

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 505 Abs. 2, 328, 335, 652

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der nicht vom Verkäufer beauftragte Makler vom Vorkaufsberechtigten nach Ausübung des Vorkaufsrechtes Maklerlohn verlangen kann, wenn der erste Käufer sich dem Verkäufer verpflichtet hatte, den Maklerlohn zu zahlen.

BGH, Urt.v. 28. November 1962 - VIII ZR 236/61 OLG Schleswig
LG Kiel

Verkündet am 28. November 1962
1. St., Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Grundstücksmaklers Herbert P. [REDACTED] in I. [REDACTED],
B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Landwirt Siegfried D. [REDACTED] in G. [REDACTED]-W. [REDACTED],
Kreis E. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. November 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgerichts in Schleswig vom 20. April 1961
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

lung

- 2 -

Tatbestand:

Durch notariellen Kaufvertrag vom 10. Juli 1959 verkaufte der Bauer Sch. seinen Hof für 340 000 DM an den Bauern L. Der Beklagte war damals Pächter des Hofes und hatte, worauf in dem Kaufvertrag hingewiesen wurde, ein persönliches Vorkaufsrecht. Der Kläger war zusammen mit einem Makler Fuchs bei der Vermittlung des Verkaufs tätig gewesen. Dazu bestimmte § 7 des Vertrages:

"Der Kaufvertrag ist vermittelt worden von dem Makler Heinrich F. ... und dem Makler Herbert P. (Kläger)..... An Vermittlungsprovision hat der Käufer an den Makler P. (Kläger) 3 % des Kaufpreises zu zahlen, an den Makler Heinrich F. hat der Verkäufer 3 % Maklerprovision zu zahlen. Die Provision ist fällig und verdient bei Auflassung. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Vertragsparteien bezüglich der Maklerprovisionen besteht nicht".

Der Beklagte übte sein Vorkaufsrecht aus und erwarb den Hof. Der Kläger verlangt von ihm die 3 % Maklerprovision. Davon hat er als Teilbetrag 1 500 DM geltend gemacht. Der Beklagte hat negative Feststellungswiderklage hinsichtlich der restlichen Forderung von (10 200 - 1 500 =) 8 700 DM erhoben. Der Kläger macht geltend, er sei nur von dem Makler F. als Untermakler zugezogen worden und habe deshalb bis zu der Vereinbarung des § 7 des Vertrages einen Vertragsanspruch weder gegen den Verkäufer noch gegen den Käufer gehabt; gegen den letzteren sei demnach sein Provisionsanspruch erst durch § 7 des Vertrages begründet worden. Demgegenüber behauptet der Beklagte, der Kläger sei von Anfang an der Makler des Käufers L. gewesen, evtl. Untermakler des Maklers

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Fuchs, der aber selbst Makler beider Vertragsparteien gewesen sei. Mit dem Kläger habe er (Beklagter) vor der Ausübung des Vorkaufsrechts nichts zu tun gehabt; F. gegenüber habe er sich eine Vermittlung ausdrücklich verboten, da er als Pächter des Hofes keinen Vermittler benötige.

Der Kläger ist in den Vorinstanzen unterlegen. Das die Klage abweisende Urteil ist rechtskräftig geworden. Mit der Revision erstrebt der Kläger Abweisung der Widerklage. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt aus:

Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts habe der Beklagte anstelle des ursprünglichen Käufers lediglich die Gegenleistung für den Kaufgegenstand zu erbringen. Diese betrage 340 000 DM. Darin sei die Provision für den Kläger nicht enthalten. Im übrigen habe der Käufer Langeloh die Provision schon deshalb nicht geschuldet, weil er infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Beklagten als Käufer ausgeschieden sei; deshalb schulde sie auch der Beklagten nicht.

Die Revision hält diese Begründung für in sich rechtsfehlerhaft, sie rügt ferner fehlerhafte Auslegung des § 7 des Vertrages sowie Verstöße gegen § 286 ZPO. Die Revisionsangriffe haben Erfolg.

