

5. BGB §§ 435 Abs. 1, 888 Abs. 1 (*Zur Lastenfreiheit bei vormerkungswidrig eingetragenen Belastungen*)

Der Verkäufer eines Grundstücks, der lastenfreie Übertragung des Eigentums schuldet, kann den Käufer nicht darauf verweisen, eingetragene Belastungen seien vormerkungswidrig und relativ unwirksam (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB) und er selbst könne deshalb deren Löschung nach § 888 Abs. 1 BGB durchsetzen.

BGH, Urteil vom 8.11.1985 — V ZR 153/84 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus den Gründen:

1. Die Beklagten machen ein Zurückbehaltungsrecht [hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises] (§ 273 BGB) geltend wegen des ihnen zustehenden Anspruchs auf lastenfreie Übertragung des Eigentums an den Vertragsgrundstücken.

2. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht einen Gegenanspruch der Beklagten auf Löschung des Vorkaufsrechts und der Wegerechte. War — wie revisionsrechtlich zu unterstellen — die Bestellung der Wegerechte im Kaufvertrag ebenso wenig vorbehalten wie die des Vorkaufsrechts, dann können die Beklagten nach der vertraglichen Regelung (§ 2 Abs. 2 [lastenfreie Eigentumsumschreibung]) die Löschung der nachträglich bestellten und nicht übernommenen Belastungen an den zu übertragenden Flurstücken verlangen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß die Bestellung von Vorkaufsrecht und Wegerechten den Beklagten gegenüber als Inhabern der auf sie übergegangenen Auflassungsvormerkung (§ 401 BGB; vgl. BGHZ 25, 16, 23) relativ unwirksam ist (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB). Sie haben nach § 435 Abs. 1 BGB einen Anspruch darauf, daß die Klägerin auch nicht bestehende, aber im Grundbuch eingetragene Rechte auf ihre Kosten zur Löschung bringt, wenn sie im Falle ihres Bestehens das Eigentum der Beklagten beeinträchtigen würden. Die Klägerin kann die Beklagten nicht auf einen eigenen Lösungsanspruch gegenüber den Buchberechtigten (§ 888 BGB) verweisen (vgl. RG WarnRspr 1908 Nr. 200; RGZ 149, 195, 197 ff m. w. N.; RGZ 88, 21, 28). Das entspricht auch der ganz herrschenden Meinung in der Literatur (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 435 Rdnr. 2; *Ermann/Weitnauer*, BGB 7. Aufl. § 435 Rdnr. 2; *MünchKomm/Westernmann* § 435 Rdnr. 2; *Palandt/Putzo*, BGB 44. Aufl. § 435 Anm. 1; *Staudinger/Köhler* 12. Aufl. § 435 Rdnrn. 2 und 3). Der unselbständige Hilfsanspruch des § 888 BGB ändert nichts an dem gesicherten Anspruch auf lastenfreie Eigentumsübertragung, zu dessen Erfüllung nach wie vor allein der Schuldner verpflichtet bleibt (BGHZ 49, 263, 266 [= DNotZ 1968, 552]).

6. BGB §§ 328, 415, 652 (*Unwirksamkeit einer Maklerklausel bei Aufhebung eines Kaufvertrages*)

1. Heben die Parteien eines Grundstückskaufvertrages diesen wieder auf, so erlischt regelmäßig auch ein darin dem Makler eingeräumtes Forderungsrecht.

2. Die Kaufvertragsklausel, daß an den Makler eine bestimmte Provision zu zahlen sei, beinhaltet keine Schuldübernahme.

3. Erklärt der Verkäufermakler dem Kaufinteressenten, daß eine bestimmte Provision an ihn zu zahlen sei, so liegt darin dann kein Maklervetragsangebot, wenn der Interessent in der Erklärung eine Mitteilung über den Inhalt des beabsichtigten Kaufvertrages sehen darf.

OLG Celle, Urteil vom 4.10.1985 — 11 U 239/84 — mitgeteilt vom 11. Zivilsenat des OLG Celle

Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Der Beklagte ist um den Betrag von 39.000 DM, den die Klägerin an ihn gezahlt hat, ungerechtfertigt bereichert und schuldet die Herausgabe (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Klägerin hat dem Beklagten diesen Betrag geleistet, um einen Provisionsanspruch des Beklagten zu erfüllen. Dieser Provisionsanspruch besteht nicht. Die Leistung der Klägerin hat daher ihren Zweck verfehlt und ist von dem Beklagten als dem Leistungsempfänger an die Klägerin zurückzugewähren.

1. Die Provisionsverpflichtung der Klägerin war in § 7 des notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrages, den die Klägerin am 18.8.1981 mit der Gastwirtin G. geschlossen hatte, begründet. Der Beklagte erhielt gemäß § 7 einen selbständigen Anspruch gegen die Klägerin in Höhe von 4% des Kaufpreises nebst Mehrwertsteuer. Das damit für den Beklagten als einen Dritten begründete unmittelbare Forderungsrecht (§ 328 Abs. 1 BGB) ist spätestens, nämlich unabhängig von der am 23.12.1981 erklärten Anfechtung des Kaufvertrages, dadurch entfallen, daß die Kaufvertragschließenden den Vertrag am 18.6.1982 aufgehoben haben; die Aufhebung bedurfte keiner Form.

Der Kaufvertrag enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob dem Beklagten das ihm zugewandte Recht ohne seine Zustimmung wieder entzogen werden durfte. Diese Frage ist indessen nach dem Vertragszweck und den sonstigen Umständen zu beantworten (§ 328 Abs. 2 BGB). Maßgeblich muß dafür sein, daß der Käufer die Maklerprovision in dem Kaufvertrag lediglich als eine Nebenleistung zum Kaufpreis übernimmt, um von dem Verkäufer das Grundstück erwerben zu können. Dieser beiderseitige Leistungsaustausch zwischen Käufer und Verkäufer ist der völlig beherrschende Vertragszweck, dem die Bereitschaft des Käufers, eine Verpflichtung auch zugunsten des Maklers einzugehen, untergeordnet ist. Für den Verkäufer erkennbar, übernimmt der Käufer die Provisionszahlungspflicht nur im Interesse des Grundstückserwerbes, sofern nicht ein besonderes Rechtsverhältnis des Käufers zum Makler besteht, das dann aber auch für den Fortbestand der Provisionszahlungspflicht bestimmend sein muß. Der Käufer hat keine Veranlassung, gegenüber dem Verkäufer Verpflichtungen zugunsten des Maklers auch für den Fall einzugehen, daß der Grundstückskaufvertrag im übrigen aufgehoben und nicht ausgeführt wird; insoweit stünde einem Fortbestand der Provisionszahlungspflicht des Käufers auch entgegen, daß für diese ein Äquivalent im Rahmen der beiderseitigen Leistungen nicht mehr bestünde. Andererseits sind die Parteien des Kaufvertrages auch nicht gehalten, das gesamte Leistungsverhältnis im Interesse des Maklers durchzuführen. Der Senat vertritt daher in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß eine Aufhebung des Kaufvertrages, aus welchen Gründen sie auch immer geschieht, regelmäßig eine darin zugunsten des Maklers begründeten Provisionsanspruch erlöschen läßt.

2. Die Klägerin hat die jetzt geforderte Leistung auch nicht auf eine übernommene Schuld, die unabhängig von dem Fortbestand des Kaufvertrages begründet bliebe, geleistet. Zu Unrecht meint der Beklagte, die vertragliche Provisionsregelung enthalte eine Schuldübernahme, nämlich die Verpflichtung der Klägerin, eine Provisionszahlungspflicht der Verkäuferin an deren Stelle zu begleichen. Ein derartiges Verständnis der Regelung wird, wie der Senat schon im Prozeßkostenhilfeverfahren ausgeführt hat, regelmäßig der Interessenlage und den Umständen des Kaufvertragsschlus-

ses nicht gerecht. Im allgemeinen und auch im vorliegenden Falle bleibt nämlich zwischen den Kaufvertragsparteien ungeklärt, ob und in welcher Höhe der Verkäufer dem Makler zur Provisionszahlung aufgrund eines Maklervertrages verpflichtet ist. Außerdem ist eine im Verhältnis des Maklers zum Verkäufer begründete „Verkäuferprovision“ meistens deutlich geringer als die von dem Käufer im Kaufvertrag „übernommene“ Gesamtprovision. Die Verkäuferprovision beträgt im allgemeinen nur 2%, die Gesamtprovision (wie auch im vorliegenden Falle) 4 oder 5%. Vielfach bleibt der Verkäufer aber überhaupt provisionsfrei. So soll es nach der Bekundung der Zeugin K. auch im vorliegenden Falle gewesen sein. In anderen Fällen verpflichtet sich der Verkäufer, bei den Kaufverhandlungen darauf hinzuwirken, daß dem Makler von dem Käufer eine Provision eingeräumt wird. In allen diesen Fällen kommt eine Schuldübernahme nicht in Betracht. Darüber hinaus dürften die Parteien des Kaufvertrages es ohnehin für zweckmäßiger halten, eine im Kaufvertrag geregelte Provisionszahlungspflicht unabhängig von dem Verhältnis des Verkäufers zum Makler zu gestalten.

3. Daß die Klägerin die Provisionszahlung auch zur Erfüllung eines etwa zwischen ihr und dem Beklagten bestehenden Maklervertrages erbracht hätte, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem Parteivorbringen auszuschließen. Der Beklagte, der sein Recht, die Provision behalten zu dürfen, während des ersten Rechtszuges und auch noch nach den Hinweisen des Senatsbeschlusses vom 14. Mai 1984 ausschließlich aus dem Kaufvertrag hergeleitet hat, hat zwar in der Berufungsinstanz vorgetragen, die Beklagte habe sich bei der Zeugin K. sogleich im ersten Gespräch nach der Provision erkundigt und erst daraufhin seien Maklerleistungen erbracht worden; darin liege der Abschluß eines Maklervertrages. Die Zeugin K. hingegen hat über ein derartiges Telefongespräch nichts bekunden können. Nach ihrer Erinnerung ist die Frage der Provision erst im Anschluß an eine Besichtigung besprochen worden, und zwar in allgemeinen, den Kaufvertrag betreffenden Zusammenhängen, etwa im Zusammenhang mit den von der Klägerin aufzubringenden Geldmitteln und der Finanzierung. Sie meint ferner, daß der Beklagte auch ein Provisionssatz von 5% genannt worden sei, dies aber mit dem Zusatz, daß sich der Satz möglicherweise wegen der Größe des Objekts ermäßigen lasse. Die Klägerin selbst hat dazu eingeräumt, daß sie ohnehin damit gerechnet habe, Provision zahlen zu müssen, und daß sie gesagt habe, nur zur Zahlung von 3% bereit zu sein. Die Zeugin K. glaubt sich dann weiter zu erinnern, daß jedenfalls vor dem Beurkundungstermin geklärt worden sei, daß der Provisionssatz 4% betragen solle.

Allein die Tatsache, daß der vom Verkäufer eingeschaltete Makler dem Kaufinteressenten die Höhe der Provision benennt, diese unter Umständen auch nach Gegenvorstellungen des Interessenten ermäßigt, erlaubt noch nicht schlechthin und in jedem Falle die rechtliche Wertung, daß damit ein Maklervertrag geschlossen werde. Vielmehr sind Angaben über die Provision und deren Höhe auch deshalb von Bedeutung, weil der Kaufinteressent erfahren möchte, welche finanziellen Mittel er für den Grundstückserwerb insgesamt aufzubringen haben wird. So wird denn vielfach die Provisionshöhe auch deutlich in einen Zusammenhang mit den weiteren Kaufvertragsbedingungen gestellt, etwa zu sonstigen Erwerbskosten, Vermessungskosten, Übernahmeverpflichtungen und dergleichen. Daß eine in diesem Rahmen gestellte Provisionsangabe noch keinen Maklervertrag herbeiführte, ist auch in der Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs anerkannt (BGH WM 1981, 495, = LM § 354 HGB Nr. 7). Die Abgrenzung und Einordnung kann im Einzelfall schwierig sein. Grundsätzlich ist aber von dem Makler, der ein selbständiges Rechtsverhältnis mit dem Kaufinteressenten begründen will, zu erwarten, daß er dies dem Interessenten auch deutlich macht. Geschieht dies nicht und kann der Interessent den Umständen nach die Äußerung über die Provision und deren Höhe als eine rein tatsächliche Information über den Inhalt des noch auszuhandelnden und abzuschließenden Kaufvertrages verstehen, so müssen die daraus folgenden Rechtsnachteile den Makler selbst treffen. So hat der Beklagte im vorliegenden Fall offenbar, wie aus der Aussage der Zeugin K. hervorgeht, selbst nicht daran gedacht, mit der Klägerin einen Maklervertrag abzuschließen; dies hätte, wie die Zeugin ebenfalls bekundet hat, auch nicht seiner Übung entsprochen. Üblich war vielmehr für den Beklagten, daß er sich den Provisionsanspruch im Kaufvertrag notariell verbrieft ließ. Deshalb hat er auch in diesem Fall wie in anderen Fällen einen Maklervertrag nicht unterzeichnen lassen. Andererseits ist die Klägerin selbst, und zwar wegen der Höhe der Provision, in geschäftliche Erörterungen mit dem Kläger oder der Zeugin K. eingetreten, um eine Herabsetzung zu erreichen. Diese Verhandlungen haben nach Auffassung des Senats nicht den Erklärungswert, daß die Beteiligten daraus den Abschluß eines die Klägerin verpflichtenden Maklervertrages entnehmen konnten. Denn die der Klägerin zunächst gegebene Information über die Provision war ohne weiteres als eine Mitteilung über die allgemeinen Erwerbsbedingungen und den gewünschten Inhalt des Kaufvertrages zu verstehen. Wenn die Klägerin sich dagegen wandte und auf eine Herabsetzung des Provisionssatzes hinwirkte, wird dadurch die rechtliche Tendenz der Erörterung nicht verändert. Die Klägerin erklärte damit nicht, sich unmittelbar dem Beklagten gegenüber durch einen selbständigen Vertrag zur Bezahlung einer ermäßigten Provision verpflichten zu wollen, sondern wirkte auf eine für sie günstigere Gestaltung der Erwerbsbedingungen in bezug auf die Provisionshöhe hin. Daß sie selbst davon ausging, letztlich Provision zahlen zu müssen, beeinflusst die Rechtslage nicht. Denn für die Frage, ob ein selbständiges Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zustandegekommen ist, kann allein der Erklärungswert ihrer Äußerungen und der begleitenden Umstände zugrundegelegt werden. Im übrigen hatte die Erwartung der Klägerin, Provision zahlen zu müssen, schließlich auch ihre Grundlage darin, daß ihr die Erwerbsbedingungen mitgeteilt waren und daß sie meinte, spätestens im Kaufvertrag mit einer entsprechenden Regelung belastet zu werden. Da ein Maklervertrag nicht zustandegekommen ist, kann der Beklagte auf ein solches Rechtsverhältnis ein Recht, die geleistete Provision (auch über den Fortbestand des Kaufvertrages hinaus) behalten zu dürfen, nicht stützen.

7. BGB § 649 (Kein ordentliches Kündigungsrecht beim Bauträgerkauf)

Der Erwerber kann den die Errichtung des Baus betreffenden Teil des Bauträgervertrags nicht nach § 649 BGB, sondern nur aus wichtigem Grund kündigen.

BGH, Urteil vom 21.11.1985 — VII ZR 366/83 —

Aus dem Tatbestand:

Im Zusammenhang mit der Errichtung von insgesamt 19 Zweifamilien-Reihenhäusern in M.-S. verkaufte der Beklagte den Klägern durch