
Datum: 08.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 83/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0108.24U83.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 21 O 279/11

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 04. April 2012 – 21 O 279/11 – unter Verwerfung der weitergehenden Berufung als unzulässig teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage und die Widerklage werden abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 75 % und der Beklagte 25 %. Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin 61 % und der Beklagte 39 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

- Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 540 Absatz 2 ZPO aufgrund entsprechender Anwendung des § 313 a ZPO abgesehen. -

Gründe:

I.

1

2

3

Die form- und fristgemäß eingelegte Berufung des Beklagten hat nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen eine Verurteilung des Beklagten wendet.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen, die im Rahmen der von ihr erbrachten Maklerleistungen erstanden sind, nicht zu. Als Anspruchsgrundlage kommt nur die vertragliche Regelung in Ziffer 7 des Maklervertrages in Betracht. Diese Regelung ist jedoch ebenso wie der gesamte Maklervertrag nichtig. 4

Zwar kann ein erfolgsunabhängiger Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 652 Absatz 2 BGB grundsätzlich individualvertraglich unter Festlegung der Einzelheiten vereinbart werden; dies folgt schon daraus, dass durch Individualvereinbarung sogar eine erfolgsunabhängige Maklerprovision begründet werden kann (OLG Oldenburg, Urteil vom 19. Mai 2005 - 8 U 10/05, NJW-RR 2005, 1287-1289, juris: Tz. 18). 5

Die vorliegende Regelung ist jedoch nach § 311b BGB in Verbindung mit § 125 BGB nichtig. Danach ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bei fehlender notarieller Beurkundung nichtig. Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften gilt dieser Formzwang nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern (BGH, Urteil vom 02. Juli 1986 - IVa ZR 102/85, BB 1986, 1876-1878, juris: Tz. 7). Eine solche Vereinbarung nimmt der BGH insbesondere dann an, wenn mit einem Vertragsstrafeversprechen oder einer ähnlichen Zusage in dem Maße Druck ausgeübt wird, dass der Schutzzweck des § 311b BGB gefährdet wird. Demgemäß kann der für einen Verkaufs- oder Erwerbsinteressenten tätige Makler sich ohne Beurkundung im Rahmen des dispositiven Maklerrechts zwar den Ersatz seiner konkret für diesen Kunden erbrachten, dem Geschäftsumfang angemessenen materiellen Aufwendungen ausdrücklich versprechen lassen. Formfrei kann er sich nach der Rechtsprechung des BGH aber nicht zusagen lassen, dass sein Kunde außerdem einen erheblichen Betrag für die vergebliche Arbeitsleistung gerade im Falle des Nichtzustandekommens des Hauptvertrages zahlen werde, wenn diese Zusage den Kunden erkennbar derart in seiner Entschlussfreiheit beeinträchtigt, dass er unter Verkaufszwang oder Erwerbszwang stehe. Dabei weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass dieser Grundsatz auch angesichts des verständlichen Interesses des Maklers gilt, sich gegen aus seiner Sicht völlig willkürliche Entscheidungen seines Kunden zu sichern, für den er Mühe und Arbeit aufgewendet hat. Denn indem das Gesetz in § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB den Abschluss des Hauptvertrages für das Entstehen des Maklerlohns voraussetzt, bewertet es das Maklerinteresse geringer als den Schutz desjenigen, der beim Verkauf oder Erwerb einer Immobilie frei entscheiden und sich sachkundig beraten lassen will und soll. 6

Die Zusage von Maklerlohn in Form von Aufwendungsersatz oder Unkostenpauschalen bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrages kann deshalb nur dann ohne notarielle Beurkundung wirksam vereinbart werden, wenn sie nicht unangemessen hoch ist. Unangemessen hoch sind derartige Vergütungsvereinbarungen dann, wenn durch sie der Druck auf den Kunden dergestalt erhöht werde, dass von einer freien Willensentscheidung nicht mehr ausgegangen werden kann. Lässt sich ein Makler ein "Bemühungsentgelt" versprechen, das 10 bis 15 % der vereinbarten Provision übersteigt, so muss davon ausgegangen werden, dass der Kunde sich nicht mehr frei entscheiden kann, mithin auch der notariell nicht beurkundete Maklervertrag nichtig ist (LG Bonn, Urteil vom 30. Oktober 2009 - 10 O 230/09, juris: Tz. 13). 7

Anders als vom Landgericht angenommen, fällt Ziffer 7 des Maklervertrages unter den Anwendungsbereich des § 311 b BGB. Zwar enthält die Klausel eine Regelung über die Erstattung der konkreten Kosten und fordert keinen pauschalen Betrag für die erfolgten Aufwendungen. Die Rechtsprechung des BGH stellt jedoch nicht auf den Umstand der Vereinbarung einer Pauschale ab, sondern vielmehr darauf, ob die Erstattung der durch die Maklertätigkeit entstandenen materiellen Aufwendungen oder die Vergütung ergebnislos gebliebener Bemühungen („Bemühungsentgelt“) geregelt werden soll (BGH, Urteil vom 06. Februar 1980 – IV ZR 141/78, BB 1980, 860, juris: Tz. 17). Das Erste ist formlos möglich, das Zweite kann nur dann formlos vereinbart werden, wenn durch den Betrag kein mittelbarer Druck zum Abschluss des Hauptvertrages entsteht. Die vom Landgericht angenommene Differenzierung nach einer pauschalen Aufwandsentschädigung und einer konkreten Abgeltung würde dem Kriterium des ausgeübten Druckes nicht gerecht werden, unter dem der BGH die Anwendung des § 311 b BGB vornimmt, da ein auf dem Kunden lastender Druck unabhängig davon besteht, ob die Vergütung nur als Pauschale oder als konkretes Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung des Maklers geschuldet ist. Entscheidungserheblich ist daher nicht der Charakter als Pauschale, sondern die Höhe der Vergütung der Maklertätigkeit.

Die vorliegende Klausel regelt sowohl die Erstattung der dem Makler entstandenen Aufwendungen (für Veröffentlichungskosten für Anzeigen und Aushänge, Porto, Fahrtkosten, Telefonkosten und Kopieraufwand) als auch die Vergütung für die vergebliche Arbeit des Maklers („Arbeitsaufwand für Beratungs- und Vorführungsaktivitäten, Arbeitszeitaufwand für Objektaufnahme, EDV- und Internet – Erfassung, Anlegen der Verkaufsunterlagen, Akten- und Unterlagenstudium, Einweisung der Mitarbeiter in die Besonderheiten des Objektes, Anfertigen von Fotos und Marktwertanalyse).

9

Die für die ergebnislos gebliebenen Bemühungen geltend gemachten Kosten beliefen sich nach Darstellung der Klägerin auf 4.920,69 € (6.014,59 € minus 1.093,90 €, vgl. AH Bl. 23 ff.). Ausgehend von einem Maklerhonorar von 8.032,50 € (3,57 % des angestrebten Kaufpreises von 225.000,00 €, vgl. AH Bl. 1) beträgt die zunächst angestrebte Vergütung für die Arbeitsleistung 61 % des vereinbarten Maklerhonorars. Damit liegt sie deutlich über der von der Rechtsprechung angenommenen Grenze für die Zulässigkeit einer formlosen Vergütungsvereinbarung (OLG Dresden, Urteil vom 09. April 1997 - 8 U 2528/96, OLGR Dresden 1997, 265-267, juris: Tz. 54) Mangels notarieller Beurkundung ist die Klausel daher nichtig.

10

Nach § 313 Absatz 2 BGB wird der einem Grundstückskaufvertrag anhaftende Formmangel jedoch dadurch geheilt, dass die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch erfüllt wird. Dementsprechend muss bei einem - nicht notariell beurkundeten - Maklervertrag, durch den ein unangemessener Druck zum Verkauf oder zum Erwerb eines Grundstücks ausgeübt wird, eine Heilung des Formmangels dann angenommen werden, wenn er durch Abschluss eines formgerechten Hauptvertrages erfüllt wird; auch hier entfällt der Schutzzweck des § 313 BGB, sobald der Maklerkunde sich durch einen notariellen Vertrag zum Erwerb (oder zur Veräußerung) des Grundstücks verpflichtet hat (BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - IVa ZR 45/85, MDR 1987, 562-562, juris: Tz. 13). Zum Abschluss eines notariellen Kaufvertrages ist es jedoch nicht gekommen.

11

Auf den Umstand, dass die Klägerin nunmehr nur noch Erstattung der ihr entstandenen Aufwendungen verlangt – deren Übernahme durch den Kunden formlos möglich gewesen wäre - kommt es wegen der Nichtigkeit des gesamten Vertrages nicht an.

12

13

Soweit sich die Berufung auch gegen die Abweisung der Widerklage richtet, ist diese unzulässig, da die Berufungsbegründung insofern nicht den Anforderungen des § 520 Absatz 3 ZPO genügt.

Für die Zulässigkeit einer Berufung ist es gemäß § 520 Absatz 3 ZPO erforderlich, dass der Berufungskläger sich mit dem angefochtenen Urteil inhaltlich auseinandersetzt. Bei einem teilbaren Streitgegenstand muss sich die Berufungsbegründung in hinreichend bestimmter Weise auf alle Teile des Urteils erstrecken, deren Änderung beantragt wird. Soweit eine solche Begründung fehlt, ist die Berufung unzulässig (BGH, Urteil vom 11. November 1999 - VII ZR 68/99, NJW-RR 2000, 1015-1016, juris: Tz. 8). Vorliegend ist eine Teilbarkeit hinsichtlich von Klage und Widerklage gegeben. 14

Nach § 520 Absatz 3 Satz 2 Nummer 2 ZPO hat, wenn die Berufung darauf gestützt wird, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 513 Absatz 1, § 546 ZPO), die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser - zugeschnitten auf den Streitfall und aus sich heraus verständlich – diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend beurteilt ansieht, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet. Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit ist somit lediglich die Mitteilung der Umstände erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsführers in Frage stellen. Besondere formale Anforderungen werden nicht gestellt; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (BGH, Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 24/12, NSW ZPO § 520 (BGH-intern), juris: Tz. 8). 15

Gemäß § 520 Absatz 3 Satz 2 Nummer 3 ZPO hat der Berufungsführer konkrete Anhaltspunkte zu bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen grundsätzlich gebunden ist (§ 529 Absatz 1 Nummer 1 ZPO), muss die Berufung, die den festgestellten Sachverhalt angreifen will, eine Begründung dahin gehend enthalten, warum die Bindung an die festgestellten Tatsachen ausnahmsweise nicht bestehen soll (BGH, Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 24/12, NSW ZPO § 520 (BGH-intern), juris: Tz. 9). 16

Den Erfordernissen nach § 520 Absatz 3 Satz 2 Nummern 2 und 3 ZPO genügt die Berufungsbegründung des Beklagten hinsichtlich der Widerklage nicht. Da die Berufungsverhandlung nicht mehr eine Fortsetzung der Verhandlung der ersten Instanz ist, sondern der Kontrolle und Beseitigung von Fehlern in der erstinstanzlichen Entscheidung dient, hat der Berufungskläger den Rechts- oder Verfahrensfehler in der Berufungsbegründung aufzuzeigen; ein globaler Hinweis auf erstinstanzliches Vorbringen und Beweisantritte genügt nicht den in § 520 Absatz 3 Satz 2 ZPO bestimmten Anforderungen an eine Berufungsbegründung (BGH, Beschluss vom 12. November 2009 - V ZR 76/09; IBR 2010, 120, juris: Tz. 2). Der Beklagte hat die Berufung gegen das seine Widerklage abweisende Urteil nicht begründet. Der Verweis auf die erstinstanzlichen Ausführungen lässt nicht erkennen, inwiefern er diese in dem angefochtenen Urteil als nicht ausreichend gewürdigt ansieht. 17

In der Sache hat das Landgericht zu Recht einen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verneint. 18

Wie der BGH (Urteil vom 23. Januar 2008 - VIII ZR 246/06, WuM 2008, 145-147, juris: Tz. 8) ausgeführt hat, kann allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB noch ein Verstoß gegen Treu und Glauben und damit eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden. Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der schon im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird. Eine andere Beurteilung würde die freie Zugänglichkeit der staatlichen Rechtspflegeverfahren, an der auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise einengen. 19

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich diese Rechtsprechung auf die außerprozessuale Geltendmachung vermeintlicher Rechte übertragen lässt, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet. Nach der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 15. Juli 2005 (BGH, Beschluss vom 15. Juli 2005 – GSZ 1/04, BGHZ 164, 1 -11, juris: Tz. 19) bleibt es beim uneingeschränkten deliktischen Rechtsgüterschutz nach § 823 Absatz 1 BGB und § 826 BGB, wenn es an der Rechtfertigungswirkung eines gerichtlichen Verfahrens fehlt. Im Rahmen einer (vor-) vertraglichen Beziehung der Parteien kommt nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 2006 (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2006 - VI ZR 224/05, WuM 2007, 62 – 64, juris: Tz. 8) auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Absatz 1, § 311 BGB in Betracht, wenn jemand unberechtigt als angeblicher Schuldner außergerichtlich mit einer Forderung konfrontiert wird und ihm bei der Abwehr dieser Forderung Kosten entstehen. Dagegen wird teilweise die Auffassung vertreten, die außergerichtliche Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung könne nicht anders behandelt werden als die gerichtliche (KG Berlin, Urteil vom 18. August 2005 – 8 U 251/04, KGR Berlin 2005, 977-981, juris: Tz. 142; Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2006 – IX ZR 167/05). In bestehenden Schuldverhältnissen gebe es ein Recht, in subjektiv redlicher Weise - wenn auch unter fahrlässiger Verkenntung der Rechtslage - Ansprüche geltend zu machen, die sich als unberechtigt erwiesen. 20

Selbst bei grundsätzlicher Annahme einer Pflichtverletzung der Klägerin scheidet deren Haftung aus, weil sie nicht fahrlässig gehandelt und die Verletzung ihrer Pflichten nach § 276 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 BGB nicht zu vertreten hat. Fahrlässig handelt der Gläubiger nämlich nicht schon dann, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Die Berechtigung seiner Forderung kann sicher nur in einem Rechtsstreit geklärt werden. Dessen Ergebnis vorauszusehen kann von dem Gläubiger im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits nicht verlangt werden. Das würde ihn in diesem Stadium der Auseinandersetzung überfordern und ihm die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschweren. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gemäß § 276 Absatz 2 BGB entspricht der Gläubiger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr schon dann, wenn er prüft, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2008 - VIII ZR 246/06, WuM 2008, 145 – 147, juris: Tz. 13). Mit dieser Plausibilitätskontrolle hat es sein Bewenden (BGH, Urteil vom 16. Januar 2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 – 249, juris: Tz. 20). 21

Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt (BGH, Urteil vom 23. Januar 2008 – VIII ZR 246/06, WuM 2008, 145 – 147, juris: Tz. 13).	22
Unter Berücksichtigung dieser Anforderungen hat die Klägerin ihr unberechtigtes Zahlungsbegehren nicht zu vertreten, da sie nicht fahrlässig gehandelt hat. Soweit sie von einer – wie sie ausführt - individualvertraglich vereinbarten Erstattungspflicht ausging, trifft sie kein Verschulden. Letztlich ist der Standpunkt des BGH zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 311 b BGB auf Maklerverträge im Schrifttum durchaus umstritten (vgl. Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 6. Auflage, 2012, Rdnr. 70).	23
Selbst bei einem bestehenden Erstattungsanspruch wird dieser auf die bei dem später durchgeführten gerichtlichen Verfahren gemäß § 34 Absatz 2 RVG angerechnet, so dass mit Durchführung des gerichtlichen Verfahrens kein Erstattungsanspruch mehr geltend gemacht werden kann.	24
II.	25
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Absatz 1, 97 Absatz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nummer 10, 711, 713 ZPO. Ein Grund, die Revision gemäß § 543 Absatz 2 ZPO zuzulassen, ist nicht ersichtlich.	26
<u>Streitwert für das Berufungsverfahren:</u>	27
1.787,06 €.	28