 27,7% dieses Preises als Provision sichert.

BGH, Urteil vom 16. Februar 1994 - IV ZR 35/93 - Bezirksgericht  
Meiningen  
Kreisgericht  
Suhl

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IV ZR 35/93

Verkündet am:  
16. Februar 1994  
Heinz  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dr. Zopfs, Römer, Dr. Schlichting und Terno auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1994

für Recht erkannt:

Auf die vom Streithelfer geführte Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Bezirksgerichts Meiningen vom 7. Januar 1993 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Kreisgerichts Suhl vom 7. August 1992 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein Immobilienmakler, verlangt vom Beklagten 64.125 DM nebst Zinsen aus einer am 6. August 1991 zwischen den Parteien getroffenen "Vereinbarung über einen Vermittlungsauftrag".

Darin hat der Beklagte dem Kläger den Alleinauftrag erteilt, den Verkauf des Geschäftshauses G. Straße 11 in S. für 200.000 DM ("beabsichtigter Kaufpreis") zu ver-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

mitteln. Die im Formular des Klägers vorgedruckt enthaltene Entgeltvereinbarung "im Kaufpreis enthalten und mit Verkauf sind (an den Kläger) ... Prozent Vermittlungsgebühr abgetreten" ist handschriftlich so verändert, daß sie nun lautet: "... sind (an den Kläger) als Vermittlungsgebühr abgetreten 50% der Mehrerlössumme über dem Kaufpreis, beabsichtigt w.o. = DM 200.000,-".

Der Kläger wußte, daß der später auf seiten des Beklagten dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetretene Eigentümer des Nachbargrundstücks, der in B. wohnte und dem Kläger aus früheren Maklerverträgen gut bekannt war, wegen des erforderlichen Zugangs zu seinem Nachbargrundstück einen hohen Preis für das vom Beklagten zu verkaufende Grundstück zahlen werde. Am 6. August 1991, dem Tag der Vereinbarung des Klägers mit dem Beklagten, schrieb der Kläger dem Streithelfer:

... In den Verkaufsverhandlungen mit (dem Beklagten) ergibt sich folgende Situation. ... Das Grundstück umfaßt die Flur Nr. 84 u. 85, sodaß wir mit dem bereits erworbenen Flurstück Nr. 83 ein arrondiertes Grundstück erhalten können. ... Der Kaufpreis des Objektes soll DM 450.000,- betragen zuzüglich der Regelung mit der Schaufensteranlage.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 21. August 1991 erwarb der Streithelfer das Grundstück für 450.000 DM. Dieser Vertrag wurde durch notariellen Vertrag vom 6. Februar 1992 wieder aufgehoben. Am gleichen Tage kaufte eine Gesellschaft, deren Anteile der Streithelfer zwischenzeitlich erworben hatte, das Grundstück für 355.000 DM. Inzwischen

hatte der Streithelfer erfahren, daß der Beklagte ursprünglich nur 200.000 DM als Verkaufserlös hatte haben wollen.

Der Kläger hat zunächst aus dem Kaufpreis von 450.000 DM 50% des Mehrerlöses, also 125.000 DM, vom Beklagten gefordert. Er hat dann aber nur 64.125 DM eingeklagt mit der Erklärung, das seien 12,5% des Gesamtkaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer. Das Kreisgericht hat die Klage abgewiesen, das Bezirksgericht auf die Berufung des Klägers ihr stattgegeben. Mit der vom Streithelfer eingelegten Revision wird das Klageabweisungsbegehren des Beklagten weiter verfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Die Klage ist abzuweisen.

1. Dabei kann offen bleiben, ob dem Kläger im Hinblick auf Wortlaut und Sinn der Vergütungsvereinbarung schon deshalb keine Forderung zusteht, weil der Beklagte der danach bestehenden Verpflichtung bereits mit der Vorausabtretung des Mehrerlösanteils an Erfüllungs Statt nachgekommen ist, so daß der Kläger den Nachteil davon hat, daß infolge der Aufhebung des Hauptvertrages kein Mehrerlös eingezogen werden kann. Auch wenn die Vergütungsabrede als Provisionsversprechen im Sinne von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgelegt wird, kann sie dem Kläger keinen Anspruch verschaffen, weil sie nichtig ist.

2. Die Vergütungsabrede verstößt gegen die guten Sitten (§ 138 BGB).

Sittenwidrigkeit wegen des Verhaltens gegenüber dem Geschäftspartner bei einem konkreten Rechtsgeschäft ist insbesondere im Sonderfall des Wuchers gemäß § 138 Abs. 2 BGB gegeben. Aber auch bei wucherähnlichen Geschäften, bei denen ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Höhe der versprochenen Vergütung und der dafür zu erbringenden Leistung besteht, ist Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB dann zu bejahen, wenn weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten, wie etwa verwerfliche Gesinnung oder die Ausnutzung der schwierigen Lage oder auch der Unerfahrenheit des Partners für das eigene übermäßige Gewinnstreben. Demgemäß macht allein der Umstand, daß die versprochene Provision im Verhältnis zur üblichen außergewöhnlich hoch ist, den Maklervertrag noch nicht sittenwidrig. Gleichwohl ist für die Beantwortung der Frage nach dem auffälligen Mißverhältnis die Gegenüberstellung der vereinbarten und der üblichen Maklerprovision der maßgebliche Ausgangspunkt (BGH, Urteil vom 22.1.1976 - II ZR 90/75 - WM 1976, 289 = DB 1976, 573).

Die übliche Maklerprovision wird als Prozentzahl bezogen auf den Endpreis des nachgewiesenen oder vermittelten Geschäftes angegeben. Erreicht oder übersteigt die vereinbarte Provision das Mehrfache - z.B. das Fünffache (BGH, Urteil vom 22.1.1976, aaO) - der üblichen Provision, dann wird die Entscheidungs- und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Geschäftspartners immer mehr eingeengt. Je mehr dessen Bruttogewinn sinkt, weil der Makler als Provision

den überwiegenden Anteil daran von vornherein erhält, umso mehr wird der Makler auf Kosten des Geschäftspartners der eigentliche Herr des Geschäftes, obwohl er die mit dem Geschäft verbundenen Risiken nicht übernimmt; sie verbleiben beim Geschäftspartner. Darin wird das auffällige Mißverhältnis deutlich. Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang stets die Notwendigkeit der "angemessenen Ausgewogenheit" von versprochener Vergütung und zu erbringender Leistung hervorgehoben (vgl. außer den Entscheidungen zum Ratenkredit z.B. zur Aussteueransparung BGH, Urteil vom 10.3.1982 - VIII ZR 74/81 - WM 1982, 533 unter II. 1. und 2., zur Musikproduktionskostenverteilung BGH, Urteil vom 1.12.1988 - I ZR 190/87 - NJW RR 1989, 746 unter II. 1. a) aa), zum Grundstückskauf BGH, Urteil vom 8.11.1991 - V ZR 260/90 - WM 1992, 441 unter II. 2., jeweils m.w.N.). Demgemäß muß der die Provision verlangende Makler besondere Gründe dafür darlegen, daß ein auffälliges Mißverhältnis nicht gegeben ist, wenn die geforderte Provision das Mehrfache der üblichen Provision in einem solchen Ausmaß ist, daß sein Geschäftspartner kaum noch als Herr des Geschäftes angesehen werden kann.

3. Allerdings hat der erkennende Senat die zuletzt in seinem Urteil vom 2. Februar 1994 - IV ZR 24/93 - angesprochene Frage, unter welchen Umständen die Vereinbarung einer außergewöhnlich hohen Provision einen Maklervertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig macht, bislang nicht abschließend entschieden.

a) Er hat sie für sogenannte Übererlösklauseln deshalb verneint, weil die Höhe der als Betrag des Übererlöses zu-

gesagten Maklerprovision nicht absehbar und Verdienst des Maklers gewesen sei (Urteile vom 16.4. und 25.6.1969 - IV ZR 784 und 793/68 - WM 1969, 886 unter II. und NJW 1969, 1628 unter I.; dagegen MünchKomm/Schwerdtner, BGB 2. Aufl. § 652 Rdn. 214). Diese Entscheidungen können aber entgegen der Meinung des angefochtenen Urteils im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden. Der ihnen zugrunde liegende Sachverhalt war im entscheidenden Punkt anders.

Hier konnte der Kläger als Makler sicher sein, mit der von ihm geforderten Vergütung eine außergewöhnlich hohe Provision zu verdienen. Das ergibt der unstreitige Sachverhalt. Der Kläger wußte, daß der Beklagte sich mit 200.000 DM für das zu verkaufende Hausgrundstück zufrieden geben werde. Er wußte weiter, daß der Streithelfer, der unstreitig jedenfalls in anderen Fällen sein Maklerkunde gewesen war, wegen des erforderlichen Zugangs zu seinem Nachbargrundstück einen hohen Preis zu zahlen bereit war. Die Höhe dieses Preises hat er mit dem Schreiben vom 6. August 1991 an den Streithelfer selbst auf 450.000 DM festgesetzt, nachdem er am gleichen Tag die Vergütungsvereinbarung mit dem Beklagten geschlossen hatte.

b) Wie in den genannten Fällen der Übererlösklauseln kann und braucht auch hier keine absolute Grenze festgelegt zu werden, von der ab immer die Vereinbarung einer außergewöhnlich hohen Provision den Bereich der Sittenwidrigkeit erreicht. Dazu sind die denkbaren Fälle zu unterschiedlich. Hier aber ist die Grenze überschritten.

Zwar hat der Kläger sich mit der Hälfte des Übererlöses begnügt, so daß er nicht 250.000 DM verdiente bei einem dem Beklagten verbleibenden Preis von 200.000 DM. Vielmehr betrug seine Provision 125.000 DM, während der Beklagte aus dem Verkauf 325.000 DM erlöste. Für die Gegenüberstellung kommt es jedoch nach den Ausführungen unter 2. auf den im Hauptvertrag genannten Betrag, also auf den vom Streithelfer im notariellen Vertrag vom 21. August 1991 akzeptierten Preis von 450.000 DM an. 125.000 DM sind 27,77...% von 450.000 DM. Bekanntermaßen beträgt die einfache, vom Verkäufer zu zahlende Provision üblicherweise 3% zuzüglich Mehrwertsteuer, während die übliche Provision des sogenannten Doppelmaklers kaum einmal 6% zuzüglich Mehrwertsteuer übersteigt. Der Kläger hat nach seiner dem Streithelfer am 6. Dezember 1991 nach der Grundstücksgenehmigung erteilten Rechnung von diesem als Käuferprovision auch nur 3% zuzüglich Mehrwertsteuer = 15.390 DM haben wollen. Seine Vergütungsvereinbarung mit dem Beklagten ermöglichte ihm aber, von diesem mehr als das Achtfache der einfachen Verkäuferprovision und immer noch mehr als das Vierfache der Doppelmaklerprovision zu fordern. Angesichts dieses Zahlenverhältnisses kann von angemessener Ausgewogenheit nicht mehr die Rede sein, da der Kläger nicht einmal den Versuch unternommen hat, die Höhe dieser Provision außer mit dem Hinweis auf die Zulässigkeit von Übererlösklauseln zu erklären. Vielmehr hatte der Kläger mit der Benennung des ihm bereits bekannten, auch zur Zahlung eines sehr hohen Preises bereiten Streithelfers als Interessenten nur Maklertätigkeit einfachster Art zu leisten.

c) Dieses auffällige Mißverhältnis macht den Maklervertrag sittenwidrig. Es läßt den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des Klägers zu (ständige Rechtsprechung z.B. BGH, Urteil vom 8.11.1991 - V ZR 260/90 - WM 1992, 441 unter II. 2. b)). Nach dem ebenso unstreitigen Sachverhalt kommen aber weitere, die Sittenwidrigkeit indizierende Umstände hinzu.

Der Kläger hat in der Zeit bald nach dem Beitritt der neuen Bundesländer die offensichtliche Unerfahrenheit des dort wohnhaften Beklagten auf dem Immobilienmarkt zu übersteigertem Gewinnstreben ausgenutzt. Der von ihm mit dem Beklagten für die Zeit bis zum 31. Oktober 1991 abgeschlossene Makleralleinauftrag war sogar dahin erweitert, daß der Beklagte bei einem Privatverkauf ohne Zutun des Klägers die Hälfte der vereinbarten Provision zahlen sollte (sog. qualifizierter Alleinauftrag). Wegen dieser besonderen Bindung der Parteien aneinander bestand für den Kläger neben der Tätigkeitspflicht auch eine besondere Treuepflicht (Münch-Komm/Schwerdtner, BGB 2. Aufl. § 652 Rdn. 279ff.; allgemein zur Treuepflicht vgl. Senatsurteil vom 8.7.1981 - IVa ZR 244/80 - WM 1981, 1175 = NJW 1981, 2685 unter II. 1.). Dennoch hat sich der Kläger faktisch zum Herrn des Geschäftes gemacht. Er hat in Kenntnis der Tatsache, daß der Streithelfer den in Anbetracht des später vereinbarten Betrages sehr hohen Kaufpreis zu zahlen gezwungen war, unter Verstoß gegen seine Informationspflicht den an ihn gebundenen Beklagten über diese Situation bewußt im unklaren gelassen. So hat er treuwidrig erreicht, den Preis und damit die die Üblichkeit weit übersteigende Höhe seiner Provision eigenmächtig bestimmen zu können.

4. Unter diesen Umständen kommt es auf den weiteren, unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagtenseite nicht mehr an. Allerdings wäre die Behauptung, der Kläger habe schon vor Abschluß des Maklervertrages mit dem Beklagten vom Streithelfer den Auftrag erhalten, das Grundstück des Beklagten wegen des erforderlichen Zugangs zu einem günstigen Preis anzukaufen, nicht nur im Rahmen der Prüfung von § 138 BGB, sondern auch für § 654 BGB von Bedeutung. Der Kläger behauptet demgegenüber, seine unstreitig dem Streithelfer erteilte Provisionsrechnung sei dadurch zu erklären, daß dieser ihm nach dem notariellen Vertrag von sich aus eine solche Provision versprochen habe. Diese streitigen Umstände brauchen vom Tatrichter nicht mehr aufgeklärt zu werden. Der Senat kann, wie ausgeführt, bereits aufgrund des unstreitigen Sachverhalts zu einer abschließenden Entscheidung gelangen.

Bundschuh

Dr. Zopfs

Römer

Dr. Schlichting

Terno