

## BGB § 652; ZPO § 794

### Maklerprovisionsklausel; Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Es geht um folgende Klausel, die in einen notariellen Vertrag aufgenommen werden soll:

„Dieser Vertrag kam durch die Vermittlung der Firma XY zustande. Käufer und Verkäufer verpflichten sich, als eigene Schuld jeweils X % des Kaufpreises einschließlich der MWST als Provision an die Firma XY zu zahlen.“

Nunmehr geht es darum, ob hinsichtlich der vorgenannten Klausel auch die Vereinbarung von Verzugszinsen sowie die Aufnahme einer persönlichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung der beiden Schuldner rechtlich zulässig ist.

Hierzu nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 652 Abs. 1 BGB entsteht die Maklerprovision erst dann, wenn der vermittelte oder nachgewiesene Vertrag kausal durch eine für den Erwerb wesentliche Maklertätigkeit wirksam zustandegekommen ist (BGH, NJW-RR 1988, 1397). Wirksamkeit des Hauptvertrages in diesem Sinne war die rechtliche Wirksamkeit (Staudinger/Reuter, BGB, 13. Aufl. 1995, §§ 652, 653 Rn. 75). Der Hauptvertrag muß somit wirksam zustandegekommen sein und darf nicht nachträglich wegen einer im Vertragsschluß selbst liegenden Unvollkommenheit wieder beseitigt worden sein (MünchKomm-Roth, BGB, 3. Aufl. 1997, § 652 Rn. 139; Palandt/Sprau, BGB, 58. Aufl. 1999, § 652 Rn. 21; Zopfs, Das Maklerrecht in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl. 1996, Rn. 37 f.). Bei einem genehmigungsbedürftigen Vertrag ist die Maklerprovision erst mit der Erteilung der Genehmigung verdient (Palandt/Sprau, § 652 Rn. 23; MünchKomm-Roth, § 652 Rn. 140; Staudinger/Reuter, § 652, 653 Rn. 88; Zopfs, a. a. O., Rn. 38). Wird der Hauptvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so entsteht der Anspruch auf die Maklerprovision erst mit Bedingungseintritt (Palandt/Sprau, § 652 Rn. 25; MünchKomm-Roth, § 652 Rn. 140; Staudinger/Reuter, § 652, 653 Rn. 88; Zopfs, a. a. O., Rn. 38). § 652 Abs. 1 BGB geht für jede Art von Maklervertrag von der erfolgsabhängigen Maklerprovision aus (vgl. hierzu Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGB-Gesetz, 3. Aufl. 1994, § 9 M 7). Dementsprechend ist der Provisionsanspruch nach § 652 Abs. 1 S. 1, 271 BGB grundsätzlich erst fällig, wenn der Hauptvertrag infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Maklers im Rahmen eines Maklervertrages wirksam zustandegekommen ist.
2. Welche Bedeutung sog. **Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen** zukommt, ist in erster Linie eine Frage der Auslegung des Einzelvertrags, die stets die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigen muß. Zum Teil sollen die entsprechenden Klauseln lediglich die Provisionspflicht im Verhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien regeln; vielfach nehmen die Notare Klauseln in den Kaufvertrag auf, durch die eine Zahlungspflicht

gegenüber dem Makler selbst begründet wird; die rechtliche Behandlung solcher Vertragsklauseln bereitet den Gerichten schon seit langem Schwierigkeiten (so Dehner, NJW 1991, 3261). Auch nach drei BGH-Entscheidungen aus den Jahren 1990 und 1991 (vgl. NJW-RR 1990, 628; NJW-RR 1991, 820; unveröffentlichtes Urteil, zitiert bei Dehner, a.a.O.) muß man es als eine offene Frage ansehen, wie Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen, die ihrem Wortlaut nach dem Makler einen eigenen Provisionsanspruch geben, rechtlich zu konstruieren sind; es bleibt abzuwarten, wie der BGH in Zukunft entscheiden wird (so Dehner, NJW 1991, 3262). Zu den möglichen Konstruktionen von Maklerklauseln verweisen wir auf den Aufsatz von *Piehler* (DNotZ 1983, 22 ff.), dem wir uns grundsätzlich anschließen. Dabei verweisen wir insbesondere auf seine Ausführungen auf den Seiten 26 bis 29, aus denen sich ergibt, wann die Aufnahme einer Maklerklausel in notarielle Kaufverträge überhaupt den Interessen der Kaufvertragsparteien gerecht wird.

*Piehler* (DNotZ 1983, 27 ff.) macht deutlich, daß die Aufnahme einer (einfachen) Maklerklausel in notarielle Kaufverträge den Interessen der Kaufvertragsparteien, denen der Notar gemäß § 17 BeurkG grundsätzlich allein verpflichtet ist (vgl. zum Beteiligtenbegriff im Sinn des § 17 BeurkG Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsrecht in Deutschland, 1991, § 17 Rz. 46), nur entspricht, wenn der Verkäufer dem Makler gegenüber zur Zahlung einer Provision verpflichtet ist und der Käufer diese Verpflichtung übernehmen soll; soll der Käufer dagegen nach dem Willen der Beteiligten nicht verpflichtet sein, die Verbindlichkeit des Verkäufers gegenüber dem Makler zu erfüllen oder schulden Verkäufer und Käufer die Maklerprovision oder schuldet nur der Käufer die Maklerprovision, würde die Aufnahme der Maklerklausel in aller Regel lediglich den Interessen des Maklers und nicht denjenigen der Vertragsbeteiligten dienen; für die Parteien würden außerdem unnütze Kosten anfallen; der Notar sollte dann von der Regelung abraten.

3. In der Literatur scheint es für grundsätzlich unproblematisch gehalten zu werden, wenn sich der Käufer gegenüber dem Makler der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (vgl. *Piehler*, DNotZ 1983, 27 f.; von Gerkan, Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen, NJW 1982, 1742; Streifzug durch die Kostenordnung, 3. Aufl. 1989, Rz. 358). Die **Zwangsvollstreckungsunterwerfung** auf der Grundlage eines Schuldanerkenntnisses scheint dabei allerdings nicht erörtert zu werden. Die Bedenken, daß der Notar die Voraussetzungen einer Entstehung des Provisionsanspruchs nicht überprüfen kann, stehen der Vollstreckungsunterwerfung nicht grundsätzlich entgegen. So ist es im Rahmen von Kaufvertragsbeurkundungen seit langem üblich, daß sich der Käufer gegenüber dem Verkäufer in Ansehung seines Kaufpreisanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und auf den Nachweis der die Fälligkeit begründenden Umstände verzichtet (vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Brambring, 1992, A I Rz. 113). Allerdings kann es sich im Interesse des Vollstreckungsschuldners empfehlen, ausdrücklich klarzustellen, daß mit der Vollstreckungsunterwerfung keine Beweislastverschiebung einhergeht; zusätzlich ist daran zu denken, daß der Vollstreckungsgläubiger dem Notar gegenüber die Fälligkeit des materiell-rechtlichen Anspruchs zumindest schriftlich zu behaupten hat und der Notar dies dem Vollstreckungsschuldner vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung mitteilt (diese Empfehlung spricht Reithmann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rz. 221, und Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 274 für die Vollstreckungsunterwerfung gegenüber dem Bauträger aus). Die Nachweisprobleme stellen sich von vornherein nicht, wenn - wie sonst bei Grundschulden üblich - ein abstraktes Schuldanerkenntnis über eine sofort fällige Forderung begründet wird (vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Amann, a.a.O., A VI Rz. 18 zum Schuldanerkenntnis bei Grundschulden).

- a) Erheben sich danach gegen die Beurkundung eines Vertrages zugunsten Dritter (des Maklers) sowie eines abstrakten Schuldanerkenntnisses samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch keine rechtskonstruktiven Bedenken, so fragt sich doch, ob eine derartige Gestaltung den Interessen der Beteiligten gerecht wird und möglicherweise mit den Bestimmungen des AGBG kollidiert. Bedenken könnten sich gegen die Klausel im Hinblick auf § 11 Nr. 15 bzw. § 9 AGBG ergeben.
- b) Fraglich ist, ob Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen an **§ 9 Abs. 1 S. 1 AGBG** zu messen sind. Das würde voraussetzen, daß das AGBG überhaupt anwendbar ist. Das LG Regensburg hat dies in seinem Urteil vom 24. März 1994 (ZOV 1994, 193 f.) in Form eines obiter dicta ohne weiters bejaht. Es erscheint im Hinblick auf die spärliche und im Ergebnis wenig überzeugende Begründung des Urteils allerdings mehr als fraglich, ob die Obergerichte sich dieser Auffassung anschließen werden.

Wünscht der Makler regelmäßig die Aufnahme einer Maklerklausel, so dürfte es sich zwar ohne weiteres um vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen handeln. Problematisch ist allerdings, ob der Makler als Verwender im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG anzusehen ist. Wie die Begriffe des "Verwenders" und des "Stellens" zu definieren sind, scheint in der Literatur immer noch strittig zu sein (vgl. MünchKomm-Kötz, 3. Aufl. 1993, § 1 AGBG Rz. 7 ff.; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl. 1997, § 1 Rz. 26 ff.; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1994, § 1 Rz. 23 ff. jeweils m.w.N.). Übereinstimmung herrscht jedoch, daß die **Vertragsbedingungen von einer Vertragspartei zu stellen sind**; Verwender im Sinne von § 1 AGBG kann immer nur eine Vertragspartei, nicht ein Dritter, am Vertragsverhältnis Unbeteiligter sein. Die Frage, ob als "Verwender" deshalb auch der gemäß § 328 BGB begünstigte Dritte ausscheidet, der die Vertragsbedingungen des Deckungsverhältnisses (vgl. Palandt/Heinrichs, 58. Aufl. 1999, Einführung vor § 128 Rz. 3) stellt, wird in der Literatur nicht erörtert. Allerdings handelt es sich bei dem abstrakten Schuldanerkenntnis und der Zwangsvollstreckungsunterwerfung um Erklärungen nicht im Verhältnis der Kaufvertragsparteien, sondern unmittelbar des Käufers gegenüber dem Makler; diese Erklärungen werden in der Regel auch allein auf Initiative des Maklers in den Kaufvertrag mitaufgenommen. Bei dieser Sachlage dürfte deshalb die Subsumtion der Tätigkeit des Maklers unter den Begriff des Stellens von Vertragsbedingungen als Verwender naheliegen. Im Hinblick auf das Fehlen jeglicher Stellungnahme zur Frage der Anwendbarkeit des AGBG auf Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen ist nicht abzusehen, wie ein Gericht im konkreten Einzelfall entscheiden wird.

Nach Auffassung von Hensen (Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., Anh. §§ 9 - 11 Rn. 490 a. E. ) ist zwar die mittlerweile gängige Maklerklausel in den notariellen Erwerbsverträgen, die dem Makler ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Käufer verschafft, wirksam (ebenso BGH NJW 1996, 654, 655). Für grob unbillig hält er hingegen Klauseln in diesen Verträgen, wonach sich der Käufer wegen der Kourtageforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft.

Wolf (Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., § 9 M 16) weist darauf hin, die Unwirksamkeit erfolgsunabhängiger Provisionen in AGBG könne nicht durch in den AGB enthaltene abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse umgangen werden; diese seien deshalb im gleichen Umfang unwirksam. Diese Aussagen dürften jedoch eher auf den unmittelbaren Maklervertrag und nicht die hier vorliegende Konstellation bezogen sein.

4. Zu Fragen des Standesrechtes kann das DNotI aufgrund seiner Satzung nicht Stellung nehmen. Allerdings sei auf ein Rundschreiben der Notarkammer Berlin vom 7.12.1994 hingewiesen, wonach eine Maklerklausel mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung für standesrechtlich unzulässig gehalten wird. Dem Rundschreiben gemäß hat die Kammer ihre Mitglieder darauf hingewiesen, daß die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars Wesensmerkmale des Amtes sind (§§ 1, 14 Abs. 1 BNotO); er hat die Amtspflicht, diese zu wahren und auch jeden entgegenstehenden bösen Schein zu vermeiden (vgl. Seybold/Hornig/Schippel, BNotO, 6. Aufl. 1995, § 14 Rn. 35 ff.). Zu Recht weisen die Standesrichtlinien in § 1 Abs. 2 darauf hin, daß bereits eine von der Regel abweichende Gestaltung des Beurkundungsverfahrens den Anschein der Parteilichkeit erwecken kann. Nach Auffassung der Notarkammer Berlin weicht es in der Regel ab und ist geeignet, den bösen Schein der Abhängigkeit des Notars zu begründen, wenn in Grundstückskaufverträgen eine Unterwerfungserklärung wegen der Gebühren eines Maklers aufgenommen wird oder auch nur die Erklärung, daß die Maklergebühren abweichend von der gesetzlichen Regelung bereits bei Beurkundung des Kaufvertrages fällig würden und nicht erst bei dessen Wirksamwerden nach Vorliegen aller erforderlichen Genehmigungserklärungen.

Aus standesrechtlichen Erwägungen ist es daher in jedem Fall zu empfehlen, die Interessen der Kaufvertragsparteien genauestens zu ermitteln und die Aufnahme der Maklerklausel mit Vollstreckungsunterwerfung nur dann in den Kaufvertrag aufzunehmen, wenn dies dem Willen der Vertragsparteien (und nicht allein dem des Makler) entspricht.

In diesem Zusammenhang sind nach unserer Auffassung auch kostenrechtliche Aspekte von Bedeutung. So hat das OLG Schleswig (DNotZ 1983, 64) entschieden, daß eine Maklergebühr, die an sich vom Verkäufer geschuldet war, vom Käufer aber in dem Grundstückskaufvertrag zusätzlich zum Kaufpreis übernommen wurde, zu einer Geschäftswerterhöhung nach § 20 Abs. 1 KostO führt. Das OLG Oldenburg (JurBüro 1994, 354) war der Auffassung, daß keine Geschäftswerterhöhung nach § 20 Abs. 1 KostO stattfindet, wer dem notariellen Vertrag lediglich die bestehende Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Makler festgestellt worden ist, ohne daß sich der Käufer wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Das Leistungsversprechen eines Käufers, einen von ihm unmittelbar geschuldeten Maklerlohn zu zahlen, könne allerdings dann kostenrechtlich relevant werden, wenn es für den Verkäufer einen eigenen wirtschaftlichen Wert habe, etwa, wenn das Leistungsversprechen einen unechten Vertrag zugunsten Dritter darstelle (OLG Oldenburg, JurBüro 1994, 355 mit zustimmender Anmerkung von Mümmler). Das OLG Oldenburg scheint also danach zu differenzieren, ob die Maklerklausel lediglich deklaratorische Bedeutung hat oder ob sie als echter Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB einen neben dem bestehenden Maklervertrag zusätzlichen Anspruch auf Zahlung der Maklerprovisionen enthält (ebenso Bengel, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 14. Aufl. 1999, § 20 Rn. 28).

#### **Anmerkung Patennotar Dr. Dr. Grziwotz, Regensburg:**

Grziwotz, Praxis-Handbuch Grundbuch- und Grundstücksrecht (1999), Rn. 589:

„Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs empfiehlt sich, bei Beteiligung eines Maklers und Bestehen eines Vorkaufsrechtes die Aufnahme einer sogenannten

Maklerklausel in den Kaufvertrag, durch die der Makler ein eigenes Forderungsrecht erwirbt.“