

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 652, 654

- a) Verpflichtet der Grundstücksmakler den Auftraggeber auf lange Zeit (hier 15 Monate), sich derart allein der Hilfe des beauftragten Maklers zu bedienen, daß die eigene Initiative des Auftraggebers ausgeschaltet und die Führung der Verhandlung ausschließlich dem Makler vorbehalten ist, so nimmt der Makler regelmäßig die Stellung eines Vertrauensmaklers ein und handelt treuwidrig, wenn er auch für den anderen Teil als Vermittlungsmakler tätig wird.
- b) Ist nach den Geschäftsbedingungen des Maklers, die einem in dieser Art gestalteten Vertrage zugrundeliegen, eine Tätigkeit für den anderen Teil ausdrücklich gestattet, so kann sich der Makler bei einer Vermittlungstätigkeit für beide Teile auf eine solche Gestattung nur berufen, wenn er dem jeweiligen Auftraggeber gegenüber unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß er auch für den anderen Teil tätig werde.

BGH, Urt. v. 22. April 1964 - VIII ZR 225/62 - OLG Hamm/Westf.
IG Bielefeld

VIII ZR 225/62

Verkündet

am 22. April 1964

Klett,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Grundstücksmaklers Fritz S c h [REDACTED] in L [REDACTED] /
W [REDACTED], St [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Hermann V [REDACTED] in Pr.O [REDACTED]
Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. April 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger,
Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf.
vom 3. Juli 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Grundstücksmakler, der Beklagte Landwirt. Im August 1959 traten die Parteien zueinander in Beziehungen. Der Kläger ließ sich am 12. August 1959 einen Auftragsschein unterschreiben, nach dem der Beklagte und seine Ehefrau den Kläger mit dem Nachweis oder der Vermittlung für den Ankauf eines Hofes oder Gaststätte beauftragten. Der Schein enthielt auf der Vorderseite Geschäftsbedingungen u.a. folgenden Inhalts:

- "1. Mein Gebührenanspruch entsteht erst, wenn der beabsichtigte Vertrag abgeschlossen ist ...
3. Mir ist die Tätigkeit für den anderen Teil ausdrücklich gestattet.
4. Der Auftraggeber darf ohne meine schriftliche Einwilligung meine Angebote und Mitteilungen nicht an Dritte weitergeben ... Für den Fall direkter Verhandlungen zwischen Auftraggeber und einem Dritten muß mir über den Verlauf derselben Mitteilung gemacht werden.
5. Der Auftrag wird auf die Dauer von 1 Jahr unwiderruflich fest an Hand gegeben und kann nach Ablauf mit 3 Monaten gekündigt werden.
... .
7. Mein Anspruch entsteht ohne Rücksicht darauf, ob das Objekt den Interessenten bereits bekannt ist.
... "

Einige Zeit später bot der Kläger dem Beklagten einen Hof an. Der Beklagte suchte den Kläger deswegen am 26. September 1959 in seinem Büro auf und unterzeichnete dort ein Auftragsformular, nach dem er dem Kläger einen Alleinauftrag für den Nachweis oder die Vermittlung zum Ankauf eines Bauernhofes erteilte. Nach Nr. IV des Vertragstextes wurde der Auftrag auf die Dauer eines Jahres



unwiderruflich fest an Hand gegeben. Er sollte nach Ablauf dieses Jahres mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt werden können. Nach Nr. VI erteilte der Beklagte den Auftrag zugleich für seine Ehefrau. In Nr. VII heißt es:

"Die umstehenden Geschäftsbedingungen habe ich/wir gelesen und erkenne sie als für mich/uns verbindlich an."

Diese Geschäftsbedingungen lauten auszugsweise wie folgt:

"1. Sämtliche Angebote und Angaben erfolgen meinerseits freibleibend, unverbindlich und nach bestem Wissen, jedoch ohne Gewähr für die Richtigkeit. Eine von mir mitgeteilte mündliche oder schriftliche Gelegenheit zum Vertragsschluß wird, wenn nicht unverzüglich schriftlich Widerspruch erfolgt, als bisher unbekannt anerkannt ...

2. Mein Gebührenanspruch entsteht, wenn der beabsichtigte Vertrag abgeschlossen ist, ...

Der Gebührenanspruch entfällt nicht deshalb, weil der abgeschlossene Vertrag später angefochten oder aufgelöst wird, der Vertrag mangels erforderlicher behördlicher oder privater Genehmigung nicht wirksam wird. Der Gebührenanspruch entsteht auch, wenn der Vertrag ... nicht durch meine Tätigkeit zustandekommt. Das gilt insbesondere, wenn der Vertrag ... auf Grund direkter Verhandlungen des Auftraggebers mit einem Dritten ohne meine Mitwirkung abgeschlossen wird.

...

5. Mir ist die Tätigkeit für den anderen Teil ausdrücklich gestattet.

6. Ist der Auftrag fest an Hand gegeben (Alleinauftrag), so sind direkte oder durch andere Makler benannte Interessenten an den beauftragten Makler zu verweisen. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung hat der Auftraggeber im Falle eines Vertragsabschlusses die volle Gebühr, d.h. die Gebühr des Käufers und des Verkäufers zu zahlen. ...

...

8. Im Falle der Kündigung ist zum Ausgleich meiner Bemühungen und Aufwendungen ein Betrag in Höhe von 3% der vereinbarten Provision bzw. 2.000,-- DM zu zahlen. ...
10. Ich/wir sind damit einverstanden, daß bei nicht Zustandekommen eines Vertrages die entstandenen Auslagen und Unkosten in Rechnung gestellt werden.
11. Die Gebühr ist auch fällig, wenn statt des beabsichtigten Rechtsgeschäftes ein anderes mit dem von mir nachgewiesenen Vertragspartner über das mir fest an Hand gegebene Objekt abgeschlossen wird.
12. Mein Anspruch entsteht ohne Rücksicht darauf, ob das Objekt den Interessenten bereits bekannt ist.
13. Andere Vereinbarungen als der hier vermerkten bedürfen der Schriftform.
..."

Der Kläger bot dem Beklagten in der Folgezeit mehrere Höfe an. Es kam jedoch nicht zum Abschluß eines Vertrages.

Im Frühjahr 1960 erwarb der Beklagte den Hof der Frau Sophie K. in N. zum Preise von 340 000 DM. Frau K. hatte dem Kläger im März 1960 einen Alleinauftrag zum Verkauf des Hofes erteilt. Zu den Verkaufsverhandlungen wurde der Kläger vom Beklagten und Frau K. nicht zugezogen. Der Kaufvertrag wurde abgeschlossen, ohne daß der Kläger hiervon benachrichtigt wurde.

Der Kläger verlangt vom Beklagten und Frau K. die angeblich vereinbarte Provision von je 3 % des Kaufpreises. Im vorliegenden Rechtsstreit gegen den Beklagten trägt er vor, er habe den Hof der Frau K. dem Beklagten mit Schreiben vom 16. März 1960 angeboten. Dieses Schreiben habe auszugsweise folgenden Wortlaut gehabt:

"Ich biete Ihnen hiermit den Hof K [REDACTED] in N [REDACTED] -
[REDACTED], Krs. M [REDACTED], an.... Die Forderung beträgt
350 000 DM.

Meine Vermittlergebühren betragen 3 % von der
gesamten Kaufsumme. Eine Besichtigung ist nur
in meiner Gegenwart möglich.

Falls Sie an dem Erwerb dieses Hofes interessiert
sind, so erbitte ich Ihre umgehende Nachricht."

Der Beklagte bestreitet den Empfang dieses Schreibens.
Nach seiner Behauptung hatte ihm spätestens am 14. März 1960
die Bundesvermögensverwaltung in M [REDACTED] Mitteilung von der
Möglichkeit gemacht, den Hof der Frau K [REDACTED] zu erwerben.

Mit der Klage macht der Kläger einen Teilbetrag
der nach seiner Ansicht verdienten Provision geltend, und
zwar im Berufungsrechtszuge in Höhe von 6100 DM.

Vor dem Landgericht hat der Kläger obgesiegt. Das
Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klagean-
spruch weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision
zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der
zwischen den Parteien geschlossene Maklervertrag im
ganzen Umfange wegen Verstoßes gegen die guten Sitten
nichtig ist. Es geht auch auf den Vortrag des Beklagten
nicht ein, er habe den Vertrag wegen arglistiger Täuschung

angefochten, weil der Kläger seine Unterschrift erschlichen und ihn in Irrtum über den Inhalt des Vertrages versetzt habe. Das Berufungsgericht entscheidet ferner nicht, ob der Kläger dem Beklagten Kenntnis von der Möglichkeit gegeben hat, den Hof der Frau K. zu erwerben, oder ob er dem Beklagten zwar eine Mitteilung gemacht hat, der Beklagte aber bereits vorher durch die Bundesvermögensverwaltung Kenntnis von der Absicht der Frau K., ihren Hof zu veräußern, erlangt hatte.

Im Revisionsrechtszuge ist deshalb in erster Linie davon auszugehen, daß die Parteien einen wirksamen Vertrag geschlossen hatten und der Kläger, wie er behauptet, dem Beklagten mit Schreiben vom 16. März 1960 den Hof der Frau K. "angeboten" hatte.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Provisionsanspruch des Klägers sei nach § 654 BGB verwirkt, weil der Kläger vertragswidrig für beide Teile tätig geworden sei. Es sieht einen Makler, der wie der Kläger an seinen Auftraggeber durch einen "Alleinauftrag" gebunden ist, als Vermittlungsmakler an. Das Berufungsgericht stellt zwar fest, daß der Kläger den Kaufvertrag mit Frau K. nicht vermittelt hat. Es meint aber, ein Provisionsanspruch entfalle nach § 654 BGB nicht erst dann, wenn der Makler bereits vertragswidrig gehandelt habe; es genüge vielmehr, daß er durch die von ihm gewollte Mitwirkung bei dem Geschäft zwangsläufig vertragsbrüchig geworden wäre. Zu einem Vertragsbruch wäre es gekommen, wenn der Kläger den Abschluß des Vertrages vermittelt hätte. Denn er sei verpflichtet gewesen, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um einen seinem Auftraggeber vorteilhaften Vertragsabschluß

zu erreichen, insbesondere einen für seinen Auftraggeber möglichst günstigen Preis zu erzielen. Dann aber habe er bei der Vermittlung nicht gleichzeitig für den Verkäufer auf einen möglichst hohen Kaufpreis hinwirken können. Dadurch, daß der Kläger tatsächlich ein geringeres Maß an Tätigkeit entfaltet habe, als er selbst habe ausüben wollen, könne er nicht besser gestellt werden.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Revision mit Erfolg an.

1. Zu Unrecht macht die Revision allerdings geltend, der Kläger, der mit dem Nachweis oder der Vermittlung beauftragt worden war, habe dem Beklagten die Gelegenheit zum Abschluß des Kaufvertrages mit Frau K. nachgewiesen. Ihm stehe deshalb nach § 652 BGB schon ein Provisionsanspruch wegen Nachweises zu. Diesem Provisionsanspruch gegenüber könne sich der Beklagte nicht auf eine Verwirkung berufen, weil ein Interessengegensatz fehle, selbst wenn der Kläger von Frau K. einen Vermittlungsauftrag erhalten haben sollte.

Der Anspruch auf Maklerlohn ist nach § 654 BGB ausgeschlossen, wenn der Makler vertragswidrig auch für den anderen Teil tätig gewesen ist. Entscheidend ist also die vom Makler ausgeübte Tätigkeit. Im vorliegenden Fall ist der Kläger, indem er an den Beklagten das Schreiben vom 16. März 1960 richtete, nicht als Nachweismakler, sondern als Vermittlungsmakler tätig geworden. Das Berufungsgericht entnimmt ohne Rechtsirrtum dem genannten Schreiben, daß der Kläger den Hof der Frau K. dem Beklagten nicht nur nachweisen, sondern vermitteln wollte, weil der Kläger den Beklagten ausdrücklich

darauf aufmerksam gemacht hatte, daß eine Besichtigung nur in seiner Gegenwart möglich sei, und noch einmal seine "Vermittlergebühren" genannt hatte. Mit dem "Angebot" des Hofes K[REDACTED] hatte also der Kläger die versprochene und von ihm beabsichtigte Vermittlungs-tätigkeit begonnen. Sofern diese Tätigkeit nach dem Vertragsinhalt mit der für Frau K[REDACTED] ausgeübten Tätigkeit unvereinbar war, könnte jeder Anspruch des Klägers auf Provision gegenüber dem Beklagten entfallen. Sollte durch die Übersendung des Schreibens vom 16. März 1960 der Beklagte von der Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufvertrages erst Kenntnis erhalten haben, dadurch also gleichzeitig der Tatbestand eines Nachweises erfüllt worden sein, so hätte dieser Umstand die vertragswidrige Doppeltätigkeit nicht ungeschehen gemacht und stände daher der strafweisen Verwirkung der Provision nicht entgegen.

Der Kläger hat zwar den Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und Frau K[REDACTED] nicht vermittelt. Das ist aber unerheblich. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte, wie er behauptet, das Schreiben des Klägers vom 16. März 1960 nicht erhalten hat oder ob er sich nach Empfang des Schreibens unter Umgehung des Klägers mit Frau K[REDACTED] in Verbindung gesetzt hat. Der Klageanspruch würde in jedem Fall seine Stütze in Nr. 6 der Geschäftsbedingungen finden. Danach sind direkte Interessenten an den Makler zu verweisen. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung hat der Auftraggeber im Falle eines Vertragsabschlusses die volle Gebühr, d.h. die Gebühr des Käufers und des Verkäufers zu zahlen. Die rechtliche Einordnung dieser Vertragsbestimmung ist allerdings zweifelhaft. Das Berufungsgericht spricht bei der

Behandlung der Frage der Sittenwidrigkeit davon, ein Verstoß habe die Verpflichtung zur Zahlung einer Provision in doppelter Höhe zur Folge haben sollen. Gegen die Annahme, daß es sich um einen reinen Provisionsanspruch, etwa für die bloße Bereitschaft des Maklers zur Tätigkeit und für etwaige bereits entfaltete Tätigkeit (vgl. RGZ 76, 361) handele, könnte jedoch der Wortlaut sprechen, daß der Auftraggeber die Gebühr des Käufers und des Verkäufers zu zahlen habe. Das deutet darauf hin, der Auftraggeber solle dem Makler den Schaden ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er den Vertragsschluß nicht für den Käufer und den Verkäufer vermittelt hat, d.h. der Auftraggeber solle zum Ausgleich des Schadens eine Geldzahlung in Höhe der beiden entgangenen Provisionen leisten. Denkbar wäre auch, worauf das Reichsgericht (aaO) und das Kammergericht (Deutsche Immobilien-Zeitung 1932, 220) hinweisen (aa Dyckerhoff/Rinke, Das Recht des Immobilienmaklers 4. Aufl. S. 103), daß die Abrede das Versprechen einer Vertragsstrafe darstellt.

2. Für den Fall, daß es sich um echte Provision handelt, wäre der Anspruch bei treuwidriger Doppeltätigkeit unmittelbar nach § 654 BGB verwirkt. Nicht anders wäre das Ergebnis, wenn der Kläger im Wege des Schadensersatzanspruches die Zahlung eines den Provisionen des Käufers und des Verkäufers entsprechenden Betrages verlangen würde. Er müßte so gestellt werden, als hätte der Beklagte ihn in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet und als hätte er den Kaufvertrag vermittelt. Da er alsdann aber nach § 654 BGB keine Provision zu fordern gehabt hätte, könnte ihm durch die vom Beklagten begangene Vertragsverletzung auch kein Schaden entstanden sein.

Ein Schadensersatzanspruch wäre also unbegründet. Sollte es sich schließlich bei dem Versprechen der Provisionszahlung um eine Vertragsstrafe handeln, so würde allerdings der Umstand, daß dem Kläger aus der Vertragsverletzung kein Schaden entstanden ist, grundsätzlich nicht der Forderung einer Vertragsstrafe entgegenstehen. Vertragsstrafe kann auch beansprucht werden, wenn ein Schaden nicht eingetreten ist. Jedoch würde der Forderung auf Zahlung einer Vertragsstrafe möglicherweise der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden können. Die Vertragsstrafe ist, wie sich aus § 340 BGB ergibt, in ihrem Wesen eine Entschädigung für ausgebliebene Erfüllung. Wäre dem Makler aber das Entgelt für eine Vermittlungstätigkeit wegen Treulosigkeit nach § 654 BGB zu versagen, so könnte es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Makler eine Vertragsstrafe dafür beanspruchte, daß der Auftraggeber ihm nicht die Möglichkeit zu einer vertragswidrigen Doppeltätigkeit eröffnet hat.

3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die für Frau K. ausgeübte Tätigkeit des Klägers und seine Tätigkeit für den Beklagten bildeten eine treuwidrige Doppeltätigkeit, ist indes nicht frei von rechtlichen Bedenken.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat angenommen (BGHZ 36, 323, 326), der Strafcharakter des § 654 BGB lasse es geboten erscheinen, seinen Anwendungsbereich einzuschränken. Die Vorschrift erfasse die Fälle, in denen der Makler die Treupflicht gegenüber seinem Auftraggeber vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt und deshalb den Maklerlohn

nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient habe. In dieser Hinsicht, insbesondere nach der subjektiven Seite hin, fehlt es an den erforderlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, so daß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß. Dieses wird, falls es die Entscheidung wiederum auf die Frage der Verwirkung nach § 654 BGB abstellt, dabei folgendes zu beachten haben:

a) Was den Pflichtenkreis des Klägers betrifft, so führt das Berufungsgericht aus, ein Alleinauftrag verpflichte den Makler, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um einen seinem Auftraggeber vorteilhaften Vertragsabschluß zu erreichen, insbesondere einen für seinen Auftraggeber möglichst günstigen Preis zu erzielen. Sollte das Berufungsgericht diese Auslegung allein auf die Bezeichnung des dem Kläger erteilten Auftrages als eines Alleinauftrages gestützt haben, so wäre das allerdings, wie die Revision zutreffend rügt, zu eng gesehen. Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 17. November 1960 (VII ZR 236/59 - NJW 1961, 307 = LM BGB § 652 Nr. 8) angenommen, für das Wort "Alleinauftrag" habe sich noch kein eindeutiger Sprachgebrauch gebildet. Es besage nach seinem sprachlichen Gehalt zunächst nur, daß neben dem beauftragten Makler kein weiterer Makler beauftragt werden solle. Aus dem bloßen Gebrauch des Wortes "Alleinauftrag" würde deshalb noch nicht auf besonders weitgehende Pflichten des Maklers zu schließen sein. Für den vorliegenden Fall führt aber eine dem Revisionsgericht offenstehende Auslegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Teil des mit dem Beklagten geschlossenen Maklervertrages sind und die im Gebiet der Bundesrepublik in ähnlicher Form sich in den Formularen der Makler finden,

zu demselben Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gekommen ist. Hier haben die Parteien im Gegensatz zu dem vom Bundesgerichtshof behandelten Fall ausdrücklich vereinbart, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm bekannt gewordene Interessenten an den Kläger zu verweisen. Ein Verhandeln mit den Interessenten ohne Einschaltung des Klägers stellte eine Vertragsverletzung dar. Der Gebührenanspruch sollte auch entstehen, wenn ein Vertrag mit einem Dritten ohne Mitwirkung des Klägers abgeschlossen wurde. Der Maklerauftrag lief über ein Jahr und konnte erst nach Ablauf des Jahres mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten gekündigt werden. Wird der Auftraggeber auf so lange Zeit verpflichtet, sich in der genannten Weise allein der Hilfe des beauftragten Maklers bei dem Abschluß des Vertrages zu bedienen, so legt er damit die gesamte Verhandlungsführung vertrauensvoll in die Hände dieses Maklers. Das ist bei solcher Vertragsgestaltung der Sinn des "fest an Hand Gebens". Wenn der Makler die eigene Initiative des Auftraggebers ausschaltet und sich die Führung der Verhandlung vorbehält, so kann der Auftraggeber erwarten, daß er selbst keine Tätigkeit mehr zu entfalten braucht, um seinen Vorteil bei den Verhandlungen zu wahren. Andererseits erklärt der Makler mit einer solchen Bindung des Auftraggebers, daß er als Vertrauensmann ausschließlich dessen Interessen wahrnehmen werde. Diese Auffassung wird außer vom Berufungsgericht in einer früheren Entscheidung (MDR 1957, 36) auch weitgehend im Schrifttum vertreten (Rust MDR 1957, 205; Warncke MDR 1961, 725; ähnlich Dyckerhoff/Rinke aaO S. 104: Der Auftraggeber darf davon ausgehen, daß der Makler alles daransetzt, einen seinem Auftraggeber genehmen Vertragsabschluß zu vermitteln).

Zu Unrecht macht die Revision geltend, die Auslegung, daß der Kläger als Vertrauensmann des Auftraggebers angesehen werden müsse, finde im Vertrage keine Stütze. Allenfalls seien einzelne der Bedingungen, die wegen der in ihnen enthaltenen Bindungen des Auftraggebers für eine Vertrauensstellung des Maklers sprechen könnten, unwirksam. Diesem Gedankengang kann nicht gefolgt werden. Er läuft darauf hinaus, daß der Kläger sich seinen nach Treu und Glauben aus dem Gesamtinhalt des Vertrages ergebenden Verpflichtungen mit der Berufung darauf entziehen will, er habe den Beklagten in rechtsmißbräuchlicher Weise gebunden. Dieser Umstand kann ihm aber keinesfalls zugute kommen.

Die dem Beklagten als Kaufinteressenten gegenüber begründeten Verpflichtungen des Klägers schlossen daher aus, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, daß der Kläger für einen Auftraggeber, der einen Hof verkaufen wollte, eine Tätigkeit ausübte, die darauf ging, für diesen einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen.

b) Ob der Kläger für Frau K. in solcher Weise tätig geworden ist, hat das Berufungsgericht bisher nicht einwandfrei festgestellt.

Die Revision rügt allerdings ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe nicht ermittelt, welche Vereinbarungen der Kläger mit Frau K. getroffen hat; denn aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt sich die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Kläger von Frau K. einen "Alleinauftrag" erhalten hat, der inhaltlich dem mit dem Beklagten geschlossenen entspricht.

Die Parteien haben in den vorhergehenden Rechtszügen nichts Gegenteiliges vorgetragen. Im übrigen mag, da die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, dieses, sofern erforderlich, Feststellungen über den Inhalt des zwischen dem Kläger und Frau K. geschlossenem Vertrages treffen.

Der Kläger hat unstreitig für Frau K. nicht mehr getan, als daß er das Schreiben vom 16. März 1960 an den Beklagten richtete. Das Berufungsgericht glaubt zwar, der Anspruch auf Maklerlohn sei nicht erst dann verwirkt, wenn der Makler vertragswidrig gehandelt habe, es genüge, daß er durch die gewollte Mitwirkung zwangsläufig vertragsbrüchig geworden wäre. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Nach § 654 BGB ist der Anspruch auf den Maklerlohn ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist. Die Bestimmung des § 654 BGB enthält keine Strafe für bösen Willen, sondern nur für erfolgte Treulosigkeit. Ist es zu einer verbotenen Doppeltätigkeit nicht gekommen, so ist der Grund dafür unerheblich, insbesondere ob es auf freiwilligem Entschluß des Maklers oder darauf beruht, daß der Auftraggeber eine Vermittlungstätigkeit des Maklers nicht in Anspruch genommen, ihm also die Gelegenheit zur beabsichtigten Doppeltätigkeit nicht gegeben hat.

Entscheidend ist also, ob schon die Absendung des Schreibens vom 16. März 1960 den Tatbestand einer treuwidrigen Doppeltätigkeit erfüllt. Das wäre bedenkenfrei der Fall, wenn der Kläger als Vertrauensmakler der Frau K. versucht hätte, zu ihren Gunsten einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Es könnte darauf ankommen, ob der in dem Schreiben vom 16. März 1960 angegebene

Kaufpreis von 350 000 DM etwa höher gewesen ist als der von Frau K. selbst gewünschte. Ein Beweiszeichen dafür könnte der vom Berufungsgericht verwertete Umstand sein, daß der Betrag von 350 000 DM um 10 000 DM über dem vom Beklagten später gezahlten Kaufpreis liegt. Aufschlüsse könnte auch die Heranziehung der Akten des Rechtsstreites des Klägers gegen Frau K. (7.0312/61 des Landgerichts Bielefeld) geben, in denen sich Abschriften von Schreiben befinden, mit denen der Kläger etwas später den Hof der Frau K. anderen Interessenten für 320 000 DM angeboten hat. In jenem Rechtsstreit hat der Kläger überdies bei seiner Anhörung am 5. Juli 1962 vor dem Berufungsgericht erklärt, er gebe Kaufbewerbern den Preis für einen Hof häufig höher an, als er ihn vom Verkäufer genannt werde, weil diese im allgemeinen wesentlich niedrigere Summen anböten. Davon abgesehen liegt möglicherweise ein Tätigwerden für Frau K. schon darin, daß der Kläger im Schreiben vom 16. März 1960 hervorhob, eine Besichtigung des Hofes sei nur in seiner Gegenwart möglich. Darin könnte das Bestreben des Klägers zum Ausdruck kommen, die Preisbildung in der Hand zu behalten und zu verhindern, daß der Beklagte sich mit Frau K. auf einen niedrigeren Preis einigte, an dem dem Kläger nichts gelegen sein konnte, weil seine Provision sich nach der Höhe des Kaufpreises richtete.

c) Nach Nr. 5 der Geschäftsbedingungen war dem Kläger allerdings die Tätigkeit für den anderen Teil ausdrücklich gestattet. Das Berufungsgericht legt diese Erklärung dahin aus, die Gestattung reiche nicht so weit, daß dem Makler auch ein Tätigwerden erlaubt sei, das den Interessen seines Auftraggebers zuwiderlaufe. Durch die Gestattung werde dem Makler die Pflicht zur sorgfältigen Wahrnehmung

der Interessen seines Auftraggebers nicht erlassen. Die Klausel behalte ihre Bedeutung für Fälle, in denen der Makler an den anderen Teil nicht ebenfalls durch einen Alleinauftrag gebunden sei. Das Berufungsgericht meint, habe der Makler sich beiden Vertragsteilen durch einen Alleinauftrag verpflichtet, so könne er nur dann Lohn beanspruchen, wenn sich beide Teile in voller Kenntnis einer Doppeltätigkeit mit seinem Tätigwerden einverstanden erklärten. Jede allgemeine Gestattung einer solchen Doppeltätigkeit sei sittenwidrig, weil sie dem Makler erlauben würde, sich vertragswidrig zu verhalten und die Interessen seines Auftraggebers zu verletzen.

Diese Auffassung zeigt insoweit keinen Rechtsirrtum, als es sich wie hier um ein Vertragsverhältnis handelt, bei dem der Makler als Vertrauensperson des Auftraggebers tätig werden soll. Schon das Reichsgericht hat angenommen, § 654 BGB werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Auftraggeber eine Tätigkeit des Maklers für den anderen wissentlich geschehen lasse. Der Makler bleibe immer noch Vertrauensperson (JW 1913, 641). Will bei der hier vorliegenden Vertragsgestaltung der Makler eine Doppeltätigkeit ohne Treuwidrigkeit ausüben, so muß er dem jeweiligen Auftraggeber unmißverständlich erklären, daß er auch für den anderen Teil tätig werde und sich darauf beschränke, als "ehrlicher Makler" zwischen den Interessen der beiden Vertragspartner zu vermitteln. Nur dann wissen die Auftraggeber, daß sie sich nicht auf den Makler verlassen können, sondern selbst darauf bedacht sein müssen, ihren Vorteil zu wahren.

d) Hat der Kläger seine Treupflicht verletzt, so bedarf es, wie oben erwähnt, für den Tatbestand der Verwirkung noch der Feststellung, daß er dabei mindestens grob leichtfertig gehandelt hat.

B.

Ob ein die Verwirkung rechtfertigender Sachverhalt gegeben ist, kann das Revisionsgericht nicht von sich aus beurteilen. Einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht bedürfte es allerdings nicht, wenn das Berufungsurteil sich aus anderen Gründen, nämlich wegen Unwirksamkeit des Maklervertrages, als zutreffend erwiese. Auch hierüber läßt sich indessen im Revisionsverfahren nicht abschließend entscheiden.

I. 1. Das Berufungsgericht meint, nach dem Gesamthalt der Vertragsbedingungen liege die Annahme nahe, daß der Vertrag in seinem ganzen Umfange wegen sittenwidriger Knebelung des Auftraggebers nach § 138 BGB nichtig sei. Die Bindung auf 15 Monate und eine Reihe von Bestimmungen der Geschäftsbedingungen (Nr. 1, 2, 6 und 12) dienten dazu, dem Kläger die Provision für jeden Fall des Vertragsabschlusses zu sichern. Durch die Nr. 8 und 10 der Geschäftsbedingungen sei Vorsorge dafür getroffen, daß der Kläger auch dann nicht leer ausgehe, wenn es während der Laufzeit des Maklervertrages nicht zu einem Ankauf komme. Diesen umfangreichen Pflichten des Auftraggebers stehe keine einzige Verpflichtung des Maklers gegenüber. Da nach Nr. 13 der Geschäftsbedingungen andere Vereinbarungen als die auf dem Formular vermerkten

der Schriftform bedurften, bleibe offen, welche Verpflichtung der Kläger übernommen habe. Ein Maklervertrag, der nur die eine Partei einseitig binde, lasse sich mit den guten Sitten nicht vereinbaren.

2. Da es sich nicht um einzelne, von den Vertragsparteien ausgehandelte Vertragsbestimmungen, sondern um formularmäßige allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, ist das Revisionsgericht, wie schon erwähnt, zu ihrer Auslegung befugt; es kann prüfen, ob sie gegen die guten Sitten verstoßen.

Vorweg ist darauf hinzuweisen, daß das Berufungsgericht nicht etwa einzelne Bestimmungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen für sittenwidrig hält. Es ist vielmehr der Ansicht, daß durch Anwendung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen der Makler einseitig in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise gegenüber den Interessen der Auftraggeber bevorzugt würden. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte einzelnen Bestimmungen im Wege der Auslegung einen gerechten Inhalt geben und den Vertrag im ganzen - gemeint wohl nach § 139 BGB - als wirksam betrachten müssen, geht daher fehl.

Dem Berufungsgericht wäre zu folgen, wenn den Kläger tatsächlich keine ins Gewicht fallenden Verpflichtungen träfen. Das ist indessen nach der eigenen Auffassung des Berufungsgerichts und der vom erkennenden Senat oben getroffenen Auslegung des Maklervertrages nicht der Fall. Insofern widerspricht sich das Berufungsgericht selbst. Bei der Erörterung der Verwirkung nach § 654 BGB führt es aus, der Kläger sei auf Grund des Vertrages verpflichtet, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um einen seinem Auftraggeber vorteilhaften Vertragsschluß zu erreichen, insbesondere einen für ihn möglichst günstigen Preis zu

erzielen. Ohne die Pflicht, tätig zu werden und die Interessen seines Vertragspartners wahrzunehmen, würde es an der entsprechenden Gegenleistung für die feste Bindung des Auftraggebers fehlen. Mit dieser im Ergebnis zu billigenden Auslegung, daß die weitgehenden Pflichten des Klägers die Gegenleistung für die starke Bindung des Beklagten seien, entzieht das Berufungsgericht seiner Ansicht den Boden, der Maklervortrag verpflichte einseitig nur den Beklagten. Die genannten Verpflichtungen des Maklers folgen aus dem erteilten Alleinauftrag in der in Nr. 6 der Geschäftsbedingungen bezeichneten besonderen Ausgestaltung. Es handelt sich also nicht etwa um außerhalb der Vertragsurkunde vereinbarten Pflichten. Daher ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts unrichtig, es fehle an einer Verpflichtung des Klägers, weil sie nicht entsprechend der Nr. 13 der Geschäftsbedingungen schriftlich vereinbart sei.

II. Der Maklervortrag kann aber wegen der Art seines Zustandekommens unwirksam sein, sei es nach § 138 BGB, sei es auf Grund einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Der Beklagte hat vorgetragen, der Kläger habe bei den Verhandlungen in seinem Geschäftslokal am 26. September 1959 vorgetäuscht, der Auftrag beziehe sich nur auf ein einziges Objekt, nämlich den Hof des Bauern Ku [REDACTED] in R [REDACTED]. Der Kläger habe erklärt, mit der Unterschrift verpflichte der Beklagte sich nur zur Geheimhaltung der Adresse und zur Zahlung von 3 % Provision für den Fall des Ankaufs. Der Kläger habe nichts davon gesagt, daß es sich um einen Alleinauftrag mit längerer Bindung handle. Der Beklagte habe die auf der Rückseite des Formulars abgedruckten Geschäftsbedingungen nicht gekannt. Er habe zunächst nicht unterschreiben wollen, weil er seine Brille vergessen hatte. Er habe dem Kläger auch gesagt, daß er ohne Brille nicht lesen könne, was er unterschreibe. Der Kläger habe es aber verstanden, ihn mit der Erklärung, es gehe nur um die Provisionszahlung und die Geheimhaltungsverpflichtung, zur Unterschrift zu bewegen.

Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit und des Unvermögens, ein vorgolektes Schriftstück durchzulesen, kann ein sittenwidriges Verhalten darstellen, so daß dem Beklagten neben einer etwaigen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung die Berufung auf die Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes offenstände.

C.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, auch zur Entscheidung über die Kosten der Revision, zurückzuverweisen.

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann