

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 5u339_09
letzte Aktualisierung: 12.2.2010

OLG Koblenz, 5.11.2009 - 5 U 339/09

BGB §§ 652, 653, 781

Formbedürftigkeit einer Maklerprovisionsabrede

1. Die Vereinbarung, dass der Maklerkunde ein Entgelt auch bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrages schuldet, bedarf notarieller Beurkundung, wenn die Zahlungszusage den Kunden in seiner Entschlussfreiheit beim Abschluss eines Immobilienkaufvertrages beeinträchtigt.
2. Auch ohne konkrete Vergütungsvereinbarung kommt ein Maklervertrag durch die Aufforderung des Kunden zustande, "einen Interessenten am Markt zu suchen".
3. Zur Abgrenzung eines erfolgsabhängigen Provisionsversprechens zur bloßen Aufwandsentschädigung.

Oberlandesgericht Koblenz

5 U 339/09

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

verkündet am 5. November 2009

3 O 62/08 LG Koblenz

rechtskräftig

L., Justizhauptsekretärin als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Keine erfolgsunabhängige Aufwandsentschädigung des Maklers bei Dissens

BGB §§ 133, 138, 154, 157, 179, 311 b, 652, 653, 781

1. Die Vereinbarung, dass der Maklerkunde ein Entgelt auch bei Nichtzustandekommen des Hauptvertrages schuldet, bedarf notarieller Beurkundung, wenn die Zahlungszusage den Kunden in seiner Entschlussfreiheit beim Abschluss eines Immobilienkaufvertrages beeinträchtigt.
2. Auch ohne konkrete Vergütungsvereinbarung kommt ein Maklervertrag durch die Aufforderung des Kunden zustande, „einen Interessenten am Markt zu suchen“.
3. Zur Abgrenzung eines erfolgsabhängigen Provisionsversprechens zur bloßen Aufwandsentschädigung.

In dem Rechtsstreit

...

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

...

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

wegen Maklerlohns

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kaltenbach sowie die Richter am Oberlandesgericht Dr. Menzel und Weller auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 2009 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 19. Februar 2009 geändert und die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des Vollstreckungsbetrags abwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in entsprechender Höhe stellt.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger nimmt die beklagte Sparkasse aus abgetretenem Recht der A. C. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Zedentin oder Maklerin) auf Zahlung von 20.000 € nebst Zinsen in Anspruch. Angeblich steht der Zedentin ein weit höherer Gesamtanspruch zu. Das geht zurück auf ein an die Zedentin adressiertes, vom Zeugen T. unterzeichnetes Schreiben der Beklagten vom 31. Oktober 2006, das unter dem Betreff „B. Reha Klinik“ wie folgt lautet:

„Wunschgemäß bestätigen Ihnen, dass sie im Auftrag der Gesellschafter des o. g. Fonds beauftragt wurden, für die Klinik einen Interessenten am Markt zu suchen.“

Diese Bestätigung soll der Zeuge T. am 8. November 2006 in Vollmacht und Vertretung der Beklagten durch ein mündliches Zahlungsverprechen (von im Ergebnis 230.000 € netto) ergänzt haben.

Die B. Reha Klinik gehörte einem Fonds (GbR). Dieser hatte die Beklagte nicht bevollmächtigt. Bei der Zedentin war bereits im September 2006 ein Verkaufsexposé in der Erwartung erstellt worden, dass sie als Maklerin eingeschaltet werde. Dieses Exposé übersandte die Zedentin im selben Monat der Beklagten. Das Exposé enthält auf Seite 6 neben der Kaufpreisforderung von 25.870.000 € den Hinweis, dass die Zedentin bei Zustandekommen eines Kauf-, Options- oder auch Gesellschaftsübernahmevertrages „Ihnen“ eine Vermittlungscourtage in Höhe von 3% des Gesamtpreises zuzüglich Mehrwertsteuer berechnet. Weiter heißt es die Courtage sei „bei Vertragsabschluss fällig“. Unter dem 20. September 2009 teilte die Beklagte der Zedentin mit, einen Auftrag zum Verkauf der Liegenschaft habe die Beklagte nicht erteilt. Auch die Berechnung einer Courtage sei nicht besprochen worden.

Nach Zugang des Schreibens der Beklagten vom 31. Oktober 2006 präsentierte die Zedentin dann am 8. November 2006 in ... einen dänischen Investor als Interessenten. Zu einem Vertragsabschluss kam es jedoch nicht.

Der Kläger hat vorgetragen, am 8. November 2006 habe der Zeuge T. in ... namens der GbR für die Beibringung des dänischen Investors ein Honorar von 1% des seinerzeit verhandelten Kaufpreises von 23 Millionen Euro versprochen. Da der Zeuge dabei für die Beklagte namens der GbR, jedoch ohne deren Vertretungsmacht gehandelt habe, schulde die Beklagte nach § 179 BGB das Honorar von insgesamt 230.000 € netto.

Die Beklagte hat erwidert, eine erfolgsunabhängige Vergütung habe sie weder mit dem Schreiben vom 31. Oktober 2006 noch am 8. November 2006 in ... mündlich versprochen.

Das Landgericht hat Zeugenbeweis erhoben und der Klage hiernach - gestützt auf §§ 179 Abs. 1, 398 BGB - mit der Begründung stattgegeben, der Kläger habe den Nachweis geführt, dass der Zeuge T. namens und in Vollmacht der angeblich die Gesellschafter vertretenden Beklagten eine Provision von 1% für die Beschaffung eines Kaufinteressenten versprochen habe. Mangels Vertretungsmacht hafte die Beklagte auf Erfüllung.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Landgerichts.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat die Beweisaufnahme wiederholt. Wegen des Ergebnisses wird auf die Sitzungsniederschrift vom 29. Oktober 2009 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat Erfolg. Die Klage musste abgewiesen werden, weil der Zedentin ein Honorar für die Vermittlung des Kontakts zwischen der Beklagten und dem dänischen Interessenten nicht zusteht. Das Zahlungsverlangen des Zessionars ist daher unbegründet.

Allerdings scheidet die Klage nicht bereits daran, dass die behauptete Zahlungsvereinbarung zwischen der Zedentin und der Beklagten nicht in der Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB (notarielle Beurkundung) geschlossen wurde. Eine Vereinbarung der vom Kläger behaupteten Art ist formlos gültig, wenn durch sie auf den Auftraggeber des Maklers kein unangemessener Druck in Richtung auf die Grundstücksveräußerung ausgeübt wird (vgl. zum Ganzen BGH Urteil vom 2. Juli 1986 - IVa ZR 102/85 - in WM 1986, 1438 m. w. N.). Gültig ist deshalb eine formlos getroffene Vereinbarung, in der sich der Makler für den Fall des Scheiterns des Grundstücksverkaufs den Ersatz der ihm durch seine Tätigkeit entstandenen Aufwendungen versprechen lässt. Ob die Höhe der hier behaupteten Aufwandsentschädigung von netto 230.000 € Bedenken begegnet, kann offen bleiben. Der Senat unterstellt zugunsten des Klägers, dass die Höhe der Vergütung nicht an § 138 BGB scheitert.

Die Klage erweist sich jedoch deshalb als unbegründet, weil dem beweisbelasteten Kläger nicht der Nachweis gelungen ist, dass eine Vereinbarung des von ihm behaupteten Inhalts getroffen wurde.

Tritt ein Makler - wie hier die Zedentin - mit einem Verkaufswilligen in Kontakt, muss der Makler durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen klarstellen, dass seine Tätigkeit im Erfolgsfall, das heißt bei Zustandekommen eines Kaufvertrages, vergütungspflichtig ist. Das von der Zedentin im September 2006 erstellte und an die Beklagte übersandte Exposé (Bl. 15 - 20 GA) enthält zwar ein Provisionsverlangen, das sich jedoch nach dem Gesamthalt der Urkunde nur an den potentiellen Käufer richtet.

Der Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge T., hat das missverstanden und daher das vermeintlich an die Beklagte gerichtete Provisionsverlangen der Zedentin zurückgewiesen (Schreiben vom 20. September 2006). Das war überflüssig, stellte aber unmissverständlich klar, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt keinen Maklervertrag schließen und auch keine Provision oder Aufwandsentschädigung zahlen wollte.

Das hat der für die Maklerin handelnde Zeuge L. auch richtig verstanden, sah er sich doch Ende Oktober 2006 veranlasst, den Zeugen T. telefonisch darauf hinzuweisen, dass die Zedentin nicht bereit sei, auf vertragsloser Grundlage weiter zu arbeiten. Indem T. dann namens und in Vollmacht der Beklagten schriftlich mitteilte, die Zedentin sei beauftragt,

„für die Klinik einen Interessenten am Markt zu suchen“

sollte nun doch ein Maklervertrag geschlossen werden. Zwar entsprach die von T. gewählte Formulierung nicht dem gesetzlichen Muster des § 652 BGB. Aber sie konnte nur in diesem Sinne verstanden werden, weil L. in seiner beruflichen Rolle angesprochen wurde. Hätte er außerhalb der allgemeinen Vertragstypik tätig werden sollen, hätte das klar und unmissverständlich

lich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Unschädlich war bei alledem, dass die Vergütungsfrage nicht geregelt wurde. Das bewirkte keinen Einigungsmangel (§§ 154, 155 BGB), weil § 653 Abs. 1 BGB bestimmt, dass ein Maklerlohn als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. So liegt es hier.

Dass der Mitarbeiter der Zedentin, der Zeuge L., sich veranlasst sah, am 8. November 2006 in ... nachzufassen und mit dem Zeugen T. über die Vergütungsfrage zu sprechen, macht vor dem Hintergrund der gesetzlichen Bestimmung des § 653 Abs. 2 BGB Sinn. Denn eine Parteiabsprache zur Höhe der Vergütung macht eine spätere Diskussion über den Umfang der taxmäßigen Vergütung oder des üblichen Lohns entbehrlich.

Dass die von L. in den Raum gestellte Forderung von 1% der Kaufpreisvorstellung des potentiellen Erwerbers von T. akzeptiert wurde, besagt aber nicht, dass damit ein Vertrag des vom Kläger behaupteten Inhalts geschlossen werden sollte. Der Senat ist nach dem Ergebnis seiner Beweisaufnahme vielmehr überzeugt, dass die Gesprächspartner (L. und T.) aneinander vorbeigeredet haben.

T. brachte mit seiner zustimmenden Erklärung zum Ausdruck, dass die Beklagte für den Fall des Verkaufs eine von der Verkäuferseite zu zahlende Provision von 1% akzeptierte. Immerhin war damit die vermeintlich an die Beklagte gerichtete ursprüngliche Provisionsforderung von 3% aus der Welt. Hätte die zustimmende Erklärung T.'s sich dagegen auf eine erfolgsunabhängige bloße Aufwandsentschädigung bezogen, wäre das wirtschaftlich angesichts der Vergütung von immerhin (netto) 230.000 € kaum nachvollziehbar und auch nicht damit vereinbar gewesen, dass L. nach der bisherigen Absprache erfolgsbezogen auf der Grundlage von § 652 BGB tätig werden sollte.

Gleichwohl glaubt der Senat dem Zeugen L., dass er die Erklärung T.'s dahin interpretierte, die Verkäuferseite wolle ungeachtet eines Erfolgs seiner Bemühungen nunmehr die bloße Vermittlung des Kontakts mit dem dänischen Interessenten durch Zahlung von 230.000 € honorieren. Derart durfte die Erklärung T.'s aber nicht verstanden werden. Das erschließt sich aus der Schilderung des Zeugen R. Er hat dem Senat den Eindruck vermittelt - anders als die Zeugen L. und T. -, erfasst und durchdrungen zu haben, worum es bei jenen Gesprächen beim gemeinsamen Warten und der anschließende Fahrt im Taxi ging. Von daher hat die Aussage R. erhebliches Gewicht, wonach ihm die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Maklervergütung haften geblieben wäre, weil er ein derartiges Rechtsgeschäft als ungewöhnlich erachtet hätte. Seine Darstellung, sich an die vom Zeugen L. behauptete Vereinbarung nicht zu erinnern, ist daher nachvollziehbar, wenn man davon ausgeht, dass R. das Gespräch zwischen L. und T. dahin verstand, dass die Verkäuferseite bei Zustandekommen eines Kaufvertrages 1% Provision als angemessen erachtete und zu zahlen bereit war. Eine derartige Vereinbarung wäre nach der zutreffenden Einschätzung des Zeugen R. üblich gewesen und hatte daher für ihn keinen zu dauerhafter Erinnerung führenden Aufmerksamkeitswert. Nach Auffassung des Senats greift daher die Würdigung der Aussage des Zeugen R. durch das Landgericht zu kurz.

Soweit der Zeuge L. angedeutet hat, R. stehe im Lager der Beklagten und versuche, ihr durch Vortäuschen einer Erinnerungslücke zu helfen, kann dem nicht gefolgt werden. Der Zeuge R. wirkte ruhig und besonnen. Seine Aussage war - anders als bei den übrigen Zeugen - auch inhaltlich plausibel und überzeugend.

Damit ist nicht gesagt, dass die Darstellungen der übrigen Zeugen falsch oder diese gar unglaubwürdig sind. Die Beweisaufnahme hat vielmehr ergeben, dass L. und T. aneinander vorbeiredeten, indem L. in die Erklärungen T.'s einen (neuen) Rechtsbindungswillen hineininterpretierte, der tatsächlich nicht vorhanden war, weil T. tatsächlich nur den bereits bestehenden (er-

folgsabhängigen) Maklervertrag mit einem von der gesetzlichen Vorgabe des § 653 BGB abweichenden konkreten Provisionsversprechen von 1% unterlegte, indem er das dahin zielende Angebot des Zeugen L. (objektivierter Empfängerhorizont) annahm.

Der Senat teilt nicht das harsche Verdikt der Einzelrichterin, T. habe keinen überzeugenden und glaubwürdigen Eindruck gemacht. Auch in der Beweisaufnahme des Berufungsverfahrens ist zwar der Eindruck entstanden, dass der Zeuge T. seine seinerzeit abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen vor dem Hintergrund der für ihn (verständlicherweise) völlig überraschenden Klage mit wenig überzeugenden Deutungsversuchen unterlegt. Dadurch lässt sich aber der allein entscheidungserhebliche Tatsachenkern seiner Aussage nicht falsifizieren.

Da eine Zahlungsvereinbarung des vom Kläger behaupteten Inhalts nach alledem nicht nachweisen ist, kann offen bleiben, ob sie nach § 781 Satz 1 BGB der Schriftform bedurft hätte.

Die Klage war mit den Nebenentscheidungen aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO abzuweisen.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Frage der Beweiswürdigung in einem Einzelfall.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 20.000 €