

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 316, 653

Ist die Höhe der Vergütung eines Immobilienmaklers nicht bestimmt, fehlt es an einer Taxe und läßt sich keine feste Übung für die Bemessung des Maklerlohnes, sondern nur feststellen, daß sich die Vergütung üblicherweise in einem bestimmten Rahmen bewegt (übliche Spanne), dann kann der Makler seine Vergütung im allgemeinen nicht selbst bestimmen.

BGH, Urt. v. 13. März 1985 - IVa ZR 211/82 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 211/82

URTEIL

Verkündet am
13. März 1985
Mutterer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalt Dr. Wilhelm S., F.,
Witlarer H., als Konkursverwalter im Konkurs über
das Vermögen der früheren Beklagten, Firma B.,
Finanzierungsgesellschaft Aktiengesellschaft i.L.,
K./T.,

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagten und Revisionsklägers,
Rechtsanwalt -

g e g e n

Fa. U. GmbH-Wärmepumpen und Sonnenkollektoren -
vormals E. & Ed. & Rohstoff GmbH, F., ver-
treten durch ihre Geschäftsführerin Beate Ne.,
F., Dufingstraße ,

- Prozeßbevollmächtigter: Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dr. Lang, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 9. November 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten beider Revisionsverfahren - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Aufgrund Kaufvertrages vom 3. Juli 1978 erwarb die Fa. Ru■■■■, Grundstücksgesellschaft mbH & Co Anlagenkommanditgesellschaft, ein Grundstück in K■■■■■■■■■■/ T■■■■■■■■■■ zum Preise von 4.200.000 DM. Die Klägerin hat



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



die frühere Beklagte auf Zahlung von Maklerlohn in - angeblich üblicher - Höhe von 5% zuzüglich 12% Mehrwertsteuer darauf (235.200,- DM) nebst Zinsen in Anspruch genommen, weil sie der früheren Beklagten das Grundstück zum Ankauf nachgewiesen und weil sie den Kauf durch die (von der früheren Beklagten eingeschaltete und abhängige) Firma Ru... vermittelt habe. Die frühere Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Ein Maklervertrag sei nicht zustande gekommen, Maklerdienste habe ihr die Klägerin nicht geleistet und 5% seien als Maklerlohn auch nicht üblich. Sie habe der Klägerin lediglich aus Kulanz eine Provision von 2% zugesagt; damit sei die Klägerin einverstanden gewesen.

Das Landgericht hat die frühere Beklagte zur Zahlung von 117.600 DM (= 2,5% plus Mehrwertsteuer) nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klägerin weitere Zinsen zugesprochen und die weitergehende Berufung der Klägerin und die Anschlußberufung der Beklagten zunächst zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hat der erkennende Senat das erste Berufungsurteil am 31. März 1982 (- IVa ZR 4/81 = LM BGB § 653 Nr. 8) aufgehoben, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt war, und hat an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Inzwischen hat das Berufungsgericht der Berufung der Klägerin stattgegeben. Hiergegen hat sich die frühere Beklagte mit ihrer Revision gewandt. Über ihr Vermögen ist im Laufe des Revisionsverfahrens der Konkurs er-

öffnet worden. Der Konkursverwalter hat das Verfahren aufgenommen und beantragt nunmehr, das Berufungsurteil aufzuheben, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen und seinen Widerspruch gegen die vom Oberlandesgericht titulierte und zur Tabelle angemeldete Forderung der Klägerin für begründet zu erklären.

Entscheidungsgründe:

Die Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter ist unbedenklich. Die von ihm fortgeführte Revision hat die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die erneute Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur Folge.

1. Während das Oberlandesgericht in seinem früheren Berufungsurteil (infolge Verkennung der Beweislast) davon ausgegangen war, die (damaligen) Parteien seien sich kurz vor der Protokollierung des notariellen Kaufvertrags einig geworden, daß ein bestimmter, unterhalb der üblichen Vergütung liegender Maklerlohn zu zahlen sei, und offengelassen hatte, ob bereits von Anfang an ein Maklervertrag abgeschlossen worden war, beurteilt es die Sache jetzt bereits im Tatsächlichen anders. Nunmehr stellt es fest, die Parteien hätten bereits "von Anfang an" einen Maklervertrag vereinbart, und hält die Absprache über eine niedrigere Vergütung

"kurz vor dem Kaufvertrag" für nicht bewiesen. Auf dieser Grundlage erachtet es den eingeklagten Anspruch, soweit er erneut zu seiner Entscheidung stand, dem Grunde nach rechtsfehlerfrei für gerechtfertigt. Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwände.

2. Das Berufungsgericht billigt der Klägerin einen Maklerlohnanspruch in Höhe von 5% des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer zu. Die Klägerin könne sich für die Höhe ihres Maklerlohnes zwar nicht auf ihre Geschäftsbedingungen berufen, in denen eine Provision in dieser Höhe vorgesehen sei. Denn sie habe weder substantiiert dargelegt noch bewiesen, daß ihre Geschäftsbedingungen gerade für das Grundstück, um das es hier geht, Vertragsinhalt geworden seien. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

3. Dennoch, so meint das Berufungsgericht, stehe der Klägerin die geforderte Vergütung zu. Da ein bestimmter Betrag für die Höhe der Vergütung nicht vereinbart sei und eine Taxe nicht bestehe, sei gemäß § 653 Abs. 2 BGB der übliche Lohn als vereinbart anzusehen. Eine feste Übung bestehe aber nach Auskunft der Industrie- und Handelskammer im Frankfurter Raum nicht. Von 26 befragten, verkehrsbeteiligten Maklern berechneten nur 11 eine Vergütung von 5%, die übrigen weniger in unterschiedlicher Höhe. Das Mittel der geforderten Vergütungen liege bei 4%, werde aber nur

von einem einzigen Makler gefordert. Daher könne die Klägerin die Höhe ihrer Vergütung gemäß § 316 BGB selbst bestimmen. Der von der Klägerin geforderte Satz von 5% sei nicht unbillig; diese sei nicht nur Gelegenheitsmaklerin.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind begründet.

a) Dem angefochtenen Urteil kann allerdings nicht entgegengehalten werden, § 316 BGB greife schon deshalb nicht ein, weil es sich bei einem Maklervertrag im allgemeinen nicht um einen gegenseitigen Vertrag (vollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag) handelt (z.B. BGB-RGRK-Dehner, 12. Aufl. § 652 Rdn. 1; Anm. v. Knüfer, LM BGB § 652 Nr. 51 zu BGHZ 63, 74, 75; MK-Schwerdtner, BGB § 652 Rdn. 8-10); diese Vorschrift gelte bereits von Haus aus nur für gegenseitige Verträge. Diese Auffassung ist zwar verbreitet (z.B. Palandt/Heinrichs, BGB 44. Aufl. § 316 Anm. 2 a; BGB-RGRK-Ballhaus, 12. Aufl. § 316 Anm. 1, 2, vgl. aber auch Anm. 6; MK-Söllner, BGB § 316 Rdn. 2). Sie läßt sich aber - auch bei Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Bestimmung - nicht aufrechterhalten. § 316 BGB bezieht sich vielmehr auf alle Verträge, bei denen für eine bestimmte Leistung eine Gegenleistung verlangt werden kann, deren Umfang nicht bestimmt ist. Auch diejenigen Kommentare, die die Auffassung vertreten, § 316 BGB

setze einen (echten) gegenseitigen Vertrag voraus, sprechen meist an anderer Stelle aus, Maklerverträge seien nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen (z.B. BGB-RGRK-Weber, 12. Aufl. § 316 Rdn. 6; Jauernig/Vollkommer, BGB 3. Aufl. § 653 Anm. 3 b a.E.; Staudinger/Kaduk, BGB 10./11. Aufl. § 316 Rdn. 7; Soergel/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 316 Rdn. 2; Erman/Battes, BGB 7. Aufl., § 316 Rdn. 3).

b) Ein Hauptanliegen des § 316 BGB ist es, Vorsorge dafür zu treffen, daß Verträge wie Kauf-, Miet- oder Dienstverträge, die von den Beteiligten als verbindlich gewollt sind, bei denen aber z.B. die Höhe des Kaufpreises, des Mietzinses oder der Vergütung unbestimmt gelassen werden, nicht aus diesem Grunde scheitern. Im Anwendungsbereich der Vorschriften der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 und 653 Abs. 2 BGB ist dieser Gesetzeszweck durch die Anknüpfung an objektive Maßstäbe weitgehend obsolet. Auch das ist aber kein Grund, § 316 BGB hier nicht anzuwenden. Richtig ist allerdings, daß der angeführte Regelungsgrund sein Gewicht weitgehend verloren hat, wo Regelungen wie § 653 Abs. 2 BGB eingreifen; Unwirksamkeit des Vertrages wegen Fehlens einer (exakten) Leistungsbestimmung wird in diesem Bereich heute auch dort nicht ernstlich in Betracht gezogen, wo es sowohl an einer Taxe als auch an einer festen Übung oder einem sonstigen objektiven Maßstab fehlt. Vielmehr sind in solchen Fällen die geschlossenen Verträge in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchweg

aufrechterhalten worden, und zwar entweder gerade durch ein Zurückgreifen auf § 316 BGB (so für § 612 Abs. 2 BGB: BGH, Urteil vom 29.9.1969 - VII ZR 108/67 = WM 1969, 1360 f - Vermögensverwalter; Urteil vom 21.3.1961 - I ZR 133/59 = NJW 1961, 1251 - freier wissenschaftlicher Mitarbeiter eines Industrieunternehmens; für § 632 Abs. 2 BGB: BGH, Urteil vom 19.12.1953 - II ZR 189/52 = LM BGB § 316 Nr. 1 - Schälen von Baumstämmen; Urteil vom 29.11.1965 - VII ZR 265/63 = LM BGB § 315 Nr. 6 - Gutachtenerstattung; Urteil vom 16.2.1970 - VII ZR 97/68 = LM GebOA Nr. 8 - Architektenplanung), durch ein Abstellen auf die "Angemessenheit" (für § 653 Abs. 2 BGB: BGH, Urteil vom 30.4.1969 - IV ZR 785/68 = WM 1969, 994; für § 420 HGB: RG JW 1915, 658 f) oder auch mit Hilfe der Mittel der Individualauslegung - gegebenenfalls auch der ergänzenden - (vgl. für § 612 Abs. 2 BGB: BGH, Urteil vom 21.3.1961 - NJW 1961, 1251 -; für § 87 b Abs. 1 HGB: BGH, Urteil vom 15.2.1971 - VII ZR 122/69 = VersR 1971, 464 - Handelsvertreter).

c) Dennoch kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben.

§ 316 BGB ist, wie es in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich heißt und weithin anerkannt wird, als eine gesetzliche Auslegungsregel gedacht (BGHZ 71, 276, 284 und ständig), der gegenüber, da sie nur "im Zweifel" eingreift, die Auslegung den Vorrang hat (vgl. von

Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Band 1. Hälfte § 51 II 1 S. 186 f. und § 64 I S. 536; Soergel/Damrau, BGB 11. Aufl. § 2066 Rdn. 1; Senatsurteil vom 8.7.1981 - IVa ZR 177/80 = NJW 1981, 2743, 2745; BGHZ 81, 95, 99 und ständig). § 316 ist daher nicht maßgebend, wenn die Auslegung des Maklervertrages etwas anderes ergibt. An der insoweit gebotenen Auslegung hat der Tatrichter es fehlen lassen. Der Senat kann die fehlende Auslegung aber selbst nachholen, weil es insoweit weiterer tatsächlicher Aufklärung nicht mehr bedarf.

Mit der Vorschrift des § 316 BGB fördert das Gesetz eine von ihm bevorzugte Regelung in gewisser Weise. Es stellt sich aber nicht gegen den Willen der Vertragsschließenden, auch nicht gegen den Willen des Vertragspartners, dessen Leistungspflicht mit Hilfe der genannten Norm näher bestimmt werden soll. Es geht vielmehr umgekehrt von der Vorstellung aus, daß Vertragspartner, die den Umfang einer geschuldeten Gegenleistung nicht vertraglich festlegen, bei Vertragsschluß im allgemeinen beide mit einem entsprechenden Bestimmungsrecht des Gläubigers der Gegenleistung einverstanden sind. Wo dies dem wirklichen (oder mutmaßlichen) Willen beider Seiten nicht entspricht, kann die Auslegungsregel daher keine Anwendung finden.

Im vorliegenden Fall muß angenommen werden, daß die Beklagte mit einem derartigen Bestimmungsrecht der klagenden Maklerin nicht einverstanden war. Die Beklagte hat sogar noch nachträglich versucht, eine Vereinbarung

über eine niedrige Provision mit der Klägerin zu treffen. Mutmaßlich war die Beklagte mit einem Bestimmungsrecht der Klägerin daher gerade nicht einverstanden.

Ein derartiges Bestimmungsrecht des Immobilienmaklers über die Höhe seiner Provision entspricht bei gehöriger Mitberücksichtigung der Vorstellungen und Wünsche des Maklerkunden auch allgemein nicht der Interessenlage. Ein Bestimmungsrecht des Maklers gemäß § 316 BGB würde den Maklerkunden dazu nötigen, sich mit jeder Vergütung abzufinden, die die unter Umständen nicht unbeträchtliche Spanne der Billigkeit noch nicht überschreitet. Er müßte auch einen Betrag akzeptieren, der an der Obergrenze dessen liegt, was (noch) nicht als unbillig bezeichnet werden kann, und zwar auch dann, wenn diese Obergrenze deutlich über einem Durchschnittswert liegt. Hierin läge ein so großes Entgegenkommen des Maklerkunden an den Makler, daß im allgemeinen nicht angenommen werden kann, der Kunde sei dazu bereit (vgl. auch BGH, Urteil vom 21.12.1977 - V ZR 179/75 = LM BGB § 157 - Ge Nr. 28 = WM 1978, 228 - Anpassung eines Erbbauzinses). Für die Annahme, ein entsprechendes Bestimmungsrecht sei hier gemäß § 315 Abs. 1 BGB vereinbart, ist damit ebenfalls kein Raum. Unter diesen Umständen wird das Berufungsgericht die Höhe der Vergütung des Klägers nach anderen Grundsätzen bestimmen müssen.

4. Für die weitere Verhandlung wird auf folgendes hingewiesen:

Wenn § 653 Abs. 2 BGB für die Bestimmung der Höhe

des Maklerlohnanspruchs in bestimmten Fällen auf die "übliche" Provision verweist, dann kann das nur in solchen Bereichen zu einer exakten Festlegung der Vergütungshöhe führen, wo sich feste Übungen entwickelt haben. Bei der Verschiedenartigkeit der vermakelten Objekte und der dabei im Einzelfall beteiligten Interessenten ist es nicht verwunderlich, wenn sich feste Übungen - auch der Immobilienmakler des Bezirks einer einzelnen Industrie- und Handelskammer - nicht überall und nicht für jede Zeit feststellen lassen. Als übliche Vergütung werden dementsprechend vielfach von vorneherein gewisse Spannen angegeben. Sie können veranlaßt sein durch Schwankungen der Praxis oder auch durch unterschiedliche Übungen, die nebeneinander herlaufen.

Entgegen der Auffassung, die das Berufungsgerecht vertritt, sind derartige "übliche" Spannen (z.B. etwa 3 bis 5%) für die Festlegung der Vergütung im Einzelfall gemäß § 653 Abs. 2 BGB aber nicht völlig ungeeignet. Vielmehr wird der Tatrichter Vergütungsansprüche, die den Höchstsatz einer solchen "üblichen" Spanne übersteigen, von vorneherein als nicht üblich abweisen können. Auch werden Sätze, die an der oberen oder an der unteren Grenze solcher Spannen liegen, nur vereinzelt vorkommen und sich daher als in Wahrheit nicht üblich aus der angegebenen Spanne ausscheiden lassen. Für den Richter verbleibt dann nur ein engerer Rahmen, in dem sich die Vergütungen "üblicherweise" bewegen.

Die verbleibende Lücke muß durch Auslegung, notfalls nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung, geschlossen werden (BGH, Urteil vom 21.3.1961 aaO). Diese kann dazu führen, daß im Streitfall das Gericht den "angemessenen" Betrag festlegen soll, und zwar ohne daß es zuvor einer besonderen Bestimmung durch einen der Beteiligten bedürfte (so im Ergebnis BGH, Urteil vom 30.4.1969 - IV ZR 785/68 = WM 1969, 994 - Maklervertrag; BGHZ 71, 276, 284 - Bemessung des Ankaufspreises für ein Grundstück; Urteil vom 1.4.1955 - V ZR 154/54 = LM GRMG Nr. 1 - Mietvertrag; Urteil vom 8.4.1968 - VIII ZR 18/66 = LM BGB § 157 (Ga) Nr. 14 - Mietvertrag; Urteil vom 5.2.1971 - V ZR 75/80 = WM 1971, 352 - Anpassung eines Erbbauzinses; Urteil vom 21.12.1977 - WM 1978, 228).

Die angemessene Maklervergütung, die das Gericht in solchen Fällen festzulegen hat, liegt stets innerhalb der Spanne der (noch) üblichen Vergütungen. Bei ihrer Bemessung darf der Tatrichter von einem mittleren Prozentsatz ausgehen. Er wird sodann die besonderen Umstände, wie z.B. den Wert und die Art des vermakelten Objekts

sowie die Leistungen und die Aufwendungen des Maklers zu berücksichtigen und danach zu fragen haben, ob und in welchem Umfange die Umstände Zu- und Abschläge zu dem Ausgangsbetrag erforderlich machen. Ein ähnliches Vorgehen ist auch bei der Bestimmung solcher Vergütungen geboten, für die das Gesetz lediglich gewisse Höchst- und Mindestgrenzen zieht.

Dr. Hoegen

Dr. Lang

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs