

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

AGBG §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 9 Bc, Cl; BGB § 652

- a) Eine Wohnungsbauträgergesellschaft, die sich von einem Wirtschaftsprüfer ein Vertragswerk für ein Bauherrenmodell ausarbeiten läßt, ist Verwenderin der darin enthaltenen AGB, auch wenn der Wirtschaftsprüfer später als Treuhänder der Bauherren die Verträge in deren Namen mit der Gesellschaft abschließt.
- b) Das Versprechen eines erfolgsunabhängigen Entgelts für den Nachweis oder die Vermittlung einer Finanzierung in AGB ist unwirksam, auch wenn der Makler eine Verpflichtung zur Tätigkeit und eine gewisse Garantie übernommen hatte.

BGH, Urt. v. 20. März 1985 - IVa ZR 223/83 - OLG München
LG Augsburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 223/83

URTEIL

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

in dem Rechtsstreit

der Firma S[REDACTED]-S[REDACTED] Wohnungsbauträger GmbH,
F[REDACTED]straße [REDACTED], A[REDACTED], vertreten durch die Geschäfts-
führer Dr. Brigitte H[REDACTED], Peter S[REDACTED] und
Wolfgang S[REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagten und Revisionsklägerin,
Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Dr. med. Jürgen B[REDACTED], R[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED]

- Prozeßbevollmächtigter: Kläger und Revisionsbeklagten,
Rechtsanwalt C[REDACTED] -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1985
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die
Richter Rottmüller, Dr. Lang, Dr. Zopfs und Dr. Ritter

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 27. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts München mit dem Sitz
in Augsburg vom 21. September 1983
wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der
Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt die Rückzahlung einer Finanzierungs-
vermittlungsgebühr, die er als Bauherr bei dem Erwerb
einer Eigentumswohnung nach dem Bauherrenmodell bezahlt
hat. Die Bauherrengemeinschaft "A K" in S-
bei A kam auf Initiative der Beklagten,
einer Wohnungsbauträgersgesellschaft, zustande. Diese hatte
bebaubare Grundstücke zur Verfügung und wandte sich an
den ihr für die Entwicklung von Bauherrenmodellen bekanntge-



wordenen Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dieter S., um die Möglichkeit und die wirtschaftlichen Chancen einer Bebauung nach dem Bauherrenmodell überprüfen zu lassen. Dieser brachte zu einer Besprechung mit den Geschäftsführerin der Beklagten ein Bündel von schon früher von ihm erarbeiteten Vertragsmustern mit und legte der Beklagten unter anderem das schon früher verwendete Vertragsmuster eines Finanzierungsvermittlungsvertrages vor, das auf seinen Vorschlag hin noch um die Bestimmung ergänzt wurde, daß das Entgelt für den Nachweis oder die Vermittlung der Zwischen- und Endfinanzierung auch dann zu zahlen ist, wenn der Bauherr die Finanzierung nicht bzw. nicht in voller Höhe in Anspruch nimmt. Der Wirtschaftsprüfer S. erklärte sich schließlich nach weiteren Überarbeitungen der Vertragsmuster bereit, die Treuhandschaft für die Bauherren, die sich an dem Modell beteiligen würden, zu übernehmen. Er schloß in der Folgezeit mit Interessenten Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträge ab, aufgrund deren er beauftragt wurde, für die Bauherren deren Rechte und wirtschaftliche Interessen beim Erwerb des Baugrundstücks sowie beim Bau, der Finanzierung und der späteren Vermietung umfassend wahrzunehmen und die Bauherren beim Abschluß und bei der Durchführung der erforderlichen Verträge zu vertreten.

Als einer der Bauherren begründete auch der Kläger ein derartiges Treuhandverhältnis mit dem Wirtschaftsprüfer S.. Dieser schloß sodann aufgrund

der Ermächtigungen in dem Treuhandvertrag für den Kläger unter anderem den Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der Bauherrengemeinschaft und mit der Beklagten den Grundstückskaufvertrag, den Finanzierungsvermittlungsvertrag, einen Bürgschafts- und Zinsgarantievertrag und einen Mietervermittlungsvertrag, sowie einen Baubetreuungs- und einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit einer Bauträgergesellschaft. Der Finanzierungsvermittlungsvertrag lautet auszugsweise:

"Finanzierungsvermittlungsvertrag

§ 1 Finanzierungsvermittlung

Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Bauherren für das oben genannte Bauvorhaben nachstehende Fremdfinanzierungsmittel nachzuweisen bzw. zu beschaffen:

1. den erforderlichen Bauzwischenkredit zu den jeweils marktüblichen Konditionen bis zu einer Höhe von 85% des Gesamtaufwandes;
2. die Dauerfinanzierung zu den jeweils marktüblichen Konditionen bis zu einer Höhe von 85% des Gesamtaufwandes zuzüglich Damnum.

§ 2 Vertragsdurchführung

1. Der Beauftragte übernimmt die Verpflichtung aus diesem Vertrag mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.
2. Der Beauftragte gewährleistet die Beschaffung der erforderlichen Zwischen- und Dauerfinanzierungsmittel einschließlich ihrer rechtzeitigen Valutierung, wenn und soweit der Bauherr die banküblichen Bedingungen und Auflagen erfüllt

.....

§ 4 Vergütung

1. Der Beauftragte erhält für den Nachweis oder die Vermittlung der Zwischenfinanzierung ein Entgelt in Höhe von 1,7% des kalkulierten Gesamtaufwandes ohne Garage.
2. Der Beauftragte erhält für den Nachweis oder die Vermittlung der Endfinanzierung ein Entgelt in Höhe von 1,7% des kalkulierten Gesamtaufwandes ohne Garage.
3. Die Vergütungen werden mit Abschluß dieses Vertrages fällig. Sie sind im Gesamtaufwand enthalten und daher nicht zusätzlich zu entrichten.
4. Das Entgelt gilt zwischen den Parteien als fest vereinbart.....

Das Entgelt ist auch dann zu zahlen, wenn der Bauherr die nachgewiesene bzw. vermittelte Finanzierung nicht bzw. nicht in voller Höhe in Anspruch nimmt.

....."

Der Kläger bezahlte das vereinbarte Entgelt von 3.845,- DM für die Endfinanzierung im voraus, nahm jedoch die ihm von der Beklagten angebotene Endfinanzierung nicht an, sondern besorgte sich anderweitig ein Darlehen.

Er hält § 4 Nr. 4 Abs. 2 des Finanzierungsvermittlungsvertrages für unwirksam (§ 9 AGBG) und fordert die Vermittlungsgebühr nebst Zinsen zurück. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit ihrer - zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte die Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht wendet auf den Finanzierungsvermittlungsvertrag das AGB - Gesetz an. Es führt dazu aus, die Klauseln seien für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden. Der Vertrag sei von der Beklagten unverändert mit sämtlichen Bauherren des Objektes "A. K. [REDACTED]" abgeschlossen worden. Damit handelt es sich um einen Formularvertrag im Sinne des AGB - Gesetzes. Das wird von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

Das Berufungsgericht sieht die Beklagte als Verwenderin der streitigen Klausel an: Sie habe sich § 4 Nr. 4 Abs. 2 des Finanzierungsvermittlungsvertrages einseitig zu ihren Gunsten zunutze gemacht, ohne daß von den Parteien vorher im einzelnen darüber gesprochen worden wäre. Die Klausel begünstige sie einseitig, liege also ausschließlich in ihrem Interesse. Als der Wirtschaftsprüfer S. [REDACTED] die Klausel nach Absprache mit der Beklagten festgelegt habe, sei er dem Kläger gegenüber noch nicht

treuhänderisch gebunden gewesen. Es habe vielmehr ein Interessengleichklang zwischen dem Wirtschaftsprüfer und der Beklagten bestanden. Es erscheine deshalb nach Treu und Glauben gerechtfertigt, die Beklagte beim späteren formalen Abschluß der Verträge mit dem Kläger als Verwenderin anzusehen.

Demgegenüber beruft sich die Revision darauf, Sonntag sei Vertreter des Klägers und sein Treuhänder; die Klausel sei deshalb zumindest von beiden Seiten verwendet worden. Dieser Betrachtungsweise folgt der Senat nicht. Zwar ist der Vertrag nicht vom Kläger selbst, sondern von seinem rechtsgeschäftlichen Vertreter, dem Treuhänder des Bauvorhabens, der die Vertragsklauseln maßgeblich formuliert hatte, abgeschlossen worden. Arbeiten der Treuhänder eines Bauherren und der Bauträger das Formular gemeinsam aus und legen es dann den Verträgen, die der Treuhänder im Namen der am Bauvorhaben beteiligten Bauherren mit dem Bauträger schließt, zugrunde, so liegt der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG nicht vor; denn die Vorschrift setzt voraus, daß die im Formularvertrag enthaltenen Bedingungen von einer Seite einseitig dem anderen Vertragspartner auferlegt worden sind (Senatsurteil vom 7. Dezember 1983 unter III 2 - IVa ZR 52/82 = WM 1984, 240 = BB 1984, 564). Die in diesem Urteil angesprochene Fallgestaltung ist hier aber nicht gegeben. Der Berufungsrichter hebt zu Recht darauf ab, daß der Wirtschaftsprüfer S. die Vertragsklauseln zu einer Zeit formulierte, als er noch nicht Treuhänder der Bau-

herren war. Unstreitig war er allein im Auftrag der Beklagten tätig, als er im Einvernehmen mit ihr die Vertragstexte so formulierte, wie sie später unverändert den Verträgen zugrundegelegt wurden. Die Beklagte hat sich danach des Wirtschaftsprüfers als ihres Beraters für die Formulierung der Verträge bedient. Da auf ihre Veranlassung die so für sie formulierten Verträge bei den Vertragsabschlüssen mit den Bauherren unverändert zugrunde gelegt wurden, ohne daß über Einzelheiten gesprochen worden wäre, hat sie die Vertragsklauseln gestellt und ist Verwenderin im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG. Daran ändert nichts, daß der Wirtschaftsprüfer S. nach Festlegung der Bedingungen auch für die andere Seite als Treuhänder aufgetreten ist. Denn zur Zeit der Formulierung der Vertragsklauseln hatte er kein Mandat von den Bauherren, ihre Interessen wahrzunehmen, war vielmehr nur im Auftrag der Beklagten tätig. Nachdem er von den Bauherren zum Treuhänder bestellt war, nahm er keinen Einfluß mehr auf den Inhalt der Verträge. Die so erarbeiteten Vertragsklauseln muß sich deshalb die Beklagte als alleinige Verwenderin zurechnen lassen.

II.

Das Berufungsgericht hat den streitigen Vertrag als Maklervertrag ausgelegt. Er habe die Vermittlung der Finanzierung zum Gegenstand; eine Vergütung solle die Beklagte für den Nachweis oder die Vermittlung der Finanzierung erhalten. Es handele sich danach um eine typische Maklertätigkeit. Dem stehe nicht entgegen,

daß die Beklagte eine Tätigkeitspflicht und die Gewähr für die Beschaffung der Finanzierung übernommen habe. Es liege deshalb ein Maklerdienstvertrag vor, der aber in seinem Kern erfolgsbezogen bleibe und dessen einzelne Klauseln am Leitbild der gesetzlichen Regelung des Maklervertrages zu messen seien.

Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß es sich um einen Maklervertrag handelt und daß die nach § 4 des Vertrages geschuldete Vergütung eine Maklerprovision ist. Allerdings ist die Beklagte nach § 1 des Finanzierungsvermittlungsvertrages verpflichtet, dem Kläger die Fremdfinanzierungsmittel nachzuweisen bzw. zu beschaffen, und hat sie ferner unter bestimmten Voraussetzungen die Gewähr für die Beschaffung dieser Mittel übernommen (§ 2). Der Revision ist zuzugeben, daß § 652 BGB von einem Maklervertrag ausgeht, der den Makler nicht zu einem Tätigwerden verpflichtet. Die Vorschrift enthält indessen nachgiebiges Recht und es ist anerkannt, daß der Makler eine Pflicht zum Tätigwerden übernehmen oder einen bestimmten Erfolg versprechen kann, ohne daß dadurch der Vertrag seinen Charakter als Maklervertrag verlöre. Er wird durch diese Abreden zum Maklerdienstvertrag oder zum Maklerwerkvertrag, bleibt aber trotzdem im Kerne Maklervertrag (BGHZ 60, 377, 381). Entscheidend dafür ist, daß es sich um eine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des Maklers handelt, daß sein Vertragspartner in der Entscheidung frei ist, ob er das nachgewiesene Geschäft abschließen will oder nicht, und daß eine Vergütungspflicht im Grundsatz an den erfolgreichen Nachweis oder die erfolgreiche Vermittlung anknüpft. Alle diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Eine andere Fallgestaltung lag der Entscheidung des Senats vom 1. Dezember 1982 (IVa ZR 109/81 = NJW 1983, 985 = LM BGB § 652 Nr. 81) zugrunde. Dort war neben einer erfolgsabhängigen Maklerprovision eine Vergütung für die Bearbeitung der Finanzierung vereinbart. Dieses Honorar für ein schlichtes Tätigwerden war unabhängig von einem Nachweis oder einer Vermittlung geschuldet und unterstand deshalb nicht dem Recht des Maklervertrages. Eine solche - mögliche - Vertragsgestaltung hat die Beklagte hier aber gerade nicht gewählt. In dem dem Senatsurteil vom 7. Dezember 1983 (IVa ZR 52/82 = WM 1984, 240 = BB 1984, 564) zugrundeliegenden Fall eines Finanzierungsvermittlungsvertrages hatte sich der Bauherr unwiderruflich verpflichtet, die nachgewiesenen Finanzierungsmittel anzunehmen. Auch diese Fallgestaltung liegt hier nicht vor.

Der Bundesgerichtshof hatte sich wiederholt mit sogenannten Alleinaufträgen an Makler zu befassen. Nach seiner ständigen Rechtsprechung ist der alleinbeauftragte Makler abweichend von § 652 BGB verpflichtet, in angemessener Weise tätig zu werden (BGHZ 60, 377, 381 und ständig). Das ändert nichts daran, daß ein derartiger Vertrag im Kern Maklervertrag bleibt und am gesetzlichen Leitbild der §§ 652 ff BGB zu messen ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist danach der Alleinauftrag an einen Makler trotz der dadurch begründeten Tätigkeitspflicht des Maklers, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen in Frage stehen, nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG am gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages der §§ 652 ff BGB zu messen. Die davon abweichende Klausel, daß eine

Vergütung ohne Rücksicht auf den Erfolg geschuldet werde, entspricht diesem Leitbild nicht und ist deshalb unwirksam (BGHZ 60, 377; Urteil vom 26. Februar 1981, IVa ZR 99/80 = WM 1981, 561; vgl. auch BGHZ 88, 368).

Auch bei dem vorliegenden Vertrag ist eine andere Beurteilung nicht geboten. Er unterscheidet sich von den genannten Alleinaufträgen dadurch, daß außer einer Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden dieser auch noch - unter bestimmten Voraussetzungen - die Gewähr für den Erfolg übernommen hat. Das rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise. Wie bereits ausgeführt, bleiben die wesentlichen Merkmale eines Maklervertrages erhalten. Die Beklagte hat den Nachweis oder die Vermittlung einer Finanzierung übernommen. Dem Kläger bleibt es unbenommen, die nachgewiesene Finanzierung anzunehmen oder nicht. Die Vergütung ist nach § 4 Nr. 1 des Vertrages für den Nachweis oder die Vermittlung zu zahlen. Damit sind alle wesentlichen Elemente eines Maklervertrages vorhanden. Die Tätigkeits- und Gewährpflichten der Beklagten modifizieren den Maklervertrag zwar, lassen aber seine Qualität als Maklervertrag unberührt. Es wäre danach nicht gerechtfertigt, einen eigenen Vertragstyp anzunehmen, der nicht mehr am Leitbild des Maklervertrages zu messen wäre.

III.

Das Berufungsgericht hält § 4 Nr. 4 Abs. 2 des Finanzierungs-

vermittlungsvertrages für mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. Die Klausel benachteilige den Kläger in unangemessener Weise. Aus den Besonderheiten des Bauherrenmodells ergebe sich nichts anderes. Dieser sei nicht durch einen unabhängigen Treuhänder geschützt gewesen, weil die Formulierung der Verträge ja vor Abschluß des Treuhandvertrages gelegen habe. Die Gesamtfinanzierung liege zwar im Interesse aller Bauherren. Die Einbindung des Klägers in die Bauherrengemeinschaft führe aber nicht dazu, ihm die Freiheit bei der Inanspruchnahme der Finanzierung zu nehmen. Ihm müsse die Möglichkeit erhalten bleiben, eine eigene Finanzierung durchzuführen. Auch steuerliche Erwägungen seien nicht geeignet, eine unbedingte Entgeltpflicht zum Nachteil des Klägers zu rechtfertigen. Ein Werbungskostenabzug sei für ihn uninteressant, wenn er die Provision auch dann zahlen müsse, wenn er die Finanzierung nicht in Anspruch nehme. Außerdem brauche er sich Steuervorteile nicht aufdrängen zu lassen.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsfehler. Die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Vergütung verstößt gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des Maklervertrages. Denn die §§ 652 ff BGB gehen davon aus, daß eine Provision nur geschuldet ist, wenn die Maklertätigkeit zum Erfolg geführt hat. Daß diese Abweichung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vom gesetzlichen Leitbild wegen der Besonderheiten des Bauherrenmodells aus-

nahmsweise den Kläger nicht unangemessen benachteiligen würden, vermag auch die Revision nicht aufzuzeigen. Sie weist auf die Einbindung des einzelnen Bauherren in die Bauherrengemeinschaft und auf die Bedeutung der gesicherten Finanzierung für die Durchführung des Bauherrenmodells sowie auf die verhältnismäßig geringe Höhe der geschuldeten Vergütung hin. Es ist aber nicht ersichtlich, inwiefern die Interessen der Bauherrengemeinschaft in Mitleidenschaft gezogen sein könnten, wenn ein einzelner Bauherr entweder vorhandene Eigenmittel einsetzt oder statt der ihm nachgewiesenen Fremdfinanzierung eine ihm günstigere andere Art der Fremdfinanzierung wählt. Die Freiheit, dies zu tun, ist ihm vertraglich vorbehalten. Diese Entschließungsfreiheit würde unangemessen eingeengt, müßte der Bauherr die Ablehnung der angebotenen Fremdfinanzierung mit einer erfolgsunabhängigen Vergütung bezahlen. Auf die - nicht geringfügige - Höhe der Vergütung kommt es dabei nicht an.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte danach zu
Recht zur Rückzahlung der nicht geschuldeten Vergütung
verurteilt.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Lang

Dr. Zopfs

Dr. Ritter