

28

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
-----

BGB § 652

Ein Makler kann sich nicht durch bloße Bezugnahme auf seine allgemeinen Geschäftsbedingungen ausbedingen, daß ihm sein Auftraggeber auch dann Provision zahlen soll, wenn er es ablehnt, das Geschäft mit dem ihm zugeführten Interessenten abzuschließen, oder wenn er den Fest- und Alleinauftrag während der Auftragsfrist kündigt.

BGH, Urt.v. 22. Februar 1967 - VIII ZR 215/64 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 215/64

URTEIL

Verkündet am  
22. Februar 1967  
Klett, Justiz-  
hauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der G [redacted] G [redacted] - und F [redacted] -  
[redacted] Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
in D [redacted], G [redacted]-A [redacted]-Straße [redacted], gesetzlich vertre-  
ten durch ihre Geschäftsführer K [redacted] und B [redacted],  
Klägerin und Revisionsklägerin,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

gegen

den Gärtner Peter S [redacted] in K [redacted]-P [redacted], E [redacted]  
Straße [redacted],  
Beklagten und Revisionsbeklagten,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 1964 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der Klägerin zur Last.

### Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Beklagte, der seine Gärtnerei in K[REDACTED]-P[REDACTED] verkaufen wollte, beauftragte am 2. April 1962 die Klägerin mit dem Nachweis oder der Vermittlung eines Käufers. Nach dem Auftragsformular, das er dem Bezirksvertreter der Klägerin namens D[REDACTED] unterschrieb, erteilte er einen Fest- und Alleinauftrag, den er ab 1. Juli 1962 mit dreimonatiger Frist kündigen konnte. Die Provision sollte 3 % des Kaufpreises betragen. Als "Verhandlungsgrundlage" nannte er Dieterichs 165 000 DM.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

In den auf der Rückseite des Formulars abgedruckten "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Verkäufer" (im folgenden: AGB) heißt es u.a.:

- "4. Der Auftraggeber hat ohne Nachweis eines Schadens die Gesamtprovision zu zahlen, wenn
- a) .....
  - b) er den Auftrag während der Auftragsfrist zurücknimmt .....
  - c) das in Auftrag gegebene Objekt aus einem Grund, der von dem Auftraggeber zu vertreten ist, nicht verkauft werden kann oder der Auftraggeber gegen seine Vertragspflichten verstößt (z.B. Vermietung, Verpachtung, Tausch, Nießbrauchstellung, Verweigerung von Unterlagen, Nichtabschluß mit Kaufwilligen usw.).

Die Gesamtprovision setzt sich aus der Verkäufer- und Käuferprovision zusammen. Sie berechnet sich nach dem vom Auftraggeber als Verhandlungsgrundlage genannten Verkaufspreis."

Die Klägerin verlangt, obschon es zu keinem Verkauf gekommen ist, vom Beklagten Zahlung der Gesamtprovision, nämlich 6 % von 165 000 = 9 900 DM. Dem liegt der folgende Schriftwechsel zugrunde.

Am 17. August 1962 schrieb die Klägerin dem Beklagten unter Beifügung einer Provisionsrechnung über 9 900 DM:

"Soeben teilt uns Herr D. [REDACTED] mit, daß Sie trotz des uns erteilten Alleinauftrages nicht mehr gewillt sind zu verkaufen. Aufgrund unserer AGB erlauben wir uns daher, Ihnen unsere Provisionsabrechnung zu übersenden."

Am 31. August 1962 schrieb die Klägerin:

"Von Herrn D [REDACTED] wurden wir benachrichtigt, daß Sie bereit sind, den Verkauf entgegen Ihrer letztlichen Meinung durchzuführen. Wir bedauern außerordentlich Ihre Einstellung bei den bisherigen Verkaufsverhandlungen und haben aufgrund unserer AGB eindeutig Anspruch auf den Ihnen in Rechnung gesetzten Betrag von 9 900 DM. Nur aus Kulanzgründen und ohne Aufgabe unseres Rechtsstandpunktes sind wir auf Bitten unseres Herrn D [REDACTED] bereit, unsere Forderung jetzt nicht geltend zu machen, wenn Sie bereit sind, der Verlängerung des Verkaufsauftrages bis zur restlosen Abwicklung zuzustimmen. Sollten Sie dies nicht akzeptieren, wird unsere Forderung gegen Sie aufrechterhalten und unverzüglich geltend gemacht."

Der Beklagte bestritt in seiner Antwort vom 5. September 1962 die Vorwürfe der Klägerin und kündigte den Auftrag fristgerecht, also zu Anfang Dezember 1962. Nunmehr brachte ihm D [REDACTED] einen Käufer K [REDACTED] doch kam es nicht zum Abschluß. Daraufhin schrieb die Klägerin am 26. September 1962:

"Es trifft nicht zu, daß Sie sich an den Verkaufsauftrag gehalten haben. Vielmehr haben Sie 4 Monate lang die Verkaufsverhandlungen aus den Ihnen bekannten Gründen blockiert. Wir können daher nicht umhin, Sie vor die Entscheidung zu stellen, entweder den Verkaufsauftrag uns noch 6 Monate zu belassen oder aber die uns aufgrund unserer AGB zustehenden 9 900 DM zu zahlen ....

Im übrigen werden wir selbstverständlich alles Erforderliche tun, um den Verkauf so schnell wie möglich durchzuführen."

Am 16. Oktober 1962 führte Dieterichs dem Beklagten eine Frau L [REDACTED] zu, doch kam es auch mit ihr nicht zum Abschluß. Die Klägerin schrieb daraufhin am 18. Oktober 1962:

"Von Herrn D. [REDACTED] wurden Sie bereits unterrichtet, daß Frau I. [REDACTED] sich verpflichtet hat, Ihr Anwesen zum Barkaufpreis von 165 000 DM zu übernehmen. Der Vertrag sollte bereits in dieser Woche abgeschlossen werden, wurde jedoch durch Ihre Weigerung vertagt. Der Termin ist nunmehr auf den 1. November 1962 festgelegt worden.

Wir machen Sie darauf aufmerksam, daß bei einer erneuten Hinauszögerung wir mit allen Mitteln unsere berechtigten Forderungen wahrnehmen werden, und bitten Sie, unsere erfolgreichen Bemühungen nicht weiter zu boykottieren."

Nunmehr wandte sich der Beklagte an einen Rechtsanwalt, der der Klägerin am 22. Oktober 1962 schrieb:

"Sie verlangen von unseren Auftraggebern, daß sie ihr Anwesen an den von Ihnen in Aussicht genommenen Kaufinteressenten veräußern. Wir teilen hierzu mit, daß die Eheleute S. [REDACTED] Ihrer Aufforderung keineswegs Folge leisten werden, da sie Gründe haben, jedenfalls im Augenblick einen Verkauf ihres Grundbesitzes nicht vorzunehmen.

Sie werden gebeten, sich in allen Dingen, das Haus der Eheleute S. [REDACTED] betreffend, nunmehr ausschließlich an uns zu wenden und davon Abstand zu nehmen, weitere Kaufinteressenten zu unseren Auftraggebern zu schicken."

Darauf antwortete die Klägerin dem Beklagten am 24. Oktober 1962:

"Aufgrund des Fest- und Alleinauftrages vermittelt wir Ihnen unter dem 11.9.1962 einen Käufer, der bereit war, Ihren Grundbesitz zu den von Ihnen gestellten Kaufbedingungen zu erwerben. Sie lehnten es ab, einen Kaufvertrag abzuschließen.

Unter dem 16.10.1962 vermittelt wir Ihnen erneut einen Käufer, der sich schriftlich bereit erklärte, Ihren Hausbesitz zu den von Ihnen gestellten Bedingungen sofort käuflich zu erwerben. Auch in diesem Falle lehnten Sie die Beurkundung eines Vertrages ab.

Sie haben damit zweimal den Verkauf entgegen den mit uns vereinbarten Auftragsbedingungen vereitelt. Wir sehen uns daher veranlaßt, Ihnen heute erneut unter Bezug auf den uns unter dem 2.4.1962 erteilten Verkaufsauftrag und die umseitig abgedruckten AGB die fällig gewordene Gesamtprovision in Rechnung zu stellen."

Dieses Schreiben beantwortete der Anwalt des Beklagten am 31. Oktober 1962 wie folgt:

"1. Im September meldete sich ein Interessent, der allerdings nicht kaufen, sondern tauschen wollte. Hieran hatten unsere Auftraggeber nicht das geringste Interesse, so daß es aus diesem Grund zu einem Vertragsschluß nicht kam.

Richtig ist, daß Sie schließlich eine Schweizer Staatsbürgerin für das Objekt interessiert haben. Diese war ... bereit, den Kaufpreis von 165 000 DM zu zahlen. Der Verkauf mußte jedoch abgelehnt werden, weil man darauf bestand, daß unsere Auftraggeber und deren Mieter das Hausgrundstück bis zum 1. November räumten. Eine solche Forderung war aus mehreren Gründen unakzeptabel ....

2. Zur Klarstellung möchten wir darauf hinweisen, daß unsere Auftraggeber nach wie vor bereit sind, das Haus bei passender Gelegenheit zu veräußern, weil der Ehemann S. [REDACTED] aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht mehr in der Lage ist, seine Gärtnerei noch längere Zeit zu bewirtschaften. Allerdings müßte der Verkauf zu Bedingungen erfolgen, die annehmbar sind. Hierzu gehört, daß man unseren Auftraggebern eine ausreichende Frist zur Beschaffung einer anderen Wohnung einräumt und daß man den übrigen Mietverhältnissen im Anwesen Rechnung trägt .....

Die Klägerin erhob, gestützt auf Nr. 4b AGB, Klage auf Zahlung von 9 900 DM mit der Begründung, der Beklagte habe den Auftrag vertragswidrig zurückgenommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin ihr Verlangen auch auf Nr. 4c AGB gestützt mit der Begründung, der Beklagte habe sich grundlos geweigert, mit den Interessenten K. [REDACTED] und L. [REDACTED] abzuschließen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin habe weder die Voraussetzungen der Nr. 4c noch der Nr. 4b AGB dargetan. Die Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

I. Klaganspruch aus Nr. 4c AGB

Das Berufungsgericht hält diese Klausel aus zwei Gründen für unwirksam. Einmal habe der Beklagte die 165 000 DM, von denen die Klägerin ausgeht, D. [REDACTED] allenfalls mündlich als Verhandlungsgrundlage genannt. Nach ihren eigenen Bedingungen hätten aber nur die im Auftragschein schriftlich festgehaltenen Abreden gelten sollen. Außerdem habe diese Klausel nichts an dem Recht des Beklagten geändert, die Interessenten K. [REDACTED] und L. [REDACTED] ohne Angabe von Gründen ablehnen zu dürfen. Denn die Klägerin könne nur dann Schadensersatz "wegen Nichtabschluß mit Kaufwilligen" verlangen,

wenn die Bedingungen, zu denen der Beklagte entweder habe verkaufen oder die Gesamtprovision habe zahlen müssen, bestimmt oder doch bestimmbar gewesen seien. Hier sei lediglich verabredet gewesen, daß 165 000 DM "Verhandlungsgrundlage" sein sollten. Jedoch sei nichts darüber festgelegt worden, wie es mit den Zahlungsbedingungen, der Lastenübernahme und den Vertragskosten stehen solle, vor allem nichts darüber, wann der Beklagte das Haus zu übergeben habe und ob es geräumt sein müsse usw.

Die Rügen der Revision richten sich vor allem gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klausel Nr. 4c sei schon deshalb unwirksam, weil die Verhandlungsgrundlage nicht im Auftragschein genannt gewesen war. Sie bedürfen keiner Prüfung. Denn es ist dem Berufungsgericht jedenfalls darin zu folgen, daß die Klausel Nr. 4c nicht ausreichte, den Beklagten zu zwingen, zwischen Verkauf oder Zahlung der Gesamtprovision zu wählen.

1. § 652 BGB knüpft den Lohnanspruch des Maklers an zwei Bedingungen: Das Geschäft muß zustandegekommen sein, außerdem muß dies durch die Tätigkeit des Maklers verursacht sein. Diese Regelung kann allerdings von den Parteien wegbedungen werden. So macht der Makler oft im Auftragschein oder in seinen Geschäftsbedingungen aus, daß es auf die Frage der Verursachung nicht ankommen soll. Gegen eine solche Klausel ist grundsätzlich nichts einzuwenden (Urteile des Senats vom 21. März 1966 - VIII ZR 290/63 - und vom 22. Juni 1966 - VIII ZR 159/65 = NJW 1966, 1405, 2008). Denn damit wird der Streit darüber vermieden, ob das Geschäft auf die Bemühungen des Maklers zurückzuführen ist. Jedoch sind an eine Klausel, nach der es sogar auf das Zustandekommen des Geschäfts nicht ankommen soll, strengere Anforderungen zu stellen. Während

der Auftraggeber bei Abschluß des Geschäfts in der Regel die von ihm zu zahlende Provision einkalkuliert, z.B. die Verkäuferprovision als "Belohnung" des erfolgreichen Maklers dem ihm zufließenden Kaufpreis entnimmt, muß er bei der in Rede stehenden Klausel die Provision aus eigener Tasche zahlen.

Vor allem gehört es zum Wesen des Maklervertrages, daß der Auftraggeber in seiner Entschließung, ob er das vom Makler nachgewiesene oder vermittelte Geschäft abschließen will oder nicht, frei ist. Er braucht keine Rücksicht darauf zu nehmen, daß der Makler nur beim Zustandekommen des Geschäftes seinen Lohn verdient (Urteile des Senats vom 18. April 1966 - VIII ZR 111/64 = NJW 1966, 1404 und vom 9. November 1966 - VIII ZR 170/64 = NJW 1967, 198). Da ihn die Einschaltung des Maklers grundsätzlich nicht in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigen soll, verstößt er nicht gegen Treu und Glauben (§ 162 BGB) und handelt nicht vertragswidrig, wenn er seine eigenen Interessen über das Interesse des Maklers an seiner Provision setzt (BGH Urt.v. 26. September 1960 - VII ZR 227/59 = BB 1960, 1262 Nr. 2256). Er kann auch Angebote, die seinem Auftrag genau entsprechen und sogar noch günstigere Angebote ablehnen. In seiner Freiheit, abzuschließen oder nicht, ist er auch nicht schon dadurch beschränkt, daß er einen "Alleinauftrag" erteilt oder dem Makler das Objekt "fest an die Hand" gegeben hat (BGH Urt.v. 17. November 1960 - VII ZR 236/59 = NJW 1961, 307 Nr.3 und Urt.v. 22. April 1964 - VIII ZR 225/62 = BGH Warn 1964 Nr. 115 = NJW 1964, 1467 Nr. 2). Er behält seine Freiheit selbst dann, wenn er für bestimmte Zeit auf Widerruf seines Auftrages verzichtet hatte. Damit hat er noch keine Pflicht zu verkaufen übernommen. Vielmehr

braucht er auch bei solchen Klauseln dem Makler grundsätzlich nur dann etwas (als Provision oder als Schadensersatz) zu zahlen, wenn das Geschäft zustande gekommen ist (RGZ 22, 378, 381; 76, 361, 363; BGB RGRK 11. Aufl. § 652 Anm. 1).

2. Zu diesem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages steht eine Klausel, wonach der Makler auch dann Provision erhält (sogar die doppelte Provision), wenn kein Vertrag zustande kommt, im Gegensatz.

Eine Klausel, durch die sich der Makler mehr versprechen läßt, als ihm das Gesetz gewährt, findet ihre Grenze an dem, was im redlichen Verkehr zulässig ist (RGZ 172, 187, 189 = DR 1944, 409). Allgemeine Geschäftsbedingungen werden einseitig von einem Vertragsteil aufgestellt und nur kraft Unterwerfung des anderen Teils Bestandteil des Vertrages. Der Vertragspartner unterwirft sich aber nur solchen Klauseln, mit denen er billigerweise rechnen konnte (BGHZ 38, 183, 185; 41, 151, 154). Das gilt auch für die allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Maklers. Der Senat hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß der Makler bei Abfassung seiner Bedingungen die Interessen seiner künftigen Auftraggeber angemessen mitberücksichtigen muß und nicht nur seine eigenen Interessen zur Geltung bringen darf (Urteile vom 4. November 1964 - VIII ZR 46/63 = BGH Warn 1964 Nr. 251 = NJW 1965, 246 und vom 20. September 1965 - VIII ZR 214/63). Dazu gehört aber, daß er den Inhalt des "vertragsgemäß" abzuschließenden Geschäfts mit seinem Auftraggeber ausdrücklich ausmacht. Andernfalls würde sich dieser mit solcher Klausel ganz in die Hände des Maklers begeben (so RG JW 1922, 1323). Es bedarf hier

keiner Entscheidung, ob das dann als sein Wille unterstellt werden kann, wenn der Makler ihm diesen einschneidenden Sinn der Klausel in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise erläutert hat (KG NJW 1956, 1758 und 1965, 1277; Staudinger/Riedel aaO Rdnr. 18; Dyckerhoff/Rinke, Das Recht des Immobilienmaklers 5. Aufl. S. 108/109).

Keinesfalls reicht dazu aber die Berufung auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen aus, wenn der Makler nicht schon bei Annahme des Auftrages ausdrücklich und im einzelnen festgelegt hat, wie die Bedingungen des Geschäftes lauten sollen, bei dessen Zurückweisung der Auftraggeber ersatzpflichtig werden soll.

## II. Klaganspruch aus Nr. 4b AGB

1. Die Revision beharrt auf dem Standpunkt, der Anspruch sei schon dadurch ausgelöst worden, daß der Beklagte im August 1962 gegenüber D[REDACTED] erklärt habe, nicht mehr verkaufen zu wollen. Da er damals schon den Auftrag widerrufen habe, sei dieser seitdem erloschen. All das, was die Klägerin nachher getan habe, sei nur ein Versuch gewesen, den Streit gütlich beizulegen. Nachdem dies gescheitert sei, bestehe ihre erste Provisionsrechnung vom 17. August 1962 zu Recht.

Demgegenüber ist das Berufungsgericht der Auffassung, auf die behaupteten mündlichen Weigerungen des Beklagten könne es nicht ankommen. Auch das Schreiben des Anwalts vom 22. Oktober 1962 habe die Ersatzpflicht des Beklagten nicht ausgelöst. Denn dieses sei dahin zu verstehen, daß

der Beklagte nur "im Augenblick", nämlich wegen der Kuba-Krise, nicht habe verkaufen wollen und daß die Klägerin durchaus habe weitere Interessenten schicken sollen, jedoch ausschließlich an den Anwalt.

2. Ob die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision hätten Erfolg haben können, braucht nicht geprüft zu werden, weil die Klägerin ihren Anspruch ohnehin nicht auf Nr. 4b AGB stützen kann.

Erteilt der Auftraggeber dem Makler, wie hier geschehen, einen Alleinauftrag, so begibt er sich des Rechts, das Objekt einem anderen Makler an Hand zu geben. Tut er dies dennoch, so kann er, wenn er das Objekt mit Hilfe des anderen Maklers verkauft, dem ersten Makler hinsichtlich der ihm entgangenen Provisionen ersatzpflichtig werden (RGZ 76, 361, 363). Der Makler kann sich auch ausbedingen, daß ihm der Auftraggeber diese Chance, seine Bemühungen zum Erfolg zu bringen, für einige Zeit fest an Hand gibt, indem er den Auftrag nur nach Ablauf einer gewissen Zeit oder (und) unter Einhaltung einer Frist kündigen kann. Nimmt der Auftraggeber seinen Auftrag entgegen dieser Zusage vorzeitig zurück, so ist dieser Widerruf dem Makler gegenüber unwirksam; dieser kann sich weiterhin für den Auftraggeber bemühen und ihm Interessenten zuführen. Diese Vereinbarung einer festen Auftragsfrist bedeutet jedoch, wie schon oben dargelegt wurde, noch nicht, daß der Auftraggeber entweder mit Interessenten, die ihm während der Frist zugeführt werden, abschließen oder Provision zahlen muß (Künzel, Berliner Grundeigentum 1956, 70). Sie bedeutet nur, daß der Auftraggeber seinem Makler dann etwas zahlen muß, wenn er vertragswidrig einen anderen Makler beauftragt und mit

dessen Hilfe das Geschäft abgeschlossen hat (Urteil des erkennenden Senats v. 22. Juni 1966 - VIII ZR 159/65 = NJW 1966, 2008). Denn dieses Recht sollte er erst dann wiedergewinnen, wenn er seinem ersten Makler, dem er Fest- und Alleinauftrag erteilt hatte, fristgerecht gekündigt hat.

Über diese Rechtslage geht Nr. 4b der Geschäftsbedingungen der Klägerin weit hinaus. Danach soll ein Auftraggeber, der den Auftrag vorzeitig während der Auftragsfrist zurücknimmt, ohne weiteres ersatzpflichtig sein - also auch dann, wenn er das in Aussicht genommene Geschäft gar nicht abgeschlossen hat. Für eine solche, den Makler einseitig begünstigende Klausel gelten die oben ausgesprochenen einschränkenden Grundsätze entsprechend. Die Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt nicht für die Annahme, der Auftraggeber habe sich auch dieser für ihn überraschenden Klausel unterworfen (§§ 133, 157 BGB).

Somit erweist sich der Standpunkt des Berufungsgerichts im Ergebnis als richtig, so daß die Revision mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen war.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier