



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 60/08

Verkündet am:
20. November 2008
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 und 2 Ba, Bh

Die in einem zwischen Unternehmern geschlossenen Grundstückskaufvertrag enthaltene Klausel, in der sich der Käufer verpflichtet, die seitens des Verkäufers einem - mit diesem gesellschaftsrechtlich verflochtenen - Dritten aufgrund eines selbständigen Provisionsversprechens geschuldete Vergütung zu zahlen, ist wirksam, wenn die Verflechtung dem Käufer bekannt ist.

BGH, Urteil vom 20. November 2008 - III ZR 60/08 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richter, Dörr, Dr. Herrmann, Wöstmann und die Richterin Harsdorf-Gebhardt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 9. Zivilsenat, vom 1. Februar 2008 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsrechtszugs einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Parteien streiten um die Rückforderung einer von der Klägerin an die Beklagte gezahlten (Makler-)Provision.

2 Die Beklagte erhielt von ihrer Streithelferin den Auftrag, das Grundstück E. -B. -Platz 15 in H. im Wege des Höchstgebotsverfahrens zum Mindestgebot von 560.000 € zu vermarkten. Die für die Kaufinteressenten erstellte "Verkaufsaufgabe" enthielt den näher erläuterten Hinweis, dass zusätzlich zum Kaufpreis eine Provision in Höhe von 6 % an die Beklagte zu zahlen sei. Zwischen der Beklagten und ihrer Streithelferin bestand eine ge-

sellschaftsrechtliche Verflechtung. Die Streithelferin der Beklagten veräußerte sodann mit notariellem Kaufvertrag vom 1. Juni 2004 das Grundstück an die Klägerin. Der Kaufpreis betrug 671.000 €. Nr. 13 des Kaufvertrags lautet wie folgt:

"13.

Eigenständiger Provisionsanspruch

- (1) Dieser Vertragsgegenstand wurde aufgrund eines vom Verkäufer erteilten Auftrages von der H. Projektmanagement und Consult GmbH (*der Beklagten*) vermarktet. Die H. Projektmanagement und Consult GmbH gehört zu 100 % der H. Bank AG, die zugleich zu 94 % Gesellschafterin der Verkäuferin ist. Die H. Projektmanagement und Consult GmbH kann deshalb eine Maklertätigkeit im Sinne von § 652 BGB nicht erbringen. In Kenntnis der die Verflechtung begründenden rechtlichen und tatsächlichen Umstände besteht Einvernehmen, dass die H. Projektmanagement und Consult GmbH für Verkäufer und Käufer tätig werden durfte. Der Käufer übernimmt hiermit die vom Verkäufer an die H. Projektmanagement und Consult GmbH zu zahlende Provision in Höhe von **€ 40.260,00**.
- (2) Der Käufer verspricht dem Verkäufer und der H. Projektmanagement und Consult GmbH diese Provision an die H. Projektmanagement und Consult GmbH zu zahlen, die hiermit einen selbständig begründeten und direkten Zahlungsanspruch gegenüber dem Käufer erhält (abstraktes Schuldversprechen). Der Anspruch ist mit Abschluss dieses Vertrages fällig. Die Provision ist vom Käufer spätestens 10 Tage nach Rechnungseingang direkt an die H. Projektmanagement und Consult GmbH auf deren Konto Nr. 299 248 000 bei der H. Bank AG (BLZ 210 500 00) zu zahlen.
- (3) Der Notar hat die Vertragsparteien darüber belehrt, dass die Regelung über die vorstehende Provision nicht beurkundungsbedürftig ist und dass Mehrkosten durch die notarielle Beurkundung der Vereinbarung über die Provision entstehen. Die Vertragsparteien wünschen dennoch die Beurkundung der vorstehenden Vereinbarung betr. die Provision."



3 Nachdem die Beklagte entsprechend der Vereinbarung im Grundstücks-
kaufvertrag der Klägerin 40.260 € in Rechnung gestellt und diese gezahlt hatte,
fordert sie nunmehr den Betrag zurück. Bei Nr. 13 des notariellen Kaufvertrags
handelt es sich nach ihrer Rechtsauffassung um eine unwirksame Allgemeine
Geschäftsbedingung. Eine erfolgsunabhängige Provision könne nur in einer
Individualvereinbarung wirksam versprochen werden.

4 Die Klägerin hat Teilklage auf Rückzahlung von 8.000 € erhoben. Die
Beklagte hat widerklagend die Feststellung begehrt, dass der Klägerin auch
über die geltend gemachten 8.000 € hinaus kein Rückzahlungsanspruch zu-
steht.

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abge-
wiesen.

6 Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des
Landgerichts abgeändert, die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgege-
ben.

7 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kläge-
rin ihren Klageantrag weiter und begehrt die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe

8 Die Revision ist unbegründet.

I.

9 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Klägerin der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Fall BGB nicht zustehe. Rechtsgrund für die Zahlung sei Nr. 13 des notariellen Kaufvertrags. Dabei handele es sich um eine wirksame Allgemeine Geschäftsbedingung. Mit der Klausel sei die Klägerin verpflichtet worden, die der Beklagten seitens ihrer Streithelferin geschuldete Maklerprovision zu übernehmen. Die Klausel sei nicht am gesetzlichen Leitbild des Maklers zu messen, da sie zwischen den Parteien des Kaufvertrags vereinbart worden sei. Wesentliche Grundlagen des Kaufrechts würden durch die Vereinbarung nicht berührt. Die Klausel sei auch weder unklar, noch liege ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 306a BGB vor.

II.

10 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand. Der Klägerin steht kein Rückzahlungsanspruch bezüglich der an die Beklagte gezahlten Provision nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB zu. Rechtsgrund für die Zahlung ist Nr. 13 des zwischen der Klägerin und der Streithelferin der Beklagten geschlossenen Grundstückskaufvertrages.

11 1. Nr. 13 des Vertrages ist nicht nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 BGB unwirksam.

12 a) Bei der Vertragsbestimmung handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diesen Ausgangspunkt des

Berufungsgerichts nimmt die Revision als ihr günstig hin. Damit ist die Vereinbarung unbeschadet des Umstandes ihrer notariellen Beurkundung an § 307 BGB zu messen, auch wenn der Grundstückskaufvertrag zwischen Unternehmern geschlossen wurde und es sich nicht um ein Verbrauchergeschäft handelt (§ 310 Abs. 1, 3 BGB).

- 13 b) Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, Nr. 13 des Grundstückskaufvertrages benachteilige sie unangemessen, weil sie von den wesentlichen Grundgedanken eines Maklervertrages abweiche. Sie verpflichte zur Zahlung einer erfolgsunabhängigen Provision, da die Beklagte aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung mit der Verkäuferin keine Maklerprovision verdient habe.
- 14 aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingung im Zweifel vor, wenn sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Maklerverträgen anzunehmen, wenn durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine erfolgsunabhängige Provision vereinbart wird (BGHZ 119, 32, 33 f; 99, 374 382). Ob es sich bei Nr. 13 des Vertrages um das Versprechen einer erfolgsunabhängigen Provision im Sinne dieser Rechtsprechung handelt, kann dahinstehen.
- 15 bb) Im vorliegenden Fall handelt es sich nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht nicht um eine Klausel zur Bestimmung des Inhalts eines zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Maklervertrags, sondern des zwischen der Kläge-

rin und der Streithelferin der Beklagten geschlossenen Grundstückskaufvertrags.

16 (1) In den Fällen der provisionshindernden Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer kann gleichwohl eine Provision vereinbart werden und zwar auch innerhalb des vermittelten Hauptvertrags als Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB). Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn dem Versprechenden die tatsächlichen Umstände bekannt sind, die einer echten Maklerleistung entgegenstehen (Senatsurteil vom 6. Februar 2003 - III ZR 287/02 - NJW 2003, 1249, 1250). Welchen rechtlichen Charakter die Vereinbarung hat, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung der konkreten Einzelumstände zu ermitteln (vgl. Senatsurteile vom 12. Oktober 2006 - III ZR 331/04 - NJW-RR 2007, 55; vom 6. Februar 2003 aaO; BGH, Urteil vom 6. März 1991 - IV ZR 53/90 - NJW-RR 1991, 820, 821). Es kann sich insoweit auch um einen verschleierte Teil des Kaufpreises handeln (Senatsurteil vom 12. Oktober 2006 aaO; BGH, Urteil vom 15. April 1987 - IVa ZR 53/86 - NJW-RR 1987, 1075). Eine Auslegung in diese Richtung liegt insbesondere dann nahe, wenn der Käufer sich gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, die dem Verkäufer entstandenen Maklerkosten zu tragen (Althammer, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, 2004, S. 132; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearbeitung 2003, §§ 652, 653 Rn. 184; MünchKommBGB/Roth, 5. Aufl., 2009, § 652 Rn. 34; Bethge NZM 2002, 193, 196).

17 (2) Hier sprechen alle Umstände dafür, dass die Nr. 13 des Grundstückskaufvertrages die Vereinbarung eines verschleierte Kaufpreises darstellt, der an die Beklagte zu zahlen war. Die Klägerin verpflichtete sich nicht zur Zahlung einer Provision für ihr gegenüber geleistete Maklerdienste, sondern übernahm die Erfüllung des der Beklagten gegen ihre Streithelferin zustehenden Provisi-

Provisionsanspruchs. Als für die Prüfung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB maßgebenden gesetzlichen Grundgedanken ist damit auf das Kaufrecht und nicht das Maklerrecht abzustellen. Dabei war der Klägerin die gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der Beklagten und ihrer Streithelferin bekannt. Durch die "Verkaufsaufgabe" und den Text der Vertragsklausel war sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass dem Provisionsanspruch keine echte Maklerleistung zugrunde liegt und es sich hierbei um ein selbständiges Provisionsversprechen handelt (siehe zu dem Gesichtspunkt Senatsurteil vom 12. März 1998 - III ZR 14/97 - NJW 1998, 1552 f).

18 (3) Von dieser Prämisse ausgehend bestehen - unbeschadet der Frage, ob unter kaufrechtlichen Aspekten überhaupt eine kontrollfähige Entgeltregelung vorliegt (vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., 2006, § 307 Rn. 71 ff) - keine Bedenken, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag hinsichtlich eines Teils des vom Käufer zu tragenden Gesamtaufwands in der Weise ausgestalten will, dass der Käufer diesen Teil direkt an den für den Verkäufer tätigen Makler zahlt, um die in dem Verhältnis bestehende Forderung zu tilgen. Unter dem Blickwinkel des Kaufrechts führt auch die Revision keine besonderen Umstände an, die eine andere Beurteilung begründen können.

19 Der Umstand, dass zusätzlich ein abstraktes Schuldversprechen vereinbart ist, ist hier ohne Belang. Ein Rechtsgrund für die Zahlung der Klägerin ergibt sich bereits aus der insoweit selbständig zu beurteilenden Übernahme der Provisionsschuld der Streithelferin der Beklagten und würde durch eine Unwirksamkeit des abstrakten Schuldversprechens nicht berührt.

20 2. Der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 306a BGB liegt ebenfalls nicht vor. Nach § 306a BGB finden die

für die Wirksamkeitskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingung maßgeblichen Vorschriften auch dann Anwendung, wenn sie durch andere Gestaltungen umgangen werden. Hier sind die Vorschriften auch ohne § 306a BGB anzuwenden und führen nicht zur Unwirksamkeit. Weitergehende Wirkungen kann die Klägerin aus der Vorschrift nicht für sich ableiten.

Schlick

Dörr

Herrmann

Wöstmann

Harsdorf-Gebhardt

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 26.01.2007 - 318 O 174/06 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 01.02.2008 - 9 U 24/07 -