
Datum: 21.06.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-18 U 17/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0621.I18U17.12.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 3 O 267/11
Schlagworte: Makler; Maklerlohn; Courtage; hinreichendes Provisionsverlangen; Internetanzeige; Immobilienscout24; Immobilienscout; Bestätigung
Normen: BGB § 652 Abs. 1; BGB § 141; BGB § 144

Leitsätze:

1. Zur Frage des eindeutigen Provisionsverlangens eines gewerblichen Immobilienmaklers, der ein zum Verkauf stehendes Objekt mittels einer Internetanzeige (hier unter "Immobilienscout24") mit dem Hinweis "Provision 3,57 %" anbietet (im Anschluss an das Urteil des BGH vom 03.05.2012 – III ZR 62/11).
2. Zur Bestätigung eines eventuell anfechtbaren Maklervertrages (§ 144 BGB) durch weitere Inanspruchnahme der Maklerdienste.
3. Auch nach Anfechtung eines Kaufvertrages kann dem Makler nach erfolgter Bestätigung des Hauptvertrages gemäß § 141 BGB ein Maklerlohnanspruch aufgrund seiner früheren Nachweistätigkeit zustehen.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das am 22. Dezember 2011 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Essen teilweise abgeändert:

Die Beklagten bleiben verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 4.998,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten

über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.05.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu 11 % der Kläger und zu 89 % die Beklagten als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar; es beschwert beide Parteien mit jeweils weniger als 20.000,- €.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

Der Kläger begehrt von den Beklagten die Zahlung einer Maklercourtage. Die Beklagten erachten den Maklerlohn als verwirkt und verteidigen sich im Übrigen mit einer Hilfsaufrechnung.

I.

Der Kläger inserierte das zum Kauf stehende Objekt M-Straße in H2 (im Weiteren: Immobilie) auf der Internetplattform „ImmobilienScout“. In dem dort eingestellten, vom Kläger erstellten Exposé heißt es u.a. wie folgt:

„Wohnfläche: ca. 102,00 m² (...)“

Kaufpreis: € 155.000,00

Provision: 3,57 % inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer des notariell beurkundeten Kaufpreises

Ausstattung Dachausbau inkl. Dämmung (...)“

Tatsächlich lag für das ausgebaute Dachgeschoss eine Baugenehmigung nicht vor und beträgt die Wohnfläche der Immobilie ohne dieses lediglich 88,88 m².

Aufgrund dieser Internetanzeige nahmen die Beklagten am 26.04.2010 Kontakt zu dem Kläger auf und nahmen einen von ihm zwei Tage später anberaumten Besichtigungstermin wahr.

Am 15.03.2011 stellten der Dipl.-Ing. H und der Architekt F2 für die Beklagten einen Bauantrag hinsichtlich des Dachgeschosses der Immobilie. Die Beklagten beabsichtigten, das Dachgeschoss als Kinderzimmer für eines ihrer beiden Kinder zu nutzen. Außerdem erstrebten sie eine öffentliche Förderung des Erwerbs der Immobilie, die nur mit einem zweiten Kinderzimmer und der Wohnfläche von 102 m² zu erreichen war.

Am 28.03.2011 unterzeichneten die Beklagten einen von dem Kläger für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten „Auftrag zur Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages“, mit dem sie den Kläger zur Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages hinsichtlich der Immobilie beauftragten und in dem es u.a. heißt:

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

„Die Maklergebühr in Höhe von EUR 5.069,40 inkl. Mehrwertsteuer trägt der Käufer. Kommt es nicht zur Unterzeichnung des vorbereiteten Kaufvertrages sind etwa entstandene Notariatskosten sowie die dem Makler entgangene Maklerprovision, von der Partei zu tragen, die diese Unterzeichnung verweigert.“

Am 21.04.2011 schlossen die Beklagten mit den Verkäufern, den Eheleuten G, die die Immobilie im Oktober 2004 erworben hatten, einen notariellen Kaufvertrag über die Immobilie zu einem Kaufpreis von 140.000 € (§ 6) unter Ausschluss von Gewährleistungsrechten (§ 3). § 6 Abs. 3 des Kaufvertrages beinhaltet ein Rücktrittsrecht der Verkäufer für den Fall einer nicht rechtzeitigen Zahlung des Kaufpreises nach Fristsetzung. 14

Fünf Tage später wies die Stadt H2 die Beklagten mit Anhörungsschreiben vom 26.04.2011 darauf hin, dass der Ausbau des Dachgeschosses nicht genehmigungsfähig sei, da die erforderliche lichte Höhe nicht gegeben sei. 15

Am 27.04.2011 übersandte der Kläger den Beklagten seine Rechnung über die Klageforderung. 16

Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.05.2011 erklärten die Beklagten gegenüber den Verkäufern die Anfechtung des Kaufvertrages, gestützt auf ein arglistiges Verschweigen der mangelnden Genehmigungsfähigkeit des Dachgeschosses. Mit weiterem Schreiben vom selben Tage wiesen sie einen Zahlungsanspruch des Klägers zurück und beriefen sich auf eine Verwirkung des Maklerlohnes, da dem Kläger die fehlende Förderungswürdigkeit der Immobilie wie auch Genehmigungsfähigkeit des Dachgeschossausbaus bekannt gewesen seien. 17

Die Beklagten zahlten in der Folgezeit den Kaufpreis an die Verkäufer, davon allerdings 30.000 € unter Vorbehalt, mittels eines ohne öffentliche Förderung aufgenommenen Darlehns und wurden als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen. 18

Der Kläger ist der Ansicht gewesen, der Maklervertrag sei wirksam. Eine etwaige Unwirksamkeit nach § 311 b BGB sei geheilt; jedenfalls aber liege eine Bestätigung des Kaufvertrages gemäß § 144 BGB aufgrund der Kaufpreiszahlung vor. Eine Unwirksamkeit der Klausel der erfolgsunabhängigen Vergütung führe nicht zu einer solchen des Maklervertrages insgesamt. 19

Er hat behauptet, bei Erstellung des Exposés im Frühjahr 2010 sei ihm die fehlende Genehmigung hinsichtlich des Dachgeschosses noch nicht bekannt gewesen. Daher habe er den Grundrissplan für das Obergeschoss für das Exposé selbst erstellt. Anlässlich einer Besichtigung im Oktober 2010 seien die Beklagten jedoch von den Verkäufern auf das Fehlen einer Baugenehmigung für das Dachgeschoss sowie auch darauf hingewiesen worden, dass die Wohnfläche ohne dieses geringer sei. Er – der Kläger – selbst habe die Beklagten auch mehrfach auf die fehlende Baugenehmigung in persönlichen Gesprächen wie auch Telefonaten hingewiesen. Dies sei der Grund für die Beauftragung des Diplom-Ingenieurs sowie des Architekten seitens der Beklagten gewesen. Ersterem gegenüber habe er am 03.03.2011 und 11.03.2011, als dieser das Aufmaß genommen habe, darauf hingewiesen, dass er – der Kläger – das Dachgeschoss als nicht genehmigungsfähig erachte und die Arbeit unnütz sei. Dass bereits die Verkäufer eine ablehnend beschiedenen Bauantrag hinsichtlich des Dachgeschosses gestellt hatten und ihm dies bekannt gewesen sei, hat der Kläger bestritten. 20

Er ist weiter der Ansicht gewesen, der Maklerlohnanspruch sei nicht verwirkt. Die Verwendung einer unzulässigen Klausel führe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu einer Verwirkung. Im Übrigen fehle es aber auch jedenfalls an dem erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang, da das Versprechen einer erfolgsunabhängigen Vergütung für den Abschluss des Kaufvertrages seitens der Beklagten, wie der Kläger behauptet hat, nicht ursächlich gewesen sei. Die Beklagten hätten mehrfach erklärt, das Objekt auch ohne öffentliche Förderung zu erwerben; der Kauf sei eine Ehrensache, da schon ganz I von dem beabsichtigten Erwerb wisse.

Die Beklagten hingegen haben gemeint, der Maklervertrag sei bereits nach § 311 b BGB sowie auch den §§ 307, 308 und 309 BGB unwirksam. Die Klausel einer erfolgsunabhängigen Vergütung führe zur Unwirksamkeit des Maklervertrages insgesamt; eine geltungserhaltende Reduktion sei nicht möglich. 22

Sie haben weiter die Ansicht vertreten, dass ein etwaiger Maklerlohnanspruch jedenfalls verwirkt sei. Insoweit haben sie behauptet, entgegen den – unstreitigen – Angaben der Verkäufer hätten auch Grundrisszeichnungen etc. für das Ober- und Dachgeschoss vorgelegen und seien von diesen nur zurückgehalten worden. Allein das Fehlen dieser Grundrisszeichnungen sei zunächst Grund für die Beauftragung des Diplom-Ingenieurs gewesen, damit dieser sie für den Förderungsantrag erstelle. Erst anlässlich ihrer Erstellung sei dann das Fehlen der Baugenehmigung offenbart worden. Die Verkäufer hätten jedoch erklärt, dass das Einholen einer Baugenehmigung kein Problem sei. Auch der Kläger habe versichert, dass die Genehmigung erteilt werde; dies sei kein Problem. Tatsächlich hätten schon die Verkäufer einen letztlich ablehnend beschiedenen Bauantrag hinsichtlich des Dachgeschosses gestellt und sei dies auch dem Kläger bekannt gewesen. Anders sei angesichts der Komplexität der Wohnflächenberechnung des Dachgeschosses aufgrund dort vorhandener Schrägen etc. nicht erklärlich, wie es zu der exakt zutreffenden Angabe von 102 m² Wohnfläche in dem Exposé gekommen sei. Wegen Verschweigens dieses Umstandes habe der Kläger ihrer Ansicht nach einen Maklerlohnanspruch verwirkt. 23

Dieser sei aber auch deshalb verwirkt, weil der Kläger die Beklagten durch das Unterzeichnenlassen des Auftrages vom 28.03.2011 massiv unter Druck gesetzt und sie in ihrer Entschlussfreiheit beeinträchtigt habe. Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamm führe die Verwendung einer unzulässigen Klausel, mit der der Maklerkunde über seine Rechte und Pflichten getäuscht werde, zu einer Verwirkung des Maklerlohnes. Sie – die Beklagten – hätten den Kaufvertrag nur im Hinblick auf diese Klausel geschlossen, da sie sich die Zahlung einer Maklercourtage ohne Erwerb der Immobilie finanziell nicht hätten leisten können. Aber auch wegen der noch fehlenden Baugenehmigung habe der Kläger die Beklagten nicht unter Druck setzen dürfen, was er jedoch bewusst getan habe, da er gewusst habe, dass die Baugenehmigung nicht erteilt werden würde. 24

Schließlich haben die Beklagten schriftsätzlich behauptet, bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Dachgeschossausbaus den Kaufvertrag nicht geschlossen zu haben. Im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung durch das Landgericht haben sie insoweit angegeben, sie hätten sich insbesondere darüber geärgert, dass sie ein Haus mit geringerer als erwarteter Wohnfläche erworben hätten, da dies für den Fall eines Wiederverkaufs für sie nachteilig sei. 25

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß zur Zahlung einer Maklercourtage von 5.069,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.05.2011 verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe der Anspruch aus § 652 I BGB zu. Der Maklervertrag sei nicht nach § 311 b BGB unwirksam, 26

da die Formunwirksamkeit durch den Abschluss des notariellen Kaufvertrages geheilt sei. Die Verwendung der Klausel eines Zahlungsverprechens auch für den Fall des Nichtabschlusses des Kaufvertrages führe nicht zu einer Unwirksamkeit des Maklervertrages insgesamt. Im Übrigen habe sich diese Klausel auch nicht nachteilig ausgewirkt, da nach dem Ergebnis der Anhörung der Beklagten diese den Kaufvertrag auch unabhängig von diesem Zahlungsverprechen geschlossen hätten.

Weiterhin sei der Maklerlohnanspruch auch nicht verwirkt. Allein die Verwendung einer unwirksamen Klausel begründe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch keine Verwirkung. Das Fehlen einer Baugenehmigung für den Dachgeschossausbau sei den Beklagten bekannt gewesen. Auf eine fehlende Genehmigungsfähigkeit habe der Kläger sie angesichts ihrer fachmännischen Vertretung durch einen Architekten nicht hinweisen müssen. Soweit die Beklagten behauptet hätten, bereits die Verkäufer hätten sich erfolglos um eine Baugenehmigung bemüht und dies sei dem Kläger bekannt gewesen, handele es sich um eine unzulässige Behauptung ins Blaue hinein. Es fehlten Angaben zu Tatsachen, woraus sich eine Kenntnis des Klägers ergeben solle. Der Verweis auf die im Exposé zutreffend angegebene Wohnfläche sei unzureichend, da nach dem Exposé die dortigen Angaben auf solchen der Verkäufer beruhten.

27

Schließlich seien die Beklagten auch unter Schadensersatzgesichtspunkten nicht von der Klageforderung befreit. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagten bei Kenntnis von der fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Dachgeschossausbaus den Kaufvertrag nur zu anderen Bedingungen geschlossen hätten. Denn jedenfalls hätten sie einen etwaigen Schadensersatzanspruch trotz entsprechenden Hinweises des Landgerichts nicht schlüssig dargetan.

28

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgen. Sie meinen zunächst, entgegen der Ansicht des Landgerichts sei ein Maklervertrag schon nicht zustande gekommen. Die Ausführungen des Landgerichts ließen schon vermissen, wodurch ein solcher zustande gekommen sein solle. Das Provisionsverlangen in dem Exposé sei nicht ausreichend, da es in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Kaufpreis stehe. Der „Auftrag“ vom 28.03.2011 lasse nicht erkennen, wofür die Provision geschuldet sein solle, also ob für die Vermittlung des Kaufes oder die Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages. Im letzteren Falle sei die Vereinbarung jedenfalls auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Überdies sei eine etwaige darin enthaltene Maklerlohnvereinbarung auch in unzulässiger Weise untergeschoben worden. Im Übrigen sei er auch wegen der Verwendung der unzulässigen Klausel, dass eine Provision auch geschuldet sei, wenn die Beklagten den Kaufvertrag nicht unterschrieben, insgesamt unwirksam.

29

Weiterhin habe das Landgericht auch zu Unrecht eine Verwirkung eines Maklerlohnanspruchs verneint. Insoweit habe es rechtsfehlerhaft eine Beweisaufnahme darüber unterlassen, ob ein vorheriger Bauantrag der Verkäufer abgelehnt und dies dem Kläger bekannt gewesen sei. Die Behauptung ins Blaue hinein sei insoweit zulässig gewesen, da sich dieser Umstand der Wahrnehmungssphäre der Beklagten entziehe. Die Maklercourtage sei aber auch deshalb verwirkt, weil der Kläger die Beklagten zeitlich unter Druck gesetzt habe; angesichts der Umstände der fehlenden Baugenehmigung sowie der von ihnen – den Beklagten – beantragten und erstrebten öffentlichen Förderung habe er einen Notartermin frühestens für einen Zeitpunkt anberaumen lassen dürfen, zu dem eine Entscheidung der Baubehörde vorgelegen habe.

30

31

Die Beklagten erklären weiterhin nunmehr aufgrund der vorgeblichen arglistigen Täuschung des Klägers die Anfechtung des Maklervertrages.

Ferner rechnen sie hilfsweise zunächst in Höhe eines Betrages von 18.007,86 € auf und behaupten, dies sei der Minderwert, der sich angesichts der geringeren Wohnfläche von nur 88,88 m² ergebe. Insoweit behaupten sie, bei Kenntnis von der geringeren Wohnfläche hätten sie den Kaufpreis auf 120.000 € heruntergehandelt, was der tatsächliche Verkehrswert der Immobilie sei. Dieser neue Vortrag sei, so meinen sie, zulässig, weil das Landgericht selbst darauf hingewiesen habe, dass eine Beweisaufnahme über eine etwaige Kenntnis des Klägers von einer zuvor versagten Baugenehmigung erforderlich sei, so dass sie bei Durchführung einer solchen Beweisaufnahme in erster Instanz noch Zeit zur Ergänzung des Vortrages hinsichtlich des ihnen entstandenen Schadens gehabt hätten. 32

Weiter erklären sie die Hilfsaufrechnung mit einem Betrag von 18.561,- € und tragen unwidersprochen hierzu vor, dies sei der Zinsschaden, der ihnen aufgrund dessen entstanden sei, dass sie die öffentliche Förderung nicht erhalten haben. 33

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und meint, schon aus dem Exposé ergebe sich ein hinreichendes Provisionsverlangen. Im Übrigen behauptet er nunmehr erstmalig, die Beklagten hätten schon vor dem Notartermin den Kaufpreis insbesondere auch im Hinblick auf die Unsicherheit bezüglich der tatsächlichen Wohnfläche von 157.000 € auf 140.000 € heruntergehandelt. 34

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien nimmt der Senat Bezug auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze sowie den Tatbestand des angefochtenen Urteils. 35

Der Senat hat Beweis durch Vernehmung des Leiters des Bau- und Ordnungsamtes der Stadt H2 darüber erhoben, ob bereits die Verkäufer einen erfolglosen Bauantrag bezüglich des ausgebauten Dachgeschosses gestellt haben. 36

II. 37

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur in Höhe eines Betrages von 71,40 € nebst anteiliger Zinsen Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet. 38

1. 39

Die Berufung der Beklagten ist in Höhe eines Betrages von 71,40 € nebst anteiliger Zinsen begründet. Insoweit ist die Klage, mit der der Kläger eine Maklercourtage von 3,57 % brutto von dem Kaufpreis von 140.000,00 € geltend macht, un schlüssig, da 3,57 % von 140.000,00 € lediglich einen Betrag von 4.998,00 € ergibt. In Höhe der Zuvielforderung von 71,40 € ist die Klage daher abzuweisen. Mangels entsprechender Hauptforderung steht dem Kläger insoweit auch kein Zinsanspruch aus den §§ 286, 288 BGB zu. 40

2. 41

Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet. 42

a. 43

Dem Kläger steht gegen die Beklagten ein Maklerlohnanspruch aus §§ 652 Abs. 1, 421, 427 BGB in Höhe von 4.998,00 € wegen eines Nachweises der Kaufgelegenheit der Immobilie M-Straße in H2 zu. 44

aa.	45
Entgegen der Ansicht der Beklagten ist zwischen ihnen und dem Kläger ein Maklervertrag zustande gekommen, und zwar bereits durch die am 26.04.2010 erfolgte telefonische Vereinbarung eines Termins zur Besichtigung der Immobilie. Mit der telefonischen Anfrage nach der Immobilie und einem Besichtigungstermin haben die Beklagten schlüssig ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages mit dem Kläger abgegeben, das dieser mit der Vereinbarung des Besichtigungstermins angenommen hat. Denn, anders als sie meinen, durften die Beklagten nicht aufgrund eines fehlenden hinreichenden Provisionsverlangens des Klägers davon ausgehen, dass dieser (nur) für die Verkäufer tätig werden wollte.	46
(1)	47
Es entspricht ständiger Rechtsprechung – auch des Senats – , dass eine Provisionsabrede nach § 652 BGB stillschweigend durch schlüssiges Verhalten getroffen werden kann, wobei hieran jedoch strenge Anforderungen zu stellen sind. Derjenige, der sich an einen Makler wendet, der mit "Angeboten" werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt, erklärt damit noch nicht schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall, dass ein Vertrag über das angebotene Objekt zustande kommt. Der Interessent darf, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will. Ohne weiteres braucht der Kaufinteressent in einem solchen Fall nicht damit zu rechnen, dass der Makler auch von ihm eine Provision erwartet. Selbst die Besichtigung des Verkaufsobjekts zusammen mit dem Makler reicht bei dieser Sachlage für einen schlüssigen Vertragsschluss nicht aus. Anderes gilt nur dann, wenn der Makler den Kaufinteressenten unmissverständlich auf eine von ihm im Erfolgsfall zu zahlende <u>Käuferprovision</u> hingewiesen hat. Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens, beispielsweise in einem ihm übersandten Objektnachweis oder Exposé, die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags annehmen will. Um die daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu vermeiden, muss er ausdrücklich vor Inanspruchnahme der Maklerdienste deutlich machen, solche Willenserklärungen nicht abgeben zu wollen (zum Ganzen BGH, Urteil vom 03.05.2012 – III ZR 62/11 – Tz. 10).	48
(2)	49
Entsprechend den strengen Anforderungen an das schlüssige Zustandekommen eines Maklervertrages hat der Senat in der Vergangenheit in seinen Urteilen vom 19.05.1994 (NJW-RR 1994, 1078) und 16.05.1994 (NJW-RR 1995, 819) ausgeführt, dass daraus, dass die Höhe des Kaufpreises und der Courtage – wie vorliegend – <u>untereinander</u> angegeben sind, sich nicht hinreichend sicher ergebe, dass beide von ein und derselben Person – dem Käufer – gezahlt werden sollen, und damit ein hinreichendes Provisionsverlangen gegenüber dem Käufer verneint.	50
(3)	51
An dieser Rechtsprechung hält der Senat unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (aaO) jedenfalls für den Fall im Internet beworbener Objekte nicht mehr fest.	52
	53

Der Bundesgerichtshof hat, bezogen auf Anzeigen in Immobilienscout, in seinem schon angeführten Urteil vom 3. Mai 2012 die Angabe (lediglich) einer Provision direkt unter der Angabe der Vermarktungsart (Kauf) und des Kaufpreises als hinreichendes Provisionsverlangen gegenüber einem Kaufinteressenten angesehen. Diese lasse sich nicht (auch) als bloßer Hinweis darauf missverstehen, dass der Makler im Erfolgsfall von dem Verkäufer eine Provision in entsprechender Höhe zu beanspruchen habe. Denn es sei nicht ersichtlich, welches Interesse ein Makler daran haben könne, dem Kaufinteressenten - ohne dass hierzu eine rechtliche Verpflichtung bestehe - zu offenbaren, ob und in welcher Höhe er eine Provisionsvereinbarung mit dem Verkäufer getroffen habe. Bei einer solchen, auf den wesentlichen Inhalt eines Maklervertrages beschränkten Anzeige sei vielmehr ohne weiteres erkennbar, dass der Makler auch und gerade mit demjenigen in vertragliche Beziehungen treten wolle, der sich als Kaufinteressent an ihn wendet. Eine abweichende Annahme sei nur dann gerechtfertigt, wenn etwa sonstige Umstände oder Hinweise in der Anzeige die Vermutung nahe legten, es sei nicht an das Provisionsverlangen des Maklers gegenüber den möglichen Käufern gedacht. Der bloße Umstand, dass der Makler bereits in vertraglicher Beziehung mit dem Verkäufer stehe, genüge dabei nicht (BGH, Urteil vom 03.05.2012 – III ZR 62/11 – Tz. 13).

Dem schließt sich der Senat jedenfalls für von Maklern auf Internetplattformen beworbenen Immobilien an. Aus der Sicht eines Kaufinteressenten liegt nach allgemeinem Verständnis auf der Hand, einen auf einer derart gestalteten Internetseite enthaltenen Hinweis auf die Fälligkeit einer Maklergebühr bei Zustandekommen eines notariellen Kaufvertrags nicht als bloße Mitteilung über eine bereits getroffene Provisionsvereinbarung mit dem Verkäufer anzusehen. Besondere Umstände oder Hinweise in der Anzeige, die die Vermutung nahe legen würden, es sei nicht an ein Provisionsverlangen des Klägers gegenüber möglichen Käufern gedacht, liegen auch im vorliegenden Fall nicht vor. 54

(4) 55

Einem somit bereits am 26.04.2010 durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Maklervertrag steht auch nicht die Vereinbarung der Parteien vom 28.03.2011 entgegen. Aus ihr ergibt sich nicht, dass der Kläger am 26.04.2010 selbst noch keinen Maklervertrag schließen wollte. Denn der Kläger hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung durch den Senat glaubhaft versichert, die Vereinbarung vom 28.03.2011, dessen Formular er aus dem Internet übernommen habe, lediglich als Nachweis für den Notar über seine Bevollmächtigung mit der Beauftragung eines Notartermins sowie auch als Beleg für einen bereits zuvor geschlossenen Maklervertrag und erfolgten Nachweis der Immobilie benötigt und angesehen zu haben. 56

bb. 57

Der zwischen den Parteien geschlossene Maklervertrag ist auch wirksam. 58

(1) 59

Die von den Beklagten insoweit im Hinblick auf die Vereinbarung vom 28.03.2011 geltend gemachten Einwendungen einer Formunwirksamkeit sowie einer Unwirksamkeit insgesamt wegen der Verwendung der unzulässigen Klausel eines erfolgsunabhängigen Provisionsversprechens führen schon deshalb nicht zu einer Unwirksamkeit des Maklervertrages vom 26.04.2010, weil es sich bei den beiden Verträgen um von einander unabhängige selbständige Abreden handelt. 60

(2)

Der Maklervertrag ist auch nicht aufgrund der von den Beklagten im Berufungsverfahren erklärten Anfechtung desselben gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig. 62

Soweit die Beklagten ihre Anfechtung auf eine vorgebliche Kenntnis des Klägers von einer früheren Ablehnung eines Bauantrages der Verkäufer betreffend den Dachgeschossausbau, also einer fehlenden Genehmigungsfähigkeit, gestützt haben, haben sie den ihnen obliegenden Beweis einer arglistigen Täuschung des Klägers bei Abschluss des Maklervertrages nicht zu führen vermocht. Der als Zeuge vom Senat vernommene Leiter des Bau- und Ordnungsamtes der Stadt H2, Herr B, hat nicht zu bestätigen vermocht, dass bereits die Verkäufer einen Bauantrag hinsichtlich des Dachgeschosses gestellt haben, der ablehnend beschieden worden sei. Vielmehr haben die Verkäufer nach seinen auch von den Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Bekundungen in den Jahren 2004 bis 2009 lediglich drei Bauanträge bezogen auf die streitgegenständliche Immobilie gestellt, die allesamt nicht den Ausbau des Dachgeschosses betrafen. 63

Die Beklagten vermögen die von ihnen erklärte Anfechtung auch nicht mit Erfolg auf die von ihnen behauptete Kenntnis des Klägers schon bei Abschluss des Maklervertrages über die fehlende Baugenehmigung für den Dachgeschossausbau und die sich daraus ergebende geringere Wohnfläche zu stützen. Denn abgesehen davon, dass der Kläger vor dem Senat glaubhaft versichert hat, diese Kenntnis erst nach Abschluss des Maklervertrages mit den Beklagten erlangt zu haben, ist eine Anfechtung aus diesem Grund jedenfalls auch nach § 144 BGB ausgeschlossen. Die Beklagten haben spätestens am 15.03.2010, als sie ihren Bauantrag stellten, gewusst, dass es keine Baugenehmigung für den Dachgeschossausbau gab und dies dem Kläger zu diesem Zeitpunkt bekannt war. Ferner war ihnen auch zu diesem Zeitpunkt bereits der Umstand bekannt, auf den sie ihre Behauptung einer Kenntnis des Klägers schon bei Abschluss des Maklervertrages stützen, nämlich dass die Angabe der Wohnfläche im Exposé exakt derjenigen entspricht, die sich unter Einbeziehung der komplizierten Flächenberechnung für das Dachgeschoss ergibt. Indem sie in Kenntnis dieser einen Anfechtungsgrund begründenden Umstände in der Folgezeit die Dienste des Klägers weiter in Anspruch genommen haben, haben sie zu erkennen gegeben, gleichwohl an dem Maklervertrag festhalten zu wollen, und somit auf das – nach ihrem Vortrag – bestehende Anfechtungsrecht verzichtet. 64

cc. 65

Der ferner erforderliche Nachweis der von den Beklagten genutzten Vertragsgelegenheit durch den Kläger sowie der hierauf beruhende Abschluss des Kaufvertrages steht zwischen den Parteien nicht in Streit. Insbesondere fehlt ein auf dem Nachweis beruhender Kaufvertrag auch nicht aufgrund der zwischenzeitlichen Anfechtung desselben durch die Beklagten. Zum Einen haben sie, wie bereits ausgeführt, das Vorliegen des geltend gemachten Anfechtungsgrundes, nämlich eine Kenntnis der Verkäufer von der fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Dachgeschossausbaus, nicht zu beweisen vermocht. Zum Anderen läge gemäß § 141 Abs. 1 BGB ein wirksamer Kaufvertrag aber selbst bei einer begründeten Anfechtung desselben durch die Beklagten vor. Denn indem sie nachfolgend den Kaufpreis gezahlt haben, haben sie zu erkennen gegeben, an dem Kaufvertrag festhalten zu wollen, und somit diesen bestätigt. Der etwaige in dieser Bestätigung liegende Neuabschluss des Kaufvertrages ist trotz der fehlenden notariellen Beurkundung (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 141 Rn. 4) gemäß § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund der nachfolgenden Eintragung der Beklagten als Eigentümer der Immobilie ins Grundbuch wirksam. Auch er beruht noch im Wesentlichen auf der vorherigen Nachweisleistung des 66

Klägers.

dd.	67
Der Maklerlohnanspruch des Klägers ist auch nicht nach § 654 BGB verwirkt.	68
(1)	69
Allerdings kann diese Vorschrift nach ständiger Rechtsprechung auch dann anwendbar sein, wenn der Makler zwar nicht vertragswidrig für den anderen Teil tätig geworden ist, er aber sonst unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat. Die Verwirkung des Maklerlohnanspruchs hat jedoch Strafcharakter. Nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung des Maklers und damit auch nicht jedes Informations- und Beratungsverschulden lässt deshalb den Provisionsanspruch nach § 654 BGB entfallen, vielmehr ist in erster Linie subjektiv eine schwerwiegende Treupflichtverletzung zu fordern; der Makler muss sich seines Lohns „unwürdig“ erwiesen haben. Das ist nach der Rechtsprechung erst dann der Fall, wenn er seine Treupflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahe kommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat (BGH NJW-RR 2005, 1423, 1424 m.w.N.; Völker in Seitz/Büchel, Beck'sches Richter-Handbuch, 3. Aufl., B.VII. Rn. 66).	70
(2)	71
Gemessen an diesen Grundsätzen liegt eine Verwirkung des Maklerlohnes durch den Kläger indes nicht vor.	72
(a)	73
Sie ergibt sich zunächst nicht allein aus der bloßen Verwendung der unzulässigen Klausel einer erfolgsunabhängigen Provision.	74
(aa)	75
Zwar hat der Senat in der Vergangenheit im Falle einer unzulässigen Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel, in dem dann der Verkäufer und Maklerkunde den Kaufinteressenten und späteren Käufer nur aufgrund dieser Klausel an die Maklerin verwiesen hatte, eine Verwirkung angenommen (Senat NJW-RR 2001, 567 ff.). Vorliegend haben jedoch zunächst die Beklagten, die in der Anhörung durch den Senat angegeben haben, erst nach Abschluss des Kaufvertrages überhaupt auf die Klausel aufmerksam geworden zu sein, als der Kläger ihnen gegenüber erklärt habe, sie müssten die Maklerprovision in jedem Fall zahlen, den Kaufvertrag nicht aufgrund dieser Klausel geschlossen. Überdies hat, wie das Landgericht zutreffend angeführt hat, der Bundesgerichtshof auch zwischenzeitlich längst entschieden, dass allein die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen seitens des Maklers im Regelfall – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – keine Verwirkung rechtfertigen könne (BGH NJW-RR 2005, 1423, 1424).	76
(bb)	77
Es liegen auch keine besondere Umstände vor, die ausnahmsweise gleichwohl eine Verwirkung rechtfertigen würden. Insbesondere ist insoweit nicht ausreichend, dass mit der streitgegenständlichen Klausel der Eindruck hervorgerufen werden kann, auch im Falle des Nichtabschlusses des Kaufvertrages eine Maklerprovision zu schulden, wodurch ein wirtschaftlicher Druck auf den Maklerkunden zum Abschluss des Hauptvertrages entstehen	78

