

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja

AGBG § 1, § 11 Nr. 15, § 9 B h, BGB § 652

- a) § 11 Nr. 15 AGBG erfaßt nicht nur die Beweislastumkehr, sondern schon jeden Versuch, die Beweisposition des Kunden zu verschlechtern.
- b) Eine vorformulierte Aushandelsbestätigung fällt unter das Verbot des § 11 Nr. 15 b AGBG.
- c) Die Definition der allgemeinen Geschäftsbedingung bezieht auch vorformulierte Auftragsbestätigungen ein.
- d) In allgemeinen Geschäftsbedingungen kann ein Aufwendungsersatzanspruch des Maklers vereinbart werden. Dessen Höhe kann als mäßiger Höchstbetrag, nicht jedoch als Prozentanteil des Preises oder Gegenstandswertes pauschaliert werden.

BGH, Urt. v. 28. Januar 1987 - IVa ZR 173/85 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 173/85

URTEIL

Verkündet am: 28. Januar 1987
Mutterer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M[REDACTED] Haus- und Grundbesitz, Inhaber
Hans-Martin M[REDACTED], S[REDACTED]straße 39, St[REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V.,
A[REDACTED]straße 6, S[REDACTED], gesetzlich ver-
treten durch den Vorstand Bärbl Ma[REDACTED],
Professor Hartmut Al[REDACTED] und Christa Ha[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1987

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Juni 1985 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Unter der Firma der Beklagten vermittelt deren Inhaber Immobilien. Die Klägerin ist eine als Verein eingetragene Verbraucherzentrale. Sie nimmt die Beklagte gemäß § 13 AGB-Gesetz auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln beim Abschluß von Maklerverträgen in Anspruch.

Die Beklagte verwendet im Rahmen ihres Geschäftes formularmäßige Bestätigungen. Sie läßt von ihren Kunden, die einen Makleralleinauftrag erteilt haben, einen Text



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

von 10 Zeilen unterschreiben, der folgenden Satz enthält:

"Ausführlich wurden ausgehandelt das Verbot von Eigen-/Direktabschlüssen sowie die Vergütungspflicht." (im folgenden: Klausel 1)

Weiter übersendet sie ihren Kunden eine formularmäßige Auftragsbestätigung "über den uns erteilten Dienstleistungsalleanauftrag". Darin heißt es mitten in dem eine DIN A 4-Seite umfassenden, als allgemeines Anschreiben aufgebauten Text:

"Mit Ihnen wurde das Verbot von Eigen-/Direktabschlüssen ausgehandelt und vereinbart." (im folgenden: Klausel 2)

Solche Auftragsbestätigungen verwendet die Beklagte auch mit der Überschrift:

"Auftragsbestätigung über den uns erteilten Dienstleistungsalleanauftrag ... mit ausgehandelter Verweisungspflicht - Verbot von Eigen-/Direktabschlüssen über Ihr Objekt ..."

Der auf zwei DIN A 4-Seiten niedergelegte Formularvertrag der Beklagten enthält fünf Regelungsgebiete mit jeweils eigener Überschrift. Unter der Überschrift "Vergütungspflicht" heißt es als Punkt a):

"Kommt es während der Dauer dieses Vertrages zu keinem wirksamen Kaufvertragsabschluß, so er-

hält die Maklerfirma vom Auftraggeber lediglich einen Auslagenersatz in Höhe von 0,4% + USt aus der Preisvorstellung. Das gilt auch dann, wenn der Auftraggeber seine Verkaufsabsicht tatsächlich aufgibt." (im folgenden: Klausel 3)

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat der Beklagten untersagt, die vorstehenden Klauseln (1, 2 in beiden Alternativen und 3) oder inhaltsgleiche Klauseln in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden oder sich auf diese Klauseln zu berufen, ausgenommen Verträge mit einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgeschäftes, mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder mit einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten bleibt erfolglos. Sie verwendet als allgemeine Geschäftsbedingungen Klauseln, die nach dem AGB-Gesetz unwirksam sind. Mit Recht verlangt die Klägerin, deren Klagebefugnis gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG wegen Offenkundigkeit der dafür bestehenden Voraussetzungen (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, 5. Aufl. § 13 Rdn. 38) nicht in Zweifel gezogen werden kann, überdies durch den Geschäftsbericht für 1985 in der Revisionsinstanz belegt und vom Senat auch bereits früher bestätigt worden ist (BGHZ 88, 368), deshalb Unterlassung der Verwendung dieser Klauseln.

I.

Die Klausel 1 (Aushandelnbestätigung des Kunden) ist unwirksam.

1. Die Klägerin hatte ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, nach welchem der Beklagten untersagt wurde, folgende, in ihren Maklerformularverträgen jeweils handschriftlich eingefügte Klausel zu verwenden:

"Mit dem Verbot von Eigen-/Direktabschlüssen bin ich einverstanden. Im Falle eines Verstoßes ... verspreche ich eine Vertragsstrafe ... zu bezahlen."

Daraufhin ließ sich die Beklagte die Klausel 1 als Aushandelnsklausel hinsichtlich des Verbotes von Eigen-/Direktabschlüssen auf einem gesonderten Formular unterschreiben.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben festgestellt, die Beklagte habe entgegen ihrer Behauptung die mit der Klausel 1 als ausgehandelt bestätigte Verweisungsklausel nicht (das Oberlandesgericht: nicht immer) individuell ausgehandelt. Während das Landgericht die Frage der Unwirksamkeit nach § 11 Nr. 15 AGBG nicht abschließend entschieden, vielmehr einen Verstoß gegen § 9 AGBG angenommen hat, bejaht das Oberlandesgericht jene Frage (vgl. EWIR 1985, 863 mit Anm. Vollkommer). Es liege eine Änderung im Sinne von § 11 Nr. 15 AGBG vor, weil sich die

Beklagte eine Tatsache bestätigen lasse, deren Vorliegen sie im Streitfalle beweisen müsse.

2. Die tatrichterliche Feststellung, daß die mit der Klausel 1 bestätigte Verweisungsbestimmung nicht (immer) individuell ausgehandelt worden sei, versucht die Revision mit Verfahrensrügen anzugreifen. Im Verfahren nach § 13 AGBG kommt es jedoch nicht darauf an, wie die Beklagte diese Klausel bislang gehandhabt hat. Entscheidend ist in diesem Verfahren vielmehr, in welcher Weise sie gehandhabt werden kann. Auch wenn die in ihr bestätigte Verweisungsbestimmung mit dem Kunden nicht individuell ausgehandelt worden ist, hat der Verwender die Möglichkeit, diese vorformulierte Klausel unterschreiben zu lassen und sich im Streitfalle auf sie zu berufen.

3. Die auf einem gesonderten Formular unter anderem zu unterzeichnende Klausel 1 ist Teil der von der Beklagten verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen, auch wenn sie nicht in deren formularmäßigen Maklervertrag oder in einen Block von allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen worden ist. Nach § 1 Abs. 1 AGBG sind allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbestimmungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt. Von dieser Definition sind sämtliche einseitig für eine mehrfache Verwendung vorgefertigten Erklärungen des Verwenders erfaßt, die den Vertragsinhalt regeln sollen. Die Klausel 1 erfüllt diese Merkmale. Sie enthält nicht nur eine Erklärung, die den Tatbestand eines Vertragsabschlusses ausmacht (so zu Unrecht Vollkommer,

EWIR 1985, 863 unter 3.1.). Vielmehr soll sie den rechtserheblichen Tatsachen eine bestimmte rechtliche Qualifizierung geben (BGH Urteil vom 1.3.1982 - VIII ZR 63/81 - LM AGBG § 1 Nr. 1 = NJW 1982, 1388). Sie bezieht sich auf den Teil des Vertragsinhaltes, mit dem bei dem Makleralleinauftrag die Behandlung nicht vom Makler gebrachter Interessenten geregelt werden soll. Eine solche Verweisungs- oder Zuziehungsklausel kann nicht wirksam durch allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden (BGHZ 88, 368). Deshalb soll die Klausel 1 diesem Teil des Vertragsinhaltes die ihn gegenüber dem übrigen Vertragsinhalt heraushebende Besonderheit verleihen, im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG "ausgehandelt" worden, und damit eine nicht dem AGB-Gesetz unterliegende Bedingung zu sein. Wenn diese Besonderheit bejaht werden soll, müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Umstände vorliegen, die über das bloße "Verhandeln" hinausgehen. Insbesondere muß der Verwender den "gesetzesfremden" Kerngehalt seiner Bedingung ernsthaft zur Disposition stellen (näher dazu Senatsurteil vom 3. Juli 1985 - IVa ZR 246/83 - LM AGBG § 1 Nr. 4 = WM 1985, 1208 und Urteil vom 9.10.1986 - VII ZR 245/85 - WM 1987, 42).

Also bezieht sich die Bestätigung auf das Vorliegen von rechtserheblichen Tatsachen, nämlich auf Vorgänge, die daraufhin zu prüfen sind, ob sie als Rechtsgeschäfte den Vertragsinhalt bestimmen. Damit unterliegt die Klausel der Inhaltskontrolle gemäß §§ 9 - 11 AGBG.

4. Dieser Inhaltskontrolle hält die Klausel 1 nicht stand. Bisläng hat der Bundesgerichtshof die Frage nicht beantwortet, ob eine formularmäßige Aushandelsbestätigung nach § 11 Nr. 15 Buchstabe b AGBG unwirksam ist.

a) Mit einer Aushandelsbestätigung hatte sich allerdings der frühere IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zu befassen (Urteil vom 15.12.1976 - IV ZR 197/75 - LM BGB § 652 Nr. 61 = NJW 1977, 624). Dabei ging es dem IV. Zivilsenat ersichtlich darum, dem Kunden nicht als Folge der von ihm gesondert unterschriebenen Aushandelsbestätigung die Beweislast auferlegen zu müssen. Das AGB-Gesetz ist erst nach dieser Entscheidung in Kraft getreten. Es verbietet jede kundennachteilige Beweislaständerungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es eröffnet die Möglichkeit, mit einer Verbandsklage auch solche Klauseln zu unterbinden, die im Individualprozeß eine den Kunden günstige Auslegung erfahren können (BGH, Urteile vom 28.4.1983 und 31.10.1984 - VII ZR 259/82 und VIII ZR 226/83 - NJW 1983, 1671 unter II 1 und NJW 1985, 320 unter I 2 b aa). Deshalb können nicht mehr alle Grundsätze der damaligen Entscheidung ohne weiteres als richtungweisend übernommen werden. Das hat das Oberlandesgericht Karlsruhe bei seiner Berufung auf dieses Urteil (BB 1983, 725 Leitsatz 7, näher dazu 726 f. unter II 3, gegen LG Konstanz BB 1981, 1420) übersehen.

b) Der weitaus überwiegende Teil des Schrifttums steht auf dem Standpunkt, daß die Aushandelsbestätigung eine Bestimmung ist, die eine Beweislaständerung zur Folge hat (jeweils in der Kommentierung zu § 11 Nr. 15 AGBG: Ulmer/Brandner/Hensen, 5. Aufl. Rdn. 14 m.w.N. in Fn. 39; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, 2. Aufl. Rdn. 28; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba Rdn. 14; Palandt/Heinrichs 46. Aufl. Anr. 15 c; Soergel/Stein 11. Aufl. Rdn. 169; im Grundsatz ebenso Wolf/Horn/Lindacher Rdn. 19; Strobel BB 1983, 729, 731 unter 9; zur Rechtsprechung vgl. OLG Hamm NJW 1982, 2005, 2007). Auch wenn die Aushandelsbestätigung nicht ausdrücklich erwähnt wird, vertreten eine demgegenüber zurückhaltendere Auffassung diejenigen, die § 11 Nr. 15 AGBG nur bei einer eindeutigen "Überbürdung" der Beweislast vom Verwender auf den Kunden, also bei einer Beweislastumkehr anwenden wollen (MünchKomm/Kötz, 2. Aufl. AGBG § 11 Rdn. 159 und 160; Staudinger/Schlosser, 12. Aufl. AGBG § 11 Nr. 15 Rdn. 5 - 9), insbesondere dann, wenn von der Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen Beweislast und Beweisführungslast auch bei § 11 Nr. 15 AGBG ausgegangen wird (so z.B. Vollkommer EWIR 1985, 864 und Paulusch EWIR 1985, 528).

c) Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte die Frage der Anwendbarkeit des § 11 Nr. 15 AGBG zu prüfen für eine Klausel, daß Nebenabreden nicht getroffen seien (Urteil vom 19.6.1985 - VIII ZR 238/84 - LM AGBG § 11 Ziffer 15 b Nr. 1 = NJW 1985, 2329 = WM 1985, 945 unter II 2), und für die Bestätigung im Handel mit Einbaumöbeln, daß die vom Verwender gefertigte Skizze und die Maßangaben richtig seien (Urteil vom 26.5.1986 - VIII ZR 229/85 - WM 1986, 1083). Im erstgenannten Fall hat er die Frage für Beweislasterschwerungen zum Nachteil des Kunden offengelassen,

sie aber für den Nebenabredenausschluß verneint, weil diese Tatsachenbestätigung nur die ohnehin bestehende Beweislastverteilung wiederhole und dem Kunden den Gegenbeweis offenlasse; auch eine im Sinne von § 9 AGBG unangemessene Benachteiligung des Kunden liege nicht vor. Im zweiten Fall hat der VIII. Zivilsenat die Frage bejaht. Der Bestätigungsklausel bezüglich der Skizze und der Maßangaben komme beweislaständernde Wirkung zu, weil sich der Verwender durch sie von dem Risiko, die Vertragsmäßigkeit seiner Leistung beweisen zu müssen, zu entlasten versuche; mit der Bestätigung als gegen den Kunden gerichtetes Beweismittel könne er die ihm obliegende Beweislast solange erfüllen, bis der Kunde die Unrichtigkeit seiner eigenen Bestätigung nachgewiesen habe (so auch Hensen, EWIR 1986, 848).

5. Der Senat folgt der überwiegenden Meinung im Schrifttum und damit den Gründen der Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 26. Mai 1986 (WM 1986, 1083) zur Bestätigungsklausel im Handel mit Einbaumöbeln. Diese Meinung entspricht dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes.

a) Unwirksam ist eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils "ändert". Nur als einen Beispielsfall nennt das Gesetz in § 11 Nr. 15 Buchst. a) AGBG, daß dem Kunden die Beweislast "auferlegt" wird. Daß die Klausel die Beweislast ausdrücklich nennt oder jedenfalls eine Regelung trifft, die sich auf das Risiko des Prozeßverlustes wegen Nichterweislichkeit der den Sachantrag tragenden Prozeßbehauptungen bezieht, ist demnach nur eine der Möglichkei-

