

110

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 44/74

URTEIL

Verkündet am
29. Oktober 1975
S c h n u r r ,
Justizhauptsekretärin

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Zahnärztin Dr. Dimitrina K [REDACTED] ,
 2. des Kaufmanns Georg K [REDACTED] ,
- beide B [REDACTED] (G [REDACTED]), L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

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

gegen

den Makler Bruno P [REDACTED] , B [REDACTED] ,
Cl [REDACTED]lee [REDACTED], als Testamentsvollstrecker über den
Nachlaß der verstorbenen Frau Helene P [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1975 durch die Richter Professor Johannsen, Dr. Buchholz, Knüfer, Rottmüller und Dr. Hoegen

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 31. Januar 1974 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein Immobilienmakler, wies in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker für den Nachlaß der verstorbenen Frau Helene P. den Beklagten das Grundstück B., Neue K.-straße, als mögliches Kaufobjekt nach. Am 23. Juli 1972 unterzeichneten die Beklagten nach Besichtigung des Grundstücks eine "Unwiderrufliche Käuferklärung". Deren §§ 1 bis 7 (Seite 1), in denen die Beklagten als "Käufer", eine grobe Beschreibung des Kaufgegenstandes, ein Kaufpreis

- 3 -

von 195.000,- DM sowie einige Zahlungs- und sonstige Kaufbedingungen aufgenommen waren, unterschrieben auch die Grundstückseigentümer mit dem Zusatz: "Mit den Käufern und den vorgenannten Bedingungen einverstanden". Die Beklagten versprachen dem Kläger, bei Beurkundung des Kaufvertrags eine Nachweisgebühr von 5 % von 210.000,- DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer zu zahlen (§ 8). Der Kaufvertrag sollte bis 25. Juli 1972 notariell beurkundet werden (§ 9). Im Anschluß an diese Bestimmungen enthält das zweiseitige Schriftstück folgende von den Parteien unterzeichnete "Vereinbarung":

" Der Käufer verpflichtet sich hiermit, den Kaufvertrag über das in der Kauferklärung genannte Grundstück zu den ebenfalls genannten Bedingungen fristgemäß abzuschließen. Sollte der vorgesehene Vertragsabschluß infolge des Verhaltens des Käufers verhindert werden, ist der Käufer verpflichtet, der Firma P [REDACTED], Immobilien als Schadensersatz 75 % der vereinbarten Nachweisgebühr (§ 8 der Kauferklärung) zu zahlen, wobei er ausdrücklich auf den Nachweis des entstandenen Schadens durch die Firma P [REDACTED] Immobilien verzichtet. Auf weitergehende Ansprüche verzichtet die Firma P [REDACTED] Immobilien.

Die Firma P [REDACTED] Immobilien verpflichtet sich, die vorbezeichneten Schadensersatzforderung nur in Höhe von 50 % der vereinbarten Nachweisgebühr geltend zu machen, wenn das Grundstück durch ihre Vermittlung innerhalb eines Monats nach Entstehen der Schadensersatzforderung an einen Dritten veräußert wird. "

Am 24. Juli 1972 erklärten die Beklagten nach nochmaliger Besichtigung des Kaufobjekts dem Kläger in dessen Büro, sie hätten ihre Kaufabsicht wieder aufgegeben.



Nach einer sich anschließenden Verhandlung zwischen den Parteien setzte der Kläger folgendes Schreiben an die Beklagten auf, welches sie unterzeichneten:

" Wir beziehen uns auf den heutigen Besuch, indem wir folgende mündliche Absprache schriftlich bestätigen:

Sie treten von der Kauferklärung vom 23. Juli 1972 zurück, des weiteren von unserer Vereinbarung am gleichen Tage in gleicher Angelegenheit. Als Ausgleich unserer Forderung gegen Sie verpflichten Sie sich, DM 5.250,- plus 11 % Mehrwertsteuer unwiderruflich bis spätestens zum 27. Juli 1972 auf eines unserer unten genannten Konten zu überweisen oder uns einen Verrechnungsscheck zu übergeben. Die Firma P. [REDACTED] Immobilien verpflichtet sich dagegen, den vorgenannten Betrag bis zum 23. Juli 1974 auf eine andere Provisionsforderung zu verrechnen, falls Herr und Frau K. [REDACTED] ein Grundstück, gleich welcher Art, über unsere Firma erwerben. Nach dem Termin (23.7.1974) erlischt die Verrechnungsmöglichkeit ...

Anerkannt und wie folgt unterschrieben: "

Die Beklagten haben kein anderes Grundstück erworben und keine Zahlung an den Kläger geleistet. Mit der Klage verlangt der Kläger den im Schreiben vom 24. Juli 1972 genannten Betrag zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 5.827,50 DM. Die Beklagten haben sich insbesondere darauf berufen, daß schon die Vereinbarung vom 23. Juli 1972, vor allem wegen Sittenwidrigkeit, nichtig gewesen sei.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsurteil erweist sich im Ergebnis als richtig.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klageanspruch könne allerdings nicht ausschließlich auf die Vereinbarung vom 24. Juli 1972 gestützt werden. Sie enthalte kein abstraktes Schuldversprechen der Beklagten. Obwohl ihr Wortlaut zum Teil für eine einverständliche Aufhebung der Vereinbarung vom Vortage zu sprechen scheine, ergebe doch ihr Sinngehalt im Gesamtzusammenhang, daß dies nicht gewollt gewesen sei. Die Forderung aus dieser Vereinbarung, zu deren "Ausgleich" sich die Beklagten am 24. Juli 1972 gerade verpflichtet hätten, sei bestehen geblieben. Bei der zweiten Absprache habe es sich im wesentlichen darum gehandelt, die Zahlungsverpflichtung ziffernmäßig festzulegen. Mit dem Landgericht sei diese Absprache deshalb als deklaratorisches Anerkenntnis in Bezug auf die Vereinbarung vom 23. Juli 1972 anzusehen.

Diese Auslegung der Vereinbarung vom 24. Juli 1972 ist möglich und enthält keinen Rechtsfehler. Sie wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2. Das Berufungsgericht hat sodann uneingeschränkt die Einwendungen der Beklagten gegen einen Anspruch aus der ersten Vereinbarung geprüft. Es hat sie nicht für durchgreifend erachtet und ausgeführt, der Klageanspruch sei deshalb schon aus dieser Vereinbarung begründet. Insbesondere habe sie als reine Erwerbsverpflichtung - damals - nicht der Form des § 313 BGB bedurft. Sie sei auch

nicht nach § 138 BGB nichtig. Das Versprechen einer erfolgsunabhängigen Maklerprovision sei wirksam, weil § 652 Abs. 1 BGB abdingbar sei und die Parteien eine klare und unmißverständliche, deutlich hervorgehobene und gesondert unterschriebene Vereinbarung hierüber getroffen hätten. Dieses Versprechen sei auch nicht wegen der Koppelung mit einer Erwerbsverpflichtung der Beklagten zu beanstanden. Etwas anderes gelte, wie der Bundesgerichtshof in NJW 1973, 1458 (= BGHZ 61, 17) entschieden habe, nur für den Doppelmakler; der Kläger sei jedoch nur von den Beklagten als Kaufinteressenten beauftragt gewesen.

Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 138 BGB aus materiellrechtlichen Gründen und mit Verfahrensrügen an. Hierauf kommt es indes, worauf die Revisionserwiderung mit Recht hinweist, mit Rücksicht auf die weitere Vereinbarung der Parteien vom 24. Juli 1972 nicht an.

Das Berufungsgericht ist mit dem Landgericht in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts davon ausgegangen, daß diese zweite Vereinbarung ein bestätigendes Schuldanerkennntnis darstelle. Im allgemeinen hat ein solches Anerkenntnis den Zweck, eine dem Grunde oder der Höhe nach umstrittene Forderung dem Streit der Parteien zu entziehen und vergleichsweise festzulegen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn dem Anerkennenden seine bis dahin bestehenden Einwendungen abgeschnitten sind, wobei dieser Ausschluß meist solche Einwendungen nicht erfassen wird, die dem Anerkennenden nicht bekannt waren und mit denen er auch nicht rechnete (BGH NJW 1963, 2316; WM 1968, 472; 1974, 410). Wie weit ein bestätigen-

des Schuldanerkenntnis reicht, ist im wesentlichen eine Frage tatrichterlicher Auslegung. Das Landgericht hatte dem Anerkenntnis der Beklagten ersichtlich die Bedeutung eines im Vergleichswege herbeigeführten Ausschlusses von Einwendungen gegen den Grund und die festgesetzte Höhe des Anspruchs beigemessen und Einwendungen gegen die Vereinbarung vom 23. Juli 1972 nicht mehr geprüft. Es hatte hierzu u.a. ausgeführt, am 24. Juli 1972 habe die bisherige Verpflichtung neu festgelegt werden sollen. Maßgebend sei gewesen, daß Zweifel hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit und Auslegung der im Vertrag vom 23. Juli 1972 vereinbarten Zahlungsverpflichtung ausgeräumt werden sollten. Das Berufungsgericht hat sich in der Frage des Anerkenntnisses ausdrücklich die Ansicht des Landgerichts zu eigen gemacht. Seine Ausführungen lassen nicht erkennen, daß es dem Anerkenntnis etwas anderes hätte entnehmen wollen als das Landgericht. Gegen diese Deutung des Anerkenntnisses bestehen auch keine rechtlichen Bedenken. Denn das deklaratorische Schuldanerkenntnis kann gerade auch die Bedeutung haben, daß ein nur möglicherweise bestehendes Schuldverhältnis als tatsächlich bestehend bestätigt, also auch Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten über den Grund des Anspruchs ein Ende bereitet wird (BGH NJW 1963, 2316; 1971, 320; Reinicke NJW 1970, 885, 886). Das Berufungsgericht hätte sich sonach mit Einwendungen, die die Beklagten gegen die Vereinbarung vom 23. Juli 1972 und den Klageanspruch vorgebracht hatten und die ihnen bei dem Anerkenntnis bekannt waren oder mit denen sie rechneten - also insbesondere dem Einwand der Anstößigkeit - nicht mehr zu befassen brauchen, sofern nur die Vereinbarung vom 24. Juli 1972 wirksam zustande gekommen war.

3. Das ist der Fall.

a) Der Form des § 313 BGB unterlag sie schon deshalb nicht, weil sie keine Erwerbsverpflichtung der Beklagten mehr enthielt. Im übrigen hat das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 57, 394; 61, 17, 20) zutreffend dargestellt, daß eine reine Erwerbsverpflichtung vor der Änderung des § 313 BGB durch das Gesetz vom 30. Mai 1973 (BGBl I, 501) nicht der notariellen Beurkundung bedurfte; ein Kaufangebot oder ein Kaufvertrag lag in der Vereinbarung vom 23. Juli 1972 noch nicht. Schon aus diesem Grunde können die Beklagten auch nicht geltend machen, der Kläger habe sie bei der Absprache vom 24. Juli 1972 über die Formbedürftigkeit der Vereinbarung vom Vortage getäuscht.

b) Die zweite Vereinbarung verstieß auch nicht gegen die guten Sitten. Sie wich zwar von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages ab, indem sie die Vereinbarung vom Vortage bestätigte, daß der Kläger entgegen § 652 Abs. 1 BGB eine Vergütung erhalten solle, ohne daß ein Kaufvertrag mit einem Dritten zustande gekommen war. Daran änderte auch die Klausel nichts, der zu zahlende Betrag werde auf eine andere Provisionsforderung verrechnet, falls die Beklagten innerhalb von 2 Jahren ein anderes Grundstück über die Firma des Klägers erwerben sollten; denn auch hiernach war die Vergütung zu zahlen, ohne daß (zuvor) ein Kaufvertrag abgeschlossen war. § 652 BGB ist jedoch abdingbar. Gesetzesverdrängende Vereinbarungen der Parteien sind insoweit jedenfalls dann grundsätzlich möglich, wenn sie einzeln ausgehandelt werden; dem steht gleich, wenn sie in einem kurzen,

Übersichtlich gestalteten Vordruck niedergelegt sind und dieser die einzugehende Verpflichtung so deutlich zum Ausdruck bringt, daß sie dem Kaufinteressenten auch ohne besondere Aufmerksamkeit nicht entgehen kann (BGHZ 61, 17, 21). Bei der Einigung der Parteien vom 24. Juli 1972 handelt es sich eindeutig um eine Individualvereinbarung. Sie ist nach ihrem Gesamtcharakter, wie er von ihrem Zweck und Inhalt und den ihr zugrunde liegenden Beweggründen geprägt wird, mit dem Anstandsgefühl eines billig und gerecht denkenden Betrachters noch vereinbar. Sie sollte Zweifel an der Rechtsbeständigkeit und der Auslegung der Vereinbarung vom 23. Juli 1972 ausräumen. Zu diesem Zweck ermäßigte der Kläger die in Absatz 1 dieser Vereinbarung für den Fall der Abstandnahme der Beklagten vom Kaufabschluß vorgesehene Vergütung von 75 % auf 50 % der Provision, in Abänderung des Absatzes 2 ohne Rücksicht darauf, ob das Grundstück innerhalb eines Monats durch Vermittlung des Klägers an einen Dritten veräußert würde oder nicht. Er milderte seine ursprüngliche Forderung ferner dadurch ab, daß er sich zu der bereits erwähnten Verrechnung innerhalb von 2 Jahren bereit erklärte. Die Beklagten erkannten dafür die in der Vereinbarung vom 23. Juli 1972 vorgesehene Zahlungspflicht in dem jetzt festgelegten Umfang an. Der Kläger wollte sich offensichtlich einen Teil der Provision erhalten, obwohl das vorgesehene Geschäft gescheitert war, oder sich für den Fall des Zustandekommens eines künftigen provisionspflichtigen Geschäfts die dann dafür geschuldete Provision in Höhe des genannten Teilbetrages vorweg sichern. Die Beklagten wurden nach ihrem insoweit unstreitigen Vorbringen zu dem Anerkenntnis durch die Hoffnung bewogen, vom Kläger ein passendes anderes Angebot zu erhalten und aufgrund der

Verrechnungsklausel ihr Geld "retten" zu können. Diese individuell ausgehandelte Vereinbarung ist nicht zu beanstanden. Der vereinbarte Betrag von 50 % der Provision, also 2,5 % aus 210.000,- DM, mag zwar hoch erscheinen, zumal der Kläger das Grundstück bereits an der Hand hatte, als die Beklagten aufgrund einer Zeitungsanzeige in Verhandlungen mit ihm eintraten. Dieser Umstand besagt jedoch erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres, daß der Kläger ohne jede Mühe und Unkosten auf das Grundstück aufmerksam geworden und mit den Veräußern in Verbindung gekommen wäre. Bei Erwerb eines anderen Grundstücks sollte den Beklagten der zu zahlende Betrag nach der Verrechnungsklausel auch wieder zugute kommen, das ihnen abverlangte Opfer gegebenenfalls also praktisch auf einen Provisionsvorschuß zurückgeführt werden. Daß der Kläger dies etwa nicht ernst gemeint und nicht beabsichtigt hätte, den Beklagten überhaupt einschlägige Angebote zu unterbreiten und die Voraussetzung für die Verrechnung zu schaffen, ist nicht festgestellt. Unstreitig hat er ihnen jedenfalls noch ein Objekt in B- -D- , das ihnen allerdings zu teuer war, angeboten und Eigentumswohnungen in Spandau in Aussicht gestellt. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, daß die Vereinbarung vom 24. Juli 1972 unter anstößigen Umständen zustande gekommen wäre. Wenn das Haus Neue K- -straße , wie die Beklagten behaupten, im Keller Schwamm und Holzbock aufwies, so war ihnen dies bei Abschluß dieser Vereinbarung nach ihrem eigenen Vorbringen bekannt. Bei der gegebenen Sachlage ist die Vereinbarung als Betätigung der Vertragsfreiheit hinzunehmen.

Ein anderes Ergebnis gebieten unter den hier vorliegenden Umständen auch die Grundsätze von Treu und Glauben nicht.

4. War die Vereinbarung vom 24. Juli 1972 sonach wirksam, so kann auch die Verfahrensrüge (§§ 139, 286 ZPO) keinen Erfolg haben, mit der die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts angreift, der Kläger sei nicht Doppelmakler gewesen. Es mag dahinstehen, ob das Berufungsgericht dem Vorbringen der Beklagten überhaupt entnehmen mußte, daß sie eine Bindung des Klägers auch an die Verkäufer behaupten wollten und konnten. Jedenfalls war dies unerheblich, weil auch eine darauf gestützte Einwendung gegen die Rechtsbeständigkeit des Anspruchs des Klägers durch das vergleichsweise zustande gekommene Anerkenntnis vom 24. Juli 1972 ausgeschlossen war. Die Frage der Rechtsbeständigkeit war nach den getroffenen Feststellungen gerade Gegenstand des Anerkenntnisses. Der dadurch bewirkte Einwendungsausschluß setzt nicht voraus, daß die Beklagten sich aller nur denkbaren Einzelgründe bewußt waren, aus denen die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 23. Juli 1972 zweifelhaft sein konnte. Vielmehr schloß das Anerkenntnis hier nach seinem Sinn und Zweck jedenfalls solche Einwendungen gegen die Rechtswirksamkeit aus, deren Gründe mit der Maklertätigkeit des Klägers in Zusammenhang standen. Dazu gehört der Einwand, der Kläger sei auch den Verkäufern verpflichtet gewesen. Im übrigen war den Beklagten der Umstand, aus dem die Revision eine solche Bindung herleitet - nämlich der Hinweis des Klägers auf den "Alleinverkauf" durch ihn in der Zeitungsanzeige vom 23. Juli 1972 -, bei dem Anerkenntnis nach ihrem eigenen Vorbringen bekannt.

Daß die Beklagten bei einer der Vereinbarungen vom 23. und 24. Juli 1972 sich über die Berechnungsgrundlage des Provisionssatzes geirrt hätten oder vom Kläger über den im Keller des Hauses Neue K[REDACTED]straße [REDACTED]

angeblich vorhandenen Schwamm und Holzbock getäuscht worden seien - was trotz des bestätigenden Schuldanerkenntnisses hätte erheblich sein können, wenn die Beklagten den Irrtum oder die Täuschung gegebenenfalls erst später entdeckt hätten -, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht.

5. Ob eine Herabsetzung des vereinbarten Betrages von 50 % der Provision in Frage käme, wenn es sich um eine Vertragsstrafe handeln würde (§ 343 BGB), kann dahingestellt bleiben. Auf das Recht, die Höhe einer Vertragsstrafe richterlich nachprüfen zu lassen, kann zwar grundsätzlich nicht wirksam verzichtet werden (BGHZ 5, 133, 136). Nach der Auslegung des Berufungsgerichts handelt es sich jedoch im vorliegenden Fall um die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Provision. Das Berufungsgericht hat als Alternative allerdings nur ein Schadensersatzversprechen ausdrücklich erwähnt (vgl. den Wortlaut der Vereinbarung vom 23. Juli 1972). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß es ein etwaiges Vertragsstrafeversprechen überhaupt nicht in seine Erwägungen einbezogen habe. Das Landgericht hatte im Zusammenhang mit seinen Ausführungen über das bestätigende Schuldanerkenntnis der Beklagten, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, auch in Betracht gezogen, daß ein Vertragsstrafeversprechen vorliegen könnte (LGU 5). Dies kann dem Berufungsgericht nicht entgangen sein. Die von ihm bevorzugte Auslegung ist möglich. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem Fall BGHZ 49, 84, in dem ein Vertragsstrafeversprechen angenommen wurde, schon dadurch wesentlich, daß hier nur ein Teil der Provision und dieser auch nicht für irgendeine, und sei es die geringste Vertragsverletzung, sondern nur wegen Nichtzustandekommens des Kaufvertrages

infolge des Verhaltens der Beklagten verlangt wird. Für die Ansicht des Berufungsgerichts spricht auch die vorgesehene Verrechnung mit einem etwaigen künftigen Provisionsanspruch. Seine Auslegung, daß die hier vorliegende Individualvereinbarung eine erfolgsunabhängige Provision zum Gegenstand habe, ist für das Revisionsgericht bindend. Die Revision beanstandet sie auch nicht.

6. Das Berufungsgericht hat schließlich geprüft, ob die Beklagten gegenüber dem Klageanspruch etwa mit einem Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung aufrechnen oder dem Kläger den Einwand treuwidrigen Verhaltens (§§ 162, 242 BGB) entgegenhalten können mit der Begründung, er habe sich nicht von sich aus bemüht, ein anderes Grundstück nachzuweisen und damit die Voraussetzung für die Provisionsverrechnung zu schaffen. Es hat dies selbst für den Fall verneint, daß der Kläger - wofür nach dem auch für ihn erkennbaren Sinn und Zweck der Verrechnungsklausel in der Tat gewichtige Gründe sprechen - zu einem derartigen Nachweis verpflichtet gewesen sein sollte. Der Ansicht des Berufungsgerichts, die auch die Revision nicht angreift, ist jedenfalls im Ergebnis beizutreten. Nach den getroffenen Feststellungen ist zweifelhaft, ob die Beklagten weiterhin ernste Kaufabsichten hatten, nachdem ihnen der Kläger zunächst noch zwei weitere Objekte angeboten bzw. in Aussicht gestellt, auf ihre Anfrage wegen der Eigentumswohnungen in Spandau außer einem telefonischen Zwischenbescheid aber keine Mitteilung mehr hatte zukommen lassen (BU 21). Sie haben nur "anfangs nach der Vereinbarung vom 24. Juli 1972", später jedoch nicht mehr weitere Nachweise vom Kläger verlangt (BU 22). Im übrigen war die für die Provisionsverrechnung vorgesehene Zweijahresfrist im Zeit-

punkt der Berufungsverhandlung erst zu etwa drei Vierteln abgelaufen. Hiernach steht nicht fest, daß der Kläger durch die Unterlassung weiterer Nachweise den Beklagten einen Schaden zugefügt oder die Möglichkeit des Erwerbs eines anderen Objekts wider Treu und Glauben verhindert habe.

Johannsen

Dr. Buchholz

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen