

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IV ZR 129/75

Verkündet am  
10. November 1976  
[REDACTED],  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Dipl.-Ing. Gundolf B [REDACTED],  
K[REDACTED], O[REDACTED] H[REDACTED]weg 3-5,

Beklagten, Revisionsklägers  
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] -

gegen

die Firma Benno F [REDACTED] KG, Immobilien, vertreten  
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Benno F [REDACTED],  
F [REDACTED] ([REDACTED]), K [REDACTED]straße 22,

Klägerin, Revisionsbeklagte  
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 1976 durch die Richter Professor Johannsen, Dr. Bukow, Dr. Buchholz, Rottmüller und Dr. Hoegen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 30. April 1975 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Maklerfirma, wies im Frühjahr und im Sommer 1972 dem Beklagten, Dr. Waldemar H. und dem Versicherungskaufmann Wolfgang D., die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildeten, Gelegenheiten zum Kauf von Grundstücken in K. nach, die die Gesellschaft, wie die Klägerin wußte, zum Zwecke der Bebauung erwerben wollte. Die Gesellschaft kaufte aufgrund dieser Nachweise Grundstücke im Bereich der Flur "Die

- 3 -

**Staudenäcker"**

von den Verkäufern namens Hi am 5. April 1972  
zum Preise von 5 Mio. DM,

von den Verkäufern namens U am 30. Mai 1972  
zum Preise von 418.375 DM

und von den V G am 24. Juli 1972  
zum Preise von 402.600 DM.

In dem Angebot der Klägerin, das dem Erwerb der Grundstücke  
"Hi" vorausging, war erwähnt, daß der Bebauungsplan II  
von der Stadt K verabschiedet, aber nicht rechts-  
kräftig sei. Als Geschosßflächenzahl war in dem Angebot  
"0,8 - 1,2" angegeben.

§ 5 des notariellen Vertrages über die Grundstücke  
"Hi" lautet:

Die Erschienenen gehen davon aus, daß für  
die ... Grundstücke ein rechtskräftiger Be-  
bauungsplan vorliegt und daß diese mit einer  
Bebauungsausnutzung von 1,2 bebaut werden kön-  
nen. Sollte die Bebauung überhaupt nicht oder  
nicht in der vorausgesetzten Form (Ausnutzung  
von 1,2) möglich sein, so behalten sich die Käu-  
fer vor, von dem Vertrage zurückzutreten und ver-  
pflichten sich, alsdann die Rückauflassung zu  
erklären.

Sollten sie von dem Rücktrittsrecht keinen Ge-  
brauch machen, dann ermäßigt sich der Kaufpreis  
in dem Verhältnis, in dem die Ausnutzungsziffer  
von 1,2 herabgesetzt wird.

Hierzu stellen die Vertragsparteien privatschriftlich klar,  
daß § 5 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Satz 2 wie folgt zu verste-  
hen sei:



Die Erschienenen gehen davon aus, daß für die ... Grundstücke ein rechtskräftiger Bebauungsplan in nächster Zeit erstellt wird und daß diese mit einer Bebauungsausnutzung von 1,2 bebaut werden können.

Nach dem insoweit unbestrittenen Vorbringen des Beklagten bis zum Schluß der Berufungsverhandlung wurden die Grundstücke "U[REDACTED]" unter gleichen Voraussetzungen gekauft.

Sämtliche Grundstücke wurden an den Beklagten und seine Mitgesellschafter aufgelassen. Die Gesellschafter wurden in den Fällen "Hi[REDACTED]" und "G[REDACTED]" als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, nachdem die zuständige Behörde bescheinigt hatte, daß eine Genehmigung der Geschäfte nach § 19 BBauG nicht erforderlich sei (sog. Negativattest, § 23 Abs. 2 BBauG). Im Falle "U[REDACTED]" wurde ebenfalls ein Negativattest erteilt, ein Antrag auf Eigentumsumschreibung im Grundbuch aber nicht gestellt.

Die Grundstücke "Hi[REDACTED]" wurden im April 1973 an die Verkäufer zurückübereignet; in dem Vertrag heißt es, der Beklagte und der allein verbliebene Mitgesellschafter Dr. H[REDACTED] hätten ihr Rücktrittsrecht gemäß § 5 des Kaufvertrages ausgeübt. Das Grundstück "G[REDACTED]" haben die Gesellschafter weiterveräußert. Der Kaufvertrag über die Grundstücke "U[REDACTED]" wurde ebenfalls rückgängig gemacht.

Den Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien liegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin zugrunde. Danach hat die Klägerin für den Nachweis von Grundstücksverkäufen eine Provision von 5 % der Vertragssumme zuzüglich Mehrwertsteuer zu beanspruchen. Die Pro-

vision ist nach § 5 Abs. 2 AGB bei Abschluß des Vertrages über das nachgewiesene Objekt fällig. § 5 Abs. 3 AGB lautet:

Der Provisionsanspruch ... bleibt auch dann bestehen, wenn der abgeschlossene Vertrag später rückgängig gemacht wird, seitens des Vertragspartners des Auftraggebers angefochten wird oder sich als rechtsunwirksam erweist aus einem Grunde, den der Auftraggeber zu vertreten hat.

Die Klägerin erteilte dem Beklagten entsprechend ihren Geschäftsbedingungen eine Rechnung über 291 048,75 DM Gesamtprovision und 32 015,36 DM Mehrwertsteuer, zusammen 323 064,11 DM. Am 29. Januar 1973 unterzeichnete der Beklagte im Büro des Rechtsanwalt Dr. M., der die Klägerin vertrat, folgende Erklärung:

Schuldanerkenntnis

Ich erkenne hiermit an, Herrn ... (dem persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin) ... 323 064,11 DM zuzüglich der zulässigen Zinsen und Kosten abzüglich des heute überreichten Schecks ... über 53 064,11 DM zu schulden.

Ich verpflichte mich, die Restschuld bis zum 7. Februar 1973 an Herrn ... zu zahlen.

Der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin hat die Ansprüche hieraus vorsorglich an die Klägerin abgetreten.

Mit der Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten die restliche Provision und Mehrwertsteuer in Höhe von 270 000 DM nebst Verzugszinsen und Unkosten, die sie für die Zeit bis 28. Januar 1973 beziffert hat, insgesamt somit 282 191,91 DM.

Der Beklagte hat sein Schuldanerkennntnis wegen arglistiger Täuschung angefochten und im übrigen insbesondere geltend gemacht, die Klägerin habe wegen Unbebaubarkeit der Grundstücke keine Provision zu beanspruchen. Er hat im Wege der Widerklage die an die Klägerin gezahlten 53 064,11 DM zurückverlangt.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage hinsichtlich der Grundstücke "U [REDACTED]" abgewiesen, die Urteilssumme demgemäß auf 258 123,60 DM herabgesetzt und das landgerichtliche Urteil im übrigen bestätigt.

Mit der Revision beantragt der Beklagte weiterhin Abweisung der Klage in vollem Umfange; seine Widerklage verfolgt er nur in Höhe von 30 719,71 DM weiter. Soweit der Klägerin im Falle "G [REDACTED]" 22 344,30 DM (5 % Provision und 11 % Mehrwertsteuer) zugesprochen wurden, greift er das Berufungsurteil nicht an; um diesen Betrag hat er die ursprüngliche Widerklagesumme ermäßigt.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision und begehrt mit der Anschlußrevision weiterhin auch im Fall "U [REDACTED]" 5 % Provision und 11 % Mehrwertsteuer, zusammen 23 219,81 DM nebst Zinsen. Der Beklagte beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Revision des Beklagten (Fall "Hi [REDACTED]")

Zwischen der Klägerin und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der der Beklagte angehört, besteht ein Nachweismaklervertrag. Der Kaufvertrag zwischen der Gesellschaft und den Verkäufern kam infolge des Nachweises der Klägerin zustande. Lag ein wirksamer Vertrag im Sinne von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, so haftet der Beklagte als Gesellschafter gesamtschuldnerisch für die dann zu zahlende Provision.

1. Das Genehmigungserfordernis nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 BBauG steht einem Provisionsanspruch der Klägerin im Fall "Hi [REDACTED]" nicht entgegen.

Nach dieser Vorschrift ist nicht der Kaufvertrag, sondern die Auflassung genehmigungsbedürftig. Obwohl der Provisionsanspruch grundsätzlich nicht von der Erfüllung des Hauptvertrages abhängt, gebührt dem Makler die gesetzliche Vergütung allerdings nicht, wenn die für die Auflassung vorgeschriebene Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz versagt wird. Denn der Vertragsschluß ist in diesem Fall auf eine Leistung gerichtet, die mit der Versagung der Genehmigung unmöglich geworden ist (BGHZ 37, 233). Dies rechtfertigt es, den Provisionsanspruch ebenso zu verneinen, wie wenn der Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen wäre (vgl. das unveröffentlichte Senatsurteil vom 14. Juli 1976 - IV ZR 36/75).

Im vorliegenden Fall wurde jedoch die Bodenverkehrsgenehmigung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 BBauG nicht versagt. Die Behörde bescheinigte vielmehr gemäß § 23 Abs. 2 Satz 1 BBauG, daß die Genehmigung nicht erforderlich sei. Das Be-

rufungsgericht hat aufgrund tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts, die die Revision nicht angreift, angenommen, dieses Zeugnis sei vom Notar hilfsweise beantragt gewesen. Es steht auch dann, wenn es - wie der Beklagte hier geltend gemacht hat - zu Unrecht erteilt wurde, der Genehmigung nach § 19 BBauG gleich und ermöglicht wie diese den dinglichen Vollzug des Kaufvertrages (§ 23 Abs. 2 Satz 2 BBauG; Schrödter BBauG 3. Aufl., § 23 Rdn. 2; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BBauG § 21 Rdn. 4 Abs. 2 i.V.m. § 23 Rdn. 4, 5; Sellner, NJW 1973, 345, 347, 349). Der Beklagte und seine Mitgesellschafter wurden aufgrund dieses Negativattests als Eigentümer der Grundstücke "Hi [REDACTED]" im Grundbuch eingetragen. Damit hatten sie, nachdem auch die Auflassung wirksam geworden war, Eigentum erworben. Die den Verkäufern obliegende Eigentumsverschaffung konnte daher nicht mehr durch eine Versagung der Bodenverkehrsgenehmigung unmöglich werden.

Die Revision meint, das Negativattest habe im Gegensatz zu einer Bodenverkehrsgenehmigung die Bebaubarkeit der Grundstücke nicht klargestellt; es müsse insoweit, als es um die Entstehung des Anspruchs auf Maklerlohn gehe, der Versagung der Bodenverkehrsgenehmigung jedenfalls dann gleichgestellt werden, wenn feststehe, daß eine solche erforderlichenfalls nicht erteilt worden wäre. Diese Gleichstellung ist nicht ohne weiteres gerechtfertigt.

Zwar führt das Negativattest anders als die Bodenverkehrsgenehmigung nicht die in § 21 Abs. 2 BBauG vorgesehene Bindung der Behörde für die spätere Erteilung der Baugenehmigung herbei (vgl. BVerwG DVBl. 1970, 72; Weyreuther, NJW 1973, 345, 346 m.w.N.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg aaO § 21 Rdn. 4). Dabei handelt es sich jedoch, wenn dem Hauptvertrag nichts anderes zu entnehmen ist (siehe

dazu unten 2. und 3.) und der Auftraggeber des Maklers von dem Negativattest gegenüber dem Grundbuchamt Gebrauch macht, nicht mehr um eine Frage des wirksamen Zustandekommens des Vertrages im Sinne von § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB oder um eine gleichzubehandelnde Frage. Sie kann daher nicht mehr ohne weiteres dem Risikobereich des Maklers zugeordnet werden.

2. Anders ist es, wenn der Maklervertrag dahin auszulegen ist, daß der Beklagte und seine Mitgesellschafter (im folgenden: der Beklagte) die Provision nur für den Nachweis von B a u g e l ä n d e versprochen hatten.

a) Dann bestünde ein Provisionsanspruch - vorbehaltlich der Wirkung des Schuldanerkenntnisses (s. unten II.) - nur, wenn die Grundstücke tatsächlich bebaubar gewesen wären. Der Beklagte behauptet jedoch, dies sei aus Rechtsgründen nicht der Fall gewesen. Ob der Maklervertrag in der bezeichneten Weise auszulegen ist, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Schon deshalb muß das angefochtene Urteil, soweit darin zum Nachteil des Beklagten erkannt ist, aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Denn eine dahingehende Auslegung kommt nach den Umständen in Betracht.

Der Beklagte wollte Grundstücke zum Zwecke der Bebauung erwerben. Das wußte die Klägerin. In ihrem Angebot vom 15. Februar 1972 (GA 108) hieß es auch ausdrücklich, der Bebauungsplan II sei "von der Stadt ... verabschiedet (alle Einsprüche erledigt), jedoch nicht rechtskräftig". Als Geschoßflächenzahl war in dem Angebot 0,8 - 1,2, als Baubeginn "voraussichtlich 1972" genannt. Der Beklagte behielt sich dann im Kaufvertrag ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, daß die Bebauung nicht (oder nicht in der voraus-

gesetzten Form - "Ausnutzung von 1,2" -) möglich sein sollte. Diese Umstände könnten darauf hindeuten, daß der Beklagte Provision jedenfalls nicht für den Nachweis von Grundstücken versprechen wollte, die überhaupt nicht bebaubar waren. Solche Grundstücke wären dann wirtschaftlich nicht dasjenige Objekt, für dessen Nachweis die Provision versprochen war, der Kaufvertrag über sie nicht "der Vertrag" im Sinne des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB, es sei denn, der Beklagte hätte am Kaufvertrag festgehalten und den Nachweis der Klägerin als Erfüllung des Maklervertrages gelten lassen.

Andererseits wußte der Beklagte bei Abgabe des Provisionsversprechens, um welches konkrete Objekt es sich handelte und daß dessen Bebaubarkeit noch nicht gesichert war. § 5 Abs. 2 des Kaufvertrages sah alternativ zu dem Rücktrittsrecht des Beklagten ausdrücklich eine eventuelle Herabsetzung des Kaufpreises vor.

Das Berufungsgericht wird unter Abwägung aller Umstände zu entscheiden haben, ob nach dem Inhalt des Maklervertrages das Risiko für die Bebaubarkeit der Grundstücke von der Klägerin oder vom Beklagten getragen werden sollte. Im ersteren Fall müßte die zwischen den Parteien umstrittene Frage der Bebaubarkeit schon deshalb geklärt werden, weil der Provisionsanspruch der Klägerin bereits dem Grunde nach hiervon abhinge.

b) § 5 Abs. 3 AGB würde in diesem Fall einen Anspruch auf Maklerlohn nicht deshalb begründen, weil der Beklagte den Kaufvertrag "rückgängig gemacht" hat. Denn wenn er Provision nur für den Nachweis bebaubarer Grundstücke versprochen hat, die nachgewiesenen Grundstücke aber unbebaubar gewesen sein sollten, so hat der Beklagte nicht "den Vertrag" im Sinne von § 652 Abs. 1 S. 1 BGB rückgängig ge-

macht; es ist nicht ersichtlich, daß in § 5 Abs. 3 AGB ein anderer Vertrag als dieser gemeint wäre (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a AGB). Die Frage der Wirksamkeit einer insoweit vom Gesetz abweichenden Regelung in allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt sich hier nicht.

3. Sollte die Provision nach dem Maklervertrag unabhängig von der Bebaubarkeit der Grundstücke versprochen worden sein, so hätte die Klägerin allein nach dem Vertrag gleichwohl keinen Anspruch darauf, wenn die Parteien des Kaufvertrages dessen Wirksamwerden bis zur Klärung der Bebaubarkeit aufschieben wollten und der Beklagte zurückgetreten ist, weil die Grundstücke nicht bebaubar waren.

a) Wird ein Rücktrittsrecht von der Bebauungsfähigkeit eines Grundstücks abhängig gemacht, so werden die Parteien den Vertrag häufig noch solange in der Schwebe lassen wollen, bis die Bebauungsfähigkeit feststeht (BGH WM 1971, 905). Das ist durch Auslegung der individuellen Vereinbarung festzustellen. Gegebenenfalls kommt der Rücktrittsvorbehalt der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung gleich. Die Maklerprovision ist dann erst verdient, wenn die vorausgesetzte Bebaubarkeit feststeht oder jedenfalls mit einem Rücktritt nicht mehr zu rechnen ist (vgl. § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Nach Ansicht der Revision ist der Rücktrittsvorbehalt nach § 5 Abs. 1 des notariellen Vertrages einer aufschiebenden Bedingung gleichzustellen. Das angefochtene Urteil läßt nicht hinreichend erkennen, daß das Berufungsgericht dies geprüft und verneint hätte. Der vorliegende Rücktrittsvorbehalt der Käufer und die Tatsache, daß sie die Grundstücke gerade zum Zwecke der Bebauung erwerben wollten, gaben jedoch Veranlassung, diese Frage zu prüfen. Ob es gegen eine Gleichstellung des Rücktrittsvorbehalts

mit der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung spricht, daß § 5 Abs. 2 des notariellen Vertrages ausdrücklich auch eine eventuelle Herabsetzung des Kaufpreises vorsah und die die Fälligkeit des Kaufpreises auslösende Eigentumsumschreibung im Grundbuch (§ 2 Abs. 2) herbeigeführt wurde, muß der tatrichterlichen Beurteilung des Berufungsgerichts vorbehalten bleiben.

b) Wäre der Rücktrittsvorbehalt hier wie die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung zu behandeln, so hätte der Rücktritt auch nicht zu einem Provisionsanspruch der Klägerin nach § 5 Abs. 3 AGB geführt, sofern die Grundstücke tatsächlich unbebaubar waren. Der Wortlaut der Bestimmung ließe die Annahme zu, daß in diesem Fall der Kaufvertrag nicht "rückgängig gemacht" worden sei, sondern sich als "rechtsunwirksam" erwiesen habe aus einem Grund, den der Auftraggeber nicht zu vertreten hat. Dann besteht auch nach § 5 Abs. 3 AGB keine Provisionsforderung.

4. Sollte das Berufungsgericht Vereinbarungen der oben zu 2 a und 3 a erörterten Art verneinen, so wäre der Rücktrittsvorbehalt, soweit es um den Provisionsanspruch der Klägerin geht, wie die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung zu behandeln (vgl. Mormann bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 652 Anm. 18). Verliert der Hauptvertrag infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung seine Wirksamkeit, so berührt dies den Vergütungsanspruch des Maklers grundsätzlich nicht. Etwas anderes gilt nur, wenn es im Maklervertrag vereinbart ist oder es dem Auftraggeber erkennbar gerade auf einen unbedingten Vertragsabschluß ankam (vgl. BGH WM 1971, 905; Mormann aaO). Letzteres ist hier nicht ersichtlich. Auch gemäß § 5 Abs. 3 AGB wäre der Provisionsanspruch der Klägerin - jedenfalls dem Grunde nach - dann bestehengeblieben.

a) Die Bestimmung drückt hinreichend klar aus, daß der Anspruch stets erhalten bleiben soll, wenn der Hauptvertrag "rückgängig gemacht" wird. Auch der an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Rücktritt ist, wenn er nicht dem Ausfallen einer aufschiebenden Bedingung gleichzuachten ist, ein Fall der Rückgängigmachung des Vertrages. Nach der Fassung der Vorschrift kann auch kein beachtlicher Zweifel daran bestehen, daß der Fortbestand des Provisionsanspruchs bei Rückgängigmachung des Vertrages nicht davon abhängt, ob der Auftraggeber sie zu vertreten hat. Es erscheint auch sinnvoll, das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens des Auftraggebers, an das § 5 Abs. 3 AGB den Provisionsanspruch bei "Rechtsunwirksamkeit" des Vertrages knüpft, nicht auf den Fall seiner Rückgängigmachung zu erstrecken. Bei Rechtsunwirksamkeit des Vertrages würde dem Makler nach dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages keine Vergütung zustehen. Dagegen berührt die Rückgängigmachung des Vertrages durch Rücktritt den Vergütungsanspruch hiernach grundsätzlich nicht, sofern es sich nicht um ein Rücktrittsrecht handelt, dessen Ausübung innerhalb bestimmter Frist im Belieben eines Vertragsteils steht (BGH NJW 1974, 694) oder das sonst einer aufschiebenden Bedingung gleichkommt. Somit leuchtet es nach der Interessenlage unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung durchaus ein, in allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Verschulden des Auftraggebers zwar für einen Provisionsanspruch des Maklers bei Unwirksamkeit des Vertrages, nicht aber für das Fortbestehen des Anspruchs bei Rückgängigmachung des Vertrages vorauszusetzen.

Soweit § 5 Abs. 3 AGB Maklerlohn für den Fall gewährt, daß der Hauptvertrag rückgängig gemacht wird, hält er auch richterlicher Inhaltskontrolle stand (vgl. insoweit auch das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 23. März 1966

- VIII ZR 283/63 - AIZ 1966, 153). In diesem Umfang stellt die Vorschrift weder eine unangemessene Benachteiligung des Auftraggebers noch eine Überraschklausel dar.

b) Der Provisionsanspruch der Klägerin ist gegebenenfalls jedoch - sofern sich nicht aus dem Schuldanerkenntnis des Beklagten etwas anderes ergibt - möglicherweise nicht in voller Höhe bestehengeblieben.

Das Berufungsgericht hätte, wie die Revision mit Recht rügt, auch § 5 Abs. 2 des notariellen Vertrages berücksichtigen müssen. Hiernach sollte sich der Kaufpreis dann, wenn die Käufer nicht nach § 5 Abs. 1 zurücktraten, in dem Verhältnis ermäßigen, "in dem die Ausnutzungsziffer von 1,2 herabgesetzt wird". Nach der Behauptung des Beklagten waren die Grundstücke aus Rechtsgründen nicht bebaubar. Sollte § 5 Abs. 2 - was durch (evtl. ergänzende) Vertragsauslegung zu ermitteln ist - auch den Fall der völligen Unbebaubarkeit erfassen, so hätte bei **A u f - r e c h t e r h a l t u n g** des Vertrages der Kaufpreis entsprechend herabgesetzt werden müssen. Gegebenenfalls hätte sich dann möglicherweise auch der Maklerlohn ermäßigt. Er bleibt zwar bei Ausübung des gesetzlichen Minderungsrechts des Käufers (§ 462 BGB), dem § 5 Abs. 2 des notariellen Vertrages nachgebildet sein mag, grundsätzlich unberührt (ebenso Mormann bei Soergel/Siebert aaO § 652 Rdn. 18; Staudinger/Riedel BGB 11. Aufl. § 652 Rdn. 29; Schwerdtner, Maklerrecht 1975 Rdn. 89). Es kann jedoch im Maklervertrag etwas anderes vereinbart sein. Das kann unter Umständen anzunehmen sein, wenn die Höhe des Maklerlohns an "den Kaufpreis" oder wie in § 6 AGB an "die Vertragssumme" gekoppelt ist, Makler und Auftraggeber bei Abschluß des Maklervertrages unmißverständlich von der

Bebaubarkeit des betreffenden Objekts in bestimmter Weise ausgehen und der Kaufvertrag eine bestimmte Ermäßigung des Kaufpreises für den Fall vorsieht, daß das Objekt nicht wie vorgesehen bebaubar ist.

Sollte hiernach eine Herabsetzung der Maklerprovision bei Aufrechterhaltung des Vertrages (§ 5 Abs. 2) gewollt gewesen sein, so käme eine entsprechende Ermäßigung auch dann in Betracht, wenn die Grundstücke tatsächlich nicht bebaubar waren und die Käufer deswegen nach § 5 Abs. 1 des Vertrages zurückgetreten sind. Die Auslegung des Maklervertrages könnte dann ergeben, daß die Klägerin trotz § 5 Abs. 3 AGB im Falle der A u f h e b u n g des Kaufvertrages nicht b e s s e r stehen, somit keinen höheren Lohn erhalten sollte als bei Aufrechterhaltung des Vertrages, § 5 Abs. 3 AGB also nur bezweckt, sie in jenem Falle nicht s c h l e c h t e r zu stellen als in diesem.

## II. Anschlußrevision der Klägerin (Fall "U")

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe in diesem Fall nicht dargetan, daß der Vertrag über die von ihr nachgewiesenen Grundstücke voll wirksam geworden sei. Auch auf das Schuldanerkenntnis des Beklagten könne sie ihren Anspruch insoweit nicht stützen, da der Beklagte es wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten habe.

1. Soweit sich die Anschlußrevision dagegen richtet, daß ein Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis verneint wurde, ist sie begründet. Die bisherigen Feststellungen tragen den Vorwurf einer arglistigen Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB) nicht.

a) Das Berufungsgericht hat aufgrund der Beweisaufnahme festgestellt, Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] habe als Vertreter der Klägerin bei dem Beklagten den Eindruck erweckt, er könne den - anschließend anerkannten - Betrag von 270 000 DM von seinem Mitgesellschafter Dr. H. [REDACTED] im Wege der Arrestvollziehung erhalten. Selbst wenn den (gegen- teiligen) Bekundungen des Zeugen Dr. M. [REDACTED] zu folgen wäre, seien seine Angaben für den Laien so unklar gewesen, daß der Beklagte habe zu der Auffassung gelangen können, er könne sich bei Dr. H. [REDACTED] (im Arrestwege) schadlos halten. Damit hat der Rechtsanwalt einen objektiv unrichtigen Eindruck erweckt. Die Angriffe der Anschlußrevision gegen die Würdigung der Aussagen der Zeugen N. [REDACTED] und D. [REDACTED] hat der Senat geprüft; sie sind nicht begründet.

Das gilt auch für die Rüge, das Berufungsgericht hätte noch die Zeugin M. [REDACTED] zu der substantiierten Behauptung der Klägerin vernehmen müssen, der Beklagte sei bei Abgabe des Anerkenntnisses nicht getäuscht worden. Im Berufungsurteil ist auf Schriftsätze der Parteien nicht Bezug genommen. Es mag dahinstehen, ob sich ein entsprechender Beweisantrag der Klägerin aus dem verkündeten Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 11. November 1974 ergibt, in dem u.a. dieses Beweisthema und u.a. die Zeugin M. [REDACTED] aufgeführt sind (§§ 561 Abs. 1 Satz 1, 160 Abs. 3 Nr. 6, 7, Abs. 5 ZPO). Die Zeugin ist jedenfalls vernommen worden. Sollte sie, worauf die Vernehmungsniederschrift vom 9. Dezember 1974 hindeutet, nicht zu diesem, sondern zu einem anderen Thema gehört worden sein, so wäre es Sache der Klägerin gewesen, auf deren ergänzende Vernehmung hinzuwirken. Das hat die Klägerin auch in der späteren mündlichen Verhandlung nicht getan. Hiernach konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, sie bestehe nicht auf einer weiteren Vernehmung der Zeugin.

b) Mit Recht hält jedoch die Anschlußrevision den subjektiven Tatbestand einer arglistigen Täuschung für nicht ausreichend festgestellt. Es genügt nicht, daß Rechtsanwalt Dr. M. auf den Erklärungswillen des Beklagten einwirken wollte und wußte, daß der Beklagte ohne seine Äußerungen das Anerkenntnis möglicherweise nicht erklärt hätte. Der Rechtsanwalt muß sich vielmehr der Unrichtigkeit seiner Angaben bewußt gewesen sein oder eine als möglich erkannte Unrichtigkeit billigend in Kauf genommen haben. Das Berufungsgericht hält dessen Aussage darüber, was er dem Beklagten über die Möglichkeit eines Arrestes gesagt habe, offenbar nicht für widerlegt, sondern nimmt lediglich an, seine damaligen Äußerungen seien für Laien (objektiv) irreführend gewesen. Das "mußte" nach Ansicht des Berufungsgerichts dem Rechtsanwalt aufgrund seiner Berufserfahrung auch bewußt sein. Daraus ergibt sich aber nur seine fahrlässige Unkenntnis von der objektiven Irreführung, jedoch weder das Bewußtsein, die Unwahrheit zu sagen, noch die Inkaufnahme einer möglichen Unwahrheit.

Die Abweisung der Klage im Fall "U." konnte daher nicht bestehenbleiben. Sollte sich die Anfechtung des Schuldanerkenntnisses aufgrund der neuen Verhandlung als unbegründet erweisen, wird das Berufungsgericht über die bisher - folgerichtig - offengelassene Rechtsnatur des Anerkenntnisses und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zu entscheiden haben.

2. Sollte der Beklagte dagegen zur Anfechtung berechtigt gewesen sein, so besteht nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ein Provisionsanspruch der Klägerin im Fall "U." allerdings nicht.

a) Eine Bestätigung des Anerkenntnisses durch den Beklagten (§ 144 Abs. 1 BGB) hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint. Es kann unterstellt werden, daß der Beklagte die Klägerin am 3. und 6. Februar 1973 telefonisch um Zahlungsaufschub gebeten und dabei seine Zahlungsbereitschaft bekundet hat, obwohl er bereits am Nachmittag des 29. Januar 1973 (nach Abgabe des Anerkenntnisses am Vormittag) von der Undurchführbarkeit des Arrestes gegen Dr. H. erfahren hatte. Daraus ergab sich noch nicht das für eine Bestätigung erforderliche Bewußtsein des Beklagten, daß er arglistig getäuscht worden und deswegen zur Anfechtung berechtigt war. Er kann nach Ansicht des Berufungsgerichts zunächst noch auf die Verbindlichkeit seines Anerkenntnisses vertraut haben.

b) Bei der etwaigen erneuten Entscheidung darüber, ob der Klägerin im Fall "U." ein Provisionsanspruch allein aufgrund des Maklervertrages zusteht, wird das Berufungsgericht die Gesichtspunkte zu beachten haben, auf die der Senat im Fall "H." oben unter I 2 und 3 hingewiesen hat.

Sollte die Maklerprovision unabhängig von der Bebaubarkeit der Grundstücke "U." versprochen worden und der Rücktrittsvorbehalt im Kaufvertrag auch nicht der Vereinbarung einer aufschiebbaren Bedingung gleichzuachten sein, so wäre zu klären, ob die Bodenverkehrsgenehmigung nach § 19 BBauG für die Veräußerung dieser Grundstücke erforderlich war und ob sie gegebenenfalls erteilt worden wäre oder nicht.

Obwohl ein Negativattest nach § 23 Abs. 2 Satz 1 BBauG auch hier erteilt wurde und dieses Zeugnis nach

Satz 2 der Vorschrift der Genehmigung an sich gleichsteht, unterscheidet sich der Fall "U[REDACTED]" insoweit von dem Fall "Hi[REDACTED]". Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist seine Überzeugung zu entnehmen, daß das Negativattest im vorliegenden Fall, in dem ein anderer Notar tätig war, überhaupt nicht beantragt war, sondern allein die Bodenverkehrsgenehmigung. Der Beklagte hat von dem Attest im Gegensatz zum Fall "Hi[REDACTED]" auch keinen Gebrauch gemacht; eine Eigentumsumschreibung im Grundbuch ist nicht erfolgt. Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, daß er sich hier nicht mit dem seines Erachtens zu Unrecht erteilten Zeugnis abfinden, sondern auf der Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung bestehen wollte. Es stand ihm frei, so vorzugehen (vgl. Weyreuther/Sellner NJW 1973, 345, 347 f). Zu einer nochmaligen Entscheidung der zuständigen Behörde wird es nicht mehr kommen, weil der Kaufvertrag auch im Fall "U[REDACTED]" rückgängig gemacht worden ist. Die Klägerin könnte aber die Provision nicht verlangen, wenn die Genehmigung, hätte die Behörde nochmals zu entscheiden gehabt, mit Sicherheit versagt worden und der Kaufvertrag daher aus Rechtsgründen nicht durchführbar gewesen wäre (s. oben I 1 und das dort angeführte Senatsurteil).

c) Hinsichtlich der Höhe eines etwaigen Provisionsanspruchs wird auf die Ausführungen oben unter I 4 b Bezug genommen.

Johannsen

Dr. Bukow

Dr. Buchholz

Rottmüller

Dr. Hoegen