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt gemäß § 505 Abs. 2 BGB der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande,

31

welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Diese gesetzliche Regelung wird allgemein (Staudinger, BGB 11. Aufl. § 505 Nr. 2, RGRK 10. Aufl. BGB § 505 Nr. 2, RGZ 121, 138) dahin verstanden, daß der Berechtigte nicht in den zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten geschlossenen Vertrag eintritt. Vielmehr wird zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem ein selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu den gleichen Bestimmungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossen war. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich grundsätzlich (Ausnahmen siehe §§ 507 bis 509 BGB) nur darin, daß als Käufer anstelle des Dritten der Berechtigte steht. Es ist deshalb nicht richtig, daß der Vorkaufsberechtigte nach Ausübung des Vorkaufsrechts nur den Kaufpreis zu zahlen habe wie das Berufungsgericht meint; er hat vielmehr, wie der Bundesgerichtshof schon in seiner Entscheidung vom 13. Juli 1960 (V ZR 62/59) in MDR 1960 S. 1004 ausgesprochen hat, schlechthin diejenigen Leistungen zu erbringen, die dem ursprünglichen Käufer nach dem Kaufvertrage obgelegen hätten. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof aaO auch entschieden, daß der Berechtigte, wenn der Dritte "die Kosten des Vertrages" übernommen hatte, worunter im Streitfalle die Kosten der Schätzung des Grundstücks zu verstehen waren, ebenfalls diese zu tragen hatte. Überhaupt hat der Berechtigte alle Nebenleistungen zu erbringen, die zu tragen der Dritte sich im Kaufvertrag dem Verkäufer gegenüber verpflichtet hatte. In der Regel kann deshalb, wenn - wie hier - der Kaufvertrag mit dem Dritten in einer Urkunde niedergelegt war, der Inhalt des durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande kommenden Kaufvertrages einfach auf die Weise bestimmt werden,

daß in den Text des Kaufvertrages mit dem Dritten statt seiner der Name des Berechtigten eingesetzt wird.

Jedoch ergeben sich Ausnahmen. Das Gesetz trägt in den §§ 507 und 509 BGB der Tatsache Rechnung, daß der Partner eines Kaufvertrages nicht immer ohne weiteres auswechselbar ist und läßt deshalb unter Umständen den Austausch des Käufers auf den Inhalt des Kaufvertrages zurückwirken. In diesen Fällen weicht also kraft gesetzlicher Bestimmung der Kaufvertrag mit dem Berechtigten von dem Kaufvertrag mit dem Dritten ab. Ferner ist es möglich, daß die Vertragsparteien des Kaufvertrages mit dem Dritten in die Kaufvertragsurkunde Bestimmungen aufgenommen haben, die nicht Teil des Kaufvertrages sind; denn den Vertragsparteien steht es grundsätzlich frei, verschiedenartige Rechtsgeschäfte in einer Urkunde zu vereinigen. Da aber nach § 505 Abs. 2 BGB die Ausübung des Vorkaufsrechts nur zur Folge hat, daß "der" Kauf-vertrag zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem zustandekommt, ist es in diesen Fällen notwendig, die Grenze zu ziehen zwischen den Bestimmungen der Urkunde, die als Teil des (ersten) Kaufvertrages auch in den zweiten Kaufvertrag eingehen, und solchen, die zwar aus Anlaß des ersten Kaufvertrages getroffen sein mögen, aber nicht wesensgemäß zu ihm als Kaufvertrag gehören. Der Streitfall erfordert diese Grenzziehung nur für vertragliche Bestimmungen über den Maklerlohn.

Maklervertrag und Haupt-, hier Kaufvertrag, sind nach Inhalt und Zweck deutlich geschieden. Der Maklervertrag wird nicht zwischen den Parteien des Kaufvertrages, sondern zwischen Verkäufer bzw. Käufer und dem Makler geschlossen. Er richtet sich nicht auf den

Kaufgegenstand, sondern auf das Zustandekommen des Kaufvertrages; diesem gegenüber kommt ihm nur eine Hilfsfunktion zu. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes wird der Berechtigte deshalb dem Makler des Dritten gegenüber nicht ohne weiteres verpflichtet, weil der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Dritten und der Maklervertrag zwischen dem Verkäufer bzw. dem Dritten und dem Makler selbständig nebeneinander stehen. Wenn das Versprechen des Maklerlohnes in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen wird, so kann das verschiedenartige Bedeutungen haben.

Einmal kann sich eine solche Bestimmung darin erschöpfen, Beurkundung eines Teiles des Maklervertrages - nämlich des Versprechens des Maklerlohns - zu sein. Eine solche Auslegung ist jedenfalls nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, wenn wie hier der Kaufvertrag in Gegenwart des (der) Makler(s) geschlossen wird. Ist die Vertragsbestimmung so auszulegen, so liegt ihr Sinn lediglich in der (deklaratorischen oder konstitutiven) Beurkundung der Verpflichtung des Verkäufers bzw. des Dritten gegenüber dem Makler, an diesen den Maklerlohn zu zahlen. In einem solchen Fall ist die Verbindung des Maklervertrages mit dem Kaufvertrag eine rein äußerliche; nur die einheitliche Urkunde hält beide zusammen. Das Versprechen des Maklerlohns wird nicht Teil des Kaufvertrages und es verpflichtet deshalb im Vorkaufsfalle nicht den Berechtigten.

Der Maklerlohn kann aber auch von dem Dritten als Käufer in der Weise in der Vertragsurkunde versprochen werden, daß er dieses Versprechen gegenüber dem Verkäufer als Versprechensempfänger abgibt (Versprechen

der Leistung an einen Dritten). Bei dieser Regelung wirkt also der an dem Maklervertrag zwischen Makler und Dritten nicht beteiligte Verkäufer bei dem Leistungsversprechen zugunsten des Maklers in der Weise mit, daß der Verkäufer als Adressat des Versprechens auftritt. Auch diese Personalunion zwischen Verkäufer und Versprechensempfänger bleibt eine im wesentlichen äußerliche, wenn der Verkäufer sich auf die Rolle des Versprechensempfängers beschränkt.

Es kann jedoch auch Sinn eines solchen Leistungsversprechens im Kaufvertrag sein - und das Gesetz nimmt das als Regel an (§ 335 BGB) -, daß der Verkäufer einen Anspruch auf Erfüllung des Leistungsversprechens erhält, sei es allein, sei es neben dem durch das Leistungsversprechen Begünstigten (§ 328 BGB). In diesem Fall wirkt der Verkäufer nicht nur technisch als Empfänger bei dem innerhalb des Maklervertrages abgegebenen Leistungsversprechen mit, sondern das Leistungsversprechen selbst ändert seinen Inhalt: Der Dritte als Käufer verspricht dann nicht nur dem Makler seinen Lohn, sondern verspricht darüber hinaus dem Verkäufer, diesen Lohn an den Makler zu zahlen. Dieses Versprechen ist dann aber nach seinem sachlichen Gehalt nicht mehr Teil des Maklervertrages, sondern Teil des zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages. Die Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer ist insoweit auch sachlich ebensowenig ein Fremdkörper innerhalb des Kaufvertrages wie eine Vereinbarung, die zwischen Verkäufer und Käufer regelt, wer die Kosten des Vertrages - im engeren oder weiteren Sinn - zu tragen hat. Ebenso wie diese gehört der Maklerlohn, wirtschaftlich gesehen, zu den Aufwendungen anlässlich des Kaufgeschäftes, deren

31

Aufteilung zwischen den Parteien üblicherweise im Kaufvertrag geregelt wird. Wenn der Verkäufer nach dem Vertrage aus eigenem Recht fordern kann, daß der Dritte als Käufer den Maklerlohn zahlt, wird deshalb eine solche Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten als echter Bestandteil des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages auch Teil des durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande gekommenen Kaufvertrages, und deshalb Vertragspflicht des Vorkaufsberechtigten. Diese Folgerung wird auch durch die Überlegung gerechtfertigt, daß andernfalls der Verkäufer im Vorkaufsfall in seinen vertraglichen Rechten verkürzt würde, weil er den Anspruch auf Zahlung des Maklerlohns (an den Makler) verlieren würde. Eine solche Benachteiligung des Verkäufers würde aber § 505 Abs. 2 BGB widersprechen, da nach dieser Bestimmung der durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes zustandekommende Kaufvertrag (grundsätzlich) die gleichen Bestimmungen hat wie der Kaufvertrag mit dem Dritten. Daraus ergibt sich aber ferner für den Inhalt der Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten: Schuldet der Dritte nur dem Verkäufer die Leistung an den Makler, aber nicht diesem unmittelbar, so ist das Gleiche beim Berechtigten der Fall; begründet dagegen gemäß § 328 BGB das Leistungsversprechen des Käufers auch unmittelbar eine Forderung des Maklers, so erwirbt dieser eine gleiche Forderung gegen den das Vorkaufsrecht ausübenden Berechtigten. Da der Kläger nur aus eigenem und nicht aus abgetretenem Recht des Verkäufers klagt, kann deshalb die Klage nur begründet sein, wenn § 7 des Kaufvertrages als ein Vertrag zu Gunsten des Klägers in dem Sinne auszulegen ist, daß der Verkäufer vom Käufer Zahlung an den Kläger verlangen konnte (§ 335 BGB) und dieser durch den Vertrag

unmittelbar das Recht erwarb, die Leistung vom Käufer zu fordern (§ 328 BGB).

Das genügt aber noch nicht. Die Parteien können dem durch § 7 dem Kläger (evtl.) zugewendeten Anspruch einen verschiedenen Inhalt gegeben haben. Möglicherweise erhielt der Kläger auch durch den Kaufvertrag nur einen Anspruch auf das, was er vom Käufer ohnehin auf Grund eines Maklervertrages als Maklerlohn zu erhalten hatte; einen solchen Fall hatte die Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. Juni 1939 (DR 39, 1890-91) zum Gegenstand. In diesem Falle wäre in der Regel anzunehmen (vgl. RGZ 157, 243, 244), daß nach dem maßgeblichen Willen der Vertragsparteien der Anspruch des Klägers aus § 7 des Vertrages nur entstand, wenn der Beklagte sein Vorkaufsrecht nicht ausübte. Denn nur dann wurde für den Käufer der erstrebte wirtschaftliche Erfolg erreicht, während sich bei Ausübung des Vorkaufsrechts die Maklertätigkeit für den Käufer als wirtschaftlicher Mißerfolg erwies, für den er in aller Regel eine Vergütung nicht versprochen haben wird. Kam aber für den Kläger ein Anspruch aus § 328 BGB nicht zur Entstehung, kann auch für den Beklagten auf Grund der Ausübung des Vorkaufsrechts insoweit eine Verpflichtung nicht erwachsen sein.

Die Parteien des Kaufvertrages können einen Anspruch des Klägers aus § 7 des Vertrages aber auch so gestaltet haben, daß sie den Anspruch von der Grundlage eines Maklervertrages - gleichgültig ob ein solcher zwischen dem Käufer Langeloh und dem Kläger beim Abschluß des Kaufvertrages schon bestand oder nicht - lösten und dem Kläger einen selbständigen Anspruch gaben, der seine Rechtsgrundlage allein in § 7 des Kaufvertrages fand. Ob die

Parteien die eine oder die andere Möglichkeit gewählt haben, ist eine Frage der Auslegung des Vertrages. Die letztere Möglichkeit zu wählen, konnte den Parteien des Kaufvertrages, in dem ausdrücklich auf das Vorkaufersrecht hingewiesen war, - auch waren die Makler beim Abschluß des Vertrages anwesend - gerade dann als sinnvoll erscheinen, wenn sie Wert darauf legten, dem Kläger einen Anspruch auch gegen den in den Kaufvertrag eintretenden Beklagten zu geben. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht (S. 8 UA), die Parteien des Kaufvertrages hätten dies nur erreichen können, wenn sie die Maklerprovision des Klägers dem Kaufpreis zugeschlagen hätten und der Verkäufer dem Kläger gegenüber die Verpflichtung zur Zahlung aus dem Kaufpreis übernommen hätte. Eines solchen Umweges bedurfte es nicht. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich auch nicht, daß die Parteien von der dargelegten Möglichkeit keinen Gebrauch machen wollten und § 7 deshalb nicht in diesem Sinne ausgelegt werden könnte. Insbesondere steht einer solchen Möglichkeit nicht § 7 Satz 4 entgegen, wonach "eine gesamtschuldnerische Haftung der Vertragsparteien bezüglich der Maklerprovision nicht besteht". Daraus folgt zunächst nur, daß der Verkäufer nicht für die Provision des Klägers haftete, was aber nicht ausschließt, daß die Vertragsparteien gleichwohl dem Kläger einen Anspruch auch gegenüber dem vorkaufsberechtigten Beklagten sichern und auch dem Verkäufer einen Anspruch aus § 335 BGB geben wollten. Mithin ist nicht auszuschließen, daß das Urteil darauf beruht, daß das Berufungsgericht diese Auslegungsmöglichkeiten übersehen hat.

Das Berufungsurteil war deshalb gemäß § 564 ZPO aufzuheben und gemäß § 565 ZPO war die Sache zur anderweiten

Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird - evtl. nach weiterer Sachaufklärung - unter umfassender Würdigung aller Umstände den § 7 des Vertrages einer eingehenden Auslegung zu unterziehen haben um insbesondere festzustellen, ob diese Bestimmung einen Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Zahlung an den Kläger und einen unmittelbaren Anspruch des Klägers gegen den Käufer begründet hat, und ferner, ob ein solcher Anspruch des Klägers nach dem Willen der Vertragsparteien als reiner Maklerlohnanspruch oder als selbständiger Anspruch gestaltet werden sollte, der den Verkaufsfall überdauern und sich auch gegen den Beklagten richten sollte.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann