

24

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 652, 313 Satz 2

- a) Zur Heilung eines formnichtigen Maklervertrages, der eine Erwerbsverpflichtung enthält und deshalb notarieller Beurkundung bedarf.
- b) Wenn zwischen dem Makler und dem Vertragsgegner seines Auftraggebers lediglich persönliche Beziehungen bestehen, schließt dies allein - anders als eine wirtschaftliche Verflechtung mit dem Vertragsgegner - den Maklerlohnanspruch nicht aus.

BGH, Urt. v. 24. Juni 1981 - IVa ZR 159/80 Kammergericht
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 159/80

URTEIL

Verkündet am
24. Juni 1981
Hellmann,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Immobilienmaklers Werner Z [REDACTED], T [REDACTED]
straße [REDACTED], B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

g e g e n

den wissenschaftlichen Angestellten Edgar W [REDACTED],
A [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],
und die Diplom-Biologin Hildburg W [REDACTED]-S [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

24

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts vom 13. Dezember 1979 aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 26. Juni 1979 geändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 12.298,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 5. März 1979 zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger fordert aus einem mit den Beklagten geschlossenen Maklervertrag die vereinbarte Provision von 12 298 DM. Die Beklagten meinen, er habe wegen seiner engen Bindung an die Grundstücksverkäuferin und deren wirtschaftliche Inhaberin keinen Maklerlohn verdient.

Der Maklervertrag wurde zwischen den Parteien am 14. Dezember 1978 "bezüglich Beschaffung und Nachweis" eines bestimmten Grundstücks in B [REDACTED] geschlossen. Danach



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

verpflichteten sich die Beklagten, das Grundstück über den Kläger zu erwerben (Ziffer 1) zu einem bis 31. Januar 1979 zahlbaren Kaufpreis von 158 750 DM und bei einer nach Abschluß des notariellen Kaufvertrages zahlbaren Maklerprovision incl. Mehrwertsteuer von 12 298 DM (Ziffer 3). Die Ziffer 6 des Vertrages lautet:

"Wenn der Vertragsabschluß für dieses Grundstück nicht zustande kommt oder später wegfällt aus Gründen, die die Käufer zu vertreten haben, hat der Makler einen pauschalen Schadensersatzanspruch gegen die Käufer in Höhe der unter Punkt 3.) genannten Maklerprovision und zwar ohne Nachweispflicht für diesen Schaden, vorbehaltlich weitergehenden Schadens."

Der notarielle Kaufvertrag wurde am folgenden Tag abgeschlossen. Am 26. Juni 1979 wurden die Beklagten als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Voreigentümerin des Grundstücks war die im August 1974 vom Kläger gegründete "VIFA V [REDACTED] - I [REDACTED] - F [REDACTED] - und A [REDACTED] - GmbH" (nachstehend VIFA GmbH). Bis Mitte 1978 war der Kläger Geschäftsführer und Hauptgesellschafter. Sein Geschäftsanteil betrug bei der Gründung 19 000 DM. Einen Geschäftsanteil von 1 000 DM hatte zunächst Frau Astrid M [REDACTED] übernommen; im Oktober 1975 übertrug sie diesen auf den Kläger und schied aus der GmbH aus. Frau M [REDACTED] war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls z. Zt. der genannten Maklertätigkeit des Klägers dessen langjährige persönliche Lebensgefährtin. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Parteien wohnten der Kläger und Frau M [REDACTED] zusammen in einer 2 1/2 Zimmer-

Wohnung. Diese Wohnung war als Geschäftsadresse sowohl des Klägers als auch der VIFA-GmbH angegeben. Am 30. Mai 1978 übernahm Frau M■■■■ vom Kläger zunächst 10 000 DM Geschäftsanteile und am 31. August 1978 die restlichen 10 000 DM. Sie wurde Geschäftsführerin; der Kläger schied aus der Gesellschaft aus.

Die Gesellschaftsverträge hatten jeweils eine Klausel für den Todesfall enthalten. Der Gründungsvertrag hatte bestimmt, daß beim Tode des Klägers die Gesellschaft aufzulösen sei, beim Tode der Frau M■■■■ hingegen deren Anteil ungeachtet sonstiger letztwilliger Verfügungen dem Kläger anwachsen sollte. Durch notarielle Vereinbarung vom 31. August 1978 wurde schließlich bestimmt, daß beim Tode der - nunmehrigen - Alleingesellschafterin Frau M■■■■ deren Geschäftsanteile dem Kläger zufallen sollten. Diese letzte Klausel wurde im Februar 1979 ersatzlos gestrichen.

Landgericht und Kammergericht haben die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat in vollem Umfang Erfolg, weil ihm ein Anspruch auf Maklerlohn entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zusteht.

1. Das Berufungsgericht hat die Auffassung des Landgerichts als bedenklich angesehen, der Maklervertrag sei besonders im Hinblick auf die erfolgsunabhängige

Zahlungsabrede der Ziffer 6 formnichtig (§§ 313, 125 BGB), diese Frage jedoch nicht abschließend entschieden. Es ist vielmehr davon ausgegangen, daß der Kläger wegen seiner den Beklagten bei Vertragsschluß unbekannten Bindungen an die Verkäuferseite keinen Maklerlohn verdient habe. Die Regelung für den Todesfall begründe bereits die Vermutung, daß der Kläger in erster Linie die Verkäuferinteressen wahrnehmen werde. Diese wirtschaftliche Bindung bilde zugleich den Hintergrund für die als entscheidend hinzutretenden persönlichen Beziehungen des Klägers zu Frau M■■■■. Die Intensität der persönlichen Lebensgemeinschaft lasse eine Stellung des Klägers als in fairer Weise dienender Makler nicht mehr zu.

2. Die im Maklervertrag enthaltene Vergütungsabrede ist wirksam.

Zwar ist der Rechtsprechung des früheren IV. Zivilsenats zu folgen, wonach der Schutzzweck des § 313 BGB auch in dessen neuer Fassung (Urteil vom 6. Februar 1980 - IV ZR 141/78 - NJW 1980, 1622, 1623 m.w.N.) es verbietet, Vertragsstrafeversprechen als wirksam anzuerkennen, durch die ein mittelbarer Zwang zum Grundstückserwerb auf den Maklerkunden ausgeübt wird. Da in Ziffer 1 des Maklervertrages die Beklagten gegenüber dem Kläger ausdrücklich eine Erwerbsverpflichtung übernommen haben, spricht viel dafür, daß neben der Ziffer 6 auch die Ziffer 1 des Vertrages der Form des § 313 BGB bedurfte.

Ein etwaiger Formmangel wäre jedoch ohne Bedeutung, da er jedenfalls mit der Auflassung des Grundstücks an die Beklagten und der Eintragung in das Grundbuch geheilt wäre (§ 313 Satz 2 BGB).

Dem steht nicht die Behauptung der Beklagten entgegen, im Zeitpunkt der Umschreibung des Grundstücks habe zwischen den Parteien über die Provisionszahlungsverpflichtung keine Einigkeit mehr bestanden. Es kommt insoweit weder auf den Zeitpunkt der Umschreibung an noch darauf, ob die Willensübereinstimmung hinsichtlich der Provisionszahlungsverpflichtung bestand. Für das zur Heilung gemäß § 313 Satz 2 BGB notwendige Fortbestehen der Willensübereinstimmung ist nach gefestigter Rechtsprechung der Zeitpunkt der Auflassung maßgeblich, nicht aber der Zeitpunkt der Eintragung (BGH, Urteil vom 9. November 1979 - V ZR 38/78 - DNotZ 1980, 222, 224 und Urteil vom 17. März 1978 - V ZR 217/75 - NJW 1978, 1577 m.w.N.). Die Willensübereinstimmung in diesem maßgeblichen Zeitpunkt muß sich auch bei einem Formmangel des Maklervertrags nicht auf dessen sonstigen Inhalt wie insbesondere die Provisionszahlungspflicht, sondern auf den Erwerb des vom Makler nachgewiesenen oder vermittelten Grundstücks beziehen. Grund der Formbedürftigkeit des Maklervertrages wäre allein die in ihm unmittelbar oder mittelbar enthaltene Verpflichtung zum Grundstückserwerb. Wird hinsichtlich dieser Verpflichtung dem Schutzzweck des § 313 BGB Genüge getan, besteht also in Bezug auf sie im Zeitpunkt des Tätigwerdens des Notars bei der Auflassung die notwendige Willensübereinstimmung auch der Parteien des Maklervertrages fort, dann ist eine etwa vorher gegebene

Nichtigkeit der maßgeblichen Bestimmungen des Maklervertrages und damit auch der Provisionszahlungsabsprache infolge Heilung unbeachtlich. Deshalb braucht für die Wirksamkeit der Zahlungsabsprache weder auf § 139 2. Halbs. BGB noch darauf abgestellt zu werden, ob im vorliegenden Fall etwa schon der notarielle Kaufabschluß vom 15. Dezember 1978 dem Schutzzweck des § 313 BGB für die Heilung des einen Tag vorher geschlossenen Maklervertrages genügen konnte, zumal mit diesem Kaufabschluß die Erwerbsverpflichtung gegenstandslos wurde.