ten der Beweislaständerung im Sinne von § 11 Nr. 15 AGBG. Die Verwendung der unterschiedlichen Worte "ändern" und "auferlegen" deutet darauf hin, daß die Änderung mehr umfaßt als nur die strikte Auferlegung oder Überbürdung der Beweislast. Eine ebenso gewichtige Änderung der Beweislast sieht das Gesetz in der in § 11 Nr. 15 Buchst. b) genannten Tatsachenbestätigung. Diese Tatsachenbestätigung muß etwas anderes sein als eine ausdrückliche oder sonstige Beweislastüberbürdung auf den Kunden im Sinne einer Beweislastumkehr. Nur dann kann die Regelung unter Buchst. b) des Gesetzes gleichgeordnet neben der unter Buchst. a) stehen. Darüberhinaus erfassen beide Buchstaben nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut ("insbesondere") nur Beispielsfälle. Demnach kann es neben der "Auferlegung" und der "Tatsachenbestätigung" noch weitere "Beweislaständerungen" im Sinne des Gesetzes geben. Wer also nach einer "Beweislastumkehr" fragt, verkürzt die Sichtweise unzulässig. Schon ein Weniger gegenüber der vollständigen Überbürdung der Beweislast und damit ihrer Umkehr kann diese Last nach der Ausdrucksweise des Gesetzes im Sinne von § 11 Nr. 15 AGBG ändern. Nach dem Gesetz ist eine Änderung schon der Versuch des Verwenders, die Beweisposition des Kunden zu verschlechtern, indem der Verwender z.B. durch eine vom Kunden gegen sich selbst ausgestellte Bestätigung seiner Beweislast zu "genügen", genauer zu entgegen sich bemüht. Bereits dann, wenn die formularmäßige Klausel zur Folge haben kann, daß der Richter die Anforderungen an den Beweis zum Nachteil des Kunden erhöht - bei dessen

Beweislast - oder aber ermäßigt - bei Beweislast des Verwenders -, liegt eine für § 11 Nr. 15 AGBG maßgebliche Änderung des Anwendungsbereichs der Beweislast vor. Der Richter stellt nämlich dann zum Nachteil des Kunden seine Entscheidung unter andere Beweislastanforderungen, als das Gesetz oder die anerkannten Grundsätze dies vorsehen (so zu Recht Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 15 Rdn. 4).

b) Dieses weitgehende Verständnis der Voraussetzung "Änderung der Beweislast" entspricht auch dem Zweck des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers. Das belegt die Entstehungsgeschichte. Zweck des § 11 Nr. 15 AGBG ist es, solche Klauseln zu verbieten, mit deren Hilfe ein späteres gegenteiliges Vorbringen des Kunden "erschwert oder unmöglich gemacht" werden soll (BT-Drucks. 7, 3919 S. 39). Schon die Erschwerung unterliegt dem Verbot. Anders wäre der beabsichtigte Schutz des Kunden unnötig eingeschränkt, wenn nicht sogar in Frage gestellt.

c) Eine Unterscheidung von Beweislast und Beweisführungslast hilft bei der Anwendung von § 11 Nr. 15 b AGBG nicht weiter. Sie berücksichtigt nicht genügend, daß schon der Versuch des Verwenders, die Beweislast mit einer Klausel zu verschieben, im Prozeß möglicherweise den erwünschten Erfolg haben kann. Entgegen Prognoseversuchen ist in einem solchen Fall keineswegs auszuschließen, daß der gerade entscheidende Richter sich davon maßgeb-

lich beeinflussen läßt.

II.

Auch die Klausel 2 und ihre Überschrift (Aus-handelnsbestätigung des Verwenders) sind unwirksam.

Dabei handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG. Daß sie nur in der Auftragsbestätigung der Beklagten enthalten ist, hat keine maßgebliche Bedeutung. Die oben unter I 3 beschriebene Definition der allgemeinen Geschäftsbedingung erfaßt auch Auftragsbestätigungen. Eine vorformulierte Auftragsbestätigung kann die Annahmeerklärung zum Angebot des Kunden sein. Auch wenn sie eigentlich nur den bereits zustandekommenen Vertrag noch einmal bestätigen soll, kann mit ihrer Verwendung eine kundennachteilige Vertragsänderung angetrebt werden in der Erwartung, der Kunde werde durch sie zu einer mindestens stillschweigenden Zustimmung veranlaßt.

Auch hier steht § 2 AGBG der Prüfung nicht entgegen. Anders als im Fall des Senatsurteils vom 14. Januar 1987, IVa ZR 130/85 - zur Veröffentlichung bestimmt -, in welchem der Verwender nur auf seine auf der Rückseite abgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen hatte, so daß sein Hinweis die davon abgesetzten "Vorbemerkungen" nicht erfaßte, weist die Beklagte als Verwenderin durch Übersendung

ihres mit "Auftragsbestätigung" überschriebenen Formulars ihre Kunden ausdrücklich auf deren Inhalt hin und gibt ihnen Gelegenheit, in zumutbarer Weise davon Kenntnis zu nehmen.

Dieser Teil der Auftragsbestätigung der Beklagten kann die Wirkung einer Beweislaständerung im oben unter I. 5. dargelegten Sinne haben. Deshalb ist er schon nach § 11 Nr. 15 Buchst. b AGBG unwirksam. Es ist nicht auszuschließen, daß auch eine Formularbestätigung des Verwenders im Streitfalle Beweismwirkungen entfaltet, die nicht völlig unerheblich sind. Auch dazu kann auf die Ausführungen unter I. 5. Bezug genommen werden.

III.

Im Ergebnis ist dem Berufungsurteil auch hinsichtlich der Klausel 3 (Auslagenersatz) zu folgen. Das Berufungsgericht hält diese Klausel für unwirksam gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

1. Die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Maklerprovision durch vorformulierte Klauseln ist im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht möglich (MünchKomm/Schwerdtner, 2. Aufl. § 652 Rdn. 263). Zum Leitbild der gesetzlichen Regelung des Maklerrechts gehört nach einhelliger Auffassung im Schrifttum und in der Rechtsprechung, daß eine erfolgsunabhängige Provision nicht, auch nicht bei einem Maklerdienstvertrag, geschuldet ist (vgl. z.B. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, 2. Aufl. Bd. III B

49 Rdn. 22 m.w.N.; zuletzt Senatsurteil vom
20.3.1985 - IVa ZR 223/83 - LM AGBG § 1
Nr. 3 = NJW 1985, 2477 = WM 1985, 751 unter III).

Dem steht das von der Revision herangezogene Senatsurteil vom 25. Mai 1983 (BGHZ 87, 309) zum Ehevermittlungsvertrag nicht entgegen. Es behandelt den vom Eheräklervertrag zu unterscheidenden ernstlich gewollten Eheanbahnungsdienstvertrag (BGHZ 87, 309, 313 f.). Bei diesem heute in der Praxis fast ausschließlich anzutreffenden Ehevermittlungsvertrag stellt sich der Ehevermittler nach der Verkehrssitte von vornherein nur unter das Leitbild der §§ 611 ff BGB. Der Makler hingegen verlangt regelmäßig eine erfolgsabhängige, prozentual auf den Vertragsgegenstand bezogene Provision. Kaum einmal schließt er einen Dienstvertrag im eigentlichen Sinn mit einer festen, von vornherein erfolgsunabhängigen üblicherweise nach Zeitaufwand oder Zeitabschnitten bemessenen Vergütung. Mit der Maklerprovision hat er sich für das Leitbild des § 652 BGB entschieden. An diesem und nicht an dem des Dienstvertragsrechts muß er sich dann messen lassen.

2. Ob hingegen die Vereinbarung zwischen ~~Makler~~ und Kunden, den dem Makler entstandenen materiellen Aufwand zu ersetzen, ebenfalls den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des Maklerrechts widerspricht, ist umstritten (zum Meinungsstand umfassend Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, 2. Aufl. Bd. III B 49 Rdn. 34 - 37).

Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang nicht entschieden. Er hat nur Leitsätze dazu aufgestellt, wann die Vereinbarung eines "Bemühungsentgelts" bei Grundstücksgeschäften der Beurkundung bedarf (zuletzt Senatsurteil vom 2.7.1986 - IVa ZR 102/85 - NJW 1987, 54 = WM 1986, 1438).

Nach richtiger Auffassung verbietet das gesetzliche Leitbild des Maklers die Vereinbarung eines Aufwendungsersatzanspruches in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht. Das Gesetz läßt solche Vereinbarungen in § 652 Abs. 2 BGB ausdrücklich zu. Sie bevorzugen das Interesse des Maklers und benachteiligen dementsprechend das des Kunden nicht unangemessen. Der Makler ist, wenn er im Interesse des ihm verbundenen Kunden und auch im eigenen Provisionsinteresse Erfolg haben will, also durch seinen Nachweis oder seine Vermittlung den Vertragsabschluß herbeiführen will, darauf angewiesen, an den Interessenten heranzukommen, um die Verbindung zwischen den zukünftigen Vertragsparteien herzustellen. Dafür muß er mit nicht selten erheblichem Aufwand (Reisekosten, Post-, Schreib- und vor allem Veröffentlichungsgebühren) sein gesprochenes oder geschriebenes Wort dem Interessenten übermitteln. Wegen seiner Spezialkenntnisse kann er das Verhältnis zwischen Aufwand und Erfolg günstiger gestalten als der Kunde. Vor allem aber hat der Kunde, weil Aufwendungsersatz nur bei entsprechender Vereinbarung zu ersetzen ist, grundsätzlich die Möglichkeit, allzu großen oder gar unangemessenen Aufwand von vornherein auszuschließen.

3. Jedoch muß sich die Vereinbarung um in allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam zu sein wirklich und ausschließlich auf den Ersatz von konkretem Aufwand beziehen. Wird im Gewande des Aufwenderersatzes in Wahrheit eine erfolgsunabhängige Provision vereinbart, dann muß dies dem Verbot des § 9 AGBG unterfallen.

So liegt es hier aus mehreren Gründen:

a) Nach der von der Beklagten verwendeten Klausel 3 muß der Kunde selbst dann den "Auslagenersatz" in vereinbarter Höhe zahlen, wenn er seinen Auftrag zurückzieht, bevor überhaupt Auslagen entstanden sein können. Schon dieser Umstand allein beweist, daß mit der Klausel jedenfalls auch die Zahlung einer erfolgsunabhängigen Provision vereinbart wird.

b) Es ist nicht so, daß die Aufwendungen des Maklers regelmäßig in einem bestimmten Verhältnis zum Wert des Objektes oder gar zur Preisvorstellung des Kunden stehen. Sie steigen nicht entsprechend dem zunehmenden Wert oder der höheren Preisvorstellung. Deshalb ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, die Höhe des Auslagenersatzes in der Weise zu bestimmen, daß sie als Anteil auf die Preisvorstellung, den Wert oder den letztlich erzielten Preis bezogen wird. Auf die dabei entstehenden Unzuträglichkeiten hat der Senat bereits an anderer Stelle hingewiesen (Urteil vom 2.7.1986 aaO unter 1. c) und 2. d)).

c) Die in der Klausel 3 angenommenen 0,4% erreichen schon bei einer Preisvorstellung von über 250.000,- DM einen Betrag von mehr als 1.000,- DM, übersteigen also bei mehr als 2,5 Mio. DM 10.000,- DM. Post- und Schreibgebühren des Maklers können eine solche Summe nicht erreichen. In dem annähernd vergleichbaren Fall der Reisekosten und der Post- und Schreibgebühren des Rechtsanwalts ermöglicht § 25 Abs. 3 BRAGO zwar eine prozentuale Pauschalierung, jedoch nur bis zu einem mäßigen Höchstbetrag. Grundsätzlich wird dem Rechtsanwalt zugemutet, nur die nachgewiesenen Unkosten abzurechnen. Die daraus folgende Notwendigkeit, die Kosten auf die Angelegenheit bezogen festzuhalten, belastet den Anwalt nicht übermäßig, wie die Praxis zeigt. Nichts anderes kann für die Auslagen, insbesondere auch für die Veröffentlichungskosten des Maklers gelten. Auch er kann die Kosten bei dem Objekt oder dem Kunden vermerken.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter