

Verkündet am 11. November 1964
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Joachim H [REDACTED] in M [REDACTED]/K [REDACTED],
Im Hö [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Herwig S [REDACTED], Immobilien-Büro, Inhaber
Kaufmann Herwig S [REDACTED] in So [REDACTED], Bo [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. November 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger
und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
mit dem Sitz in Augsburg vom 6. November 1962
aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, ein österreichischer Staatsangehöriger in M [REDACTED] / K [REDACTED], erteilte der Klägerin, einem deutschen Maklerunternehmen, am 21. November 1961 einen Makler-Allein-Auftrag. Der Auftragsschein lautet hierüber wie folgt:

"... erteilt ... den Alleinauftrag:

1. entweder Vermietung des ersten Stockwerkes im Hause Höfle 170 Monatsmiete DM 300,-- mit 2 weiteren Zimmern im Dachgeschoß Monatsmiete DM 350,-- bis 380,--. MVZ ca. DM 20 000,-- monatliche Amortisation DM 200,--
2. oder Verkauf des Hauses Hö [REDACTED] [REDACTED] - wenn anders nicht möglich auf Erbpachtrecht - Kaufpreiszahlung ratenweise in 20 bis 30 Jahren dann - Eigentumsübergang. Kaufpreisverhandlungsbasis ca. DM 110 000,--.

...
Vereinbarte Maklergebühr im Erfolgsfall DM 6 %, davon
Auftraggeber: 3 %) bei Verkauf | 3 % aus MVZ } bei
Vertragspartner: 3 %) od. Erbpacht | 3 % aus Gesamtmiete } Ver-
mietung

Vereinbarter Ersatz von Aufwendungen im Nichterfolgsfall:
bare Auslagen + Arbeitszeitaufwand.

..."

Am 29. November 1961 führte die Klägerin dem Beklagten das Ehepaar Hu [REDACTED] aus Stuttgart, beide deutsche Staatsangehörige, als Kaufbewerber zu. Von der Klägerin, dem Beklagten und den Eheleuten Hu [REDACTED] wurden auf einem Formblatt nachstehende Erklärungen abgegeben:

"I.

Erklärung

Herr Emil u. Frau Margret Hu [REDACTED], ...
beabsichtigen das Herrn Karl Joachim H [REDACTED] (das ist der Beklagte) gehörende Grundstück ... zu nachfolgenden Bedingungen zu erwerben:

- 3 -

Kaufvertrag erfolgt vor Notar in B [REDACTED] (wie Erbbaurecht mit Testament)
Kaufpreis DM 110 000,-- ... bei notariellem Vertrag sind zu zahlen 40 000,-- in bar. Übernahme bestehender Hypotheken i.H.v. DM 37 000,--. Restkaufpreis zahlbar in gleichen Monatsraten binnen 20 Jahren - auf Wunsch der Käufer auch früher. Übernahme des Objektes spätestens Ostern 1962.
Der Verkäufer zahlt nach Kaufvertrag monatlich DM 350,-- Miete.
Die Verbriefung soll bis zum 4. Dezember 1961 erfolgen

II.

Vereinbarung

Die obigen Vertragsinteressenten anerkennen ausdrücklich, an den Makler für seine bisherige Arbeitsleistung - unabhängig vom Vollzug der beabsichtigten notariellen Verbriefung und unabhängig von einer evtl. erforderlichen bauerngerichtlichen Genehmigung (die Worte bauerngerichtlichen Genehmigung sind durchgestrichen) DM sechs % aus Kaufpreis als Entschädigung zu zahlen.

Zur Zahlung verpflichtet sich der Teil, der die Verbriefung auf der obigen Grundlage unterläßt, in den übrigen Fällen beide Teile anteilmäßig nach dem Verhältnis Verkäufer - zur Käufergebühr.
Käufer 3 % - Verkäufer 3 %.

..."

Die Klägerin beauftragte den Notar Dr. O [REDACTED] in B [REDACTED] mit der Beurkundung. Als Termin wurde von ihm der 4. Dezember 1961 festgesetzt. Der Beklagte sagte jedoch ohne Wissen der Klägerin den Termin bei dem Notar ab und erklärte der Klägerin sowie dem Ehepaar Hutt fernmündlich, daß er zur Beurkundung nicht erscheinen werde.

Die Klägerin ist der Auffassung, ihr stehe gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von 6 % des Kaufpreises zu, und verlangt mit der Klage Zahlung von 6 600 DM nebst Zinsen.



Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin erstrebt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, die Vereinbarung im Verträge vom 29. November 1961 beziehe sich auf die bisherige Arbeitsleistung der Klägerin und auf die Vermittlungstätigkeit, die sie hinsichtlich der Käufer Hu● entwickelt habe. Insoweit schaffe sie eine vertragliche Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Provision für den Fall, daß einer der vorgesehenen Vertragsteile nicht zur Beurkundung vor dem Notar erscheine. Der Beklagte habe die Beurkundung vor dem Notar Dr. Ö● abgesagt, weil er nach seiner Behauptung erfahren habe, daß in Österreich Grundstücksverkäufe an deutsche Staatsangehörige nicht zulässig seien. Hierzu sei der Beklagte nicht berechtigt gewesen. Denn selbst wenn Grundstücksverkäufe in Österreich von einer Genehmigung abhingen, sei eine Beurkundung vor dem Notar auf alle Fälle möglich gewesen. Daß eine etwa erforderliche Genehmigung nicht erteilt werde, sei unerheblich. Der Beklagte habe diese Schwierigkeiten gekannt, als er den Vertrag unterschrieb, und habe mit ihnen rechnen müssen. Trotz dieser Kenntnis habe er sich zur Zahlung der Revision für den Fall verpflichtet, daß er nicht zum Notar gehe. Außerdem sei es nicht ausgeschlossen, eine Rechtsform zu finden, die zwar juristisch keinen Verkauf eines Anwesens darstelle, wirtschaftlich aber einem Verkauf gleichkomme und wegen der gewählten Rechtsform einer Genehmigung der Landesbehörden nicht

bedürfte. Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, daß die Klägerin den ersten Auftrag auf Vermietung nicht ausgeführt habe. Er habe schon mit der Unterschrift unter die Vereinbarung vom 29. November 1961 der Klägerin gegenüber zu erkennen gegeben, daß er nunmehr bereit sei, das Anwesen zu verkaufen. Damit habe er seinen ursprünglichen Auftrag spätestens zu diesem Zeitpunkt in einen Verkaufsauftrag umgewandelt.

II. Den Angriffen der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

1. Die Revision rügt in erster Linie, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Klägerin das Geschäft, das sie nach dem Maklervertrage vermitteln sollte, vermittelt habe und überhaupt habe vermitteln können. Sei das nicht der Fall, sei der Beklagte nicht verpflichtet gewesen, zu einer Beurkundung bei dem Notar zu erscheinen.

Zunächst lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht deutlich erkennen, welcher Umstand die Zahlungspflicht des Beklagten ausgelöst haben soll. Einerseits scheint das Berufungsgericht der Auffassung zu sein, der Beklagte schulde 6 % Provision vom Kaufpreis allein deshalb, weil er sich geweigert habe, den Notar aufzusuchen. Andererseits nimmt das Berufungsgericht ausdrücklich an, das Provisionsversprechen solle die Klägerin für ihre bisherige Arbeit entschädigen, die sie bei der Zuführung der Eheleute Hu● aufgewandt habe. Zur Klarstellung sei bemerkt, daß jedenfalls nach dem Wortlaut der "Vereinbarung" vom 29. November 1961 der Beklagte Provision nicht etwa schlechthin schon deshalb schuldet, weil er es unterlassen hat, bei dem Notar zu erscheinen. Die Vereinbarung unter Nr. II enthält offenbar zwei Abreden. Sie legt einmal fest, für welche Tätigkeit die Klägerin Provision

zu beanspruchen hat. Nach dem äußeren und inneren Zusammenhang, in dem die Vereinbarung der Nr. II zu der Erklärung der Nr. I steht, soll das in der "Erklärung" umrissene Geschäft den Rahmen für die Entlohnung der Klägerin abgeben. Wenn nach der Nr. II die "obigen" Vertragsinteressenten anerkennen, an den Makler für seine bisherige Arbeitsleistung 6 % des Kaufpreises, und zwar ein jeder 3 % als Entschädigung zu zahlen, so bezog sich das auf die Arbeitsleistung, die der Makler zur Herbeiführung des nach der Nr. I beabsichtigten Geschäftes geleistet hatte. Diese Zahlungsverpflichtung wurde durch eine weitere Abrede ergänzt. Der das Zustandekommen des Geschäftes vereitelnde Teil hatte zu den von ihm ohnehin geschuldeten 3 % weitere 3 % zu entrichten. Grundlage des Anspruches auf Zahlung der gesamten 6 % war also nach wie vor die Entschädigung des Maklers für seine Arbeitsleistung, die er - allerdings vergeblich - aufgewendet hatte, um die Beteiligten zu dem beabsichtigten Vertragsschluß zu führen.

2. So betrachtet setzt auch der Anspruch auf Zahlung von 6 % zunächst voraus, daß die Klägerin für ihre Arbeitsleistung überhaupt Entschädigung verlangen kann. Erst wenn das zu bejahen ist, erhebt sich die weitere Frage, ob der Beklagte verpflichtet ist, die doppelte Entschädigung zu zahlen, weil er durch seine Weigerung, vor dem Notar zu erscheinen, die Grundlage für ein Zustandekommen des Vertrages zerstört hat.

a) Die Ausführungen des Berufungsgerichts reichen, wie der Revision zuzugeben ist, nicht aus, um die Annahme zu rechtfertigen, die Klägerin könne für ihre Tätigkeit eine Entschädigung beanspruchen. Das Berufungsgericht wird dem Vorbringen des Beklagten nicht gerecht, das im Kern darauf hinausläuft, das Geschäft, das in der Erklärung zu I des Vertrages vom 29. November 1961 gekennzeichnet ist, habe überhaupt nicht zustandekommen können, es sei von Anfang an auf eine unerlaubte

und nach Österreichischem Recht und Verwaltungsbrauch unmögliche Leistung gegangen. Er habe, so trägt der Beklagte vor, nach Abschluß des Vertrages vom 21. November 1961 vom Bezirkshauptmann in Bregenz die Auskunft erhalten, daß eine Möglichkeit, den beabsichtigten Verkauf zu genehmigen, nach der Österreichischen Gesetzgebung nicht bestehe, weil die Käufer Ausländer seien. Im übrigen führt die Klägerin selbst im Schriftsatz vom 2. Oktober 1962 aus, da der Verkauf an Deutsche nicht zulässig sei, sei ausdrücklich zwischen den Parteien und den Eheleuten Hu● vereinbart worden, die Verbriefung bei einem österreichischen Notar vorzunehmen. Es sei beabsichtigt und vereinbart gewesen, vor dem Notar einen Vertrag auf der Grundlage des Erbbaurechts (in Österreich Bestandsrecht genannt) abzuschließen. Nach Darstellung des Beklagten kann ein solches Baurecht indessen von Privatpersonen nicht bestellt werden; die Bestellung soll lediglich durch den Staat, Bezirke, Gemeinden und öffentliche Fonds zulässig sein. Was schließlich das im Auftragschein vom 21. November 1961 genannte Erbpachtrecht betrifft, so scheint in den vorhergehenden Rechtsgügen zwischen den Parteien unstreitig gewesen zu sein, daß es ein solches Erbpachtrecht im österreichischen Recht nicht gibt. Mit diesen Fragen hat sich das Berufungsgericht nicht befaßt. Es meint zwar, es sei nicht ausgeschlossen, eine Rechtsform zu finden, die zwar juristisch keinen Verkauf eines Anwesens darstelle, wirtschaftlich aber einem Verkauf gleichkomme und wegen der gewählten Rechtsform einer Genehmigung der österreichischen Landesbehörden nicht bedürfe. Eine nähere Erläuterung, um welche Rechtsform es sich handle, läßt das Berufungsgericht vermissen. Die Revision rügt mit Recht, daß für die Auffassung des Berufungsgerichts jede Begründung fehle. Auch die Klägerin, die vorträgt, der Notar habe einen Vertrag entwerfen sollen,

der praktisch einem Grundstücksverkauf gleichgekommen wäre und einer Genehmigung nicht bedurft hätte, hat keinerlei nähere Angaben über die Rechtsform dieses Vertrages gemacht. Dem Senat fehlt unter diesen Umständen jede Möglichkeit, die Erwägung des Berufungsgerichts nachzuprüfen, es wäre möglich gewesen, eine Vertragsform zu finden, mit deren Hilfe die Eheleute Hu● und der Beklagte ihr Ziel wirtschaftlich hätten erreichen können. Für den Revisionsrechtszug muß deshalb davon ausgegangen werden, daß der Abschluß eines solchen Vertrages nicht möglich war.

b) Die Frage, ob der Klägerin nach der Vereinbarung der Parteien auch in diesem Fall eine Entschädigung zustehen solle, hat das Berufungsgericht nicht ausdrücklich behandelt. Seine Ausführungen, der Beklagte habe die Schwierigkeiten des Verkaufes an einen Ausländer gekannt und habe damit rechnen müssen, daß eine allenfalls notwendige Genehmigung nicht erteilt werde, besagen in dieser Hinsicht nichts. Gerade weil die Parteien davon ausgingen, ein Kaufvertrag werde nicht genehmigt werden, haben sie vorgesehen, daß den Käufern ein Erbbaurecht mit Testamentseinsetzung bestellt werde. Auf diese gewollte Vertragsgestaltung, nicht auf die Vorstellung der Parteien über die Wirksamkeit eines Kaufvertrages kommt es an. Daß der Beklagte damit gerechnet hat oder auch nur hat rechnen können, die Bestellung eines Erbbaurechts sei unzulässig, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; die Klägerin hat das auch nicht behauptet. Ob der Inhaber der Klägerin zu dem Beklagten geäußert hat, er solle Hu● nicht sagen, daß es eine Erbpacht überhaupt nicht gebe, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Daß sämtliche Beteiligten von der Möglichkeit, ein Erbbaurecht zu vereinbaren, ausgegangen sind, ist daher für den Revisionsrechtszug zu unterstellen.

Gibt es aber, was nach dem vorher Gesagten ebenfalls zu unterstellen ist, kein Erbbaurecht, so bedarf es der vom Berufungsgericht unterlassenen Auslegung der Vereinbarung, ob der Beklagte und die Eheleute Hu●, deren Erklärungen mit denen des Beklagten eine Einheit bilden, sich zur Zahlung einer Entschädigung auch für den Fall verpflichtet haben, daß das vom Inhaber der Klägerin hilfsweise vorgeschlagene Erbbaurecht überhaupt nicht wirksam vereinbart werden kann. Die Klägerin sollte zwar eine Entschädigung schon dafür erhalten, daß sie den Beklagten und die Eheleute Hu● zusammengebracht und durch ihr Verhandeln zu dem Entschluß bewogen hatte, den nach der Erklärung zu I in Aussicht genommenen Vertrag abzuschließen, wobei die Entschädigung geschuldet wurde ohne Rücksicht darauf, ob der beabsichtigte Vertrag auch zustandekam. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Klägerin auch dann eine Vergütung erhalten sollte, wenn der von ihr vorgeschlagene Vertrag aus Rechtsgründen überhaupt nicht zustandekommen konnte. Es ist denkbar, daß die Klägerin sich durch die Vereinbarung gegen einen Verlust ihres Provisionsanspruches lediglich für den Fall schützen wollte, daß der Vertrag, dessen Verwirklichung nach der Vorstellung aller Beteiligten an sich möglich war, aus Gründen scheiterte, die im Willensbereich eines der beiden künftigen Vertragspartner lagen. Für die Auslegung des Vertrages könnte von Bedeutung sein, daß die Klägerin selbst geltend macht, der Abschluß eines die österreichischen Verbotsgesetze vermeidenden, wirtschaftlich einem Kaufvertrag gleichkommenden Vertrages wäre möglich gewesen, wenn der Beklagte beim Notar erschienen wäre. Auch der Umstand, daß die den Parteien in der Vereinbarung vom 29. November 1961 zur Pflicht gemachte Beurkundung bei einem Vertrage, dessen Unerfüllbarkeit feststeht, sinnlos gewesen wäre, könnte dahin deuten, daß die Parteien ihrem Provisionsversprechen nicht zugrunde gelegt

haben, der ihnen vorschwebende Vertrag könne aus rechtlichen Gründen unter keinen Umständen wirksam geschlossen werden. Unter diesem Gesichtspunkt kann sich, wie die Revision zutreffend hervorhebt, auch die Frage erheben, ob die Zulässigkeit eines Erbbaurechts Geschäftsgrundlage des Vertrages war und ob ein Irrtum hierüber nach der Vorstellung der Beteiligten noch in den Risikobereich der Eheleute Hu● und des Beklagten fallen sollte.

Fehl geht schließlich die Erwägung des Berufungsgerichts, selbst wenn Grundstücksverkäufe von einer Genehmigung abhingen, sei eine Beurkundung vor dem Notar auf alle Fälle möglich gewesen. Nicht die Beurkundung, sondern das Geschäft selbst erstrebten die Beteiligten. War das Geschäft undurchführbar, so war eine Beurkundung sinnlos und hätte wohl auch gegen die Amtspflichten des Notars verstoßen. Daraus, daß es denkgesetzlich möglich ist, auch ein rechtliches unwirksames Rechtsgeschäft zu beurkunden, kann die Klägerin nichts herleiten.

Die Prüfung, ob der von den Beteiligten in der Erklärung vom 29. November 1961 erstrebte Erfolg von Anfang an unerreichbar gewesen ist, und die Auslegung der Vereinbarung des Beklagten und der Eheleute Hu●, ob sie auch für diesen Fall eine Entschädigung versprochen haben, hat das Berufungsgericht vorzunehmen, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ist.

III. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung könnte auch zu erwägen sein, ob die Parteien etwa ein österreichisches Verbotsgesetz in nach österreichischem Recht unzulässiger Weise haben umgehen wollen und ob dieser Umstand die Wirksamkeit des Maklervertrages beeinflusst (vgl. BGHZ 34, 169, 178).

IV. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, die Klägerin habe eine Maklergebühr zu beanspruchen, auch wenn es von Anfang an unmöglich war, den beabsichtigten Erfolg zu

erreichen, so wird weiter zu prüfen sein, ob der Beklagte verpflichtet ist, den gesamten Betrag von 6 % und nicht nur seine anteiligen 3 % des gedachten Kaufpreises zu zahlen. Der Beklagte ist zwar bei dem Notar nicht erschienen. Wenn aber feststeht, daß das zu beurkundende Rechtsgeschäft nicht erfüllt werden dürfte oder konnte, so wäre eine Weigerung, bei einer Beurkundung mitzuwirken, für das Scheitern des beabsichtigten Vertrages nicht ursächlich gewesen. Auch hätte sich, wie schon erwähnt, eine Beurkundung als sinnlos erwiesen. Der Beklagte hätte im Gegenteil durch seine Weigerung und die entsprechende Mitteilung an die Eheleute Hu● diesen und sich selbst überflüssige Kosten erspart. Es fragt sich, ob das Verhalten des Beklagten unter diesen Umständen nicht im wohlverstandenen Interesse der am beabsichtigten Vertrag Beteiligten lag und daher vertragsgemäß war. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls die Vereinbarung der Vertragsparteien daraufhin zu würdigen haben, ob nicht die Verpflichtung zur Zahlung der gesamten Maklerprovision nur eintreten sollte, wenn die Beurkundung schuldhaft vereitelt wird. Es wird dann weiter prüfen müssen, ob der Beklagte in diesem Sinne schuldhaft gehandelt hat.

V. Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Artl

Mormann

Dr. Dorschel