



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 148/18

vom

7. März 2019

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts München - 3. Zivilsenat - vom 11. Juli 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 62.475 € festgesetzt.

#### Gründe:

1 I. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung einer Maklerprovision in Anspruch, nachdem diese ihr gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeübt hat.

2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) schloss mit zwei von drei Miteigentümern eines Grundstücks eine "Vertriebsvereinbarung", mit der sie beauftragt wurde, den Verkauf des Grundstücks zu vermitteln. Vereinbart war in handschriftlicher Änderung von § 2 der Vereinbarung, dass die Verkäufer eine Provision von "0%" an die Klägerin zu zahlen hätten. Nach § 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin waren die Verkäufer verpflichtet, in den Kaufvertrag eine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Käuferprovision aufzunehmen.

3 Die Klägerin übersandte einem Interessenten, Herrn L. , ein Exposé, das den Hinweis auf eine Käuferprovision in Höhe von 3,57% inkl. MwSt. enthielt. Nach dem Besichtigungstermin stellte Herr L. klar, dass er im Namen der S. GmbH (im Folgenden: Erstkäuferin) aufgetreten ist. Einen Monat später wurde das Objekt mit notariellem Kaufvertrag an die Erstkäuferin verkauft. Der Kaufvertrag enthielt einen Hinweis auf das gesetzliche Vorkaufsrecht der Beklagten. In § 14 wurde vereinbart, dass die Erstkäuferin die weiteren Vertragskosten zu tragen habe. Die Maklerprovision war in einer von den Parteien mit dem Notar zusammen entwickelten Regelung enthalten:

§ 11 Maklerprovision

Die Beteiligten stellen im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien klar, dass dieser Vertrag durch Nachweis bzw. auf Vermittlung durch die P. AG [...] als Makler zustande kommt.

Der Käufer erklärt, dass er mit dem Makler einen Maklervertrag abgeschlossen hat. Der Käufer erkennt ohne Erweiterung seiner Verpflichtungen aus dem Maklervertrag an, dem Makler die vereinbarte Provision zu schulden. Der Provisionsanspruch entsteht mit der Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags und wird damit fällig.

Die Ansprüche bleiben auch bei Rücktritt oder Vertragsaufhebung bestehen.

Bei Ausübung des Vorkaufsrechts ist der Ausübende zur Übernahme der Maklerprovision verpflichtet. Dieser erkennt den Anspruch mit der Ausübung des Vorkaufsrechts an.

4 Nach Ausübung ihres Vorkaufsrechts lehnte die Beklagte die Zahlung der Maklerprovision ab. Die Klägerin hat Klage über 62.475 € nebst Zinsen erhoben und den Ausgleich der außergerichtlichen Kosten ihrer Prozessbevollmächtigten verlangt.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und der Klage, abgesehen von einem Teil der Zinsforderung, stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten. Mit der Revision strebt sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils an.

6

II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe das Verfahrensgrundrecht der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

7

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, durch die Ausübung des Vorkaufrechts habe die Beklagte den Kaufpreis zu zahlen und diejenigen Leistungen zu erbringen, die nach dem Kaufvertrag der Erstkäuferin obliegen hätten. Hierfür sei vorzusetzen, dass nach dem Willen der Vertragsparteien die kaufvertragliche Regelung einen Anspruch der Verkäufer gegen die Käuferin auf Zahlung der Käuferprovision an die Maklerin im Sinne von §§ 328, 335 BGB und zugleich einen als selbständiges Forderungsrecht ausgestalteten eigenen Anspruch der Maklerin begründe. Gemäß § 328 Abs. 2 BGB sei eine an diesem Zweck orientierte Auslegung vorzunehmen.

8

Die Fallkonstellation sei dadurch gekennzeichnet, dass zunächst T. L. als Einzelperson an die Klägerin herangetreten sei und erst nach der Besichtigung offenbart habe, für die S. GmbH gehandelt zu haben. Bei den Verkäufern sei zu beachten, dass einer der Miteigentümer die Vertriebsvereinbarung mit der Klägerin nicht unterschrieben, sich die erfolgreichen Vermittlungsbemühungen aber nutzbar gemacht habe. Anhand dieser Umstände sei § 11 des Kaufvertrags auszulegen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Verkäufer die Leistungen der Klägerin ohne eigene Provisionszahlungsverpflichtung entgegengenommen hätten, andererseits aber nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verpflichtet gewesen seien, in den Kaufvertrag eine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Käuferprovision aufzunehmen.

9

§ 11 könne nicht lediglich deklaratorische Wirkung beigemessen werden. Hier sei davon auszugehen, dass die S. GmbH (anstelle des T. L. ) Verpflichtete aus dem Maklervertrag habe sein sollen. Im Sinne der Beseitigung dieser Ungewissheit, komme dem Anerkenntnis eine potenziell konstitutive Wirkung zu. Die Wirkungsweise dieses Schuldbestätigungsvertrags ergebe sich aus dem Kontext des Vertrags. So weise die Regelung in § 14 des Kaufvertrags sämtliche im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Durchführung des Kaufvertrags resultierenden Kosten dem Käufer zu. Die Bestimmung in § 11 Abs. 4 des Kaufvertrags betreffe den das Vorkaufsrecht Ausübenden und drücke aus, dass dieser die Maklerprovision übernehmen müsse. Der Terminus "verpflichtet" deute darauf hin, dass dem ein Anspruch des Verkäufers zugrunde liege. Mit Blick auf das Vorkaufsrecht sei nicht davon auszugehen, dass die Verkäufer die Verpflichtung der Erstkäuferin zur Provisionszahlung an die Klägerin nicht haben festschreiben wollen. Die Verkäufer seien durch § 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Herbeiführung einer entsprechenden vertraglichen Bestimmung im Kaufvertrag verpflichtet gewesen. Der Umstand, dass diese Verpflichtung in § 11 Abs. 2 des Kaufvertrags nur ansatzweise artikuliert sei, hänge damit zusammen, dass der Notar wegen eines Rundschreibens der Notarkammer bestrebt gewesen sei, die Beurkundung von Maklerklauseln auf das Notwendige zu begrenzen. Dieser Intention sei - freilich missglückt - dadurch entsprochen worden, dass die kaufvertragliche Verpflichtung der Erstkäuferin zur Bezahlung der Maklerprovision nicht konkret angesprochen, aber für die Regelung in § 11 Abs. 4 des Kaufvertrags explizit vorausgesetzt werde. Die Auslegung ergebe deshalb, dass § 11 des Kaufvertrags einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB darstelle.

10

2. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt mit Erfolg, dass es sich bei dem angefochtenen Urteil um eine den Anspruch der Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzende Überraschungsentscheidung handelt, soweit das Berufungsgericht maßgeblich darauf abgestellt hat, der Regelung in § 11 des Kaufvertrags komme potenziell

konstitutive Wirkung zu, soweit sie dazu gedient habe, Ungewissheiten über die Person der aus dem Maklervertrag Verpflichteten zu beseitigen.

11 a) Die Garantie rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Eng damit zusammen hängt das ebenfalls aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende Verbot von Überraschungsentscheidungen. Die Beteiligten müssen die Gelegenheit erhalten, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt zudem voraus, dass die Verfahrensbeteiligten bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann (vgl. BVerfGE 84, 188, 190 [juris Rn. 7]; BVerfG, Beschluss vom 20. September 2012 - 1 BvR 1633/09, juris Rn. 11 mwN; BGH, Beschluss vom 29. April 2014 - VI ZR 530/12, NJW 2014, 2796 Rn. 5 mwN). Nach diesen Maßstäben liegt eine Überraschungsentscheidung vor.

12 b) Die Beklagte musste nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht der Bestimmung des § 11 des Kaufvertrags potenziell auch konstitutive Wirkung mit der Begründung beimisst, die Klausel diene der Beseitigung einer Ungewissheit über die aus dem Maklervertrag verpflichtete Person. Die Frage der nur deklaratorischen oder auch konstitutiven Wirkung von § 11 des Kaufvertrags war zwar von Beginn an Kern des Rechtsstreits. Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, dass es über die Person der Erstkäuferin und Verpflichtete aus dem Maklervertrag bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags (noch) Unsicherheiten gab, die hätten beseitigt werden müssen, weder zwischen den Parteien des Kaufvertrags noch zwischen den Parteien des Maklervertrags. Zwar trifft es zu, dass erst im Anschluss an den Besichtigungstermin am 10. Juni 2014 mit E-Mail vom selben Tag klargestellt wurde, dass die S. GmbH Erstkäuferin

sein sollte. Dafür, dass es noch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 9. Juli 2014 - also einen Monat später - Unsicherheiten gab, die mit § 11 Abs. 2 des Kaufvertrags hätten beseitigt werden müssen, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Dementsprechend hat auch das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen das Berufungsgericht Bezug genommen hat, ohne Problematisierung festgestellt, dass Herr L. im Namen der S. GmbH aufgetreten ist.

13

3. Diese Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Die Beklagte legt in ihrer Nichtzulassungsbeschwerde dar, dass sie bei einem entsprechenden Hinweis vorgebracht hätte, die Annahme eines Schuldbestätigungsvertrags komme in Ermangelung einer zu beseitigenden Ungewissheit nicht in Betracht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht aufgrund dieses Vortrags zu einer anderen Auslegung der Maklerklausel gekommen wäre.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 14.02.2018 - 12 O 13402/17 -  
OLG München, Entscheidung vom 11.07.2018 - 3 U 694/18 -