
BGH, Urt. v. 2. Juli 1986 - IVa ZR 102/85 - OLG Stuttgart
LG Heilbronn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 102/85

URTEIL

Verkündet am: 2. Juli 1986
Mutterer, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma THK T- K GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Wilhelm B, Sgasse, H,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. -
und -

g e g e n

Firma D, F W GmbH & Co KG,
vertreten durch die D GmbH, diese vertreten durch den
Geschäftsführer Fritz D, Jgasse, H,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1986

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 27. März 1985 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die zwischen ihnen im Vertrag vom 4./5. März 1982 getroffene Entgeltvereinbarung beurkundungsbedürftig war.

Nach diesem Vertrag sollte die Klägerin für die von der Beklagten zu errichtende Wohnanlage eine Verkaufskonzeption im Bauherrenmodell erstellen und die 25 Wohnungen im bis Ende 1982 befristeten, unwiderruflichen Alleinauftrag veräußern. Als Provision waren 5 % zuzüglich Mehrwertsteuer aus dem Gesamtaufwand für jede veräußerte Wohnung vorgesehen. Diese Provision erhöhte sich bei einer Veräußerung sämtlicher Wohnungen bis zum 30. September 1982 um 75.000,-- DM einschließlich Mehrwertsteuer. Für den Fall, daß die Wohnungen aus von der Beklagten zu



vertretenden Gründen nicht veräußert würden, sollte die Klägerin für die Verkaufskonzeption als Pauschalbetrag 1 % des Gesamtaufwandes für das Objekt zuzüglich Mehrwertsteuer erhalten. Als Gesamtaufwand waren schließlich 6.725.000,-- DM vorgesehen.

Nach Meinungsverschiedenheiten mit der Beklagten lehnte die Klägerin die weitere Zusammenarbeit am 28. Juni 1982 ab. Sie verlangt für die Erstellung der Verkaufskonzeption den Pauschalbetrag von 67.250,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer, also 76.665,-- DM.

Das Oberlandesgericht hat wegen Formnichtigkeit des Vertrages die Klageabweisung durch das Landgericht bestätigt. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet. Die Vereinbarung der Parteien mußte gemäß § 313 BGB notariell beurkundet werden.

1. Nach §§ 313 Satz 1, 125 BGB ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bei fehlender notarieller Beurkundung nichtig.

a) Mit diesem Formzwang wird sichergestellt, daß der Verkaufs- oder Erwerbsinteressent sich frei entschließen und sachkundig beraten lassen kann. Zur Ver-

meidung von Umgehungsgeschäften gilt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der Formzwang auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll oder wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern (Urteile vom 01.07.1970 - IV ZR 1178/68 - LM BGB § 313 Nr. 43 = NJW 1970, 1915; vom 03.11.1978 - V ZR 30/77 - LM BGB § 313 Nr. 79 = NJW 1979, 307 = WM 1979, 162; vom 24.06.1981 - IVa ZR 159/80 - LM BGB § 652 Nr. 74 = NJW 1981, 2293 unter 2). Eine solche Vereinbarung liegt insbesondere dann vor, wenn mit einem Vertragsstrafeversprechen oder einer ähnlichen Zusage in dem Maße Druck ausgeübt werden kann, daß der Schutzzweck des § 313 BGB gefährdet wird (Urteile vom 30.10. und 18.12.1970 - IV ZR 1176 und 1155/68 - LM BGB § 652 Nr. 38 und 39 = NJW 1971, 93 und 557; vom 12.07.1984 - IX ZR 127/83 - VersR 1984, 946). Demgemäß kann der für einen Verkaufs- oder Erwerbsinteressenten tätige Makler sich ohne Beurkundung im Rahmen des dispositiven Maklerrechts zwar den Ersatz seiner konkret für diesen Kunden erbrachten, dem Geschäftsumfang angemessenen Aufwendungen ausdrücklich versprechen lassen (vgl. weiter dazu Schwerdtner, JZ 1983, 777, 785). Formfrei kann er aber nicht sich zusagen lassen, daß sein Kunde außerdem einen ins Gewicht fallenden Betrag gerade im Falle des Nichtzustandekommens des Hauptvertrages zahlen wird, wenn diese Zusage den Kunden erkennbar so in seiner Entschlußfreiheit beeinträchtigt, daß er unter Verkaufs- oder Erwerbszwang steht.

b) Das gilt trotz des verständlichen Interesses des Maklers, sich gegen aus seiner Sicht völlig willkürliche Entscheidungen seines Kunden zu sichern, für den er Mühe und Arbeit aufgewendet hat. Dieses Maklerinteresse bewertet das Gesetz geringer als den Schutz desjenigen, der sich bei dem Verkauf oder Erwerb von Immobilien frei entscheiden und sachkundig beraten lassen will und soll; denn das Gesetz macht die Entstehung des Maklerlohnes vom Zustandekommen des Hauptvertrages abhängig, § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kann die Zusage von Maklerlohn für ergebnislos gebliebene Bemühungen - oder gar einer Vertragsstrafe - nur dann formlos gültig sein, wenn und solange durch sie der Maklerkunde nicht unangemessen, nämlich so unter Druck gesetzt wird, daß seine freie Entscheidung ernsthaft gefährdet ist (Urteile vom 18.12.1970 - IV ZR 1155/68 - LM BGB § 652 Nr. 39; vom 25.04.1973 - IV ZR 80/72 - WM 1973, 816; vom 06.02.1980 - IV ZR 141/78 - LM BGB § 652 Nr. 66 = NJW 1980, 1622 = WM 1980, 742 unter 4. a).

c) In seinem Urteil vom 6. Februar 1980 (IV ZR 141/78 - LM BGB § 652 Nr. 66 = NJW 1980, 1622 = WM 1980, 742) hat der frühere IV. Zivilsenat Grenzlinien zu ziehen versucht, innerhalb derer die Vereinbarung eines "Bemühungsentgeltes" im dargelegten Sinne als noch zulässig angesehen werden kann. In jenem Fall ging es allerdings nur um ein Entgelt in einer Höhe von 3.600,-- DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer. Das Urteil führt aus, neben dem Ersatz der konkreten Aufwendungen könne ohne notarielle Beurkundung nicht ein Entgelt versprochen werden, welches 10 % bis 15 % der verein-

barten Provision übersteigt, sofern das durch außergewöhnliche Umstände gerechtfertigt ist.

An dieser Grenzziehung hält der erkennende Senat fest. Sie ermöglicht eine ausreichende Orientierung. Sie kann jedoch nicht unabhängig vom Einzelfall und schematisch in dem Sinne gelten, daß die Entgeltvereinbarung dem Formzwang immer dann nicht unterliegt, wenn es möglich ist, den Prozentsatz des "Bemühungsentgeltes" auf weniger als 15 % der vereinbarten Provision zu berechnen. Sie schließt nicht aus, daß im Einzelfall schon die Vereinbarung eines geringeren Prozentsatzes die Beurkundung nötig macht. Insbesondere kommt das bei großen Objekten in Betracht. Mit Recht nennt das Berufungsgericht deshalb den Prozentsatz von 10 % bis 15 % "Obergrenze". Das verkennt die Revision.

Vielmehr sind wie ausgeführt der Schutzzweck und sein Gewicht im Einzelfall gegenüber der Grenzlinie vorrangig. Eben deshalb war es notwendig, mit der Annahme von "etwa 10 % bis 15 %" und mit dem Hinweis auf "außergewöhnliche Umstände" die erforderliche Bandbreite deutlich zu machen. Bei den außergewöhnlichen Umständen kommt es dem Schutzzweck entsprechend nicht darauf an, ob eine hohe Vergütung wegen des Ausmaßes der nutzlosen Maklerleistung vertretbar ist, als vielmehr darauf, ob auf der Seite des Maklerkunden im Einzelfall Besonderheiten vorliegen, nach denen "Zwang" trotz der Höhe der Vergütung auszuschließen ist. Die Notwendigkeit der Einzelfall-Betrachtung auch bei einer für den Regelfall geltenden Grenzziehung gilt

umso mehr, als der Umfang des fraglichen Geschäftes, der ihm für die Provision entnommene Anknüpfungspunkt und die Höhe der vereinbarten Provision variable Größen der Prozentberechnung sind, die im Rahmen des Schutzzwecks jeweils verschiedenes Gewicht haben können. Solches Gewicht muß auch den finanziellen Verhältnissen des Versprechenden zuerkannt werden, weil diese seine mehr oder minder große (Un-)Abhängigkeit entscheidend bedingen können. Wird beispielsweise bei einem Geschäft, das mehr als nur eine Veräußerung oder sehr hohe Beträge erfaßt, eine den üblichen Satz überschreitende oder auch nur jedenfalls nicht geringe Provision vereinbart, dann kann bei Nichtzustandekommen des Geschäftes die Notwendigkeit zur Zahlung von weniger als 10 % bis 15 % der vereinbarten Provision je nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Versprechenden ihn so unter Druck setzen, daß er sich nicht mehr frei entscheiden kann.

2. Da das angefochtene Urteil im Ergebnis diesen Grundsätzen entspricht, bleibt die Revision erfolglos. Sie meint, vorab hätten von der Klägerin mit insgesamt 6.081,66 DM belegte Kosten für die Herstellung eines Prospektes und eines Bauschildes abgezogen werden müssen; bei Berücksichtigung der versprochenen Zusatzprovision von 75.000,-- DM gelange man dann zu einem Verhältnis zwischen Gesamtprovision und Pauschalbetrag, das knapp unter 15 % liege.

Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

a) Ein Vorabzug für belegte Fremdkosten, also für Aufwendungen, ist hier nicht gerechtfertigt. Die Parteien

haben die gesonderte Erstattung der konkreten Aufwendungen nicht vereinbart. Wie ausgeführt bedarf es im dispositiven Maklerrecht aber einer solchen besonderen Vereinbarung, damit überhaupt Aufwendungsersatz gefordert werden kann. Der Pauschalbetrag von 1 % sollte auch nicht zunächst konkrete Aufwendungen abdecken; er war vielmehr insgesamt ausdrücklich "für die Verkaufskonzeption" bestimmt.

b) Die Zusatzprovision konnte nur entstehen, wenn die Bauherrengemeinschaft schon bis zum 30. September 1982 durch Bemühung der Klägerin geschlossen war. Die Klägerin hat nicht einmal vorgetragen, daß sie dazu in der Lage gewesen wäre. Deshalb kommt eine Anwendung von § 162 Abs. 1 BGB nicht in Betracht ganz abgesehen davon, daß die Klägerin auch dafür nicht ausreichend vorgetragen hat.

c) Die Klägerin meint, als außergewöhnlicher Umstand sei zu berücksichtigen, daß sie neben der Maklerleistung die zusätzliche Aufgabe übernommen habe, der Beklagten die Verkaufskonzeption zu liefern. Dabei übersieht sie, daß es nicht auf außergewöhnliche Umstände in ihrem Bereich, als vielmehr auf solche auf der Seite der Beklagten ankommt.

d) Vor allem aber kann im vorliegenden Fall nicht die Grenze von 15 % gelten, die in dem unter 1. c) behandelten Urteil als Obergrenze angenommen wurde.

Bei dem Vertrag vom 4./5. März 1982 ging es nicht um ein übliches Grundstücksgeschäft. Die Höhe der Provision und auch die Art und der Zeitpunkt des Geschäftes legen keineswegs die Heranziehung höchstmöglicher Grenzen nahe. Es waren nicht wie sonst häufig in Maklerverträgen 3 %, sondern 5 % als Provision vereinbart. Bezugsgröße war nicht

der von der Beklagten zu erzielende Erlös, sondern der Gesamtaufwand. Ein Betrag von fast 80.000,-- DM ist schon für sich genommen so gewichtig, daß mit ihm Druck ausgeübt werden kann. Er kann ein mittleres Unternehmen, insbesondere im Jahre 1982 ein Bauunternehmen, je nach der Auftragslage übermäßig belasten und in eine Zwangslage bringen. So war es hier. Die Klägerin selbst hat mehrfach vorgetragen, daß die Beklagte keineswegs wirtschaftlich stark war. Keine Bank sei bereit gewesen, das Bauvorhaben unter der Regie der Beklagten zu finanzieren. Die Beklagte habe sich vielmehr nach der Nichtausführung des von der Klägerin geplanten Geschäftes mit dem Grundstücksverkauf begnügen müssen.

3. Entgegen der Ansicht der Revision kann die Vereinbarung der Parteien nicht dahin verstanden werden, daß die Erstellung der Verkaufskonzeption als vor der Veräußerung an Interessenten zu erbringende Leistung von dem Maklervertrag zu trennen sei. Nach seinem äußeren Erscheinungsbild (BGHZ 89, 41, 43), seinem Wortlaut und Inhalt kann der von der Klägerin verfaßte Vertrag vom 4./5. März 1982 nicht als Abschluß eines Maklerauftrages und zusätzlich als Abschluß eines Werkvertrages betreffend die Verkaufskonzeption, also als Abschluß von zwei voneinander unabhängigen Verträgen angesehen werden. Er ist vielmehr vom Landgericht und vom Berufungsgericht als nach dem Willen der Parteien einheitliches Rechtsgeschäft ausgelegt worden. Daß dem Tatrichter bei dieser Auslegung Rechtsfehler unterlaufen sind, kann der Revision nicht entnommen werden. Danach erstreckt sich der Formzwang auf den gesamten Vertrag (BGHZ 76, 43, 48 f.). Daß eine teilweise Geltung (§ 139 BGB) für die Parteien in Betracht kommen konnte, hat das Berufungsgericht nicht feststellen können.

4. Schließlich sind keine Gesichtspunkte dafür ersichtlich, daß es ausnahmsweise der Beklagten gemäß § 242 BGB verwehrt sein könnte, sich auf die Formnichtigkeit zu berufen (dazu BGH 85, 315, 318 f.).

Rottmüller

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Schreibfehlerberichtigung
=====

In Sachen

Fa. THK T[REDACTED]-K[REDACTED] GmbH ./ Fa. D[REDACTED], F[REDACTED]
W[REDACTED] GmbH & Co KG

wird das Urteil vom 2. Juli 1986 dahingehend berichtigt,
daß es auf Seite 6, 1. Zeile anstatt

...Provision übersteigt, sofern das durch außer- ...

heißen muß:

... Provision übersteigt, sofern das nicht
durch außer-

Karlsruhe, den 2. September 1986

Geschäftsstelle des IVa-Zivilsenats
des Bundesgerichtshofes

Mutterer
Justizangestellte