

Gutachten des Deutschen Notarinstitut  
Dokumentnummer: 11153#  
letzte Aktualisierung: 14. Juni 2004

## BGB § 652

### Maklerklausel in Kaufvertrag; Provisionsanspruch bei Verflechtung von Makler und Verkäufer als Auftraggeber

Aus Anlaß der Entscheidung des AG Leonberg (NZM 2000, 149) besteht Unklarheit über die wirksame Begründung eines Provisionsanspruches im Rahmen einer Maklerklausel. Klargestellt wird im Vertrag zunächst, daß der Vertragsschluß aufgrund eines vom Verkäufer erteilten Maklerauftrages von einer GmbH als Maklerin vermittelt wurde. Der Käufer verpflichtet sich zur Zahlung einer Provision an diese Gesellschaft. Sie soll diesbezüglich ausdrücklich einen selbstständig begründeten unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen den Käufer erhalten. Der Vertrag enthält weiter den Hinweis, daß 50 % der Anteile an der Maklerin von der Landesbank gehalten werden, die wiederum 100%ige Mutter der verkaufenden GmbH ist. Weitere Ausführungen hierzu umfaßt die Maklerklausel nicht. Es stellt sich die Frage, ob ein Provisionsanspruch der Maklerin gegen den Käufer wirksam begründet wurde oder ob hierfür der zusätzliche Hinweis notwendig war, daß der Käufer auf gesetzlicher Grundlage keine Provision schuldet.

Hierzu dürfen wir wie folgt Stellung nehmen:

#### 1. Anspruch aus § 652 BGB und „Verflechtungsrechtsprechung“

Das zitierte Urteil des AG Leonberg vom 17.12.1998 knüpft an die „Verflechtungsrechtsprechung“ des BGH an. Dabei geht es zunächst um die Frage des Entstehens eines Anspruches auf Maklerlohn nach der gesetzlichen Vorschrift des § 652 BGB. Nach dem Leitbild dieser Bestimmung ist für den Maklervertrag eine Dreierbeziehung typisch. Auch wenn das Gesetz selbst nicht von einem „Dritten“ spricht, besteht doch Einigkeit dahin, daß die Besonderheit des Maklervertrages gerade darin liegt, daß er die Existenz zweier vom Makler unabhängiger Dritter als Parteien des Hauptvertrags voraussetzt (MünchKomm/Roth, BGB, 3. Aufl. 1997, Rn. 101 zu § 652; Sailer/Langemaack, Kompendium für Makler, Hausverwalter und Sachverständige, 9. Aufl. 1999, S. 35; Staudinger/Reuter, BGB, 13. Bearb. 1995, Rn. 128; Petri/Wieseler, Handbuch des Maklerrechts 1998, Rn. 738; Zopfs, Das Maklerrecht in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl. 1996, Rn. 44). Vom „Vermitteln“ im Sinne des Gesetzes kann nur im Fall einer Dreiecksbeziehung die Rede sein (so ausdrücklich Wank, Die Verflechtung des Maklers mit einer Vertragspartei, NJW 1979, 190, 191 m. w. N.).

Der „Grundfall“, daß der Makler selbst Partei des Hauptvertrages wird und insoweit keine Dreierbeziehung vorliegt, wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dahingehend ausgeweitet, daß auch eine wirtschaftliche Identität von Makler und Vertragspartei („echte Verflechtung“) bzw. schon die Tatsache genügt, daß Makler und Partei im gleichen Lager stehen („unechte Verflechtung“; vgl. hierzu genauer Staudinger/Reuter, a. a. O., Rn. 128; Palandt/Sprau, BGB, 59. Aufl. 2000, Rn. 16 zu § 652; MünchKomm/Roth, a. a. O., Rn. 105, 108; Zopfs, a. a. O., Rn. 45; Petri/Wieseler, a. a. O., Rn. 740 f.). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß der Makler bei dieser Ausgangslage nicht die Koordinationsleistung erbringt, an die nach dem im Rechtsverkehr herrschenden Vorstellungen der Provisionsanspruch ge-

knüpft ist (Staudinger/Reuter, a. a. O., Rn. 128; Wank, a. a. O., S. 192; vgl. auch Schwerdtner, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, ZfIR 1997, 505, 509).

Die genaue Betrachtung dieser Konstellationen fördert indes zutage, daß für die Bewertung von ganz erheblicher Bedeutung ist, mit **welcher** Partei des Hauptvertrages die Verflechtung des Maklers besteht. Es kommt vielmehr gerade darauf an, daß eine solche Verbindung mit dem **Vertragsgegner** und **nicht mit dem Auftraggeber** des Maklervertrags besteht (so ausdrücklich Schwerdtner, a. a. O., S. 510; Staudinger/Reuter, a. a. O., Rn. 128; Palandt/Sprau, a. a. O., Rn. 16; Bethge, Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen, ZfIR 1997, 368, 370).

Dies hat auch der BGH mit Urt. v. 27.10.1976 (WM 1976, 1334) ausdrücklich klargestellt: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann zwar eine zwischen dem Makler und dem Vertragsgegner seines Auftraggebers bestehende wirtschaftliche Verflechtung den Provisionsanspruch des Maklers ausschließen, weil in diesen Fällen eine sachgemäße Wahrnehmung der Interessen des Auftraggebers grundsätzlich nicht gewährleistet ist. Ein solcher Interessenkonflikt besteht jedoch nicht, wenn der von einer Gesellschaft beauftragte Makler mit seiner Auftraggeberin wirtschaftlich verflochten ist und daher mehr als jeder andere beauftragte Makler daran interessiert sein muß, die Interessen seiner Auftraggeberin wahrzunehmen. Es besteht daher kein Anlaß, dem Makler in einem solchen Fall den Provisionsanspruch zu versagen.“

## **2. Konsequenzen für „selbständige Provisionsversprechen“ im Rahmen des Maklerauftrags**

Sind dagegen die Grundsätze der „Verflechtungsrechtsprechung“ einschlägig, weil die Verbindung – anders als hier – zwischen Makler und Vertragsgegner des Auftraggebers besteht, kommt mangels eines „gesetzlichen“ Anspruchs nach §652 BGB ein Anspruch auf der Grundlage eines „selbständigen Provisionsversprechens“ in Betracht. Zwar handelt es sich insoweit um keinen selbständigen Vertragstyp (BGH WM 1987, 1140), doch geht es um ein Versprechen, das **von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängig** ist (Zopfs, a. a. O., Rn. 50; Bethge, a. a. O., S. 370). Der BGH hat mehrfach klargestellt, daß ein derartiger Provisionsanspruch auch in den Fällen, in denen der Auftraggeber nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht zahlungspflichtig war, begründet werden kann (WM 1978, S. 247; WM 1987, 1140; NJW 1991, 168).

Klarzustellen ist insoweit aber, daß sich die einschlägigen Entscheidungen stets auf Konstellationen bezogen, in denen eine **Zahlungspflicht desjenigen in Rede stand, der vorher den Maklerauftrag erteilt hatte**. Insofern unterscheidet sich der hiesige Sachverhalt auch von dem, über den das AG Leonberg zu entscheiden hatte. Der mitgeteilte Sachverhalt (in NZM 2000, 149) sagt zwar nicht ausdrücklich, wer den Maklerauftrag erteilt hatte, doch geht daraus hervor, daß der Makler durch den Käufer zum Abschluß des Hauptvertrages bevollmächtigt war und eine Verflechtung zwischen Makler und Verkäufer als problematisch angesehen wurde. Offenbar war also der Käufer Auftraggeber.

Schon für diese – hier nicht vorliegende – Konstellation ist allerdings in Rechtsprechung und Literatur **umstritten, welche Anforderungen an die wirksame Begründung** eines selbständigen Provisionsversprechens zu stellen sind.

Der BGH fordert, daß der die Provision Versprechende die Zusage in Kenntnis der Umstände abgegeben haben muß, die den Provisionsempfänger an einer Maklertätigkeit nach dem gesetzlichen Leitbild hindern, weil es ihm dennoch und gerade auf die Einschaltung dieser

Person ankommt (NJW 1981, 2297; WM 1983, 42; NJW 1991, 168 = MittBayNot 1991, 20). Ein entsprechender Verpflichtungswille könne nur angenommen werden, wenn der Versprechende „die tatsächlichen Verhältnisse auch wirklich kennt“ (BGH NJW 1971, 1839, 1840; so etwa auch Bethge, a. a. O., S. 370; Zopfs, a. a. O., Rn. 52). Danach muß auf die rechtlichen Konsequenzen der Verflechtungsumstände, also das Nichtentstehen eines Provisionsanspruchs nach § 652 BGB, nicht hingewiesen werden (BGH WM 1985, 946; Bethge, a. a. O., S. 370; Zopfs, a. a. O., Rn. 53).

Das AG Leonberg ist hier jedoch nicht der Linie des BGH, sondern der eines Teils der Literatur (Schwerdtner, a. a. O., S. 511; Wank, a. a. O., S. 192; Palandt/Sprau, a. a. O., Rn. 17) und einem Teil der Instanzrechtsprechung (LG Wuppertal WuM 1996, 147; OLG Frankfurt MDR 1982, 407) gefolgt. Der Maklerkunde gehe im Regelfall nicht davon aus, daß dem Makler bei wirtschaftlicher Verflechtung kein Provisionsanspruch zusteht (Schwerdtner, a. a. O., S. 511). Nur wer um die Konsequenz wisse, daß die Verflechtung dazu führt, daß kein gesetzlicher Anspruch besteht, könne sich bewußt zur Zahlung einer von der gesetzlichen Regelung unabhängigen Provision verpflichten (OLG Frankfurt, a. a. O., S. 407).

### **3. Handhabung von „Maklerklauseln“ in Kaufverträgen bei Verflechtung zwischen Makler und Auftraggeber**

Man wird davon ausgehen können, daß hier eine Überwälzung der Provisionszahlungspflicht auf den Käufer durch einen Vertrag zugunsten Dritter als zwischen Verkäufer und Käufer zugunsten der Maklerin, gewollt war (vgl. etwa die Auslegung des BGH mit Urt. v. 17.12.1995, NJW 1996, 654, 655, zu einem ähnlichen Fall). Auch insoweit geht es um ein „selbständiges Provisionsversprechen“ (Bethge, a. a. O., S. 374; Ohnesorge, Provisionen im Maklerrecht, 1995, S. 86; vgl. hierzu auch Piehler, Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen, DNotZ 1983, 22, 27). Zu Verflechtungsfällen bei derartigen Provisionszusagen existiert bisher kaum Rechtsprechung und Literatur.

Die Entscheidung des BGH vom 22.03.1978 (WM 78, 711, 712) befaßt sich zwar mit einer Maklerklausel in einem notariellen Kaufvertrag, die als Vertrag zugunsten des Maklers eingeordnet werden konnte. Offenbar aber war die Kaufvertragspartei, die sich zur Zahlung des Maklerlohns verpflichtete, diejenige, die schon vorher zum Makler in vertragliche Beziehung getreten war, also die Rolle des Auftraggebers innehatte. Dem Urteil kann also nur die – an sich selbstverständliche – Aussage entnommen werden, daß auch bei einer Gestaltung nach § 328 BGB eine Verflechtung zu beachten sei *kann*.

Das OLG Stuttgart (NJW 1973, 1975) hatte einen Fall zu behandeln, der dem vorliegenden in seinen Grundstrukturen vergleichbar war. Das Gericht hat hinsichtlich des Anspruches nach § 328 BGB die Rechtsprechungsgrundsätze zum Entfallen der Maklerprovision nach § 652 BGB wegen Verflechtung zur Anwendung gebracht und damit einen Anspruch abgelehnt. Dies ist jedoch schon deswegen verfehlt, weil es eben gerade nicht um den „gesetzlichen“ Anspruch geht. Die Frage des Anspruches aus einem Vertrag zugunsten Dritter hat nichts damit zu tun, ob ein Anspruch des Maklers auf der Grundlage des § 652 BGB entstanden ist (so ausdrücklich Ohnesorge, a. a. O., S. 86).

Die soweit ersichtlich einzige höchstrichterliche Entscheidung, die zu einer ähnlichen Konstellation ergangen ist und methodisch konsequent vorgeht, ist die des BGH vom 24.2.1972 (NJW 1972, 864, 866). Im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter war eine Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision begründet worden. Der Makler war mit dem Verkäufer insoweit verflochten, als er in dessen Namen den Hauptvertrag abschloß. Der Käufer sollte

laut Kaufvertragsurkunde zur Provisionszahlung verpflichtet sein. Auch in einem solchen Fall könne **auf einen Verpflichtungswillen des die Provisions Versprechenden nur bei klarer Sachlage geschlossen werden**, die eine eindeutige Aufklärung des Zahlungspflichtigen über die tatsächlichen Verhältnisse voraussetze.

Wie gesehen, wäre nach der Rechtsprechung des BGH insoweit auf jeden Fall die Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse allein ausreichend zur Begründung des Anspruchs. Unter Zugrundelegung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Mindermeinung in der Literatur ist zu dieser Konstellation zu bemerken, daß dann, wenn es um die Anspruchsbegrundung zu Lasten einer Person geht, die vorher nicht in vertragliche Beziehung mit dem Makler getreten ist, das Argument nicht mehr verfangen kann, daß ein Verpflichtungswille zwingend und logisch voraussetze, dem Zahlungspflichtigen müsse bewußt sein, daß er auf Grundlage des § 652 BGB nichts schulde. Dem Käufer, der rechtlich erstmals im Zusammenhang mit dem Kaufvertragsabschluß unter Vereinbarung des Vertrages zugunsten Dritter in Verbindung mit dem Makler tritt, ist jedenfalls bewußt, daß er dem Makler vor dieser Absprache nichts schuldet. Auch die Vertreter dieser Mindermeinung müßten nach unserem Dafürhalten im vorliegenden Fall konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, daß allein die **Aufdeckung der tatsächlichen Verhältnisse zur Begründung** des Anspruches genügt.