

Maklerrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Peter Schwerdtner, Christoph Hamm

7., neubearbeitete Auflage 2016. Buch. XXII, 313 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 67268 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 536 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

auch in anderer Form, fortsetzen und der Auftraggeber des Maklers dabei nicht nur den Zweck verfolgt, die Gesellschaft zu liquidieren.²³²

Nicht zu billigen ist es, dass die Rspr.²³³ eine Anfechtungserklärung nicht für notwendig erachtet, wenn es der Makler unterlässt, seinen Auftraggeber über Umstände zu informieren, die auf eine arglistige Täuschung seitens des Vertragspartners schließen lassen oder wenn der Makler über bekannte Mängel der Kaufsache keine Mitteilung macht. In diesen Fällen hat der Auftraggeber u. U. Schadensersatzansprüche aus Vertragspflichtverletzung gemäß §§ 280 ff. BGB gegen den Makler (vgl. dazu → Rn. 301 ff.). Auch kann der Provisionsanspruch verwirkt sein (vgl. → Rn. 713 ff.).

496

dd) Aufhebung, Änderung des Hauptvertrages

Wird der Hauptvertrag im Wege des Aufhebungsvertrages wieder beseitigt, so bleibt der Provisionsanspruch grundsätzlich bestehen.²³⁴ Es ist „selbstverständlich, dass, wenn später der infolge der Vermittlung des Maklers geschlossene Vertrag aufgehoben (nicht vernichtet) wird, diese Aufhebung des Vertrages auf den Anspruch des Maklers ohne Einfluß ist“.²³⁵

497

Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn die Vertragsparteien den Hauptvertrag im Wege des Aufhebungsvertrages aus Gründen aufheben, die zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder wegen Irrtums berechtigten.²³⁶ Es beseitigt zwar allein die Ausübung des Anfechtungsrechtes, nicht jedoch der aus welchen Gründen auch immer abgeschlossene Aufhebungsvertrag den Hauptvertrag rückwirkend.²³⁷ Etwas anderes hat aber dann zu gelten, wenn gleichzeitig ein Anfechtungsrecht gegeben ist und der Aufhebungsvertrag mit Rücksicht darauf abgeschlossen wird, und zwar innerhalb der Ausschlußfristen der §§ 121, 124 BGB.²³⁸

498

Der BGH hat sich der Rechtsprechung, dass bei einvernehmlicher Aufhebung des Hauptvertrages dann die Provision entfallen kann, wenn ein Anfechtungsrecht besteht, angeschlossen. In einem von ihm entschiedenen Fall²³⁹ war der Auftraggeber berechtigt, den Hauptvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Er machte jedoch hiervon keinen Gebrauch, sondern erklärte die Wandlung. Der BGH führt aus, dass im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels der Käufer ein Wahlrecht zwischen der Anfechtung gem. § 123 BGB und den Gewährleistungsansprüchen habe. Es sei „aus der Sicht des Maklers“ rein zufällig, von welcher rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit der Käufer

499

²³² OLG Braunschweig MDR 1963, 841; MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 164.

²³³ LG Köln MDR 1969, 307.

²³⁴ BGH NJW 2008, 218; NJW 2001, 966; 1997, 1583; 1987, 1628; 1986, 1165; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1724; OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1994, 29; OLG Koblenz RDM Slg. A 137 Bl. 17; Mormann WM 1971, 1069; Palandt/Sprau § 652 Rn. 39; MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 170; Soergel/Engel § 652 Rn. 52; Würdinger NZM 2009, 535; einschränkend Werner JurA 1970, 375; vgl. auch BGH LM Nr. 18; aA OLG Frankfurt a. M. DB 1967, 1984.

²³⁵ Mugdan II S. 287; vgl. auch OLG Hamburg RDM Slg. A 137 Bl. 2.

²³⁶ OLG Hamburg NJW-RR 1999, 351; OLG Celle NJW-RR 1999, 128; OLG Köln NJW-RR 1997, 693; OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1994, 29; OLG Hamm NJW 1991, 249; OLG Karlsruhe RdM Slg. A 137 Bl. 9; OLG Braunschweig MDR 1963, 841; Soergel/Engel § 652 Rn. 55; aA Dehner NJW 2002, 3747; Dehner NJW 2000, 1986; Planck/Oegg § 652 Rn. 3 b.

²³⁷ Ob der Provisionsanspruch bei Aufhebung eines aufschiebend bedingten Hauptvertrages fortbesteht, ist von der Vertragsgestaltung abhängig; vgl. OLG Hamburg RDM Slg. A 149 Bl. 5; Palandt/Sprau § 652 Rn. 39; vgl. im Übrigen BGH WM 1987, 510.

²³⁸ OLG Hamburg NJW-RR 1999, 351; OLG Köln NJW-RR 1997, 693; OLG Hamm NJW-RR 1991, 249; OLG Karlsruhe RDM Slg. A 137 Bl. 9; OLG Hamburg RDM Slg. A 137 Bl. 19; AG Charlottenburg BeckRS 2015, 12392; vgl. OLG Stuttgart BeckRS 2012, 01235 für den Fall der Rücktritts vom anfechtbaren Vertrag innerhalb der Anfechtungsfrist.

²³⁹ BGH NJW 2001, 966; vgl. BGH NJW 2005, 3778.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Gebrauch mache. Entscheidend sei vielmehr, dass der Hauptvertrag von Anfang an an einer Unvollkommenheit gelitten habe; weiter entscheidend ist, dass die Wandlung innerhalb der Anfechtungsfrist des § 124 BGB erfolgt.²⁴⁰ Diese Auffassung hat der BGH zuletzt am 10.1.2008 bestätigt.²⁴¹ Auch mit Urteil vom 22.9.2005 bestätigte der BGH²⁴² dieses Rechtsauffassung, wonach in den Fällen, in denen der Hauptvertrag zwar mit Wirkung ex nunc aufgelöst wird, die zugrunde liegende Unvollkommenheit aber (auch) den Vertragsschluß betrifft, weil sie eine Auflösung ex tunc ermöglicht hätte, der Provisionsanspruch des Maklers entfallen lässt.²⁴³ Beachtenswert in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BGH vom 9.7.2009²⁴⁴; in dieser Entscheidung ließ der BGH den Provisionsanspruch des Maklers unberührt, nachdem der Käufer (und Kunde des Maklers) den Verkäufer wegen arglistig verschwiegener Mängel statt einer Anfechtung auf „großen Schadensersatz“ (§ 463 BGB aF) in Anspruch genommen hatte (vgl. dazu → Rn. 518).

- 500 Der Grundsatz, dass die einverständliche Aufhebung des Hauptvertrages den Provisionsanspruch unberührt lässt, greift nicht ein, wenn der Hauptvertrag etwa wegen einer noch ausstehenden Genehmigung keine Wirksamkeit erlangt hat. Der Provisionsanspruch ist in diesen Fällen noch nicht entstanden (vgl. dazu → Rn. 519 ff.). Die Aufhebung des Hauptvertrages stellt hier auch keinen Verstoß des Auftraggebers gegen seine Pflichten aus dem Maklervertrag dar, da es in seinem freien Belieben steht, den Vertrag abzuschließen; er ist deshalb auch nicht verpflichtet, auf die Perfektion des Vertrages hinzuwirken.²⁴⁵
- 501 Hat sich der Erwerber im notariellen Kaufvertrag zur Übernahme der Provision bereit erklärt und wird der Kaufvertrag in der Folgezeit aufgehoben, so kann nach Auffassung des BGH²⁴⁶ von der einverständlichen Aufhebung der Zahlungsverpflichtung des Käufers nicht ausgegangen werden, wenn dazu nichts ausdrücklich vorgetragen wird. Wenn jedoch der Kaufvertrag aufgehoben wird, so betrifft dies im Regelfall das Vertragswerk als Ganzes. Eine völlig andere Frage ist es, ob die Vertragsparteien die Übernahmeverpflichtung in dem notariellen Kaufvertrag überhaupt noch aufheben können.
- 502 Gem. § 328 Abs. 2 BGB muß in Ermangelung einer besonderen Bestimmung den Umständen entnommen werden, ob sich die Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten haben, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben. Soweit die Abrede eine befreiende Übernahme der Provisionsschuld nach § 415 BGB beinhaltet, ist eine Aufhebung auf keinen Fall ohne Mitwirkung des Maklers als Gläubiger möglich. Steht dem Makler aufgrund einer Klausel des seitens seines Auftraggebers mit dem Dritten geschlossenen Hauptvertrages ein Vergütungsanspruch unabhängig von der Erbringung einer Makertätigkeit zu, so geht das hierdurch begründete selbständige Forderungsrecht grundsätzlich im Falle eines Rücktritts des Dritten von dem Hauptvertrag unter.²⁴⁷ Etwas Abweichendes gilt nur dann, wenn im Einzelfall dem Hauptvertrag konkrete Anhaltspunkte entnommen werden können, dass ein von dem Bestand der zwischen ihnen begründeten Pflichten unabhängiger Zahlungsanspruchs des Maklers begründet werden sollte (vgl. auch → Rn. 827).²⁴⁸

²⁴⁰ BGH GE 2008, 983.

²⁴¹ BGH GE 2008, 983.

²⁴² BGH NJW 2005, 3778.

²⁴³ Palandt/Sprau § 652 Rn. 39.

²⁴⁴ BGH NJW 2009, 2810; hierzu ausführlich: Würdinger NZM 2010, 305 und Fischer NJW 2009, 3210.

²⁴⁵ BGH NJW 1984, 358; vgl. auch Würdinger NZM 2010, 305.

²⁴⁶ BGH WM 1986, 528; so auch OLG Hamburg NJW-RR 1999, 351; vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2002, 54.

²⁴⁷ Vgl. OLG Schleswig NJW-RR 2002, 782.

²⁴⁸ OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1999, 481; OLG Frankfurt a. M. DB 1986, 2594.

Auch Änderungen des Hauptvertrages berühren in der Regel den Provisionsanspruch nicht.²⁴⁹ Hat ein Makler den Kauf von Eigentumswohnungen mit einer bestimmten Wohnfläche nachgewiesen und wird der Kaufpreis nachträglich herabgesetzt, weil die Wohnflächen erheblich kleiner sind, so ist der Provisionsanspruch auch dann nicht anzupassen, wenn die Voraussetzungen der Minderung gegeben waren.²⁵⁰

Wird in einem Vergleich der nachgewiesene Hauptvertrag aufgehoben, so führt dies nur dann zum Wegfall des Provisionsanspruchs, wenn er die Folge einer im Vertragschluss selbst liegenden Unvollkommenheit ist.²⁵¹

ee) Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes

Nach der Rspr.²⁵² und der Lehre²⁵³ wird der Provisionsanspruch durch die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts (z. B. aus § 323 BGB) nicht berührt. Erfüllt der Vertragspartner des Maklerkunden seine Verpflichtungen aus dem Hauptvertrag nicht, so verbleibt es grundsätzlich beim Fortbestand des Provisionsanspruchs.²⁵⁴ Die Provisionszahlungspflicht röhrt in diesen Fällen daher, dass die Rückgängigmachung nicht wegen der Unvollkommenheit des Vertragsschlusses, sondern wegen anderer Umstände erfolgt. Dies gilt auch, wenn ein vertragliches Rücktrittsrecht dem gesetzlichen Rücktrittsrecht nach §§ 323, 324 BGB nachgebildet ist.²⁵⁵ Anders liegt es nur, wenn das gesetzliche Rücktrittsrecht statt einer konkret möglichen Anfechtung und innerhalb der Anfechtungsfrist ausgeübt wird.²⁵⁶ Hier verwirklicht der Rücktritt zugleich das aus derselben Fehlerquelle stammende Recht, den Vertrag ex tunc zu bestitigen.²⁵⁷

Der BGH²⁵⁸ verneinte in einem Fall das Entstehen der Maklerprovision, in welchem der Käufer sich durch Rücktritt vom Vertrag löste, ehe die nach der Grundstücksverkehrsordnung erforderliche Genehmigung erteilt wurde. Grund hierfür war aber nicht der Rücktritt als solches, sondern die bis dahin bestehende schwelende Unwirksamkeit des Kaufvertrages wegen der noch nicht erteilten Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung (vgl. auch → Rn. 527).²⁵⁹

Die Provisionspflicht bleibt also bestehen, wenn das vertragliche Rücktrittsrecht dem gesetzlichen Rücktrittsrecht **nachgebildet** oder wenn der Rücktrittsvorbehalt von bestimmten sachlichen Voraussetzungen abhängig ist.²⁶⁰ Von einem entsprechend dem gesetzlichen Rücktrittsrechts nachgebildeten Rücktrittsrecht kann z. B. gesprochen werden, wenn auf das Erfordernis der Nachfristsetzung verzichtet wird (vgl. aber auch § 309

²⁴⁹ OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2002, 54; LG Frankfurt/Oder RDM Slg. A 121 Bl. 56.

²⁵⁰ BGH NJW-RR 1994, 1260; aA AG Königstein NJW-RR 1995, 754.

²⁵¹ OLG Hamm NJW-RR 1991, 249; OLG Oldenburg RDM Slg. A 137 Bl. 13.

²⁵² BGH NJW 2009, 2810; NJW-RR 2001, 562; NJW 1974, 694; KG AIZ A 137 Bl 25; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 574; LG München I AIZ A 137 Bl 24.

²⁵³ Glaser NJW 1974, 348; Palandt/Sprau § 652 Rn. 39; Jauernig/Mansel § 652 Rn. 23; Soergell/Engel § 652 Rn. 53, 54; MükoBGB/Roth § 652 Rn. 172; Seyderhelm S. 412; Würdinger NZM 2010, 305; Würdinger NZM 2009, 535.

²⁵⁴ BGH NJW-RR 1998, 1205.

²⁵⁵ BGH NJW-RR 1991, 820; OLG Frankfurt a. M. NZM 206, 828; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 574.

²⁵⁶ OLG Stuttgart BeckRS 2012, 01235.

²⁵⁷ MükoBGB/Roth § 652 Rn. 172; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 102; wohl auch: BGH NJW 2009, 2810; 2001, 966 und darauf Bezug nehmend NJW 2005, 3778, OLG Stuttgart, ZMR 2013, 586 (587).

²⁵⁸ BGH NZM 2008, 218.

²⁵⁹ Würdinger NZM 2009, 535.

²⁶⁰ BGH NJW 1997, 1183 = JZ 1997, 1119 m. krit. Anm. *Theobald*; BGH NJW-RR 1991, 820; 1993, 248; vgl. auch Dehner NJW 1997, 18; Riecke MDR 1998, 765.

Nr. 4 BGB). Der BGH²⁶¹ spricht nur dann von einem in diesem Sinne nachgebildeten Rücktrittsrecht, wenn es in seinen Voraussetzungen mit dem gesetzlichen Rücktrittsrecht identisch ist.

ff) Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechtes

- 507 Ob der Provisionsanspruch auch bei Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts wegfällt, ist nach wohl herrschender Meinung durch Auslegung des Maklervertrages zu ermitteln.²⁶² Erfolgt der Vertragsrücktritt aufgrund eines **vertraglichen Vorbehalts**, der eine ursprüngliche Störung des Hauptvertrages betrifft, so wird die Auffassung vertreten, dass der Rücktritt ohne weiteres den Provisionsanspruch des Maklers beseitigt, wenn der Rücktritt wegen fehlender Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners erfolgt.²⁶³
- 508 Ist dem Makler beim Nachweis der Kaufgelegenheit über ein Hausgrundstück bekannt, dass die finanzielle Lage des Verkäufers, der sich verpflichtet, das Grundstück von sämtlichen Grundpfandrechten und dem Zwangsversteigerungsvermerk freizustellen, angespannt ist, und dass der Kaufpreis wahrscheinlich nicht ausreichen wird, um die Belastungen abzulösen, dann kann der Maklervertrag ergänzend dahingehend auszulegen sein, dass bei einem Fehlschlag des Kaufes wegen des offenkundigen Vertragsrisikos nach einem Käuferücktritt ein Provisionsanspruch des Maklers nicht entstehen soll.²⁶⁴
- 509 Der BGH²⁶⁵ erblickt in der Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts, soweit es um die Auswirkungen auf den Provisionsanspruch geht, auch eine Frage der **Auslegung des Maklervertrages**. Allenfalls bei der Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts kann danach ein Wegfall des Vergütungsanspruches des Maklers in Betracht kommen.²⁶⁶ Es wird die Auffassung vertreten, dass es einer individuellen Prüfung bedürfe, welche Wirkungen die Vertragsparteien der jeweiligen Rücktrittsklausel nach Beweggrund, Zweck und Inhalt beilegen wollten und ob hiernach die Hauptverbindlichkeit iS einer anfänglichen Unmöglichkeit noch in der Schwebe bleiben oder sofort voll wirksam werden sollte.²⁶⁷ Soweit in dem Rücktrittsvorbehalt Unsicherheiten ihren Niederschlag gefunden haben, deren Aufhebung außerhalb der Macht der Parteien des Hauptvertrages liegt, soll der vertragliche Rücktrittsvorbehalt einer **aufschiebenden Bedingung** gleichstehen.²⁶⁸
- 510 Gelegentlich wird auch danach differenziert, ob der Rücktritt vor oder nach der Durchführung des Vertrages erfolgt. Bei einem Rücktritt vor Durchführung des Vertrages soll der Provisionsanspruch entfallen; bei einem nachträglichen Rücktritt soll er bestehen bleiben.²⁶⁹ Steht dem Makler aufgrund einer Klausel des seitens seines Auftraggebers geschlossenen Kauf-, Miet- oder Pachtvertrages ein Vergütungsanspruch unabhängig von

²⁶¹ BGH NJW 1974, 694; vgl. auch OLG München NJW 1971, 200; OLG Düsseldorf RDM Slg. A 137 Bl. 11.

²⁶² Palandt/Sprau § 652 Rn. 40; MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 172; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 108.

²⁶³ OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 574; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 108.

²⁶⁴ BGH NJW 1997, 1583; OLG Hamburg NZM 2000, 148; KG KGR Berlin 1998, 350 Palandt/Sprau § 652 Rn. 40.

²⁶⁵ BGH NJW-RR 1998, 1205; vgl. im Übrigen einerseits BGH WM 1971, 905; 1977, 21, andererseits WM 1991, 1129; NJW 1993, 248; vgl. auch MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 172.

²⁶⁶ BGH DB 1973, 226; OLG Düsseldorf RDM Slg. A 137 Bl. 4; Palandt/Sprau § 652 Rn. 40.

²⁶⁷ OLG Hamburg AIZ 137 Bl. 17; KG MDR 1973, 1018; OLG München NJW 1970, 200; OLG Düsseldorf DB 1969, 744.

²⁶⁸ BGH NJW-RR 2000, 1302; NJW 1997, 1583; 1976, 1842; 1974, 694; DB 1971, 1857; WM 1971, 905; KG AIZ A 137 Bl. 25; OLG Dresden NJW-RR 1996, 694; Seyderhelm S. 411; vgl. auch OLG Düsseldorf BB 1997, 2070; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 54.

²⁶⁹ BGH NJW 1974, 694; OLG München NJW 1970, 200; vgl. aber auch BGH MDR 1973, 310; vgl. insgesamt Glaser NJW 1974, 148.

der Erbringung einer Maklertätigkeit zu, so geht das hierdurch begründete selbständige Forderungsrecht grundsätzlich im Falle des Rücktritts des Dritten von dem Hauptvertrag unter. Etwas Abweichendes kann nur gelten, wenn im Einzelfall dem Hauptvertrag anhand konkreter Umstände der Wille der Parteien entnommen werden kann, einen von dem Bestand der zwischen ihnen begründeten Pflichten unabhängigen Zahlungsanspruch des Maklers festzulegen.²⁷⁰

Die Rechtsprechung²⁷¹ macht von der Regel, dass die Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts den Provisionsanspruch nicht berührt, zunächst dann eine Ausnahme, wenn sich eine Partei im Hauptvertrag ein **zeitlich befristetes, aber sonst an keine Voraussetzung gebundenes Rücktrittsrecht** ausbedungen hat. In einem solchen Fall soll die Provisionspflicht erst dann entstehen, wenn die Frist abgelaufen ist, ohne dass von dem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht wurde. Diese Ausnahme wird mit der 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. Ein derartiger Vertrag soll einem Vertrag gleichstehen, der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wird. Ein Provisionsanspruch besteht daher nicht, wenn im Hauptvertrag ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht für den Fall vereinbart wurde, dass der Verkäufer den Käufer von den auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechten und einem Zwangsversteigerungsvermerk freizustellen hat, und der Maklerkunde von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht.²⁷²

Der BGH²⁷³ steht auf dem Standpunkt, dass entscheidend Beweggrund, Zweck und Inhalt der Rücktrittsklausel im Hauptvertrag sind. Sollte danach der Hauptvertrag iS einer anfänglichen Unvollkommenheit in der Schwebe bleiben, steht danach das Rücktrittsrecht einer aufschiebenden Bedingung gleich.²⁷⁴ Diese Annahme wird ebenso mit der Überlegung gerechtfertigt, dass in einem solchen Fall eine echte vertragliche Bindung erst in dem Zeitpunkt begründet wird, zu dem der Rücktrittsberechtigte sein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann. Wird z.B. ein Rücktrittsrecht von der Bebaubarkeit des verkauften Grundstücks abhängig gemacht, so kann ein solcher Rücktrittsvorbehalt der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung mit der Folge gleichkommen, dass die Provision erst dann verdient ist, wenn die Bebaubarkeit feststeht oder jedenfalls mit einem Rücktritt nicht mehr zu rechnen ist.²⁷⁵ Daran ändert nach der Rspr. der Umstand nichts, dass der Hauptvertrag teilweise in Vollzug gesetzt und die Provision bereits gezahlt worden ist. Hat der Maklerkunde in dieser Situation keinen Bauantrag gestellt, obwohl er nach dem Kaufvertrag dazu verpflichtet war, entfällt die Provisionszahlungspflicht schon deshalb, weil der tatsächlich zustandegekommene Hauptvertrag nicht dem beabsichtigten Vertrag – der Maklervertrag hatte Baugelände zum Gegenstand –, entsprach.

Die Gleichstellung des Rücktrittsvorbehalts mit einer aufschiebenden Bedingung betrifft danach lediglich die Auswirkung dieser Klausel des Hauptvertrages auf den Provisionsanspruch des Maklers. Sie besagt nach der Rspr. nicht, dass auch Rechtswirkungen des Hauptvertrages bis zur endgültigen Auswirkung des Rücktrittsrechts hinausgescho-

²⁷⁰ OLG Schleswig NJW-RR 2002, 782; OLG Frankfurt a. M. WM 1986, 861.

²⁷¹ BGH NJW 2009, 2810; NJW-RR 2007, 402; 2000, 1302; NJW 1997, 1583 = JZ 1997, 1119 mAnm *Theobald*; NJW-RR 1993, 248; NJW 1976, 1842; 1974, 694; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 574.

²⁷² BGH NJW 1997, 1583, bestätigt: NJW-RR 2000, 1302; OLG Schleswig Urt. v. 11.9.2009 – 14 U 33/09.

²⁷³ BGH NJW 2009, 2810; NJW-RR 1998, 1205; so auch LG Berlin ZMR 2005, 459.

²⁷⁴ Vgl. BGH NJW 1997, 1581, bestätigt: NJW-RR 2000, 1302.

²⁷⁵ BGH NJW-RR 1998, 1205; NJW 1997, 1583; WM 1977, 21; 1971, 905; siehe auch OLG Frankfurt a. M. ZMR 2007, 376; KG AIZ A 137 Bl. 25; LG Berlin ZMR 2005, 459; vgl. zum Rücktrittsvorbehalt bei angeordneter Zwangsversteigerung BGH NJW 1997, 1581.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

ben sind. Sind sich die Parteien des Hauptvertrages über ein Mietobjekt in einem noch zu errichtenden Gebäude ungewiß über die Genehmigungsfähigkeit und vereinbaren sie deshalb ein Rücktrittsrecht für den Fall, dass diese Ungewissheit nicht in einer bestimmten Frist beseitigt ist, so steht dies der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung gleich.²⁷⁶

- 514 Haben die Vertragsparteien in dem vom Makler vermittelten Kaufvertrag dem Verkäufer für den Fall ein Rücktrittsrecht vorbehalten, dass der Käufer den Gesamtkaufpreis nicht bis zu einem bestimmten Tag vollständig erbringt, so soll der Makler nach Erklärung des Rücktritts die Provision jedenfall dann nicht beanspruchen können, wenn diese nach den gesamten Umständen davon abhängen sollte, dass der Verkäufer den Kaufpreis auch tatsächlich erhält.²⁷⁷
- 515 Dogmatisch richtig ist, dass die Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts den Provisionsanspruch unberührt lassen muss, da der Rücktritt den Hauptvertrag ex nunc beseitigt.²⁷⁸ Auch der **Rücktrittsvorbehalt** kann entgegen der hM nichts daran ändern, dass ein Hauptvertrag zustande gekommen ist. Im Übrigen weist der Rücktritt eine gewisse Nähe zur auflösenden Bedingung, nicht aber zur aufschiebenden Bedingung auf.²⁷⁹ Begründet der Hauptvertrag bereits Verpflichtungen, so kann eine Rücktrittsklausel denknotwendig einer aufschiebenden Bedingung nicht gleichgestellt werden.²⁸⁰ Bei dem aufschiebend bedingten Hauptvertrag ist nämlich die Hauptgeschäftswirkung hinausgeschoben (§ 158 Abs. 1 BGB). Deshalb sollte man auch nicht danach differenzieren, wer den Rücktritt erklärt hat. Ein Teil der Rspr.²⁸¹ will den Provisionsanspruch nur dann entfallen lassen, wenn der Vertragsgegner vom Vertrag zurücktritt. Ebenso unhaltbar ist es, das Fortbestehen des Provisionsanspruches davon abhängig zu machen, ob der Vertrag bereits so bindend war, dass er einem endgültigen Vertragsschluß gleichzusetzen ist.²⁸² Ein Vertrag mit einem vertraglichen Rücktrittsvorbehalt stellt eben einen endgültigen Vertragsschluß dar. Für die Praxis empfiehlt sich – sofern durchsetzbar – individualvertraglich mit dem Auftraggeber zu vereinbaren, dass der Abschluss des beabsichtigten Hauptvertrages den Provisionsanspruch unbedingt auslöst, selbst wenn von einem etwa zu vereinbarenden Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht wird.
- 516 Obwohl die **Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts** den Provisionsanspruch grundsätzlich nicht berührt, kann der Makler in diesen Fällen u.U. seinen Provisionsanspruch **verwirken**. Veranlaßt er z.B. den Abschluß eines Hauptvertrages, obwohl offenkundig ist, dass sein Auftraggeber den Hauptvertrag nicht erfüllen kann, so handelt er grob treuwidrig. Der Makler muss, will er nach einem erfolgten Rücktritt seinen Provisionsanspruch „retten“, darlegen und beweisen, dass der Auftraggeber trotz seiner Warnung vom Abschluß des Hauptvertrages nicht abzuringen war.

gg) Wegfall der Geschäftsgrundlage, Minderung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung

- 517 Unstreitig lässt der **nachträgliche Wegfall der Geschäftsgrundlage** den Maklerprovisionsanspruch unberührt.²⁸³ Streitig ist, ob ein Provisionsanspruch des Maklers bei einem **anfänglichen Fehlen der Geschäftsgrundlage** bestehen bleibt. Der BGH hat diese

²⁷⁶ OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1997, 315.

²⁷⁷ OLG Koblenz NJW-RR 1997, 883; vgl. auch BGH DB 1973, 226.

²⁷⁸ AA Palandt/Sprau § 652 Rn. 40; MükoBGB/Roth § 652 Rn. 172.

²⁷⁹ Vgl. KG KGR Berlin 2001, 78.

²⁸⁰ AA im Ergebnis BGH NJW-RR 2000, 1302; NJW 1998, 1205; 1997, 1583 mwN.

²⁸¹ Vgl. KG OLGE 23, 51; LG Köln MDR 1969, 1009.

²⁸² Vgl. OLG Düsseldorf DB 1969, 744.

²⁸³ Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 122 (vgl. auch die Voraufage Staudinger/Reuter §§ 652, 653 Rn. 121); Würdinger NZM 2006, 167.

Rechtsfrage – soweit ersichtlich – noch nicht geklärt. Das OLG Düsseldorf²⁸⁴ hat einen Maklerprovisionsanspruch in dem Fall verneint, in dem die Hauptvertragsparteien einem Doppelirrtum²⁸⁵ unterlagen. In der Literatur wird der Entscheidung des OLG Düsseldorf zum Teil zugestimmt.²⁸⁶ Arnold²⁸⁷ nimmt eine differenzierende Betrachtung vor. Die dritte Meinung, der hier gefolgt wird, stellt richtiger Weise auf den Wortlaut des § 652 Abs. 1 S. 1 BGB ab, führt aus, dass ein wirksamer Hauptvertrag zu Stande gekommen ist und verweist auf § 313 Abs. 3 BGB (Anpassung oder Rücktritt).²⁸⁸ Sowohl bei Anpassung als auch bei Rücktritt ist die Durchführungsebene des Hauptvertrages betroffen. Zudem werden der Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) und das anfängliche Fehlen der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB) in ihren Rechtsfolgen gleichgestellt. **Das Fehlen wie der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Hauptvertrag kann den Provisionsanspruch des Maklers also nicht zu Fall bringen.**

Die Minderung im Rahmen des Kaufvertrages berührt ebensowenig wie Schadensersatzansprüche wegen Nickerfüllung Grund und Höhe des Provisionsanspruchs.²⁸⁹ Der BGH lässt in seiner Entscheidung vom 9.7.2009 den Provisionsanspruch des Maklers unberührt, wenn der Käufer den Verkäufer wegen arglistig verschwiegener Mängel auf den „großen Schadensersatz“ (§ 463 BGB aF) in Anspruch nimmt.²⁹⁰ Dieser Entscheidung lag der Fall zugrunde, dass der Käufer (und Kunde des Maklers) den Verkäufer wegen arglistig verschwiegener Mängel statt einer Anfechtung auf „großen Schadensersatz“ (§ 463 BGB aF) in Anspruch genommen hatte. Der BGH ließ den Provisionsanspruch des Maklers unberührt und weist richtiger Weise darauf hin, dass der Anspruch auf Schadensersatz nach § 463 BGB aF nicht mit den Fällen zu vergleichen sei, in denen sich der Käufer an Stelle einer möglichen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für die Wandelung oder den Rücktritt entscheidet bzw. mit dem Verkäufer die Vertragsaufhebung vereinbart. Denn bei einer Anfechtung kann der Käufer keinen Nutzen aus dem Kaufvertrag ziehen,²⁹¹ während ihm im Fall des § 463 BGB aF die wirtschaftlichen Vorteile aus dem Kaufvertrag, wenn auch in abgewandelter Form, zugute kommen.²⁹² Die alleinige Anfechtbarkeit des Kaufvertrags berührt den Provisionsanspruch des Maklers mangels Ausübung des Rechts nicht.²⁹³ Die Ausübung des Minderungsrechts berührt dann den Provisionsanspruch, wenn dies zwischen den Parteien des Maklervertrages ausdrücklich vereinbart worden ist.²⁹⁴ Wegen der fehlenden Gegenseitigkeit (§ 387 BGB) kann der Käufer selbstverständlich nicht mit Ansprüchen aus Minderung gegen den Provisionsanspruch aufrechnen.²⁹⁵ Der BGH hat sich mit Urteil vom 22.9.2005 zuletzt mit einer Wandelung eines Kaufvertrages nach altem Recht beschäftigt²⁹⁶ und die Rechtsauffassung bestätigt, dass in den Fällen, in denen der Hauptvertrag zwar mit Wirkung ex nunc

²⁸⁴ OLG Düsseldorf NZM 1999, 974.

²⁸⁵ Ein Doppelirrtum führt zum Wegfall der Geschäftsgrundlage: Palandt/Grüneberg § 313 Rn. 38 f. mwN.

²⁸⁶ Ibold Rn. 98.

²⁸⁷ Differenzierend: Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 122a.

²⁸⁸ Würdinger NZM 2006, 167; MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 171.

²⁸⁹ OLG Hamm NJW-RR 2000, 1724; Palandt/Sprau § 652 Rn. 39; MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 171; aA AG Königstein NJW-RR 1995, 794; Rust AIZ 1964, 139.

²⁹⁰ BGH NJW 2009, 2810; hierzu ausführlich: Würdinger NZM 2010, 305 und Fischer NJW 2009, 3210.

²⁹¹ BGH NJW 2001, 966; 2005, 3778; NJW-RR 2008, 564; Würdinger NZM 2009, 535; Fischer NJW 2009, 3210.

²⁹² BGH NJW 2009, 2810; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 102, der von einem „Surrogat des Erfüllungsanspruches“ spricht.

²⁹³ BGH NJW 2009, 2810; Fischer NJW 2009, 3210.

²⁹⁴ BGH WM 1977, 21.

²⁹⁵ AG Hamburg RDM Slg. A 121 Bl. 5.

²⁹⁶ BGH NJW 2005, 3778.

DIE FACHBUCHHANDLUNG

aufgelöst wird, die zugrunde liegende Unvollkommenheit aber (auch) den Vertragsschluß betrifft, weil sie eine Auflösung ex tunc ermöglicht hätte, der Provisionsanspruch des Maklers entfällt.²⁹⁷ Das Anfechtungsrecht muß jedoch noch ausübbar sein. Die jetzige Ausgestaltung als Gestaltungsrechte in §§ 437 Nr. 2, 323 und 441 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ändert daran nichts.²⁹⁸

hh) Bedingte Hauptverträge

- 519 Wird der Hauptvertrag unter einer **aufschiebenden Bedingung** (§ 158 Abs. 1 BGB) abgeschlossen, so kann der Provisionsanspruch erst geltend gemacht werden, wenn die Bedingung eingetreten ist (§ 652 Abs. 1 S. 2 BGB). § 652 Abs. 1 S. 2 BGB ist abdingbar.²⁹⁹ Dem Makler steht ein Provisionsanspruch zu, wenn der Auftraggeber den Bedingungseintritt nach § 162 BGB treuwidrig vereitelt; der Hauptvertrag kommt in diesem Fall gemäß § 162 Abs. 1 BGB zustande und damit entsteht auch der Provisionsanspruch.³⁰⁰
- 520 Hat der Makler einen aufschiebend bedingten Vertrag vermittelt bzw. nachgewiesen, so ist also der Auftraggeber provisionspflichtig, wenn die aufschiebende Bedingung eintritt. Ein aufschiebend bedingt abgeschlossener Grundstückskaufvertrag wird nicht dadurch zu einem voll wirksamen, weil sich der Verkäufer gleichzeitig ein Rücktrittsrecht vorbehalten hat.³⁰¹ Eine **Verbindung zwischen einer aufschiebenden Bedingung und einem Rücktrittsrecht** ist nach der Rspr. durchaus sinnvoll und rechtlich zulässig.³⁰² Ist der Bestand eines Kaufvertrages von der Erteilung der Baugenehmigung zu einem bestimmten Zeitpunkt abhängig, so reicht hierzu die Erteilung eines Bauvorbescheides nicht aus, da dieser sich wesentlich von der Baugenehmigung unterscheidet.³⁰³
- 521 Verweigert der Auftraggeber die Zahlung der Provision mit der Begründung, der Hauptvertrag sei unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden, so muß der Auftraggeber die Vereinbarung der Bedingung beweisen.³⁰⁴ Der Gesetzgeber hat die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung als Ausnahmetatbestand angesehen.³⁰⁵
- 522 Bezüglich des Eintritts einer **auflösenden Bedingung** wird die Auffassung vertreten, dass der Eintritt der Bedingung als nachträgliches Ereignis den Provisionsanspruch des Maklers nicht mehr beseitigen kann.³⁰⁶ Der Makler hat danach mit der Herbeiführung des Vertrages alles geleistet, was von ihm erwartet werden konnte.³⁰⁷ Demgegenüber wird für das endgültige Verdienen der Provision zum Teil aber auch ein unbedingtes Rechtsgeschäft gefordert.³⁰⁸ Gelegentlich wird auch auf die Erreichung des mit dem Vertrag erstrebten Zwecks abgestellt.³⁰⁹ Eine weitere Meinung stellt im Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der auflösenden Bedingungen auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere darauf ab, ob in der Laufzeit des Vertrages bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung

²⁹⁷ BGH GE 2008, 983; Palandt/Sprau § 652 Rn. 39.

²⁹⁸ MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 171.

²⁹⁹ BGH WM 1992, 745; OLG Karlsruhe RDM Slg. A 121 Bl. 58; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 104.

³⁰⁰ BGH NJW-RR 2002, 50; Palandt/Sprau § 652 Rn. 37; MüKoBGB/Roth § 652 Rn. 160.

³⁰¹ BGH NJW 1984, 358; OLG Düsseldorf NZM 1998, 1018.

³⁰² Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 104.

³⁰³ BGH NZM 2001, 476.

³⁰⁴ RG Recht 1925, Nr. 183; Erman/Werner § 652 Rn. 67; aA Baumgärtel/Laumen § 652 Rn. 24.

³⁰⁵ Rosenberg S. 310; aA Baumgärtel/Laumen § 652 Rn. 25, der aber nicht hinlänglich zwischen einem bedingtem Maklervertrag und einem bedingten Hauptvertrag unterscheidet.

³⁰⁶ BGH NJW 1982, 2662; WM 1977, 21; KG OLGE 22, 230; OLG Stuttgart HRR 1930 Nr. 774; Brandt S. 24; ZopfsRn. 78.

³⁰⁷ KG OLGE 22, 230.

³⁰⁸ OLG Celle OLGE 14, 28; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 104 ff.

³⁰⁹ OLG Hamburg OLGE 32, 310; Staudinger/Arnold §§ 652, 653 Rn. 105.