3. Dem Berufungsgericht kann nicht darin gefolgt werden, daß dem Kläger wegen seiner engen persönlichen Beziehungen zur Geschäftsführerin der VIFA-GmbH kein Maklerlohn zustehe. Eine Interessenkollision der Art, daß ein Provisionsanspruch nicht entstehen kann, ist hier nicht dargetan.

a) Mit Recht hat das Berufungsgericht nicht entscheidend auf das Bestehen einer wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem Kläger und der VIFA-GmbH abgestellt. Der Kläger war im Zeitpunkt des Vertrages zwischen den Parteien schon seit mehreren Monaten nicht mehr an der VIFA-GmbH beteiligt. Die Regelung, die zu seinen Gunsten für den Fall des Todes von Frau M. im Gesellschaftsvertrag getroffen war, kann die Anwendung der Verflechtungsrechtsprechung nicht begründen, weil sie keine unmittelbare wirtschaftliche Beteiligung des Klägers an der VIFA-GmbH oder an dem Geschäft zwischen dieser und den Beklagten bewirken konnte.

Die Verflechtungsrechtsprechung wurde zunächst anhand von Fällen entwickelt, in denen der Makler die als Vertragspartner seines Auftraggebers auftretende Gesellschaft so weitgehend beherrscht, daß von wirtschaftlicher Identität gesprochen werden muß. Diese Rechtsprechung ist ausgedehnt worden auf Fälle, in denen der Makler Handelsvertreter des Dritten oder an der als Vertragsgegner seines Auftragsgebers auftretenden Gesellschaft in jedenfalls nicht ganz unbedeutendem Maß beteiligt ist. Wenn in dem Dreiecksverhältnis Auftraggeber - Makler - Vertragsgegner die Interessenlage gewissermaßen institutionell so gestaltet ist, daß im Streitfall zwischen seinem Auftraggeber einerseits und dem Vertragsgegner andererseits der Makler sich bei regelmäßigem Verlauf auf die Seite des Vertragsgegners stellen wird, wenn aber der Makler diese Interessenlage nicht aufdeckt, erscheint er generell ungeeignet, die Belange seines Auftraggebers wahrzunehmen. Das ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (vgl. die Nachweise bei Mormann WM 1975, 70, 71 und Wolf WM 1978, 1282, 1283 sowie MünchKomm/Schwerdtner § 652 Rdn. 146 f).

Dabei wird betont, daß jedenfalls beim einseitig tätig werdenden Zivilmakler nicht der Gesichtspunkt einer Gefährdung der Unparteilichkeit dieses Ereignis rechtfertigt (RGRK 12. Aufl. § 652 Rdn. 10; Wank NJW 1979, 190, 191). Vielmehr steht die deutliche Gefährdung der dem Makler vom Auftraggeber übertragenen Interessenwahrung infolge der auf der Hand liegenden Interessenkollision im Vordergrund (vgl. schon Heinze JR 1974, 330; MünchKomm/Schwerdtner § 652 Rdn. 147). Die Interessenbildung wird in den genannten Fällen in aller Regel durch den Gesellschaftsvertrag oder die

sonstigen vertraglichen Beziehungen des Maklers zum Vertragsgegner so institutionalisiert sein, daß sie den Makler - unabhängig von seinem Verhalten im Einzelfall - als ungeeignet für die dem gesetzlichen Leitbild entsprechende Tätigkeit erscheinen läßt. Eine Interessenbindung an die Gegenseite muß der Makler in der Regel von sich aus offenbaren; denn sein Auftraggeber darf mit der Wahrung seiner eigenen Interessen durch einen fairen und vom Vertragsgegner unabhängigen Makler rechnen (BGH Urteil vom 9. Oktober 1975 - IV ZR 13/75 - LM BGB § 652 Nr. 54).

Weil das dem Makler als seinem wirtschaftlichen Berater vom Kunden entgegengebrachte Vertrauen Schutz verdient, kann ein Maklerlohnanspruch nicht entstehen, wenn eine deutliche Interessenkollision vorhanden ist, die eine sachgemäße Wahrung der Interessen des Auftraggebers schon grundsätzlich nicht möglich erscheinen läßt **und nicht offen** gelegt wird.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts **kann** eine solche gewichtige Interessenkollision nicht grundsätzlich - und damit ohne daß im konkreten Fall Treuwidrigkeiten des Maklers festgestellt werden - bejaht werden, wenn lediglich persönliche Beziehungen zwischen Makler und Vertragsgegner bestehen. Vielmehr ist der genannte Schutz zu beschränken auf die Fälle, in denen wirtschaftliche Gründe die Interessenkollision bedingen, in denen - mehr oder weniger deutlich institutionalisiert - der Makler am Gewinn des Vertragsgegners beteiligt ist.

aa) Der Bundesgerichtshof hat bei der Entwicklung der Verflechtungsrechtsprechung erkannt, daß Interessenkollisionen auch aus anderen Gründen als einer Gewinnbeteiligung auftreten können, nämlich auch bei einer persönlichen Beziehung wie beispielsweise einer Freundschaft des Maklers zum Vertragsgegner. Zwar hat der frühere IV. Zivilsenat solche Fälle bislang nicht entschieden; jedoch hat er die Möglichkeit angedeutet, daß dann eine "andere Betrachtungsweise geboten" sein kann (Urteil vom 30. Juni 1976 - IV ZR 28/75 - LM BGB § 652 Nr. 57), und dabei auf die Institutionalisierung des in jenem Fall durch die Gewinnbeteiligung bedingten Interessenkonflikts hingewiesen. Diese mache es überflüssig, eine konkrete Verletzung der Auftraggeberinteressen festzustellen.

bb) In der Schutznorm des § 2 Abs. 2 WoVermG hat offenbar auch der Gesetzgeber eine andere Betrachtungsweise des wegen persönlicher Beziehungen möglicherweise zu befürchtenden Interessenkonflikts für geboten angesehen. In dieser Bestimmung sind nur die Fälle der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verflechtung, nicht jedoch persönliche Beziehungen als **provisionsausschließend** für den Wohnungsvermittler genannt. Insbesondere ist nicht einmal der Fall erwähnt, daß Vertragsgegner der Ehegatte des Maklers oder eine Gesellschaft ist, an der der Ehegatte nicht unerheblich wirtschaftlich beteiligt ist. Das hat zu unterschiedlichen Entscheidungen der Frage geführt, ob dann die Maklerprovision entstehen kann (vgl. LG Frankfurt/Main NJW 1973, 1502 - dazu ablehnend Benöhr NJW 1973, 1976 sowie v. Hoyningen-Huene

BB 1974, 258 f - und OLG Hamburg Betrieb 1976, 1527 einerseits, LG Frankfurt/Main NJW 1974, 862 f sowie MünchKomm/Schwerdtner § 652 Rdn. 150 andererseits). Welches Gewicht der Interessenkonflikt in dem möglicherweise besonderen Fall der Beteiligung des Ehegatten hat, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedoch verdient Hervorhebung, daß der Gesetzgeber persönliche Beziehungen bei dieser Schutznorm nicht berücksichtigt hat.

cc) Für die Bewertung des Interessenkonflikts hat der Umstand Gewicht, daß der Makler die wirtschaftlichen Interessen seines Auftraggebers wahrnehmen soll. Eben deshalb bewirkt - nach Maßgabe der Verflechtungsrechtsprechung - ein entgegengesetztes eigenes wirtschaftliches Interesse des Maklers generell den Provisionsausschluß. Bei einer persönlichen Beziehung des Maklers zu dem Vertragsgegner seines Auftraggebers liegt es jedoch anders. Jedenfalls ist die Interessenlage keineswegs so typisch und so deutlich strukturiert wie bei der wirtschaftlichen Beteiligung. Vielmehr sind persönliche Beziehungen wesentlich individueller geprägt und damit vielfältiger und in ihrer jeweiligen Intensität durchaus unterschiedlicher Art. Darum haben die Bedenken, die sich aus den in der Praxis nicht vermeidbaren Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, erhebliches Gewicht. Fragen wie die, ob eine persönliche Beziehung überhaupt vorhanden ist, wie sie gestaltet und wie **lang** sie ist, ob sie zu einem Interessenkonflikt führt, welches Gewicht dieser Konflikt hat, sind allgemeingültigen Antworten nicht zugänglich. Weil insoweit personenbedingte Wertungen entscheidend sind, würde eine unübersehbare Kasuistik entstehen. Verbindliche Maßstäbe oder auch nur hinreichend zuverlässige Anhaltspunkte

für eine differenzierende Betrachtungsweise sind nicht ersichtlich. Die Vorhersehbarkeit der Entscheidung und damit die Rechtssicherheit auf diesem Gebiet wären in Frage gestellt.

dd) Aus diesen Gründen ist bei persönlichen Beziehungen zwischen dem Makler und dem Vertragsgegner des Auftraggebers diesem nicht der gleiche Schutz zuzuerkennen wie im Falle wirtschaftlicher Verflechtung, zumal andererseits auch die rein private Sphäre des Maklers Schutz verdient. In diese private Sphäre könnte aber eingegriffen werden, wenn persönliche Beziehungen als generell geeignet für einen provisionsausschließenden Interessenkonflikt angesehen würden. Dann nämlich könnte der Makler gezwungen sein, persönliche und ausschließlich seinem privaten Bereich zuzurechnende Beziehungen gegebenenfalls seinen Kunden gegenüber offenzulegen, um sich seinen Lohnanspruch jedenfalls durch ein selbständiges Schuldversprechen zu sichern. Ein solcher Eingriff in die Privatsphäre kann regelmäßig nicht **als zumutbar angesehen** werden und ist im Hinblick auf den maßgeblichen Schutzzweck - Vertrauensschutz für den Maklerkunden - nicht allgemein gerechtfertigt.

Im vorliegenden Fall können die persönlichen Beziehungen des Klägers zu Frau M., der Alleingesellschafterin der VIFA-GmbH, auch nicht in Verbindung mit der im Gesellschaftsvertrag für den Todesfall getroffenen Regelung den Provisionsanspruch des Klägers ausschließen. Hiernach sollten zwar beim Ableben von **Frau M.** deren Gesellschafts-

anteile dem Kläger zufallen. Dadurch allein hat jedoch das persönliche Verhältnis zwischen beiden nicht ein wirtschaftliches Gepräge erhalten, das die Annahme eines schwerwiegenden und gegenwärtigen, den Provisionsanspruch ausschließenden Interessenkonflikts rechtfertigen könnte.

ee) Der mit dem Verwirkungsgedanken des § 654 BGB neben dem Institut der positiven Forderungsverletzung gegebene Schutz erscheint für die Fälle des Interessenkonflikts wegen persönlicher Beziehungen ausreichend. Schon dieser Schutz geht mit dem völligen Entzug der Maklervergütung über die sonst bei der Verletzung von Treupflichten aus gegenseitigen Verträgen festgelegten Sanktionen hinaus. Wenn der Maklerkunde den insoweit ihm obliegenden Beweis (vgl. Soergel/Mormann 11. Aufl. § 654 Anm. 3) nicht voll erbringen kann, hat er immer noch die Möglichkeit, wegen konkreter Pflichtverletzungen des Maklers, die etwa auf das Bestehen von persönlichen Beziehungen zum Vertragsgegner zurückgeführt werden können, Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung zu verlangen.

c) Im vorliegenden Fall ist weder die Anwendung des Verwirkungsgedankens gerechtfertigt, noch findet sich irgendein Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger die ihm als Makler den Beklagten als seinen Auftraggebern gegenüber obliegenden Verpflichtungen verletzt und dadurch ihnen Schaden zugefügt hat. Der Maklerlohnanspruch des Klägers ist vertragsgemäß entstanden.

4. Unter diesen Umständen ist die Revision begründet und das angefochtene Urteil aufzuheben. Eine Zurückverweisung ist nicht erforderlich. Der Senat kann ge-

mäß § 565 Abs. 3 Satz 1 ZPO auf die Berufung des Klägers selbst entscheiden. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts sind die Beklagten antragsgemäß mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO zu verurteilen. Die Höhe des dem Kläger zustehenden Anspruchs steht nach Nr. 3 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages mit "DM 12.298,- incl. 12% Mehrwertsteuer" fest. Die Beklagten sind jedenfalls seit dem 5. März 1979 in Verzug, als sie trotz anwaltlicher Mahnung durch Schreiben ihrer späteren Prozeßbevollmächtigten die Zahlung verweigerten.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs