

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 19u120\_10  
**letzte Aktualisierung:** 27.12.2010

OLG Frankfurt/Main , 22.09.2010 - 19 U 120/10

**BGB §§ 125, 311b Abs. 1, 652**

**Maklervereinbarung über Aufwandsentschädigung von mehr als 40 Prozent des Erfolgshonorars im Fall des Rücktritts ist beurkundungspflichtig**

## Gründe

I.

Wegen des Sachvortrags der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Zu ergänzen ist, dass der im Mandatsvertrag neben der Beklagten als Auftraggeber benannte Dr. A der Eigentümer der im Rahmen der „Transaktion“ zu verkaufenden Grundstücke ist; diese Grundstücke sollten nach Veräußerung von der Beklagten geleast werden (Sale-&-Lease-Back).

Das Landgericht hat der Klage durch am 22.02.2010 verkündetes Urteil stattgegeben (Bl. 105 – 112 d.A.). Gegen das ihr am 23.02.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 25.02.2010 Berufung eingelegt und das Rechtsmittel am 22.04.2010 begründet.

Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, die Voraussetzungen für den vom Landgericht zuerkannten Anspruch gemäß § 4 Ziff. 3 des Mandatsvertrages lägen nicht vor. Weder sei die Transaktion abgesagt oder nicht durchgeführt worden, obwohl zwischen Auftraggeber und Investor bezüglich der Vertragskonditionen Einigkeit erzielt worden sei, noch beruhe die Unmöglichkeit der Tätigkeit der Klägerin darauf, dass die Beklagte die erforderlichen Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt habe. Vielmehr habe man von der Absicht zur Durchführung der Transaktion Abstand genommen. Das Landgericht habe auch verkannt, dass der Mandatsvertrag formnichtig sei. Er habe der notariellen Beurkundung bedurft, weil die pauschale Aufwandsvergütung mehr als 40 % des Erfolgshonorars betrage und somit eine mittelbare Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages begründe. § 4 Ziff. 3 des Mandatsvertrages sei ferner deshalb unwirksam, weil es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung handele, die vom gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages abweiche. Der Inhalt dieser Regelung sei nicht zur Disposition gestellt worden. Schließlich sei auch der vom Landgericht angenommene Transaktionswert unzutreffend. Dieser belaufe sich auf maximal 6 Mio. EUR.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Zu Recht habe das Landgericht einen Formzwang für den Mandatsvertrag verneint. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die Formzwang auch dann bejahe, wenn ein wirtschaftlicher Zwang zum Verkauf bestehe, beziehe sich auf typische Immobilienmaklerverträge. Dem sei der Mandatsvertrag zwischen den Parteien nicht vergleichbar. Denn in diesem Vertrag habe sich die Klägerin zur Vermittlung von Kontakten zu potentiellen Investoren und sonstigen Interessenten zur Vorbereitung einer Sale-&-Lease-Back-Transaktion verpflichtet. Vereinbarungen, die nur der Vorbereitung eines Vertrages über den Erwerb oder die Veräußerung von Grundstücken dienen, seien nicht formbedürftig. Auch schaffe der Mandatsvertrag keinen mittelbaren Zwang zum Verkauf der Grundstücke. Denn der Beklagten habe es freigestanden, gemäß § 4 Nr. 3 den angestrebten Vertrag nicht abzuschließen, ohne die vereinbarte Vergütung zahlen zu müssen. Dazu hätte sie nur alle Transaktionsangebote ablehnen müssen. Die hier einschlägige Vergütungsvereinbarung sichere lediglich das Interesse der Klägerin, die Beklagte zu den erforderlichen Mitwirkungshandlungen anzuhalten, um ihr die Chance zur erfolgreichen Vermittlung von Investorenkontakten zu geben. Die Beklagte habe aber trotz mehrfacher Aufforderung erforderliche Unterlagen nicht vollständig vorgelegt und auch Gesprächstermine mit Investoren abgesagt. Dadurch habe sie die Leistung der Klägerin treuwidrig verhindert. Selbst wenn sich aus dem Vertrag eine mittelbare Verpflichtung zur Durchführung der Sale-&-Lease-Back-Transaktion ergebe, falle diese Regelung nicht unter den Schutzbereich des § 311b BGB. Denn es sei nicht ein klassischer Grundstückskaufvertrag vorgesehen worden. Der Eigentümer der Grundstücke habe vielmehr eine Rückkaufoption erhalten sollen und das Grundstück auch noch nach der Übertragung auf die Leasinggesellschaft wirtschaftlich nutzen können sollen. Der Mandatsvertrag sei ferner deshalb nicht formbedürftig, weil er nicht mit den möglichen Partnern eines Grundstückskaufvertrages abgeschlossen worden sei. Die Beklagte sei – unstrittig – nicht Eigentümerin der zu veräußernden Grundstücke. Die Grundstücke ständen vielmehr im Eigentum der Dr. A-Gesellschaft, nicht des Dr. A persönlich.

Im Übrigen würde eine Formunwirksamkeit von § 4 Nr. 3 des Mandatsvertrages in Bezug auf Dr. A nicht auch eine Formunwirksamkeit in Bezug auf die Beklagte bedeuten.

Selbst im Falle der Formnichtigkeit der Vereinbarung könne die Klägerin die Klageforderung aus § 670 BGB beanspruchen. Die Klägerin habe in Ausführung des Mandatsvertrages an 65 Arbeitstagen 563 Arbeitsstunden erbracht. Die angemessene Vergütung belaufe sich auf 300,-- EUR je Arbeitsstunde und Mitarbeiter bzw. 1.300,-- EUR am Tag.

## II.

Die Berufung der Beklagten ist begründet. Die Klägerin kann von der Beklagten die mit der Klage geltend gemachte Vergütung nicht beanspruchen.

Es kann offenbleiben, ob es sich bei § 4 Nr. 3 des Mandatsvertrages um eine allgemeine Geschäftsbedingung handelt, die wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Leitbild des Maklervertrages unwirksam ist. Denn der auf § 4 Nr. 3 des Mandatsvertrages gestützte Anspruch ist deshalb nicht gegeben, weil der Mandatsvertrag gemäß § 125 BGB nichtig ist. Die in § 4 Nr. 3 des Mandatsvertrages vereinbarte pauschale Aufwandsvergütung für den Fall der Absage der Transaktion nach erzielter Einigkeit über die Vertragskonditionen mit dem Investor wurde nicht – wie nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich – notariell beurkundet.

Mit dem Formzwang gemäß §§ 125, 311b Abs. 1 BGB wird sichergestellt, dass der Verkaufs- oder Erwerbsinteressent sich frei entschließen und sachkundig beraten lassen kann. Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften gilt nach ständiger Rechtsprechung der Formzwang auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll oder wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern. Demgemäß kann der für einen Verkaufs- oder Erwerbsinteressenten tätige Makler sich für den Fall, dass der Hauptvertrag nicht zustande kommt, nicht ohne Beurkundung einen ins Gewicht fallenden Betrag zusagen lassen, der den Kunden erkennbar so in seiner Entschlussfreiheit beeinträchtigt, dass er unter Verkaufszwang oder Erwerbszwang steht (BGH, Urt. v. 18.03.1992, IV ZR 41/91, Rn. 17; Urt. v. 02.07.1986, IVa ZR 102/85, Rn. 7; Urt. v. 25.01.2008, V ZR 118/07, Rn. 7; OLG Dresden, Urt. v. 09.04.1997, 8 U 2528/06, Rn. 53, zit. nach juris). Sofern nicht auf der Seite des Maklerkunden im Einzelfall Besonderheiten vorliegen, nach denen „Zwang“ trotz der Höhe der Vergütung auszuschließen ist, bejaht die oben zitierte Rechtsprechung einen die Beurkundungspflicht auslösenden mittelbaren Verkaufszwang oder Erwerbszwang, wenn die Aufwandsentschädigung für den Fall des Nichtzustandekommens des Grundstücksgeschäfts 10 % bis 15 % der vereinbarten Erfolgsprovision übersteigt.

So liegt es hier. Der Mandatsvertrag vom 21.01.2009 ist dem Inhalt nach ein Maklervertrag. Er wurde geschlossen, weil die Auftraggeber – die Beklagte und Dr. A – beabsichtigten, ein Sale-&-Lease-Back der B ... durchzuführen. Um zum Abschluss entsprechender Verträge Gelegenheit zu geben, versprach die Klägerin den Nachweis von Interessenten als Käufer und Leasinggeber. Die im Vertrag vorgesehene Kontaktvermittlung durch die Klägerin bezweckte als Nachweistätigkeit die Möglichkeit zum Abschluss der vorgesehenen Hauptverträge. Die von der Klägerin vertraglich übernommene Verpflichtung zum Tätigwerden führt zur Qualifizierung des Vertrages als sogenannter Maklerdienstvertrag. Dem steht nicht entgegen, dass eine ausdrückliche Verpflichtung zum Verkauf der Immobilie nicht vereinbart wurde. Ein Maklervertrag wird durch eine solche Verpflichtung nicht gekennzeichnet. Auch ändert die offenbar vorgesehene Rückkaufsoption nichts daran, dass zur Durchführung der Transaktion im ersten Schritt der Verkauf der Immobilien vorgesehen war.

Für den Auftraggeber Dr. A bedeutete das Zustandekommen des vorgesehenen Hauptvertrages den Verkauf der in seinem Eigentum stehenden Liegenschaften. Die Behauptung der Klägerin, Eigentümer sei nicht Dr. A persönlich, sondern eine Grundstücksgesellschaft, ist mit Rücksicht auf den von der Beklagten vorgelegten Grundbuchauszug, der Dr. A als Eigentümer ausweist, unsubstantiiert. Wäre dieser Sachvortrag substantiiert, wäre er nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, weil er in der Berufungsinstanz neu ist. Im ersten Rechtszug war unstreitig, dass der Auftraggeber Dr. A Eigentümer der zu verkaufenden Liegenschaft ist.

Der Vertrag zwischen der Klägerin und Dr. A ist gemäß § 125 BGB nichtig, da sich für Dr. A aus § 4 Nr. 3 ein mittelbarer Verkaufszwang ergibt. Als Erfolgsprovision hatten die Parteien in § 4 Nr. 2 einen Betrag von 3,5 % des Transaktionswertes vereinbart. Die u. a. für den Fall der Absage der Transaktion vereinbarte pauschale Aufwandsvergütung in § 4 Nr. 3 sah - neben der in § 4 Nr. 4 geregelten Erstattung von sachlichen Kosten gemäß Nachweis – einen Betrag in Höhe von 1,5 % des geplanten Transaktionsvolumens vor, das sind mehr als 40 % der Erfolgsprovision. Dem mittelbaren

Verkaufszwang steht nicht entgegen, das § 4 Nr. 3 auch Fallkonstellationen regelt, in denen der Anspruch auf die pauschale Aufwandsvergütung nicht entsteht, wie etwa bei Abstandnahme von der Transaktion, bevor zwischen Auftraggeber und Investor bezüglich der Vertragskonditionen Einigkeit erzielt worden ist.

Die Formnichtigkeit des Mandatsvertrages zwischen der Klägerin und Dr. A führt zur Formnichtigkeit auch des Vertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten. Der Vertrag ist insgesamt nichtig, da die Vereinbarung mit Dr. A mit der Vereinbarung mit der Beklagten steht und fällt. Es ist anerkannt, dass eine im Zusammenhang mit einem Grundstücksveräußerungsvertrag geschlossene Vereinbarung mit einem Dritten dem Formzwang gemäß § 311b Abs. 1 BGB unterliegt, wenn die Vertragsparteien des Grundstücksgeschäftes dieses und die Vereinbarung mit dem Dritten rechtlich gesehen als Einheit betrachten (BGH NJW 1983, 2494, 2495; ZIP 2006, 459, 461). So liegt es hier. Die Vereinbarung mit der Beklagten, die die Nutzung der von Dr. A zu veräußernden Grundstücke im Rahmen eines Leasingvertrages erlangen sollte, wurde nach dem Willen der Beteiligten in den rechtlichen Zusammenhang des abzuschließenden Grundstücksvertrages einbezogen werden. Denn ohne die Veräußerung der Immobilien durch Dr. A entfiel die Grundlage für den im zweiten Schritt der vorgesehenen Transaktion abzuschließenden Leasingvertrag.

Selbst wenn man die Formbedürftigkeit von § 4 Nr. 3 des Mandatsvertrages verneint und der Vertrag demgemäß wirksam ist, ist der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung einer pauschalen Aufwandsvergütung nicht begründet. Denn § 4 Nr. 3 des Mandatsvertrages sieht einen Anspruch auf pauschale Aufwandsvergütung für den Fall nicht vor, dass der Auftraggeber von der vorgesehenen Transaktion abstand nimmt, ohne dass zwischen ihm und dem Investor bezüglich der Vertragskonditionen Einigkeit erzielt worden ist. So liegt es hier.

Unstreitig teilte Dr. A wiederholt mit, dass er an der vorgesehenen Transaktion nicht festhalten wolle. Zu dieser Zeit waren zwar Verhandlungen mit potentiellen Erwerbern geführt worden. Es war aber noch keine Einigkeit hinsichtlich der Vertragskonditionen erzielt worden. In einem solchen Fall kann die pauschale Aufwandsvergütung nach § 4 Nr. 3 des Vertrages auch nicht damit begründet werden, dass der Auftraggeber erforderliche Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt und dadurch die Tätigkeit der Klägerin unmöglich gemacht habe. Im Falle einer Absage der Transaktion wäre die Annahme einer Verpflichtung, Unterlagen zu deren nunmehr ausgeschlossener Durchführung zur Verfügung zu stellen, widersinnig. Im Falle einer Absage kann von „erforderlichen Unterlagen“ nicht mehr die Rede sein.

Ist der Mandatsvertrag – wie oben ausgeführt – nichtig, kann die Klage auch nicht aus dem nun hilfsweise geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes nach § 670 BGB Erfolg haben. Der Sachvortrag der Klägerin zur Begründung eines Aufwendungsersatzanspruchs ist in der Berufungsinstanz neu und – da von der Beklagten bestritten – nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Da die Beklagte bereits im ersten Rechtszug die Formnichtigkeit des Mandatsvertrages geltend gemacht hatte, ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin den Klageanspruch im ersten Rechtszug nicht ohne Nachlässigkeit nicht auf den Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes stützte. Die neu vorgebrachte Hilfsbegründung der Klage betrifft auch nicht einen Gesichtspunkt, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten oder infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, da ihre Klage erfolglos ist (§ 91 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.