

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 58/76

URTEIL

Verkündet am

16. Juni 1977

H e l l m a n n

Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma M. Mobilien-Immobilien und Finanzver-
mittlungsgmbH, W. markt, F., ver-
treten durch ihren Geschäftsführer Ulrich N.,
ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

Dr. med. Manfred Mo., B. Straße, Br.,
,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Knüfer, Rottmüller, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. Februar 1976 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1971 wies die Klägerin dem Beklagten (und dessen Ehefrau) im Rahmen eines zwischen den Parteien bestehenden Maklervertrages die Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufvertrages über drei den Eheleuten Nestler gehörende Grundstücke mit einer Größe von insgesamt 3.000 qm nach und wurde für den Beklagten auch vermittelnd tätig; die Maklerprovision sollte im Verkaufsfalle 4 % des Kaufpreises nebst 11 % Mehrwertsteuer betragen. Der Beklagte und die Verkäufer vereinbarten mündlich einen Kaufpreis von 225.000,-- DM. Die Klägerin ging davon aus, daß dementsprechend der notarielle Kaufvertrag abgeschlossen werde.

- 3 -

Kurz vor dem Beurkundungstermin kamen die Kaufvertragspartner überein, "aus Ersparnisgründen" den notariellen Vertrag nur mit einer Kaufsumme von 175.000,-- DM abzuschließen, während weitere 50.000,-- DM vom Beklagten für Anliegergebühren, Baumaufwuchs usw. gezahlt werden sollten. Die Klägerin, die von dieser Vereinbarung nichts erfuhr, hat behauptet, die Abmachung sei im Interesse des Beklagten erfolgt, der Grunderwerbsteuern und Kosten habe sparen wollen. Der Beklagte hat behauptet, die Anregung sei von der Verkäuferseite ausgegangen.

Am 22. September 1971 wurde zwischen dem Beklagten und den Eheleuten Nestler ein notarieller Kaufvertrag über 175.000,-- DM abgeschlossen. Dieser Betrag war bis zum 31. März 1972 zu entrichten; die Auflassung sollte erst nach vollständiger Bezahlung erfolgen; der Beklagte hatte die Kosten des Vertrages zu tragen.

Spätestens anlässlich der notariellen Beurkundung am 22. September 1971 zahlte der Beklagte den mündlich vereinbarten weiteren Betrag von 50.000,-- DM in bar an die Verkäufer. Er hat behauptet, er habe nicht gewußt, daß dieser Abschluß eine ungesetzliche "Manipulation" sein könne; als Inhaber eines Vertriebenenenausweises habe er angenommen, von der Grunderwerbsteuer befreit zu sein.

In der Folgezeit zerstritten sich der Beklagte und die Verkäufer über die Frage der weiteren Zahlungsmodalitäten; der notarielle Vertrag wurde von keiner Seite erfüllt. Nach der Behauptung der Klägerin scheiterte die Durchführung daran, daß der Beklagte nicht

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



mehr an dem Vertrage habe festhalten wollen, nach der Behauptung des Beklagten daran, daß die Verkäufer im Zusammenwirken mit der Klägerin versucht hätten, den Kaufpreis über insgesamt 225.000,-- DM hinaus hochzutreiben, und nicht bereit gewesen seien, zu den bisherigen Bedingungen die Grundstücke zu übereignen.

Schließlich verlangte der Beklagte die gezahlten 50.000,-- DM von den Verkäufern zurück. In einem von ihm angestregten Rechtsstreit kam es in der Berufungsinstanz zu einem Vergleich; der Beklagte erhielt 40.000,-- DM zurück, die Verkäufer übernahmen die Kosten des Verfahrens. Der Beklagte hat behauptet, er habe den Vergleich nur aus wirtschaftlichen Gründen geschlossen und insbesondere langwierige Rechtsmittelverfahren vermeiden wollen.

Die Klägerin hält den Beklagten zur Zahlung einer aus dem Kaufpreis von 225.000,-- DM errechneten Maklerprovision oder zur Zahlung eines gleich hohen Betrages als Schadensersatz für verpflichtet. Sie hat sich noch auf Ziff. 5 ihrer im Geschäftslokal ausgehängten allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen, wonach die Nicht-Ausführung eines zustand gekommenen Vertrages (nachträgliche Wiederaufhebung, Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung, Rückgängigmachung aus jedweden Rechtsgrund) den Provisionsanspruch nicht berühren soll.

Sie hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 9.990,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der von dem Beklagten (und dessen Ehefrau) mit den Eheleuten N. im September 1971 geschlossene Kaufvertrag über die den Verkäufern gehörenden drei Grundstücke nicht rechtswirksam zustandegekommen und weder gültig geworden noch als gültig zu behandeln ist.

1. Beide Teile hatten zwar (zunächst) den Verpflichtungswillen, die Grundstücke von insgesamt 3.000 qm für insgesamt 225.000,-- DM zu verkaufen und zu kaufen. Ein dahingehender Kaufvertrag ist jedoch nicht formgerecht abgeschlossen worden.

Gemäß § 313 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der notariellen Beurkundung. Formgebunden sind alle bei Vertragsabschluß getroffenen Abreden, welche die Vertragschließenden als (wesentlichen) Teil des Vertrages angesehen haben. Auch die vor der Beurkundung bereits erbrachten Leistungen sind mit zu beurkunden. Eine formbedürftige Abrede kann

nicht willkürlich dem Formzwang entzogen werden, selbst wenn sie einverständlich nicht mit beurkundet wird. Haben die Vertragsschließenden einen zu niedrigen Kaufpreis beurkunden lassen und eine weitere Zahlung nur mündlich verabredet, so ist in aller Regel der beurkundete Kaufvertrag als Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) nichtig und der wirklich gewollte Vertrag wegen Formmangels (§ 125 Satz 1 BGB) ungültig. So war es hier.

2. Der Kaufvertrag wäre seinem ganzen Inhalte nach gültig geworden, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt wären (§ 313 Satz 2 BGB). Das ist hier unstreitig nicht geschehen.

3. Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein formnichtiger Grundstückskaufvertrag nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Verhältnis beider Vertragspartner zueinander als rechtswirksam zu behandeln sein; in einem solchen Falle müßte auch ein Anspruch auf Maklerlohn gegen den Käufer oder gegen den Verkäufer nicht von vornherein daran scheitern, daß der Kaufvertrag formnichtig war. Indessen kann sich nur in ganz besonders liegenden Fällen das Gebot von Treu und Glauben dahin auswirken, daß im Verhältnis der Vertragsschließenden zueinander der Formzwang zurückzutreten hat. Solchenfalls muß das Ergebnis für die betroffene Partei schlechthin untragbar sein. Für einen derartigen Ausnahmetatbestand, den die Klägerin zu beweisen hätte, fehlt hier jeglicher Anhaltspunkt.

II. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt somit davon ab, ob die Klägerin trotz Nichtigkeit des Kaufver-

trages von dem Beklagten Maklerlohn oder Schadensersatz in der mit der Klage geltend gemachten Höhe verlangen kann.

1. Aufgrund einer Parteivereinbarung steht der Klägerin die erhobene Forderung nicht zu. Ob eine solche Abrede in Ziff. 5 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin erblickt werden könnte, wonach die Nicht-Ausführung eines zustandegewordenen Vertrages den Provisionsanspruch nicht berühren solle, mag offen bleiben. Das Berufungsgericht ist insoweit zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Bestimmung jedenfalls deshalb keine Anwendung finden könne, weil sie einmal einen rechtswirksam zustandegewordenen Hauptvertrag voraussetze und zum anderen durch den bloßen Aushang der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Geschäftsräumen der Klägerin nicht in den zwischen den Parteien geschlossenen Maklervertrag einbezogen worden sei. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu be-
anstanden.

2. Die Klageforderung ist auch nicht kraft Gesetzes begründet.

a) Ein Erfüllungsanspruch steht der Klägerin nicht zu. Gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB erwächst dem Makler der Anspruch auf Provision nur dann, wenn der nachgewiesene oder vermittelte Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten zustande kommt. Voraussetzung für den Anspruch auf Maklerlohn ist grundsätzlich das Zustandekommen des Vertrages in der zu seiner Gültigkeit erforderlichen Form. Auf dieses Erfordernis kann nicht verzichtet werden, was auch die Revision nicht verkennt.

b) Ein Schadensersatzanspruch anstelle einer Provisionsforderung und in deren Höhe steht der Klägerin ebenfalls nicht zu.

aa) Nach dem Vorbringen der Klägerin hatten sich die Eheleute N. [REDACTED] als Verkäufer und der Beklagte als Käufer im Jahre 1971 zunächst auf einen Kaufpreis von 225.000,-- DM für die drei Grundstücke mündlich geeinigt. Vor dem notariellen Beurkundungstermin kamen sie überein, den notariellen Kaufvertrag nur mit einer Kaufsumme von 175.000,-- DM abzuschließen und 50.000,-- DM "schwarz" zu zahlen. Das geschah auf Betreiben des Beklagten, damit dieser Grunderwerbsteuern und Kosten spare. Die Protokollierung des Vertrages erfolgte am 22. September 1971 wie vereinbart. Spätestens bei dieser Gelegenheit zahlte der Beklagte die 50.000,-- DM. Er wußte, daß ein solches Vorgehen zur Rechtsunwirksamkeit des Vertrages führte. In der Folgezeit erfüllten weder der Beklagte (Zahlung von 175.000,-- DM bis zum 31. März 1972) noch die Verkäufer (Übereignung der Grundstücke nach vollständiger Bezahlung) die in dem notariellen Verträge eingegangenen Verpflichtungen, weil sie sich inzwischen über die weiteren Zahlungsmodalitäten zerstritten hatten. Es war allein der Beklagte, der an den Abmachungen nicht mehr festhalten wollte. Nachdem der Beklagte die Eheleute N. [REDACTED] auf Rückzahlung der 50.000,-- DM verklagt hatte, zahlten diese im Vergleichswege an ihn 40.000,-- DM zurück.

bb) Durch sein Verhalten hat der Beklagte als Auftraggeber zwar seine eigenen Interessen über das Interesse der Klägerin an ihrer Provision gesetzt. Allein

dadurch hätte er aber noch nicht gemäß § 162 Abs. 1 BGB gegen Treu und Glauben verstoßen, selbst wenn diese Rechtsnorm auf den vorliegenden Sachverhalt grundsätzlich angewandt werden könnte. Insoweit wäre entscheidend, daß der Beklagte das formgültige Zustandekommen des Kaufvertrages und dessen Durchführung nicht in der Absicht vereitelt hat, der Klägerin den Provisionsanspruch zu entziehen.

cc) Nachdem die "Anzahlung" von 50.000,-- DM spätestens anläßlich der Beurkundung geleistet worden war, ist der notarielle Vertrag noch nicht einmal teilweise durchgeführt worden. Infolgedessen kann sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten bereits aus tatsächlichen Gründen nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) darauf berufen, die Vertragspartner hätten den Kaufvertrag zwar nicht gemäß § 313 Satz 2 BGB, aber "praktisch" vollzogen (vgl. hierzu RGZ 25, 319; Staudinger/Riedel, BGB 11. Aufl. § 652 Rdn. 26). Die Tatsache allein, daß sich der Beklagte (wie auch die Eheleute N[REDACTED]) zunächst als vertraglich gebunden angesehen haben mag, reicht für den Einwand der allgemeinen Arglist nicht aus; entscheidend ist, daß er in Wirklichkeit nicht gebunden war.

dd) Hiernach stellt sich die Frage, ob nicht die Klägerin vom Beklagten anstelle und in Höhe der vereinbarten Provision Schadensersatz deshalb verlangen kann, weil der Beklagte durch sein Verhalten (von ihm veranlaßte unrichtige Angabe des Kaufpreises im notariellen Verträge, um Grunderwerbsteuer zu hinterziehen und Kosten zu sparen) die Nichtigkeit des Kaufvertrages ver-

schuldet hat. Insoweit wird zwar die Ansicht vertreten (vgl. Kohler, NJW 1957, 327 und Rust, MDR 1959, 449), daß der Auftraggeber aufgrund des Maklervertrages oder nach Treu und Glauben dem Interesse des Maklers an der Provision Rechnung zu tragen habe und sein Verhalten beim Abschluß des Hauptvertrages so einrichten müsse, daß eine Benachteiligung des Maklers tunlichst vermieden werde. Der Abschluß des Hauptvertrages gehöre zur Abwicklung des Maklervertrages. Habe sich der Auftraggeber (in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner) einmal zum Abschluß des formbedürftigen Hauptvertrages entschlossen, so müsse er auch den Vertrag vollständig beurkunden lassen. Verletze der Auftraggeber diese gegenüber dem Makler bestehende Verpflichtung vorsätzlich oder fahrlässig, so stehe dem Makler ein der Provision aus dem gesamten Kaufpreis gleichkommender Schadensersatzanspruch zu.

Dieser Ansicht ist indessen nicht zu folgen.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, wäre ein Auftraggeber, der sich von einem Makler ein Geschäft vermitteln läßt, in seiner Entscheidung, das Geschäft auch abzuschließen, nicht frei, wenn er befürchten müßte, unter Umständen dem Makler gegenüber haften zu müssen. Da der Auftraggeber durch die Einschaltung des Maklers grundsätzlich nicht in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden darf, läßt sich auch keine Verpflichtung zur vollinhaltlichen Protokollierung eines Grundstückskaufvertrages gegenüber dem Makler begründen, deren schuldhafte Verletzung einen Ersatzanspruch auf volle Provision auslösen würde.

Das spätere Verhalten des Beklagten kann ebenfalls die Klageforderung nicht rechtfertigen. Wie die Klägerin selber vorgetragen hat, hat sich der Beklagte nicht auf die Formnichtigkeit berufen, um die Klägerin um ihren Maklerlohn zu bringen, sondern weil er sich mit seinen Kaufvertragspartnern überworfen hatte. Mit Recht hebt daher das Oberlandesgericht hervor, dem Beklagten könne kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß es infolge seiner Sinnesänderung nicht doch zur Heilung des formnichtigen Kaufvertrages durch Auflassung und Eintragung gekommen sei. Dem Beklagten muß gleichermaßen freigestellt bleiben, ob er einen formnichtigen Vertrag erfüllen will oder nicht. Er braucht nicht einen Vertrag zu erfüllen, nur damit der Makler zu der vereinbarten Provision kommt (ebenso OLG Celle in OLGZ 1969, 417).

III. Nach alledem war die Revision der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Grell

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen

Dehner