



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

III ZR 318/00

Verkündet am:  
27. September 2001  
F r e i t a g  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

BGB §§ 145, 652 Abs. 1; GewO § 33 i

1. Zur Frage, wie sich die Nichterteilung der zum Betrieb einer Spielhalle erforderlichen Genehmigung nach § 33 i GewO auf den Lohnanspruch des Maklers auswirkt, der den Mietvertrag über die zum Spielhallenbetrieb vorgesehenen Räumlichkeiten vermittelt hat.
2. Zur Frage, ob der Maklerlohnanspruch für die Vermittlung eines Mietvertrags zwecks Betriebs einer Spielhalle entsteht, wenn der Mieter das von ihm unterschriebene Mietvertragsformular dem Vermieter mit dem Zusatz übersandt hat, das Angebot auf Abschluß des Mietvertrags gelte vorbehaltlich der behördlichen Genehmigung des Spielhallenbetriebs, und diese Genehmigung (§ 33 i GewO) nicht erteilt wird.

BGH, Urteil vom 27. September 2001 - III ZR 318/00 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Streck, Schlick, Dr. Kapsa und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 11. Zivilsenat, vom 22. November 2000 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Durch Vermittlung der Klägerin bot der Beklagte als Mietinteressent der S. GmbH mit Schreiben vom 18. September 1996 den Abschluß eines Mietvertrags zum Betrieb eines Spiel- und Freizeitcenters im Einkaufszentrum "S. Straße" in B. an. Das vom Beklagten am selben Tag unterschriebene Mietvertragsformular, in dem als voraussichtlicher Mietbeginn das zweite Quartal 1998 angegeben und eine Mietdauer von zehn Jahren vorgesehen war, war beige-

fügt. In dem Angebotsschreiben teilte der Beklagte der Vermieterin mit, daß er sich an dieses Angebot bis zum 31. März 1997 gebunden halte. Weiter heißt es: "Dieses Angebot gilt vorbehaltlich der Erteilung der behördlichen Genehmigungen zum vorgesehenen Betriebszweck - Spielhalle mit 2 x 10 Spielgeräten".

Ebenfalls am 18. September 1996 unterzeichnete der Beklagte eine "Vereinbarung", in der er bestätigte, daß die Klägerin den Abschluß des Mietvertrags vermittelt habe; weiterhin verpflichtete sich der Beklagte, eine Courtage in Höhe von 3 % der Zehn-Jahres-Grundmiete zu zahlen. Die Courtage sollte zur Zahlung fällig sein, "sobald der vom Vermieter gegengezeichnete Mietvertrag dem Mieter vorliegt und alle zur Ausübung des Gewerbes notwendigen Genehmigungen vorliegen - spätestens jedoch mit der Übergabe des Mietbereiches".

Am 19. Dezember 1996 unterzeichnete die Vermieterin den Mietvertrag. Ende 1998 nahm der Beklagte die Mieträume in Besitz und betrieb bis zum Beginn des Januar 2000 eine Spielhalle, ohne daß die erforderliche behördliche Genehmigung nach § 33 i GewO erteilt worden wäre.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung der Maklerprovision in Höhe von 61.354,80 DM nebst Zinsen. Landgericht und Oberlandesgericht haben den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Beklagte die versprochene Provision schulde. Zur Begründung hat es ausgeführt: Nach Unterzeichnung des Mietvertrags sei der Mietgegenstand entsprechend der Baugenehmigung errichtet worden; auch habe der Beklagte durch Inbesitznahme der Mietsache den Mietvertrag in Vollzug gesetzt. Damit sei die Provision verdient. Daß die zum Betrieb der Spielhalle nach § 33 i GewO notwendige Genehmigung bis zum Auszug des Beklagten nicht erteilt worden sei, stehe dem nicht entgegen. Das Fehlen dieser Genehmigung ändere nichts am Zustandekommen eines wirksamen Mietvertrags, sondern betreffe nur das Durchführungsstadium des Hauptvertrags und falle daher vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Maklervertrag in den Risikobereich des Auftraggebers.

Eine derartige, das Risiko der Nichterteilung der Genehmigung auf den Makler verlagernde Abrede könne nicht in der zwischen den Maklervertragsparteien getroffenen "Vereinbarung" vom 18. September 1996 gesehen werden. Zwar könne diese Regelung insoweit als widersprüchlich angesehen werden, als die Fälligkeit des Maklerlohns vom Vorliegen aller zur Ausübung des

Gewerbes notwendigen Genehmigungen abhängig gemacht werde, diese aber andererseits spätestens mit der Übergabe des Mietbereichs eintreten solle. Bei verständiger Würdigung sei dieser Vereinbarung jedoch zu entnehmen, daß - klarstellend - die Courtage in jedem Falle und spätestens mit der Objektübergabe an den Mieter zur Zahlung fällig sein solle. Dieses Auslegungsergebnis entspreche auch dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags, so daß etwaige Zweifel zu Lasten des Beklagten gehen müßten. Umstände, die die Annahme rechtfertigen könnten, daß die Parteien eine andere Regelung hätten treffen wollen, habe der Beklagte nicht vorgetragen.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. § 652 Abs. 1 BGB macht das Entstehen eines Provisionsanspruchs des Maklers nur vom Zustandekommen des Hauptvertrags, nicht von dessen Ausführung abhängig. Demnach schließen Umstände, die einen wirksamen Abschluß des Hauptvertrags verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen (Formnichtigkeit, Gesetzwidrigkeit, Sittenwidrigkeit, anfängliche objektive Unmöglichkeit, Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung), eine Provisionspflicht aus. Dagegen lassen Umstände, die ohne eine im Vertragsschluß selbst liegende Unvollkommenheit lediglich die Leistungspflichten aus dem Vertrag beseitigen (wie nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung, Rücktritt oder einverständliche Vertragsaufhebung), den Provisionsanspruch regelmäßig unberührt (Senatsurteile vom 14. Dezember 2000 - III ZR 3/00 - NJW 2001, 966, 967 und vom 20. Februar 1997 - III ZR 81/96 - NJW 1997, 1583; BGH, Urteil vom 11. November 1992 - IV ZR 218/91 - NJW-RR 1993, 248, 249).

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können außer reinen Beschaffenheitsfehlern auch behördliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsgemäßen Gebrauch in einer Weise aufheben oder mindern, daß sie einen Mangel im Sinne des § 537 BGB a.F. begründen (jetzt: §§ 536, 536 c BGB in der Fassung des am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1149). Voraussetzung ist dabei, daß die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen ihre Ursache gerade in der konkreten Beschaffenheit oder Lage der Mietsache, in deren Beziehung zur Umwelt haben (Urteile vom 23. September 1992 - XII ZR 44/91 - NJW 1992, 3226, 3227 und vom 28. November 1979 - VIII ZR 302/78 - NJW 1980, 777, 778).

Insoweit gilt vorliegend:

a) Nach § 33 i Abs. 1 Satz 1 GewO bedarf das gewerbsmäßige Betreiben einer Spielhalle der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Diese Erlaubnis ist persönlicher und sachlicher Natur, das heißt sie ist an eine bestimmte Person, an bestimmte Räume und eine bestimmte Betriebsart (Spielhalle oder ähnliches Unternehmen) gebunden (Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO Bd. I, § 33 i Rn. 20 [Stand: Dezember 1994]). Dementsprechend kann die Versagung der Erlaubnis auf persönlichen oder sachlichen Gründen beruhen, etwa weil der Antragsteller nicht die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (§ 33 i Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 33 c Abs. 2 GewO) oder weil die zum Betrieb des Gewerbes bestimmten Räume wegen ihrer Beschaffenheit und Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügen (§ 33 i Abs. 2 Nr. 2 GewO). Weitere Anforderungen hinsichtlich der Aufstellung von Spielgeräten sind in der Spielverordnung (SpielV) in der Fassung der Bekanntma-

chung vom 11. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2245) geregelt. Danach dürfen gemäß § 3 Abs. 2 SpielV in Spielhallen je 15 m<sup>2</sup> Grundfläche höchstens ein Geld- oder Warenspielgerät aufgestellt werden; die Gesamtzahl darf jedoch zehn Geräte nicht übersteigen.

b) Der Beklagte hat vorgetragen und unter Beweis gestellt: In Bezirken kerngebietstypischer Nutzung - wie hier - seien benachbarte Spielhallen zulässig und könnten grundsätzlich auch derart betrieben werden, daß zwei nebeneinanderliegende und mit separaten Eingängen versehene Spielhallen in der Mitte einen gemeinsamen "Aufsichtsbereich" aufweisen. Durch eine solche Konstruktion sei es unter erheblichen Einsparungen (insbesondere Personalkosten) möglich, insgesamt 20 (2 x 10) Spielgeräte zum Einsatz zu bringen. Ausschließlich zum Betrieb einer derartigen "Doppelspielhalle" habe er die Räume angemietet. Die Erteilung einer solchen Genehmigung sei von der zuständigen Behörde aus bauordnungsrechtlichen Gründen verweigert worden. Insbesondere seien die Fluchttürwege der Halle I und II als vorschriftswidrig bemängelt worden, da während des Spielbetriebs der jeweilige Fluchttürweg nicht als Durchgang von einer Halle zur anderen zur Verfügung stehen dürfe.

c) Auf der Grundlage dieses Parteivorbringens, von dem im Revisionsverfahren mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist, waren somit die vom Beklagten angemieteten Räumlichkeiten aus Gründen, die auf der Beschaffenheit der Mietsache beruhen, zum Betrieb einer Doppelspielhalle untauglich.

3. Entspricht die Mietsache bei Überlassung an den Mieter nicht dem vertraglich geschuldeten Zustand, so stehen dem Vermieter die Rechte nach

§§ 537 ff BGB a.F. bzw. §§ 536 ff BGB n.F. zu. Eine Vertragsnichtigkeit nach § 306 BGB wäre auch dann nicht gegeben, wenn - wozu Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen, was aber nicht fernliegend erscheint - aufgrund der örtlichen und räumlichen Gegebenheiten nach den geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften ein Zustand der Mietsache dergestalt, daß der Betrieb einer Doppelspielhalle erlaubt werden kann, nicht herstellbar gewesen wäre (vgl. BGHZ 136, 102; BGH, Beschluß vom 25. November 1998 - XII ZR 12/97 - NJW 1999, 635).

Ob ein derartiger ursprünglicher Sachmangel nur - wie das Berufungsgericht ersichtlich gemeint hat - die Durchführung des vermittelten Mietvertrags betreffen und deshalb grundsätzlich den Provisionsanspruch des Maklers nicht beeinträchtigen würde, braucht nicht entschieden zu werden (vgl. die im Senatsurteil vom 14. Dezember 2000 aaO angeführten Rechtsprechungs- und Literaturmeinungen zu der vergleichbaren Frage, ob die Wandelung des von einem Makler nachgewiesenen oder vermittelten Kaufvertrags den Vergütungsanspruch des Maklers unabhängig davon unberührt läßt, ob der Mangel der Kaufsache bereits bei Vertragsschluß vorgelegen hat oder erst nachträglich entstanden ist).

4. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision zu Recht rügt, rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, daß nach dem Wortlaut des dem unterschriebenen Mietvertragsformular beigefügten Anschreibens das in der Übermittlung dieses Formulars liegende Angebot auf Abschluß eines Mietvertrags "vorbehaltlich der Erteilung der behördlichen Genehmigungen zum vorgesehenen Betriebszweck - Spielhalle mit 2 x 10 Spielgeräten" (= Doppelspielhalle im Sinne der Ausführungen des Beklagten) gilt. Es liegt nahe, dieses Schreiben nach Sinn und

Wortlaut dahin auszulegen, daß das Angebot des Beklagten unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung der nach § 33 i GewO zum Spielhallenbetrieb notwendigen Genehmigung abgegeben worden ist. Dann aber konnte trotz "Gegenzeichnung" des Vertragsformulars und der darin liegenden Annahme dieses Angebots durch den Vermieter der Mietvertrag vor Bedingungseintritt keine Wirksamkeit erlangen. Dem steht nicht entgegen, daß im Vertragstext nebst Anlagen die Genehmigung nach § 33 i GewO nicht erwähnt wird und nach den Schlußbestimmungen des Mietvertrags (§ 27) (nur) die Erteilung der endgültigen Baugenehmigung aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit dieses Vertrags ist, mündliche Nebenabreden nicht getroffen worden sind sowie Änderungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform bedürfen. Will eine Vertragspartei sicherstellen, daß sie nur für den Fall des Eintritts eines künftigen Ereignisses den Vertragspflichten unterworfen ist, so braucht diese Bedingung nicht notwendigerweise Bestandteil der - vorformulierten oder ausgehandelten - Vertragsklauseln zu sein. Es ist ohne weiteres möglich, allein - wie hier - das Angebot auf Abschluß dieses - vorformulierten oder ausgehandelten - Vertrags mit der Bedingung zu versehen (vgl. Staudinger/Bork, BGB, 13. Bearb., § 145 Rn. 20, 26, 29). In der rechtlichen Bewertung macht dies keinen wesentlichen Unterschied, da in jedem Fall dieser Vertrag erst bei Bedingungseintritt Wirkungen entfaltet.

5. Ausgehend davon, daß vor Erteilung einer Spielhallengenehmigung nach § 33 i GewO - zu der es unstreitig nicht gekommen ist - ein wirksamer Mietvertrag nicht zustande gekommen war, ist die Auslegung der Provisionsvereinbarung durch das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft.

a) Hängt die Wirksamkeit eines (Haupt-)Vertrags vom Eintritt einer Bedingung ab, so kann nach § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB die versprochene Maklerprovision erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt. Nach dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags schuldet also der Beklagte keine Maklerprovision. Abreden, aus denen sich unabhängig von der Erteilung einer Spielgenehmigung eine Provisionsverpflichtung des Beklagten ergeben könnte, wichen also, was das Berufungsgericht verkannt hat, zum Nachteil des Auftraggebers und nicht etwa zum Nachteil des Maklers vom dispositiven Recht ab. Danach gehen etwaige Unklarheiten darüber, ob und mit welchem Inhalt die Parteien des Maklervertrags die Provisionszahlungspflicht des Auftraggebers, anders als in § 652 BGB geregelt, bestimmt haben, zu Lasten der Klägerin und nicht des Beklagten.

b) Weiter hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, unberücksichtigt gelassen, daß nach dem konkretisierten und von der Klägerin nur pauschal bestrittenen Vorbringen des Beklagten die Klägerin im Zusammenhang mit ihren Vermittlungsbemühungen nicht nur den Text des Mietvertrags selbst, sondern auch das an die Vermieterin gerichtete Angebotsschreiben des Beklagten vorformuliert hat. In diesem Falle mußte es sich aber der Klägerin geradezu aufdrängen, daß es dem Beklagten entscheidend auf die Nutzung der Betriebsräume als Doppelsporthalle ankam, ohne daß es insoweit noch darauf ankommen könnte, ob - wie der Beklagte behauptet hat und was vom Berufungsgericht als unsubstantiiert angesehen worden ist - für die Klägerin dieses Interesse des Beklagten bereits aus früheren Geschäftsbeziehungen hätte bekannt sein müssen.

Es versteht sich, daß das der Klägerin erkennbare oder von ihr gar erkannte Interesse des Beklagten an der Vermittlung eines Mietvertrages zwecks Betriebs gerade einer Doppelspielhalle ein Umstand ist, dem bei der Auslegung der Provisionsvereinbarung ein besonderes Gewicht zukommt.

c) Vor diesem Hintergrund ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Wortlaut der Provisionsverpflichtung auch nicht so eindeutig, daß vernünftige Zweifel daran, daß der Beklagte der Klägerin eine Provision für den Fall der Unterzeichnung des Mietvertrags und des Bezugs der Mieträume unabhängig davon versprechen wollte, ob die erforderliche Spielgenehmigung nach § 33 i GewO erteilt wird oder nicht, nicht aufkommen könnten.

## II.

Die klageabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

1. Der Beklagte hat den Umstand, daß er die Mieträume bereits vor Erteilung einer Spielgenehmigung bezogen und den Betrieb einer Spielhalle aufgenommen hat, damit erklärt, daß behördlicherseits die nach § 33 i GewO erforderliche Genehmigung erst nach Besichtigung des voll eingerichteten Gewerbebetriebs erteilt werde. Ob dies zutrifft, kann dahinstehen. Jedenfalls kann allein wegen der einverständlichen Inbesitznahme der Mietsache durch den Beklagten nicht angenommen werden, die Parteien des Mietvertrags hätten sich im nachhinein darüber geeinigt, die vom Beklagten für das Wirksamwerden seines Angebots aufgestellte Bedingung solle in Wegfall kommen. Näher-

liegend ist die Annahme, daß die Mietvertragsschließenden zum Zeitpunkt der Überlassung der Mietsache davon ausgegangen sind, einer Erteilung der vom Beklagten angestrebten Genehmigung einer Doppelspielhalle stünden keine erheblichen Schwierigkeiten entgegen.

2. Ob und welche "mietvorvertraglichen" Rechte und Pflichten zwischen den Mietvertragsparteien bis zur "Kündigung" des Vertrags bzw. zum Auszug des Beklagten bestanden haben, braucht nicht abschließend geklärt zu werden. Der Beklagte hat der Klägerin eine Provision für die Vermittlung eines Mietvertrags über eine Laufzeit von zehn Jahren zum Betrieb einer Doppelspielhalle versprochen. Dieser vom Beklagten erstrebte wirtschaftliche Erfolg ist dadurch, daß er - auf ungenehmigter Grundlage - die gemieteten Räume etwas mehr als ein Jahr tatsächlich zum Betrieb einer Spielhalle genutzt hat, bei weitem nicht eingetreten (fehlende wirtschaftliche Identität; vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 1998 - III ZR 18/97 - NJW 1998, 2277, 2278).

3. Verhindert eine Vertragspartei wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung - hier: die Erteilung der Spielgenehmigung -, so muß sie sich - auch im Verhältnis zum Makler - so behandeln lassen, als wäre die Genehmigung erteilt und der Mietvertrag wirksam geworden (vgl. Senatsurteil vom 8. Februar 2001 - III ZR 49/00 - NJW-RR 2001, 840, 841). Davon kann vorliegend nicht schon deshalb ausgegangen werden, weil die Mieträume, wie vom Berufungsgericht als unstreitig festgestellt worden ist, zum Betrieb einer Spielhalle nicht schlechthin ungeeignet waren. Der Beklagte, der auf den Betrieb einer Doppelspielhalle Wert legte, mußte sich nicht mit der Genehmigung einer "einfachen" (1 x 10 Spielgeräte) Spielhalle zufrieden geben.

III.

Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Das Berufungsgericht wird die von den Parteien getroffene Provisionsabrede unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut auszulegen haben. Die Parteien erhalten, auch zu den anderen angesprochenen Punkten, Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag.

Rinne

Streck

Schlick

Kapsa

Galke