kann. Zwar hat der Bundesgerichtshof eine Verwirkung in einem Fall angenommen, in dem sich der Makler eine erfolgsunabhängige Provision hat versprechen lassen. Maßgeblich war hierfür jedoch insbesondere, dass der Makler seinen Kunden zugleich auch eine formunwirksame Ankaufverpflichtung hat unterzeichnen lassen, durch die er den Eindruck einer festen Bindung gegenüber dem Verkäufer hervorgerufen und in der auch noch der Maklerkunde auf Gewährleistungsansprüche des noch nicht besichtigten Objekts verzichtet hat, dies alles mit dem Ziel des Maklers, sich und den Verkäufern unter einseitiger Benachteiligung des Maklerkunden einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen (BGH NJW 1981, 280). Ein derart schwerwiegendes Fehlverhalten begründet allein die Verwendung einer unzulässigen Klausel mit einem erfolgsunabhängigen Provisionsversprechen nicht. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Kläger nach den Angaben der Beklagten vor dem Senat diese auf die Klausel gar nicht hingewiesen haben und sie sie erst nach Abschluss des Kaufvertrages wahrgenommen haben sollen, so dass eine Absicht des Klägers, einen unlauteren wirtschaftlichen Druck auf die Beklagten zum Kaufvertragsabschluss auszuüben, nicht festgestellt werden kann.

(b) 79

Ebenso vermögen die Beklagten den Verwirkungseinwand auch nicht mit Erfolg darauf zu stützen, dass der Kläger sie zum Abschluss des Kaufvertrages trotz der noch fehlenden Baugenehmigung für das Dachgeschoss und öffentlichen Darlehnsförderung gedrängt habe. Dabei kann dahinstehen, ob ein solches Verhalten eines Maklers überhaupt den Verwirkungseinwand begründen oder nur zu Schadensersatzansprüchen des Maklerkunden (siehe insoweit Senat, Beschluss vom 27. Juni 2011 – 18 W 11/11 – m.w.N.; Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 6. Aufl., Rn. 313) führen kann. Denn die Beklagten sind jedenfalls mangels Beweisantritts für ihre vom Kläger bestrittene Behauptung insoweit beweisfällig geblieben.

(c) 81

Eine Verwirkung aufgrund einer unterbliebenen Aufklärung der Beklagten über die fehlende Baugenehmigung für das Dachgeschoss und die daraus resultierende geringere Wohnfläche scheidet schon deshalb aus, weil beides den Beklagten mitgeteilt worden ist und ihnen bei Abschluss des Kaufvertrages unstreitig bekannt war.

(d) 83

Soweit eine Verwirkung aufgrund einer fehlenden Aufklärung der Beklagten über einen erfolglosen Bauantrag der Verkäufer für das Dachgeschoss in Betracht gekommen wäre, haben die Beklagten ihren Vortrag, wie schon ausgeführt, nicht zu beweisen vermocht.

(e) 85

Letztlich begründet auch der nach dem Vorbringen der Beklagten unterbliebene Hinweis des Klägers auf die von ihm selbst angenommene fehlende Genehmigungsfähigkeit des Dachgeschossausbaus keine Verwirkung des Maklerlohnanspruchs. Insoweit bestand aufgrund der fachkundigen Beratung der Beklagten durch einen Diplom-Ingenieur und einen Architekten, wie das Landgericht schon zutreffend ausgeführt hat, keine Hinweispflicht des insoweit selbst nicht fachkundigen Klägers.

ee. 87

88

Schließlich ist der Courtageanspruch auch nicht aufgrund der von den Beklagten im Berufungsverfahren erklärten Hilfsaufrechnungen nach § 389 BGB erloschen. Die Hilfsaufrechnungen sind bereits unzulässig, da der Senat bei ihrer Berücksichtigung nicht allein die Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde legen könnte, die er nach § 529 ZPO ohnehin zu berücksichtigen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). Denn sowohl der Vortrag der Beklagten zu dem von ihnen behaupteten Minderwert der Immobilie als auch ihr Vorbringen zu einem Zinsschaden aufgrund der nicht erhaltenen öffentlichen Förderung sind neu und zwischen den Parteien umstritten.

b. 89

Da die Beklagten die Zahlung des Maklerlohnes mit Schreiben vom 17.05.2011 ernsthaft und endgültig verweigert haben, kann der Kläger auf diesen Betrag gemäß §§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3, 288 Abs. 1 BGB ab diesem Zeitpunkt Verzugszinsen beanspruchen. 90

III. 91

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 4 S. 1 ZPO. Der Senat hat unter Berücksichtigung des von dem Kläger mit seiner Zuvielforderung ausgelösten Gebührensprungs und den dadurch verursachten Mehrkosten von 11 % von der Möglichkeit einer Anwendung des § 92 Abs. 2 ZPO abgesehen. Die Kostenquote hat er anhand der Mehrkostenberechnung ermittelt. 92

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1, 713 ZPO. 93

IV. 94

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. 95