

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 652; BeurkG §§ 6 Abs. 2, 13 Abs. 1 Satz 1

Wird in den notariell zu beurkundenden Hauptvertrag eine Maklerlohnklausel nur äußerlich mit aufgenommen und so ein Maklervertrag zwischen einem am Hauptvertrag Beteiligten und dem Makler abgeschlossen, dann ist der Makler nicht notwendig Beteiligter im Sinne des Beurkundungsgesetzes.

BGH, Urt. v. 6. März 1991 - IV ZR 53/90 - OLG Frankfurt
LG Fulda

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 53/90

URTEIL

Verkündet am:
6. März 1991
Keller
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs, Dr. Ritter und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 1991

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 14. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Januar 1990 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Maklerprovision.

Der Kläger bemühte sich als Immobilienmakler im Auftrage der Eigentümerin, der P. E. GmbH (PEG), um die Verwertung eines Gewerbegrundstücks in H.. Ein entsprechendes Angebot mit einer Provisionsforderung in Höhe von 6% machte er einer GmbH in K.. Deren Geschäftsführer S. wollte diese Gelegenheit nicht für die GmbH, sondern zusammen mit dem Steuerberater P. und dem Beklagten, der Architekt ist, für sich selbst nutzen. So kam es am



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

25. März 1987 in Gegenwart des Klägers zur notariellen Beurkundung von zwei Verträgen.

In dem einen Vertrag kauften der Beklagte und die Herren S. und P. als Gesellschaft bürgerlichen Rechts von der PEG das unbebaute Grundstück für 700.000 DM. Im anderen Vertrag verpflichtete sich die PEG den Käufern gegenüber, umfassend für die Bauplanung einschließlich Baugenehmigung sowie die Vermietung der zu errichtenden Gebäude bei einer Gegenleistung von 1,07 Mio. DM zu sorgen. Jeder der beiden Verträge enthält eine "Maklerklausel" mit folgendem Wortlaut:

"Dieser Vertrag wurde durch den Hausmakler ... (Kläger) vermittelt.

Die Courtage für den vermittelnden Hausmakler beträgt 4% vom Kaufpreis zuzüglich 14% Mehrwertsteuer, mithin insgesamt DM 31.920,-- (im zweiten Vertrag: DM 48.000,--) und wird vom Käufer allein getragen.

Die Courtage ist verdient mit Abschluß dieses Vertrages und mit Vorliegen der beantragten Baugenehmigung zur Zahlung fällig.

Der Hausmakler hat wegen seiner Courtageansprüche einen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung aus diesem Vertrag gegen die Erschienenen zu 2), 3) und 4) (Beklagter) als Gesamtschuldner."

Weil die Käufer die nach den Verträgen zu erbringenden Bürgschaften für die Zahlungen nicht fristgerecht der PEG aushändigten, machte diese am 26. Mai 1987 von dem für diesen Fall vertraglich vorgesehenen Rücktrittsrecht Gebrauch. Die Baugenehmigung wurde der PEG am 7. Juli 1987 erteilt.

Einen Teilbetrag von 15.000 DM der Gesamtprovision von 79.920 DM hat der Kläger an das Finanzamt abgetreten. Von diesem ist er zur Klageerhebung ermächtigt worden. Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung der Gesamtprovision nebst Zinsen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Dagegen wendet sich die Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, aus den Maklerklauseln ergebe sich der fällige Anspruch des Klägers gegen den Beklagten als Gesamtschuldner gemäß §§ 427, 421 BGB auf Zahlung der Maklerprovision nebst Zinsen in Höhe von 64.920 DM an den Kläger und von weiteren 15.000 DM an das Finanzamt.

1. Das Landgericht hatte gemeint, bei den Klauseln handle es sich um echte Verträge zugunsten des Klägers im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB. Sie seien jedoch Bestandteile der notariellen Verträge. Deshalb sei das Forderungsrecht des Klägers durch den Rücktritt der PEG entfallen (§ 334 BGB).

Demgegenüber hat das Berufungsgericht, ausgehend von dem Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 28. November 1962 (VIII ZR 236/61 - WM 1963, 31 = LM BGB § 505 Nr. 4), dargelegt, das in eine Kaufvertragsurkunde aufgenommene Maklerlohnversprechen könne verschiedenartige Bedeutungen haben. Es könne sich um eine rechtlich nicht zum Kaufvertrag gehörende, nur äußerlich mit ihm verbundene Beurkundung des Lohnversprechens handeln, durch das der Käufer

sich nicht seinem Vertragspartner, sondern dem Makler gegenüber deklaratorisch oder konstitutiv verpflichtete. Als Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer begründe die Mak-klausel, wenn der Verkäufer lediglich Versprechensempfänger sei, möglicherweise ebenfalls nur einen eigenen Anspruch des Maklers. Als solche Vereinbarung könne sie aber auch Teil des Kaufvertrages sein und dem Verkäufer - bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter daneben auch dem Makler - einen Anspruch auf Provisionszahlung an den Makler geben. Die ge-botene Auslegung führe zu dem Ergebnis, daß die Klauseln nur äußerlich in den Verträgen mitbeurkundet worden seien, und als Vereinbarung zwischen dem Kläger und den Käufern deren Maklerlohnverprechen gegenüber dem Kläger enthielten.

2. Vergeblich versucht die Revision, Rechtsfehler bei dieser Auslegung aufzuzeigen. Die umfassenden Überlegungen, die das Berufungsgericht an den Wortlaut der Klauseln und an die Systematik der Kostenregelungen in den Verträgen knüpft, enthalten keinen Auslegungsfehler und werden von der Revi-sion auch nicht angegriffen. Schon diese Überlegungen allein sind geeignet, das Auslegungsergebnis des Tatrichters zu tragen. Das gilt insbesondere für den Gedanken, daß hier nicht etwa eine den Verkäufer treffende Provisionspflicht auf den Käufer abgewälzt, sondern nach der Formulierung der Klauseln eine eigenständige Pflicht der Käufer begründet werden sollte.

Die Revision meint, die vorangegangenen Schritte des Mitkäufers S. seien dem Beklagten nicht zurechenbar. Der ob-jektive Betrachter dürfe die Klauseln allenfalls anhand von Kenntnissen auslegen, die allen Vertragsbeteiligten ge-

meinsam seien. Diese Revisionsrüge übersieht, daß der Tatrichter nicht auf die - allerdings deutlich für seine Auslegung zugunsten des Klägers sprechenden - Einzelheiten der vom Kläger behaupteten Vorgeschichte abstellt. Vielmehr zieht er entscheidend nur das Ergebnis dieser Vorgeschichte heran, nämlich den auch vom Beklagten unabhängig von diesen Einzelheiten bestätigten Erfolg der Vermittlungstätigkeit des Klägers. Dieser wurde nach Meinung aller Beteiligten mit der Beurkundung der Verträge dokumentiert.

3. Unzutreffend ist die Rechtsansicht der Revision, bereits aus formellen Gründen verbiete sich die Annahme, die Vertragsurkunden könnten Verträge oder Bestandteile von Verträgen enthalten, die die Parteien dieses Rechtsstreits miteinander geschlossen hätten; Sinn und Zweck des Beurkundungsgesetzes und der Wortlaut seines § 13 Abs. 1 Satz 1 stünden dieser Annahme entgegen. Eine im Rahmen der Verhandlung geäußerte, jedoch nicht in die Niederschrift des Notars aufgenommene Willenserklärung sei nichtig. Vor allem sei die eigenhändige Unterschrift aller Beteiligten, also auch die des "nur äußerlich" beteiligten Maklers erforderlich.

Allerdings kann mit der Folge der Anwendbarkeit von §§ 9 Abs. 1 und 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG der Makler formal Beteiligter im Sinne der Legaldefinition des § 6 Abs. 2 BeurkG (Erman/Hense und Schmidt, 8. Aufl. BeurkG § 6 Rdn. 2; Huhn/v. Schuckmann, Beurkundungsgesetz 2. Aufl. § 6 Rdn. 6 und § 9 Rdn. 11) sein, wenn in den vom Notar beurkundeten Hauptvertrag zwischen dem Kunden des Maklers und einem Dritten gleichzeitig auch der Abschluß eines Maklervertrages im Sinne des § 652 BGB zwischen dem Kunden und dem Makler auf-

genommen werden soll. Ob entsprechende Erklärungen beurkundet werden sollen, entscheidet nach § 6 Abs. 2 BeurkG der Wille der Erschienenen. Hier bestand ein solcher Wille gerade nicht. Das ergibt die Auslegung der Klauseln durch das Berufungsgericht und der Vortrag beider Parteien.

Nach dem Vorbringen des Klägers wollten die drei Käufer unmittelbar vor der Beurkundung nur noch 3% als Provision zahlen und verlangten die Übernahme der weiteren 3% von der PEG, was von dieser verweigert wurde. Daraufhin habe der Kläger sich direkt mit allen drei Käufern geeinigt, daß er von diesen nur 4% erhalten würde, verdient mit Abschluß der Notarverträge und fällig mit Vorliegen der Baugenehmigung. Dieser Maklervertrag sei bei der Beurkundung bestätigt worden. Spätestens bei dieser Bestätigung war also der Beklagte mit dem Kläger einig, die für die notariellen Verträge ursächliche Vermittlungsleistung sei bereits erbracht und dafür werde er Provision zahlen.

Der Beklagte behauptet, sich auf Anfordern der Mitkäufer lediglich zur notariellen Beurkundung in H. eingefunden zu haben. Demgemäß hat er seinem Vortrag zufolge zwar zunächst nicht direkt mit dem Kläger hinsichtlich dessen Maklertätigkeit und -lohn verhandelt und einen diesbezüglichen Vertrag geschlossen. Er hat aber auch nach seiner Behauptung den Wortlaut der notariell beurkundeten Maklerklauseln zur Kenntnis genommen, ihm zugestimmt und die notariellen Verträge unterzeichnet. Also hat nach seinem Vortrag auch der Beklagte aus der Sicht des diese Erklärung empfangenden Klägers ein Maklerlohnversprechen abgegeben. Es kann unbedenklich angenommen werden, daß der bei der Beurkundung

anwesende Kläger sich erkennbar damit einverstanden erklärt und so einen Maklervertrag auch mit dem Beklagten abgeschlossen hat.

Also ergibt der Vortrag beider Parteien, daß sie anläßlich der Beurkundung einen Maklervertrag geschlossen haben. Daß ein Maklervertrag auch nach bereits erbrachter Maklerleistung geschlossen werden kann, ist anerkannt (zuletzt Senatsurteil vom 10.10.1990 - IV ZR 280/89 - WM 1991, 78 unter 1. m.w.N.). Dieser Maklervertrag war nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts (vgl. oben 1 und 2) nicht Bestandteil der zu beurkundenden Verträge, wurde vielmehr nur rein äußerlich und teilweise mitbeurkundet. Das geschah offensichtlich auf Wunsch des anwesenden Klägers, nicht aber, weil der Vertreter der PEG und die Käufer auch den nicht einmal die Schriftform erfordernden Maklervertrag als solchen beurkunden lassen wollten. Nur auf deren Willen aber kommt es an, weil nur sie Beteiligte der notariellen Verträge waren. Insbesondere sollte nach ihrem Willen die Beurkundung auch der Annahme seitens des Klägers nicht Gültigkeitserfordernis sein (§§ 154 Abs. 2, 125 Satz 2 BGB).

Demgemäß brauchte der Bundesgerichtshof in dem genannten Urteil vom 28. November 1962 keine formellen Bedenken im Hinblick auf die damals geltenden, durch das Beurkundungsgesetz später aufgehobenen Bestimmungen der §§ 176, 177 FGG zu haben. Auch damals ging es lediglich darum, daß ein Maklervertrag nur äußerlich mit dem vermittelten Grundstückskaufvertrag verbunden war.

4. Der Rücktritt der PEG von den notariellen Verträgen berührt, wie im Berufungsurteil rechtsfehlerfrei dargelegt, entgegen der von der Revision vertretenen Meinung den Maklerlohnanspruch des Klägers aus den Klauseln nicht. § 652 BGB macht die Entstehung des Provisionsanspruchs nur vom Zustandekommen des Hauptvertrages, nicht - wie § 87a Abs. 1 Satz 1 HGB - von der Ausführung des Geschäfts abhängig. Umstände, die das wirksame Zustandekommen des Hauptvertrages verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen, schließen demgemäß die Entstehung eines Provisionanspruchs aus. Umstände dagegen, die lediglich die Leistungspflicht aus dem wirksam zustandegekommenen Vertrag beseitigen - wie einverständliche Aufhebung des Vertrages, nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung - lassen die Provisionspflicht unberührt. Auch der Rücktritt vom Vertrag macht den Vertragsschluß nicht ungeschehen, sondern hebt nur die vertragliche Leistungspflicht auf. Er hat deshalb grundsätzlich auf die Provisionspflicht keinen Einfluß. Die Rechtsprechung hat von dieser Regel nur für den Fall eine Ausnahme gemacht, daß sich eine Partei im Hauptvertrag ein zeitlich befristetes, aber sonst an keine Voraussetzung gebundenes Rücktrittsrecht ausbedungen hat. In einem solchen Fall entsteht die Provisionspflicht erst dann, wenn die Frist abgelaufen ist, ohne daß die rücktrittsberechtigte Partei ihr Recht ausgeübt hat. Diese Ausnahme wird durch die Überlegung gerechtfertigt, daß in einem solchen Fall eine echte vertragliche Bindung erst in dem Zeitpunkt begründet wird, in dem der Rücktrittsberechtigte sein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann. Dieser Fall ist deshalb ebenso zu behandeln wie der, in dem ein Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wird (Urteile vom 9.1.1974 - IV ZR

71/73 - NJW 1974, 694 und vom 10.11.1976 - IV ZR 129/75 - WM 1977, 21 unter I 3 und 4; BGHZ 66, 270, 271). Sonst muß es aber bei der aus dem Gesetz abgeleiteten Regel verbleiben, so insbesondere bei der Ausübung eines gesetzlichen, eines dem gesetzlichen nachgebildeten (Urteil vom 21.9.1973 - IV ZR 89/72 - WM 1974, 257 unter I 3) oder eines von bestimmten sachlichen Voraussetzungen abhängig gemachten vertraglichen Rücktrittsrechts.

Im vorliegenden Fall war das Rücktrittsrecht der PEG einem gesetzlichen Rücktrittsrecht nachgebildet. Die Vertragsparteien haben die Verpflichtung der Käufer zur fristgemäßen Aushändigung von Bankbürgschaften wie eine Hauptpflicht mit der Sanktion des Rücktritts bewehrt. Diese Verpflichtung war nicht etwa - wie die Revision zu Unrecht meint - Voraussetzung der notariellen Verträge. Sie entstand vielmehr erst mit dem wirksamen und von den Vertragsparteien als bindend angesehenen Vertragsschluß.

Der von der Revision angestrebten Auslegung der Maklerklauseln, daß diese durch den Rücktritt der Verkäuferin einfallig würden, stehen schon die Ausführungen oben unter 1. und 2. entgegen. In den Klauseln wird insbesondere festgehalten, daß die Provision mit Abschluß der notariellen Verträge verdient ist; es wurde nicht bestimmt, daß dies nur dann gelten sollte, wenn die PEG von ihrem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machte.

5. Schließlich stehen auch die Ausführungen des Berufungsurteils zur Fälligkeit der Forderung im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom

19.6.1980 - IVa ZR 11/80 - LM BGB § 652 Nr. 68 = WM 1980, 1071 unter I 2). Die Grundlage der Fälligkeitsabrede in den Maklerklauseln war durch den Rücktritt von den notariellen Verträgen entfallen, so daß der Fälligkeitszeitpunkt nach dem mutmaßlichen Parteiwillen festzusetzen war. Diese Bestimmung hat der Tatrichter in Anlehnung an den übrigen Inhalt des Vertrages rechtsfehlerfrei vorgenommen.

Bundschuh

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Römer