

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 652, 276 (Hb); AGBG § 9 Bh

- a) Eine AGB-Klausel, nach der ein Maklerkunde einem Nachweismakler auch dann Provision schuldet, wenn er den erhaltenen Nachweis an einen Dritten weitergibt und dieser den Hauptvertrag abschließt, hält der Inhaltskontrolle stand.
- b) Zur Frage, in welchem Umfang der Maklerkunde auch ohne besondere Absprache zur vertraulichen Behandlung der vom Makler erhaltenen Information verpflichtet ist.
- c) Zur Berechnung des Schadens, der einem Makler durch die unbefugte Weitergabe des von ihm geführten Nachweises entstanden ist.

BGH, Urt. v. 14. Januar 1987 - IVa ZR 130/85 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

4

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 130/85

URTEIL

Verkündet am: 14. Januar 1987
Hellmann, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED] Immobilien KG, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Georg K [REDACTED], L [REDACTED] Straße 62, B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

die Industriekauffrau Inge M [REDACTED] geborene A [REDACTED], B [REDACTED] -
straße 24, B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

4

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1987

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 18. Februar 1985 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte bat am 7. Februar 1983 telefonisch die Klägerin, eine Maklerfirma, ihr die Möglichkeit zur Miete eines Ladengeschäfts nachzuweisen.

Mit dem Schreiben vom 9. Februar 1983 bestätigte die Klägerin das Telefonat und benannte der Beklagten unter anderem ein Ladengeschäft in der B [REDACTED] straße 5, [REDACTED] B [REDACTED]. In dem Exposé wird auf die Verpflichtung zur Zahlung einer Provision und deren Höhe sowie auf die "umseitigen ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN" hingewie-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sen. Der Text auf der Rückseite des Exposés ist in zwei Teile gegliedert, von denen der erste die Überschrift "Vorbemerkungen", der zweite die Überschrift "Allgemeine Geschäftsbedingungen" trägt. Die Vorbemerkungen haben folgenden Wortlaut:

"Der Erfüllung unserer Makleraufträge widmen wir uns mit größtmöglicher Sorgfalt und in unparteilicher Wahrnehmung der Interessen unserer Auftraggeber. Unsere Tätigkeit erfolgt im Rahmen der allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze und Usancen unter Einhaltung der Standesregeln unseres Berufsstandes, zu denen wir uns als Mitglied des RDM (Ring Deutscher Makler) verpflichtet haben.

Unsere Tätigkeit ist auf den Nachweis oder/und die Vermittlung von Verträgen gerichtet. Unsere Maklerprovision ist verdient, sofern durch unsere Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit ein Vertrag zustande kommt.

Wenn wir zusätzlich dem rechtsgeschäftlichen Verkehr mit unseren Auftraggebern "Allgemeine Geschäftsbedingungen" zugrunde legen, so geschieht dies in Ausfüllung und Ausgestaltung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen unter strikter Wahrung des gerechten Ausgleichs der gegenseitigen Rechte und Pflichten mit dem Ziel der Rationalisierung des Geschäftsablaufes.

Wir sind jederzeit gerne bereit, jedem Auftraggeber evtl. gewünschte Erläuterungen zu unseren Geschäftsbedingungen zu erteilen.

Unsere Geschäftsbedingungen gelten bei Empfängern unserer Angebote als angenommen, wenn diese von den Angeboten in irgendeiner Form

Gebrauch machen und/oder über sie Verhandlungen führen; sie gelten auch bei mündlichen Angeboten.

Provisionspflicht und -fälligkeit entsteht bei unseren Angebotsempfängern nur, wenn Sie, Ihre Familienangehörigen oder Dritte - nach Kenntniserhalt durch Sie - von unseren Angeboten mittelbar oder unmittelbar Gebrauch machen (Kauf, Vorkauf, Vorvertrag, Anzahlung, Pacht, Miete, Tausch, Ersteigerung, Teilhaberschaft, Kapitalbeteiligung u.ä.).

Unsere Angebote erfolgen unter der Voraussetzung, daß der Empfänger das angebotene Objekt selbst erwerben oder nutzen will. Sie sind streng vertraulich. Jede unbefugte Weitergabe unserer Angebote an Dritte, auch Vollmacht- oder Auftraggeber des Interessenten, führt in voller Höhe zur Provisionspflicht."

Auf Veranlassung der Klägerin kam es am 23. Februar 1983 zu einem Besprechungstermin bei der Vermieterin, der N. H. Zu diesem Termin erschien die Beklagte mit ihrer Schwägerin Claudia A. Aufgrund dieses Gespräches kam es zum Abschluß eines zehnjährigen Mietvertrages zwischen der N. H. und Claudia A. Hierfür beansprucht die Klägerin von der Beklagten eine Provision in Höhe von 5.441,76 DM.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruches stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer (zugelassenen) Revision verfolgt die Klägerin ihren Provisionsanspruch in der vom Landgericht zuerkannten Höhe weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß zwischen den Parteien ein Maklervertrag zustande gekommen sei. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 652 dem Makler ein Provisionsanspruch zustehe, lägen jedoch nicht vor. Die Beklagte selbst habe von dem vom Makler geführten Nachweis keinen Gebrauch gemacht. Es fehle auch an Anhaltspunkten dafür, daß die Beklagte ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem schließlich von ihrer Schwägerin abgeschlossenen Mietvertrag hatte. Der Vertragsschluß durch die Klägerin könne daher der Beklagten nicht wie ein eigener zugerechnet werden.

Diese Ausführungen beruhen auf einer zutreffenden rechtlichen Würdigung des unstreitigen Parteivortrags und sind daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II.

Das Berufungsgericht prüft mit Recht, ob die Provisionspflicht vertraglich über den Rahmen des § 652 BGB hinaus in der Weise erweitert ist, daß der Maklerkunde auch für solche Abschlüsse Maklerlohn zu zahlen hat, die nicht von ihm selbst vorgenommen werden, sondern von einer Person, an die er die Maklerinformation weitergegeben hat. Es kommt zu dem Ergebnis, daß die auf der Rückseite des Auftragsscheins abgedruckten Allgemeinen

Geschäftsbedingungen der Beklagten keine wirksame Klausel dieses Inhalts enthalten. Das ist zutreffend.

1. Der Senat kann sich allerdings der im Berufungsurteil vertretenen Auffassung nicht anschließen, eine solche Vereinbarung könne wirksam nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern allenfalls in einer individuell zwischen den Parteien ausgehandelten Vertragsbestimmung getroffen werden (BU S. 8 1. Abs.). Maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage ist nach § 9 AGBG, ob die Bestimmung den Maklerkunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Bei dieser Prüfung sind die Interessen beider Vertragsteile zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Es ist einerseits darauf abzustellen, ob der Verwender ein berechtigtes Interesse an der vom Gesetz abweichenden Regelung hat, zum anderen darauf, ob dieser Regelung schutzwürdige Interessen des Kunden entgegenstehen. Die gesetzliche Regelung des Maklerrechts bringt die Gefahr mit sich, daß der eigentliche Interessent einen anderen vorschiebt, der einen Maklervertrag abschließt und die vom Makler erhaltene Information an den Interessenten weitergibt.

Daß sich die Makler gegen solche Manipulationen schützen wollen, ist verständlich. Der Schutz, den ihnen das Gesetz gewährt, ist nicht in jeder Hinsicht ausreichend. Zwar wird man dann, wenn der formelle Vertragspartner des Maklers von vornherein die Absicht hatte, die erhaltenen Informationen an einen Dritten weiterzugeben, also persönlich am Abschluß des Hauptver-

trages nicht interessiert war, dem Makler auch dann einen Provisionsanspruch zubilligen müssen, wenn der Hauptvertrag mit diesem Dritten zustande kommt. Es wird dem Makler jedoch meist recht schwer fallen, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu beweisen. Auch ein Schadensersatzanspruch wird dem Makler häufig nicht weiterhelfen, da, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, ein Schaden nur schwer nachzuweisen ist. Auf der anderen Seite entstehen dem Maklerkunden durch eine Klausel der hier in Rede stehenden Art keine schwerwiegenden Nachteile. Daß er die vom Makler erhaltenen Informationen vertraulich behandeln muß, also nicht an Dritte weitergeben darf, ergibt sich bereits aus dem Wesen des Maklervertrages und aus der gegenseitigen vertraglichen Treuepflicht. Wenn der Kunde sich vertragstreu verhält, braucht er also keine zusätzliche finanzielle Belastung zu befürchten.

Auch mit dem Leitbild des Maklervertrages wäre eine solche Regelung nicht unvereinbar. Sie würde an dem Grundgedanken des § 652 BGB nichts ändern, nach dem eine Maklertätigkeit nur dann eine Provisionspflicht begründet, wenn sie zum Abschluß des gewünschten Hauptvertrages geführt hat; sie modifiziert ihn lediglich dahin, daß unter bestimmten, eng begrenzten Voraussetzungen auch der Abschluß des Hauptvertrages durch einen Dritten genügt. Diese Abweichung liegt noch im Rahmen dessen, was § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zuläßt. Eine völlige Übereinstimmung von Gesetz und Allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangt diese Vorschrift nicht; dies wäre auch sinnwidrig, weil ja gerade der Zweck der Allgemeinen Geschäftsbedingungen darin besteht, die Rechtslage in einer von den gesetz-

lichen Bestimmungen abweichenden Weise zu regeln.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hält demnach eine solche Klausel der Inhaltskontrolle stand, wenn sie wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist (so auch der in dieser Sache tätig gewordene Senat des Berufungsgerichts in seinem Urteil vom 8. Oktober 1981 - 10 U 1309/81 -, das vom Bundesgerichtshof durch Nichtannahmebeschluß vom 14. Juli 1982 - IVa ZR 228/81 - bestätigt wurde).

2. Daran fehlt es aber hier. Mit Recht äußert das Berufungsgericht Zweifel, ob der Satz des Auftragsformulars, auf den sich die Klägerin stützt, überhaupt Bestandteil des zwischen den Parteien abgeschlossenen Maklervertrages geworden ist (BU S. 10 Abs. 3). Nach § 2 AGBG ist es zur Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich erforderlich, daß der Verwender bei Vertragsabschluß die andere Vertragspartei ausdrücklich auf sie hinweist und ihr die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Diesem Erfordernis hat die Klägerin an sich dadurch genüge getan, daß sie auf der Vorderseite ihres Exposés den Hinweis anbrachte:

"Alle Angebote und Geschäfte erfolgen aufgrund unserer umseitigen "ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN"."

und daß sie auf der Rückseite diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen abdruckte. Der Hinweis deckt jedoch nur den-

jenigen Teil des auf der Rückseite abgedruckten Textes, der die Überschrift "Allgemeine Geschäftsbedingungen" trägt.

Dazu gehören aber die Vorbemerkungen, auf die sich die Klägerin stützt, nicht. Diese stehen vor der Überschrift; sie bilden also schon der räumlichen Anordnung nach keinen Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch der Inhalt der Vorbemerkungen spricht gegen eine solche Annahme. Sie beginnen mit allgemeinen Ausführungen über die Grundsätze, von denen sich die Klägerin bei der Ausübung des Maklergewerbes leiten läßt, und über die Gründe, die sie zur Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen veranlaßt haben; es folgt eine (unzutreffende) Belehrung über das Zustandekommen eines Maklervertrages (oder der Einbeziehung der AGB in den Vertrag). Erst die beiden letzten Absätze könnte man bei isolierter Betrachtung als Vertragsklauseln auffassen. Sie sind jedoch von den Textteilen, die ersichtlich als AGB-Klausel gewollt sind, räumlich getrennt, und mit anderen Textteilen, die schon inhaltlich keine AGB sein können, zusammengefaßt; dies spricht dafür, daß auch sie nicht als eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung, sondern als eine (in dieser Allgemeinheit unzutreffende) Belehrung über die nach dem Gesetz bestehende Rechtslage aufzufassen sind. Es fehlt demnach hinsichtlich der beiden letzten Absätze an dem nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 AGBG erforderlichen ausdrücklichen Hinweis.

Daß die Beklagte Kauffrau i. S. der §§ 1 ff HGB wäre - was gemäß § 24 AGBG die Anwendung des § 2 AGBG ausgeschlossen hätte -, ist aus dem Parteivortrag nicht ersichtlich. Im Rubrum wird sie als "Industriekauffrau" bezeichnet; dies spricht dafür, daß sie kaufmännische Angestellte ist und kein selbständiges Handelsgewerbe betreibt. Daß sie die Absicht hatte, sich als Kauffrau selbständig zu machen, reicht für die Anwendung des § 24 Abs. 1 AGBG nicht aus. Auch das Berufungsgericht hat - insoweit von der Revision unbeanstandet - auf den vorliegenden Fall die für Nichtkaufleute geltenden Vorschriften des AGBG (insbesondere § 11 Nr. 5,6) angewandt.

Im Übrigen ist auch bei Kaufleuten ein auf die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichteter rechtsgeschäftlicher Wille erforderlich. In dem Exposé der Klägerin ist aber, wie oben ausgeführt, der Wille, auch die Vorbemerkungen zum Bestandteil des Vertrages zu machen, nicht mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck gekommen.

Selbst wenn man diese Frage anders beurteilen würde, müßte der Umstand, daß die Sätze an einer Stelle erscheinen, an der der Leser keine AGB-Klausel erwartet, dazu führen, daß sie gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil werden (so auch das Berufungsurteil auf Seite 11,12).

III.

Aus den Ausführungen unter II. folgt, daß der letzte Satz der Vorbemerkung auch nicht als Vertragsstrafeversprechen oder als Vereinbarung einer Schadensersatzpauschale aufgefaßt werden kann.

IV.

Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß ein Maklerkunde auch ohne besondere Abrede, allein aufgrund der vertraglichen Treuepflicht, verpflichtet ist, den Nachweis des Maklers vertraulich zu behandeln. Ob er das Angebot vor jedermann (etwa auch vor dem Ehegatten und den im Haushalt lebenden Kindern) geheimhalten muß, kann hier dahingestellt bleiben. Die Beklagte hat jedenfalls dadurch, daß sie ihre ebenfalls an der Anmietung eines Ladens interessierte Schwägerin von dem Maklerangebot unterrichtete und sie zum Besichtigungstermin mitnahm, gegen diese Pflicht verstoßen; einen etwaigen, daraus entstandenen Schaden müßte sie deshalb ersetzen. Jedoch hat sich das Berufungsgericht nicht in der Lage gesehen, der Klägerin einen Schadensersatzbetrag zuzusprechen. Es hat dazu ausgeführt: Es fehle jede Darlegung der Klägerin dahingehend, daß ihr durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden sei. Die Klägerin trage nichts darüber vor, ob und in welcher Höhe ihr in Bezug auf die Beklagte Unkosten entstanden seien. Um einen Schadensersatz in Höhe einer vollen Provision mit Erfolg fordern zu können, hätte

die Klägerin jedoch darlegen und gegebenenfalls nachweisen müssen, daß es ohne den Eintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes aufgrund ihrer eigenen Tätigkeit zu einem Vertragsabschluß über das der Beklagten nachgewiesene Objekt gekommen wäre. Hierzu enthalte der Vortrag der Klägerin jedoch keine Angaben.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsfehler. Die Klägerin ist für die Entstehung und die Höhe des Schadens beweispflichtig. Die Darlegung und der Nachweis des Schadens wird ihr allerdings durch § 287 ZPO erleichtert. Im Rahmen dieser Gesetzesvorschrift kann von ihr eine Substantiierung der anspruchsbegründenden Tatsachen nicht in gleicher Weise verlangt werden wie hinsichtlich der Umstände, die vom Tatrichter nach § 286 ZPO zu beurteilen sind (RGZ 63, 280, 288; 76, 204, 211; 77, 201, 206; 148, 65, 70; Senatsurteil vom 24.9.1986 - IVa ZR 236/84 - WM 1986, 1477 m.w.N.). Das bedeutet aber nicht, daß die klagende Partei auf jeden Tatsachenvortrag zur Entstehung und zur Höhe des Schadens verzichten dürfte; aus ihrem Vorbringen müssen sich zumindest ausreichende Anhaltspunkte für eine Schätzung des Schadens ergeben (RGZ aaO; BGH Urteile vom 26. November 1986 - VII ZR 260/85 - und vom 7. Juli 1969 - VI ZR 233/69 - LM ZPO § 287 Nr. 39 = NJW 1970, 1970). Fehlt es hieran, muß der Kläger mit seinem Schadensersatzanspruch als beweisfällig abgewiesen werden.

Im vorliegenden Fall mag zugunsten der Klägerin unterstellt werden, daß die Schwägerin der Beklagten sich an einen Makler gewandt hätte, wenn sie nicht über

die Klägerin von der Vermietbarkeit des Ladens in der B...straße 5 erfahren hätte. Es fehlt aber jeder Anhaltspunkt dafür, daß sie in diesem Falle gerade die Dienste der Klägerin in Anspruch genommen hätte.

Die Revision meint demgegenüber, die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, ihre Schwägerin an die Klägerin zu verweisen; wäre dies geschehen, so hätte die Schwägerin einen Maklervertrag mit der Klägerin abgeschlossen. Dies ist nicht zutreffend. Ein Maklerkunde ist nur verpflichtet, die erhaltene Information in dem oben dargelegten Rahmen vor Dritten geheimzuhalten; dagegen trifft ihn nicht die Verpflichtung, Dritte an seinen Makler zu verweisen. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Schaden entstanden ist, muß daher der tatsächliche Zustand mit dem verglichen werden, der eingetreten wäre, wenn die Beklagte auch gegenüber ihrer Schwägerin das Angebot der Klägerin geheimgehalten hätte.

Im Vortrag der Klägerin fehlt auch jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin dann, wenn die Beklagte das Angebot vertraulich behandelt hätte, in der Lage gewesen wäre, einen Mietvertrag mit einem anderen Interessenten herbeizuführen und sich dadurch eine Provision zu verdienen.

Der Schadensersatzanspruch kann schließlich nicht - wie dies seitens der Klägerin in der mündlichen Verhandlung geschehen ist - mit der Erwägung begründet werden, der Klägerin seien in dieser Angelegenheit Unkosten entstanden, deren Höhe sich nach § 287 ZPO schätzen lasse.

Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann die Klägerin nur den Ersatz der Kosten verlangen, die durch die unbefugte Weitergabe der Maklerinformation entstanden sind. Daß dieser Umstand überhaupt zusätzliche Kosten verursacht hat, ist jedoch aus dem Parteivortrag nicht ersichtlich. Die Kosten, die die Klägerin gehabt hat (Porto für die Zusendung des Exposés, Telefongebühren, Fahrt zum Besichtigungstermin), waren durch ihre erfolglosen Bemühungen veranlaßt, einen Mietvertrag zwischen der Beklagten und der Eigentümerin zustande zu bringen; sie wären der Klägerin auch dann erwachsen, wenn die Beklagte die erlangte Kenntnis nicht weitergegeben hätte, und sind nach § 652 Abs. 2, Satz 2 BGB nicht

zu erstatten. Im übrigen hat die Klägerin auch über die Höhe dieser Aufwendungen nichts vorgetragen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IVa ZR 130/85

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED] Immobilien KG, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Georg K [REDACTED], L [REDACTED] Straße 62, B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

g e g e n

die Industriekauffrau Inge M [REDACTED] geborene A [REDACTED], B [REDACTED] -
straße 24, B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am
15. April 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und
die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Zopfs und Dr. Ritter

beschlossen:

Das Urteil vom 14. Januar 1987 wird gem.
§ 319 ZPO dahin berichtigt, daß es auf Seite 5
in der zweitletzten Zeile des ersten Absatzes
statt

"Klägerin"

richtig

"Schwägerin"

heißt.

Dr. Hoegen

Dehner