

BUNDESGERICHTSHOF 2126 070

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 34/65

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1967
Klett, Justiz-
hauptssekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maklers Friedrich D[REDACTED] in O[REDACTED]/S[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Margarete Wi[REDACTED] geb. Sch[REDACTED] in K[REDACTED],
De[REDACTED] R[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelehar, Artl, Dr. Kötger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 22. Dezember 1964 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 1. Dezember 1962 schlossen die Klägerin und ihr Ehemann, der Arzt und Zahnarzt Dr. Hans Wi [REDACTED], mit dem im Rechtsstreit als Zeugen vernommenen Gustav Albert W [REDACTED] vor dem Notar Dr. Dr. [REDACTED] einen Kaufvertrag über das W [REDACTED] gehörende in L [REDACTED] bei Ro [REDACTED]/S [REDACTED] gelegene Grundstück mit Wohnhaus. Beurkundet wurde ein Kaufpreis von 40 000 DM, der jedoch der wahren Vereinbarung nicht entsprach. Auflassung und Eintragung im Grundbuch sind erfolgt. Dieser Kaufvertrag hatte folgende Vorgeschichte:

W [REDACTED] hatte das Grundstück dem Makler Ni [REDACTED]

- 3 -

zu einem Kaufpreis von 50 000 DM fest an die Hand gegeben. Obwohl sich mehr als 30 Interessenten bei dem Verkäufer W. [REDACTED] einfanden, war keiner von ihnen bereit, den geforderten Kaufpreis zu zahlen. Mitte des Jahres 1962, als der dem Makler Ni. [REDACTED] erteilte Alleinauftrag noch lief, interessierte sich auch der Beklagte als Makler für den Verkauf des Grundstücks. Es kam zu Besprechungen mit W. [REDACTED], während der Dauer des Ni. [REDACTED] erteilten Alleinauftrages jedoch nicht zu einem schriftlichen Maklervertrag. Am 10. November 1962 bot der Beklagte das Grundstück durch eine Anzeige in einer K. [REDACTED] Tageszeitung zum Verkauf an (Kaufpreis 70 000 DM).. Am selben Tag meldeten sich die Klägerin und ihr Ehemann bei dem Beklagten, besichtigten das Grundstück und einigten sich mit dem Beklagten auf einen Kaufpreis von 62 000 DM zuzüglich einer von den Käufern zu zahlenden Provision von 3 %. Anschließend und ebenfalls noch am selben Tage teilte der Beklagte dem Verkäufer W. [REDACTED] mit, daß er einen Käufer gefunden habe. W. [REDACTED] unterzeichnete folgenden vom Beklagten vorbereiteten "Verkaufsauftrag":

"Beauftragen Herrn Friedrich D. [REDACTED], Immobilien, (das ist der Beklagte) mit dem Alleinverkauf unseres Gesamtobjektes in L. [REDACTED] DM 50.000,--. Herr D. [REDACTED] verpflichtet sich, daß mir durch den Verkauf keinerlei Unkosten entstehen. Sollte Herr D. [REDACTED] einen Mehrpreis erzielen, so ist derselbe berechtigt, den Überschuß für seine entstehenden Unkosten zu verwenden.

Herrn und Frau W. [REDACTED]
den 25. Oktober 1962 gcz.: G. W. [REDACTED]."

Sodann vereinbarte der Beklagte mit den Käufern, daß sie über den zu beurkundenden Kaufpreis von 40 000 DM hinaus an ihn, den Beklagten, einen Schwarzbetrag von



22 000 DM zahlen sollten. Diesen Betrag händigten die Käufer noch vor der Beurkundung dem Beklagten aus, der hiervon 10 000 DM an den Verkäufer W. weiterleitete. Ausserdem zahlten die Käufer 3 % Provision von 62 000 DM an den Beklagten und an den Verkäufer unmittelbar 40 000 DM.

Erst im März 1963 erfuhren die Klägerin und ihr Ehemann von dem Verkäufer W., daß dieser von den 62 000 DM Kaufpreis nur 50 000 DM erhalten hatte. Ebenso erfuhr der Verkäufer W. erst bei dieser Gelegenheit von den Käufern, daß der Beklagte ihnen das Grundstück für 62 000 DM verkauft hatte.

Die Parteien des Kaufvertrages trafen darauf folgende schriftliche Abmachung:

"Ich, Gustav W., bestätige den Eheleuten Dr. Hans Heinrich und Margarete W., daß der Kaufpreis für mein ihnen verkauftes Hausgrundstück in L. DM 50.000,-- beträgt und ich keine darüber hinausgehenden Forderungen an sie stelle.

Etwaige Ansprüche gegen den Makler Herrn D. (Beklagter) aus dieser Sache trete ich hiermit an Frau Margarete W. (Klägerin) ab.

Die Herrn D. nach der mit den Eheleuten Dr. W. getroffenen Vereinbarung zustehende Maklergebühr geht zu Lasten der Eheleute Dr. W.

L., den 9.3.1963 gez. Gustav W.

Wir sind mit den vorstehenden Erklärungen des Herrn W. einverstanden und nehmen diese an.

L., den 9.3.1963 gez. Dr. W.
gez. Margarete W."

Gestützt auf die Abmachung vom 9. März 1963 klagte die Klägerin den vom Beklagten einbehaltenen Unterschiedsbetrag von 12 000 DM nebst Zinsen und 3 % Provision hiervon = 360 DM nebst Zinsen ein.

Sie vertrat den Standpunkt, daß der Beklagte beiden Parteien des Kaufvertrages gegenüber seine Treupflicht als Makler verletzt habe und aus diesem Grunde zur Zahlung der genannten Beträge verpflichtet sei. Im Schriftsatz vom 10. Januar 1964 gab die Klägerin folgende Erklärung ab:

"Der Beklagte hat der Klägerin die Provisionsabsprache mit dem Verkäufer W. [REDACTED] arglistig verschwiegen. Die Klägerin ficht hiermit, falls sich die Anfechtung noch nicht aus den bisherigen Schriftsätzen ergeben sollte, die Provisionsvereinbarung mit dem Beklagten gemäß § 123 BGB an (vgl. hierzu insbes. Dyckerhoff-Rinke, 4. Aufl. 1963, S. 88). Die Anfechtungsfrist nach § 124 BGB ist gewahrt, da die Klägerin erst im März 1963 von der Honorarvereinbarung des Beklagten mit dem Verkäufer W. [REDACTED] erfahren hat."

Das Landgericht gab der Klage in vollem Umfange statt, das Berufungsgericht nur hinsichtlich des Betrages von 12 000 DM nebst Zinsen. In Höhe von 360 DM nebst Zinsen wies das Berufungsgericht die Klage ab. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage im Umfange seiner Verurteilung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin klagt aus eigenem und aus abgetretenem Recht. Das Berufungsgericht hält den Klageanspruch,

soweit er in den Revisionsrechtszug gediehen ist, auf Grund der Abtretungserklärung vom 9. März 1963 für begründet.

Es nimmt an, die Klägerin habe den Maklervortrag, den der Verkäufer W. mit dem Beklagten abgeschlossen hatte, wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten. Es versteht die Abtretungserklärung vom 9. März 1963 dahin, daß W. die Klägerin auch zur Anfechtung ermächtigt und ihr die sich nach erfolgter Anfechtung ergebenden Ansprüche abgetreten habe. Eine arglistige Täuschung bejaht es deshalb, weil der Beklagte dem Verkäufer W. verschwiegen hatte, daß er in der Klägerin und ihrem Ehemann Käufer gefunden hatte, die bereit waren, für das Grundstück weit mehr als 50 000 DM, nämlich 62 000 DM zu zahlen. Die Pflicht, dem Auftraggeber W. hiervon Mitteilung zu machen, leitet das Berufungsgericht daraus her, daß W. nach den bisherigen Enttäuschungen zwar mit einem Kaufpreis von 50 000 DM zufrieden gewesen sei, daß er aber, und zwar für den Beklagten erkennbar, nicht damit gerechnet habe, dieser habe die bereits ausfindig gemachten Interessenten schon auf einen erheblich höheren Kaufpreis festgelegt. Daß der Beklagte erkannt habe, W. wolle ihm keineswegs eine unbegrenzte Beteiligung am Mehrerlös gewähren, schließt das Berufungsgericht schon aus der Fassung des "Verkaufsauftrages" vom 10. November 1962, in dem davon die Rede ist, der Beklagte solle den Mehrerlös zur Deckung seiner Unkosten verwenden. Sei aber W. für den Beklagten erkennbar davon ausgegangen, daß nur ein geringfügiger Mehrpreis erzielt werden könne, so habe ihn der Beklagte aufgrund seiner vertraglichen Treuepflicht unaufgefordert darüber aufklären müssen, daß diese auf den bisherigen Erfahrungen mit dem Makler

Nierstenhöfer fußende Annahme falsch sei. Nach der auf die Bekundung des W[REDACTED] gestützten Überzeugung des Berufungsgerichts hätte W[REDACTED] den Maklervertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht in dieser Weise abgeschlossen.

Im Hinblick auf die durch Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit des Maklervertrages hält das Berufungsgericht den Beklagten zur Herausgabe der von den Käufern als Mehrpreis erhaltenen 12 000 DM an die Klägerin als Zessionarin des Auftraggebers nach Auftragsgrundsätzen für verpflichtet.

II. Die Revision greift diese Erwägungen des Berufungsgerichts in erster Reihe mit dem Hinweis an, daß es an einer Anfechtungserklärung der Klägerin fehle. Inso- weit ist der Revision zu folgen.

Denn die vom Berufungsgericht in Bezug genommene Erklärung der Klägerin im Schriftsatz vom 10. Januar 1964 bezieht sich nicht auf den Maklervertrag des Verkäufers W[REDACTED]. Vielmehr hat die Klägerin mit dieser Erklärung den eigenen mit dem Beklagten am 10. November 1962 geschlossenen Maklervertrag angefochten. Das folgt schon aus dem Wortlaut der Erklärung, in der die Klägerin den Beginn des Fristenlaufs nach § 124 BGB auf ihre eigene und nicht die Kenntnis des W[REDACTED] von den näheren Umständen des "Verkaufsauftrages" abstellte. Der von der Revision für richtig gehaltene Sinngehalt der Erklärung ergibt sich auch aus dem Zusammenhang mit den ihr voran- gehenden Ausführungen, die sich nur auf den von der Klä- gerin selbst abgeschlossenen Maklervertrag beziehen.

Das Berufungsurteil kann daher nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts aufrecht erhalten werden.

III. Nicht geprüft hat das Berufungsgericht, ob sich der Klagsanspruch aus § 654 BGB herleiten läßt. Träfe dies zu, so käme es nicht darauf an, ob die Klägerin den Maklervertrag des Verkäufers W. [REDACTED] angefochten hat. Daß sich diese Vorschrift nicht nur auf den im Gesetz genannten Fall bezieht, in dem der Makler vertragswidrig auch für den anderen Teil tätig geworden ist, ist anerkannten Rechts. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat, kann der Makler seinen Vergütungsanspruch auch dann verwirken, wenn er in anderer Weise seine Treupflicht verletzt (RGZ 133, 264, 269; BGHZ 36, 323, 326). Die Vorschrift bezieht sich zwar hauptsächlich auf die Wahrung der Interessen des Auftraggebers bei der Vermittlung des Hauptvertrages. Sie greift aber auch ein, wenn es sich um die Beurteilung der für das Zustandekommen des Maklervertrages maßgeblichen Vorgänge handelt. Denn das Vertrauen, das die Grundlage des ganzen Verhältnisses bildet, kann erst recht nicht bestehen, wenn dem Makler schon bei Eingehung des Maklervertrages eine Treuwidrigkeit zu Last fällt (RG in LZ 1918, 686).

1. Allerdings müßte die in § 654 BGB vorausgesetzte Treuwidrigkeit des Maklers, falls sich ein vorsätzliches Handeln nicht feststellen läßt, zumindest auf einer groben Leichtfertigkeit beruhen (BGHZ 36, 323, 326). Zu einer solchen Annahme reichen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus, nach dessen Ausführungen zu unterstellen ist, der Beklagte habe schon vor Unterzeichnung des schriftlichen Verkaufsauftrages von 10. November 1962 eine mündliche Einigung mit W. [REDACTED] dahin

erzielt, er könne den Mehrerlös über 50 000 DM als Provision behalten. Denn die Erwägung des Berufungsgerichts, ein vor der Erteilung des schriftlichen Verkaufsauftrages geschlossener Maklervertrag sei unwirksam, weil damals der Alleinauftrag des Maklers Ni [REDACTED] noch bestanden habe, ist rechtlich nicht haltbar. Ein einem Makler erteilter Alleinauftrag hindert den Auftraggeber nicht, weitere Aufträge an andere Makler zu vergeben. Aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt in einem solchen Verhalten des Auftraggebers eine Sittenwidrigkeit enthalten sein soll, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht gibt auch keine Begründung für seinen Standpunkt. Inwieweit der Auftraggeber dem allein beauftragten Makler zur Zahlung der Provision verpflichtet wird, wenn er durch Vermittlung des ebenfalls zugezogenen weiteren Maklers einen Vertrag abschließt, hat mit der vom Berufungsgericht behandelten Frage nichts zu tun.

2. Der erkennende Senat hat demnach davon auszugehen, daß der Beklagte bereits im Juli/August 1962 einen verbindlichen Maklervertrag mit W [REDACTED] mündlich geschlossen hatte, nach dem er den Mehrerlös über 50 000 DM sollte behalten dürfen. Ein solcher mündlicher Maklervertrag würde, für sich allein betrachtet, seinem Inhalt nach weder einen Sittenverstoß noch eine Treuwidrigkeit gegenüber dem Auftraggeber enthalten. Denn grundsätzlich ist es Sache des Auftraggebers, sich über die Verhältnisse auf dem Grundstücksmarkt Gewissheit zu verschaffen, ehe er einen Maklervertrag dieser Art abschließt (vgl. RG JW 1930, 1300 und das nicht veröffentlichte Urteil des erkennenden Senats vom 4. April 1966 - VIII ZR 66/64 -). Hatte der Beklagte aber, ehe er sich den Verkaufsauftrag vom 10. November 1962 unterzeichnen ließ, bereits einen derartigen Maklerauftrag,

so konnte sein späteres Verhalten, nämlich sein Verschweigen der Tatsache, daß er die Eheleute Dr. Wi [REDACTED] (Klägerin und Ehemann) bereits auf einen Kaufpreis von 62 000 DM festgelegt hatte, grundsätzlich nicht zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage führen. Auf eine frühere Provisionsvereinbarung würde sich der Beklagte allerdings nicht berufen können, wenn die Vertragsparteien damals übereinstimmend davon ausgegangen wären, der Beklagte solle den Überschuß über 50 000 DM nur erhalten, wenn dieser Überschuß sich etwa im Rahmen der üblichen Maklerprovision halte, mindestens nicht unverhältnismäßig über sie hinausgehe. So betrachtet kommt es daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts in erster Reihe darauf an, ob sich feststellen läßt, daß der Verkäufer W [REDACTED] im Juli/August 1962 bereits ein festes Provisionsversprechen gegeben hatte, nach dessen Inhalt der Beklagte den Mehrerlös ohne Rücksicht auf dessen Höhe als Maklervergütung erhalten sollte. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte dieser Frage nachgehen müssen, erweist sich somit als begründet.

3. Aber selbst wenn das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung bei der Auslegung der Vereinbarung zu dem Ergebnis kommen sollte, daß die Vertragsparteien das Provisionsversprechen eingeschränkt haben, oder es sogar die Behauptung des Beklagten, daß im Juli/August 1962 eine Provisionsvereinbarung getroffen sei, nicht für erwiesen hält, so würde daraus nicht ohne weiteres und zwingend folgen, daß dem Beklagten beim Abschluß der Vereinbarung vom 10. November 1962 eine Treuwidrigkeit im Sinne einer groben Leichtfertigkeit vorzuwerfen ist. Dann wäre zwar davon auszugehen, daß der Beklagte dem Verkäufer beim Abschluß des (schriftlichen) Maklervertrages die Tatsache verschwie, daß er bereits einen Käufer zu einem den Betrag von 50 000 DM erheblich übersteigenden Preise gefunden hatte. Darin könnte objektiv gesehen eine Treuwidrigkeit im Sinne des § 654 BGB

liegen. Denn wie bereits erörtert, obliegt dem Makler schon bei den Verhandlungen über den Abschluß des Maklervertrages eine Treupflicht, deren Verletzung zur Verwirkung der Provision führen kann. Wieweit diese Verpflichtung reicht, läßt sich indes allgemein nicht festlegen. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles und darauf an, inwieweit die auf diese Umstände angewandten Grundsätze von Treu und Glauben den Makler verpflichten, eigene Interessen zurückzustellen und den Auftraggeber darauf hinzuweisen, daß er bei der Festlegung der Bedingungen des Maklervertrages von falschen Voraussetzungen ausgeht. Die Grundsätze von Treu und Glauben können dazu führen, den Makler für verpflichtet zu erachten, in einem Falle wie dem vorliegenden, dem Auftraggeber davon Kenntnis zu geben, daß er, der Makler, bereits einen festen Käufer an der Hand hatte, der einen viel höheren Preis zu zahlen bereit war, als der Auftraggeber nehmen wollte. Aber auch hier könnten die weiteren Umstände des Falles den Makler möglicherweise entschuldigen. Als entlastendes Moment könnte z.B. gewertet werden, wenn sich feststellen ließe, daß es dem Auftraggeber - etwa wegen seiner guten Vermögensverhältnisse oder wegen der bisherigen Erfahrungen - gleichgültig ist, ob und in welcher Höhe ein Mehrpreis erzielt werden kann, daß er also erkennbar unter keinen Umständen mehr als den angegebenen Preis für sich erstrebt. Die Revision rügt in dieser Beziehung, das Berufungsgericht habe nicht alle Umstände ausreichend gewürdigt und die Beweisangebote nicht erschöpft. Diese Rüge ist ebenfalls begründet. Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht, der Beklagte habe W. das Ergebnis der Verhandlungen mit der Klägerin und ihrem Ehemann offenbaren müssen, und er habe dies schuldhaft unterlassen, zwar auf eine von dem Zeugen W.

bei seiner Vernehmung gebrachte Wendung, "er hätte so nicht abgeschlossen, wenn ihm der Beklagte hiervon Mitteilung gemacht hätte". Zu vermissen ist indes eine Stellungnahme des Berufungsgerichts zu den weiteren Bekundungen des Zeugen, aus denen in Widerspruch hierzu das Gegenteil entnommen werden könnte.

In diesem Zusammenhang darf auch nicht unwürdigt bleiben, daß W. in der der Klägerin gegenüber abgegebenen Abtretungserklärung wenigstens dem Wortlaut nach zu erkennen gibt, daß er keinen Wert auf den 50 000 DM übersteigenden Mehrpreis legt.

4. Vor allem aber könnte der Beklagte in subjektiver Beziehung entlastet werden. Es bedarf daher einer eingehenden Prüfung, was sich für diese Frage aus den unstreitigen Umständen und aus der Beweisaufnahme ergibt. Auf der einen Seite könnte sich hier belastend auswirken, daß der Beklagte sein Verschweigen des wirklichen Kaufpreises von vornherein zu verdecken plante und diesen Plan durch die von ihm angeregte Art der Beurkundung des Kaufvertrages auch durchführte. Auf der anderen Seite ist aber eine Entlastung ebenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, nämlich dann nicht, wenn sich feststellen ließe, der Beklagte habe wenigstens angenommen, es stehe ihm der Mehrpreis schon aus früheren Verhandlungen mit W. zu, er also geglaubt haben sollte, der schriftliche Verkaufsauftrag stelle nur ein Beweismittel für die bereits getroffene mündliche Vereinbarung dar. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob auf seiten des Beklagten ein Rechtsirrtum vorliegt und gegebenenfalls ob ein solcher seine Handlungsweise zu entschuldigen vermag.

Unter allen diesen Gesichtspunkten, die sich nach dem dem Revisionsgericht unterbreiteten Sachverhalt aufdrängen, wird das Berufungsgericht zu beurteilen haben, ob der Beklagte die ihm als Erfolgshonorar zugestandene Provision verwirkt hat.

IV. Das Berufungsgericht wird aber auch unter Würdigung des gesamten Streitstoffes zu prüfen haben, ob der Maklervertrag zwischen W[REDACTED] und dem Beklagten etwa wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Dabei wird zu beachten sein, daß ein etwaiges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für sich allein noch nicht zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 Abs. 1 BGB ausreicht, daß vielmehr noch andere Umstände hinzutreten müssen, die die Vereinbarung als sittenwidrig erscheinen lassen. Der Klägerin bleibt es unbenommen, die von der Revisionserwiderung gemachten Ausführungen dem Berufungsgericht vorzutragen.

V. Ebenso wird das Berufungsgericht den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens beim Vertragsschluß zu prüfen haben. Dabei werden ebenfalls die obigen Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen sein. Das Berufungsgericht würde allerdings bei Bejahung eines solchen Anspruchs zu bedenken haben, daß nur der Schaden zu ersetzen ist, der mit dem Verschweigen des Verhandlungsergebnisses (Beklagter - Käufer) in einem ursächlichen Zusammenhang steht. Auszugehen wäre also von der Frage, was der Beklagte mit W[REDACTED] vereinbart hätte, wenn der Beklagte die gekennzeichnete Mitteilung gemacht haben würde.

VI. Das Berufungsgericht darf ferner, soweit es Ansprüche der Klägerin aus unerlaubter Handlung herleitet,

nicht an der Möglichkeit vorbeigehen, daß dem Beklagten in subjektiver Hinsicht Entschuldigungsgründe zur Seite stehen können. In objektiver Beziehung wird es ebenfalls seinen Gedankengang überprüfen müssen. Denn, wenn es zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß der Maklervvertrag mit W [REDACTED] wirksam abgeschlossen war, könnte in der Zurückbehaltung des Mehrbetrages weder eine Untreue noch eine Unterschlagung liegen.

VII. Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber