

**Professor Dr. G. Schiemann**  
**Semesterklausurenkurs WS 2001/02**  
**2. Klausur im Zivilrecht am 27.10.2001**  
**Lösungshinweise**

**A. Anspruch F gegen A auf Zahlung des Kaufpreises (DM 300.000,--) Zug um Zug gegen  
Auflassung des Grundstücks aus Kaufvertrag, § 433 II BGB**

**I. Entstehung des Anspruchs**

1. F und A haben sich am 01.03.2000 über den Abschluss des Kaufvertrags geeinigt.
2. Die Einigung muss wirksam sein.
  - a) Die Form von § 313 S. 1 BGB wurde eingehalten, der Vertrag ist also nicht wegen eines Formmangels nichtig (§ 125 S. 1 BGB).
  - b) Der Vertrag könnte allerdings gem. §§ 1365, 1366 BGB unwirksam sein.
    - (1) Zunächst ist zu prüfen, ob der Kaufvertrag unter § 1365 BGB fällt. Es geht um die Anwendbarkeit des § 1365 BGB auf den Verkauf eines Einzelgegenstandes. Nach der Gesamtheorie ist § 1365 BGB nur anwendbar auf Rechtsgeschäfte, die das Vermögen *im Ganzen* zum Gegenstand haben. Nach der Einzeltheorie (h.M., vgl. insb. BGHZ 35, 135; BGHZ 43, 174) ist § 1365 BGB dagegen auch dann anwendbar, wenn das Einzelstück das ganze oder nahezu das ganze Vermögen ausmacht. Nach Sinn und Zweck des § 1365 BGB (Schutz der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Familie, Sicherung künftiger Ausgleichsansprüche bei Ende des Güterstandes) dürfte allein der Einzeltheorie zu folgen sein. Nach dieser Theorie könnte § 1365 BGB auf den Verkauf des Grundstücks angewendet werden, da dieses nahezu das ganze Vermögen der F ausmacht.
    - (2) Da das Gesetz nicht auf eine wirtschaftliche Einbuße abstellt, darf das Entgelt - hier also der Kaufpreis von 300.000,-- DM - nicht ausgleichend berücksichtigt werden.
    - (3) Der Anwendbarkeit von § 1365 BGB könnte aber weiterhin entgegenstehen, dass A bei Vertragsschluss am 01.03.2000 nicht wusste, dass das Grundstück das gesamte Vermögen von F darstellte. Die Frage ist umstritten.
      - (a) Nach der objektiven Theorie (z.B. *Erman-Heckelmann*, § 1365 Rn. 10) kommt es nicht auf die Kenntnis des Vertragspartners an, sondern allein darauf, ob das Grundstück das gesamte (bzw. nahezu das ganze, s.o.) Vermögen der F darstellte.
      - (b) Nach der subjektiven Theorie (h.M., vgl. z.B. BGHZ 43, 174, 177; BGHZ 106, 253, 256; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, § 35 II 5 m.w.N.) ist dagegen Kenntnis des Vertragspartners erforderlich. Dadurch wird dem Schutz des Vertragspartners, der in den Fällen des § 1365 BGB den Gegenstand nicht gutgläubig erwerben kann, jedenfalls bei Unkenntnis davon, dass das gesamte Vermögen veräußert wird (der Fall grob fahrlässiger Unkenntnis ist str.), Vorrang

gegenüber den Schutzzwecken des § 1365 BGB eingeräumt.

Umstritten ist allerdings, welcher Zeitpunkt für die Kenntnis des Vertragspartners maßgeblich ist.

Nach einer Meinung, der heute auch die Rspr. folgt (z.B. BGHZ 106, 253, 257; BGH FamRZ 1990, 970, 971; *Palandt-Brudermüller*, § 1365 Rn. 10), kommt es für die Kenntnis allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts an, hier also auf den 01.03.2000. Dafür wird insbesondere der Schutzzweck des § 1365 I 2 BGB angeführt, der weitgehend leer liefe, wenn man auf einen späteren Zeitpunkt abstelle.

Eine andere Meinung sieht dagegen den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs als entscheidend an (z.B. *Soergel-Lange*, § 1365 Rn. 13 m.w.N.), da der Schutzzweck des § 1365 BGB primär auf das Verfügungsgeschäft abstelle und das Vermögen beim Verpflichtungsgeschäft noch nicht aus der Hand gegeben wird.

Weiterhin werden einige differenzierende Auffassungen vertreten, die teils auf die Willenserklärung des Vertragspartners beim Verpflichtungsgeschäft (z.B. *Staudinger-Thiele*, § 1365 Rn. 24; *MünchKomm-Koch*, § 1365 Rn. 33), teils auf den Zeitpunkt der Beantragung der Eigentumsumschreibung bzw. einer Auflassungsvormerkung (z.B. *Futter*, NJW 1976, 551, 552; *Bosch*, FamRZ 1984, 588) abstellen.

Betrachtet man den Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts oder der diesbezüglichen Willenserklärung des Vertragspartners als maßgeblich, so fehlte im vorliegenden Fall A die Kenntnis, dass das Grundstück nahezu das gesamte Vermögen der F darstellte mit der Folge, dass § 1365 BGB nicht zur Anwendung kommt und der Vertrag wirksam ist. Stimmt man dagegen einer der anderen beiden Meinungen zu, ist für den Kaufvertrag die Zustimmung des E erforderlich; man muss also weiter prüfen wie folgt:

- (4) Zu Lebzeiten von E ist eine Zustimmung nicht erfolgt. Der Vertrag könnte aber durch den Tod von E wirksam werden, wenn Konvaleszenz eintritt. Das ist der Fall, wenn der Vertrag zum Zeitpunkt des Todes noch im Schwebezustand ist und durch den Tod Konvaleszenz eintreten kann.
- (a) Der Vertrag ist noch im Schwebezustand, wenn E die Zustimmung noch nicht versagt hat, der Vertrag nicht gem. § 1366 III i.V.m. § 1366 IV BGB unwirksam geworden ist und A nicht widerrufen hat.
- (aa) E hat die Zustimmung nicht versagt. Die Äußerungen des E vor dem Vertragsschluss sind keine Versagung der Zustimmung, sondern irrelevant. Die Verweigerung einer Einwilligung vor einem Vertragsschluss ändert nichts an dem Schwebezustand des später abgeschlossenen Vertrages (BGH NJW 1982, 1099, 1100).
- (bb) Der Vertrag könnte aber gem. § 1366 III i.V.m. § 1366 IV BGB unwirksam geworden sein (§ 1366 III 2, 2. Hs. BGB). Voraussetzung dafür ist gem. § 1366 III 1 BGB eine Aufforderung durch A, der E möge den Vertrag genehmigen. Eine solche Aufforderung kann in dem Anruf vom 15.01.2001 zu sehen sein.

Problematisch ist insoweit der Zugang, § 130 I 1 BGB. Ob die Aufforderung nach § 1366 III 1 BGB eine Willenserklärung oder eine geschäftsähnliche Handlung ist, ist streitig. Jedenfalls dürfte aber § 130 BGB auch bei Bejahung einer geschäftsähnlichen Handlung analog anzuwenden sein. Die Frage ist also lediglich, ob Zugang vorliegt. Zugegangen ist eine Willenserklärung, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

§ 164 III BGB greift nicht ein, da T nicht Empfangsvertreterin ist.

Die Erklärung wäre aber auch dann zugegangen, wenn T Empfangsbotin von E wäre. Empfangsbote ist, wer zur Entgegennahme von Erklärungen bestellt ist (das ist hier bei T nicht der Fall) oder wer nach der Verkehrsanschauung als bestellt anzusehen ist. Letzteres kann bei Familienmitgliedern zwar in der Regel bejaht werden, jedoch ist bei einer mündlichen Erklärung erforderlich, dass die Mittelsperson in der Lage ist, die Erklärung zuverlässig zu erfassen und weiterzugeben. Da dies bei der 12-jährigen T nicht der Fall ist, ist sie lediglich Erklärungsbotin des A. Daher trägt A das Risiko der Übermittlung seiner Erklärung; die Nichtweiterleitung geht zu seinen Lasten.

Da somit eine Aufforderung nach § 1366 III 1 BGB nicht vorliegt, gilt die Genehmigung nicht als verweigert. Der Vertrag ist nicht nach § 1366 III 2, IV BGB unwirksam geworden.

- (cc) A hat auch nicht wirksam widerrufen. Von einem solchen Widerruf war er zwar nicht gem. § 1366 II 2 BGB ausgeschlossen, aber der Widerruf könnte nur in dem Anruf bei T gesehen werden. Da der Widerruf auch durch empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen muss, scheitert er (ebenso wie die Aufforderung zur Genehmigung) am Zugang bei F.
- (b) Der Vertrag wird im Zeitpunkt des Todes von E wirksam, wenn durch den Tod des E Konvaleszenz eintritt. Das für den Fall der erbrechtlichen Lösung im Rahmen von § 1371 BGB allgemeine Meinung, für den Fall der güterrechtlichen Lösung im Rahmen von § 1371 BGB herrschende Meinung (vgl. *Soergel-Lange*, § 1366 Rn. 19 m.w.N.; nach einer Mindermeinung ist der Vertrag in diesem Fall schwebend unwirksam und bedarf der Genehmigung durch die Erben, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, § 35 IV 7). Der Streit sollte bei der Bewertung jedoch keine Rolle spielen.
- (5) Folgt man der h.M., ist der Vertrag im Zeitpunkt des Todes von E konvalesziert und der Anspruch aus Kaufvertrag, § 433 II BGB, in diesem Zeitpunkt wirksam entstanden. (Geht man dagegen von einer Genehmigungsbedürftigkeit durch die Erben aus, ist der Vertrag noch schwebend unwirksam; die im Folgenden erörterten Möglichkeiten eines Untergangs des Anspruchs sind dann jedoch hilfsweise zu prüfen.)

## II. Untergang des Anspruchs

### 1. Durch Anfechtung, § 142 I BGB

- a) Eine Anfechtungserklärung des A nach § 143 I BGB liegt vor, wie sich durch Auslegung seiner Erklärung von Mitte März 2001 ergibt.
- b) Als Anfechtungsgrund käme zunächst § 123 I, 1. Alt. BGB (arglistige Täuschung) in Betracht.
- (1) Da F falsche Angaben über ihre Ehe und darüber, ob das Grundstück ihr gesamtes Vermögen ausmacht, gemacht hat, liegt eine Täuschung vor.
  - (2) Durch diese Täuschung wurde bei A ein Irrtum erregt, da er annahm, F sei nicht verheiratet und das Grundstück stelle nicht ihr gesamtes Vermögen dar. Durch diesen Irrtum wurde A zur Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung bestimmt, denn bei Kenntnis diese Umstände hätte er diese Willenserklärung so nicht abgegeben, wie sich aus seinem Verhalten nach dem 02.03.2000 ergibt. Die für § 123 I BGB erforderliche doppelte Kausalität ist daher gegeben.
  - (3) F handelte auch arglistig, denn sie kannte die Unrichtigkeit ihrer Angaben und hatte das Bewusstsein und den Willen, dadurch den Willen des A zu beeinflussen.
  - (4) Die Frist des § 124 I BGB ist jedoch bereits am 02.03.2001 abgelaufen, so dass eine Täuschungsanfechtung Mitte März 2001 ausscheidet. (Sollten Bearbeiter die Anfechtung in der Erklärung vom 15.01.2001 gegenüber T sehen - was schon wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Anfechtungserklärung als Gestaltungserklärung problematisch erscheint -, dann ist zwar die Frist noch nicht verstrichen, es fehlt aber - wie oben A.I.2.b (4) (a) (bb) - am Zugang der empfangsbedürftigen Willenserklärung bei F als Anfechtungsgegnerin.)
- c) Als weiterer Anfechtungsgrund käme § 119 II BGB in Betracht.
- (1) § 119 II BGB im Hinblick darauf, dass das Grundstück kein Bauerwartungsland ist.
    - (a) § 119 II BGB könnte bereits durch §§ 459 ff. BGB ausgeschlossen sein. Hier geht es um den Zeitpunkt vor Gefahrübergang (Gefahr weder durch Erfüllung übergegangen noch durch Übergabe - vgl. § 446 BGB -, da das Grundstück noch nicht übergeben und A noch nicht im Grundbuch eingetragen worden ist). Grundsätzlich ist bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von § 459 BGB § 119 II BGB ausgeschlossen. Streitig ist, ob dies auch für den Zeitpunkt vor Gefahrübergang gilt, wenn § 459 BGB ausnahmsweise schon vor Gefahrübergang eingreift. Letzteres könnte hier unter dem Gesichtspunkt „unbehebbarer Mangel“ der Fall sein. Die Rechtsprechung lässt § 119 II BGB trotzdem durchgreifen (BGHZ 24, 32, 34). Die Literatur bejaht auch hier vielfach den Vorrang der §§ 459 ff. BGB (Soergel-Huber, § 459 Rn. 192 m.w.N.). Da die entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. BGB vor Gefahrübergang eine Vergünstigung für

- den Käufer darstellen soll, ist der Rechtsprechung zu folgen.
- (b) Fraglich ist aber, ob der Umstand „Bauerwartungsland“ eine Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB darstellt. Eigenschaften sind rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse, die den Gegenstand (oder die Person) unmittelbar kennzeichnen, ihm „anhaften“. Da zukünftige Umstände (wie z.B. die spätere Bebaubarkeit) nicht unter § 119 II BGB fallen, ist „Bauerwartungsland“ keine Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB. Zudem fehlt die Verkehrswesentlichkeit, da sich aus dem Inhalt des Kaufvertrages nicht ergibt, dass die Bauerwartungslandqualität wesentlich sein soll; auch der Preis spricht nicht dafür, da im Sachverhalt jegliche Information - bewusst - vermieden wurde, die hier zu Schlüssen Anlass geben könnte. Die Voraussetzungen von § 119 II BGB liegen also nicht vor.
- (2) § 119 II BGB im Hinblick darauf, dass das Grundstück das einzige Vermögen von F darstellt.
- (a) Ausschluss durch §§ 459 ff. BGB? Es gilt zumindest das oben unter (1) (a) Gesagte. Zudem stellt die Eigenschaft als (nahezu) gesamtes Vermögen keinen Sachmangel dar, so dass schon deshalb §§ 459 ff. BGB nicht lex specialis sein können.
- (b) Eigenschaft des Grundstücks? Beziehungen des Kaufgegenstandes zur Umwelt sind nur dann rechtserheblich, wenn sie in der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen und den Kaufgegenstand kennzeichnen oder näher beschreiben. Durch die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB wird jedoch die Beschaffenheit des Grundstücks nicht verändert; sie ist für seinen Bestand und Inhalt ohne Bedeutung, sein Vermögenswert wird nicht unmittelbar beeinträchtigt. Daher handelt es sich nicht um eine Eigenschaft des Grundstücks i.S.d. § 119 II BGB.
- (c) Der Gesamtvermögensumstand ist auch keine Eigenschaft der Person von F.
- (d) Im Ergebnis kann auf den Gesamtvermögensumstand eine Anfechtung auch schon wegen Ablaufs der Frist in § 121 I BGB nicht gestützt werden, da A insoweit bereits am 02.03.2000 Kenntnis erlangt hat. Es fehlt also an der Unverzüglichkeit i.S.v. § 121 I BGB.
- d) Folge: A konnte den Vertrag nicht wirksam anfechten, der Zahlungsanspruch ist daher nicht nach § 142 I BGB erloschen.

2. Anspruch nicht durchsetzbar aufgrund des Wandelungsbegehrens (§§ 459, 462 BGB) bzw. der Mängelrüge (§§ 478 I 1, 459, 462 BGB) des A?

- a) Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften schon vor Gefahrübergang kann hier bejaht werden (unbehebbarer Mangel, s.o. A.II.1.c(1)(a)).
- b) Dann müssen allerdings die Voraussetzungen von § 459 I BGB oder von § 459 II BGB vorliegen.
- (1) Fehlende Bauerwartungslandqualität als Fehler i.S.d. § 459 I BGB?

Eigenschaften des Kaufgegenstandes können zwar neben physischen Eigenschaften auch solche tatsächlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen des Kaufgegenstandes zu seiner Umwelt sein, die für die Brauchbarkeit und den Wert bedeutsam sind. Diese Beziehungen müssen aber in der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes selbst ihren Grund haben, ihm selbst unmittelbar innewohnen, von ihm ausgehen (BGH NJW 1978, 370). Daran fehlt es bei der Bauerwartungslandqualität, da sie lediglich die Verwendung des Grundstücks als Kaufgegenstand betrifft und sich damit auf die Zukunft bezieht (vgl. dazu auch *Soergel-Huber*, § 459 Rn. 227). § 459 I BGB greift insoweit also nicht ein.

- (2) Bezüglich des Gesamtvermögensumstandes gilt das unter (1) Ausgeführte entsprechend; auch hier handelt es sich nicht um eine Beziehung des Kaufgegenstandes zu seiner Umwelt, die in seiner Beschaffenheit selbst ihren Grund hat, und damit nicht um einen Fehler i.S.d. § 459 I BGB.
- (3) § 459 II BGB liegt auch nicht vor. Zwar könnte man daran denken, eine Zusage (konkludent; Erklärungstheorie) aus dem Kaufpreis zu konstruieren (vgl. zur Bebaubarkeit eines Grundstücks nach öffentlichem Recht als Eigenschaft auch BGHZ 117, 159, 162), doch schweigt der Sachverhalt hier bewusst (Verhältnis Preis - Grundstücksgröße, sonstige Marktpreise etc.).
- (4) Hinsichtlich des Gesamtvermögensumstandes greift § 459 II BGB ebenfalls nicht ein, da dieser - wie bei § 119 II BGB (s.o. A.II.1.c(2)(b)) - keine Eigenschaft des Grundstücks darstellt.

- c) Ergebnis: Da § 459 BGB nicht eingreift, kann A dem Kaufpreisanspruch auch nicht ein Wandelungsbegehren bzw. die Mängelreede entgegenhalten.

### 3. Einrede des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, § 242 BGB?

- a) Der Umstand „Bauerwartungsland“ fällt allein in den Risikobereich von A (typisches Verwendungsrisiko) und stellt daher nicht die Geschäftsgrundlage des Vertrages dar.
- b) Der Umstand „Gesamtvermögen“ könnte jedoch Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages geworden sein.
  - (1) Geschäftsgrundlage ist ein Umstand, den mindestens eine Partei beim Vertragsschluss vorausgesetzt hat, der für diese Partei auch so wichtig war, dass sie den Vertrag nicht oder anders abgeschlossen hätte, wenn sie die Richtigkeit ihrer Voraussetzung als fraglich erkannt hätte und auf dessen Berücksichtigung die andere Partei sich redlicher Weise hätte einlassen müssen (so die h.M.). Diese Voraussetzungen könnten als erfüllt angesehen werden.
  - (2) Fraglich ist aber schon, ob die von A angestrebte Rechtsfolge „Loslösung vom Vertrag“ über § 242 BGB - Wegfall der Geschäftsgrundlage - zu erreichen wäre; die Bejahung dieser Frage ist aber vertretbar (zumal eine *Vertragsanpassung* als schwächere Rechtsfolge in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation kaum denkbar ist).

4. Soweit Bearbeiter eine endgültige Lösung des Vertrages unter 3. verneinen, ist § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs durch F zu prüfen.

- a) Das Verlangen der F nach Vertragserfüllung ist rechtsmissbräuchlich, wenn A gegen F seinerseits einen Schadensersatzanspruch - in Form der Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB), gerichtet auf Vertragsaufhebung - hat.
- b) Ein solcher Anspruch des A kann sich aus mehreren Anspruchsgrundlagen ergeben.
  - (1) Anspruch aus culpa in contrahendo: F hat vor Vertragsschluss durch die falsche Auskunft über ihren Güterstand und die Eigenschaft des Grundstücks als (nahezu) einziges Vermögen schuldhaft eine Aufklärungspflicht gegenüber A verletzt. Ein dadurch entstandener Schaden des A kann nach der - allerdings heftig umstrittenen - Rechtsprechung (z.B. BGH NJW 1998, 302, 304 m.w.N.; BGH NJW 1998, 898, 899) im Erwerb des Grundstücks und in der damit verbundenen Beeinträchtigung seiner Vermögensdispositionen gesehen werden, selbst wenn das Grundstück bei objektiver Betrachtung seinen Preis wert wäre. Allerdings ist fraglich, ob die Pflichtverletzung durch F für diesen Schaden ursächlich war. Hätte F den A richtig informiert, hätte er das Grundstück entweder gar nicht oder jedenfalls nicht ohne vorherige Aufforderung an E zur Genehmigung (§ 1366 III 1 BGB) erworben. Andererseits könnte man argumentieren, dass der Vertrag ja letztlich (von Anfang an oder jedenfalls durch Konvaleszenz mit dem Tod des E) wirksam war, es also möglicherweise am Schutzzweckzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden fehlt.- Darüber hinaus lässt sich argumentieren, durch die Zulassung eines auf Naturalrestitution gerichteten Anspruchs aus *cic* würden in Fällen wie dem vorliegenden die Regeln der Anfechtung und Sachmängelgewährleistung, insbesondere die mit ihnen verbundenen, den Verkäufer schützenden und generell die Interessen beider Parteien ausbalancierenden Regelungen (hier vor allem die Frist des § 124 I BGB) unterlaufen (vgl. zur Kritik an der Rspr. nur *S. Lorenz*, JZ 1998, 1053 ff.; *Lieb*, Festschrift Medicus, 1999, 337 ff. m.w.N.). Daher erscheint sowohl die Bejahung als auch die Ablehnung eines Anspruchs des A gegen F aus *cic* vertretbar.
  - (2) Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB: § 263 StGB ist Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB. Durch ihre Falschangaben über den Gesamtvermögensumstand hat F den A getäuscht und bei ihm einen Irrtum darüber hervorgerufen. Dadurch hat A eine Vermögensverfügung vorgenommen, indem er den Kaufvertrag mit F schloss. Problematisch ist aber auch hier der Kausalzusammenhang zwischen irrtumsbedingter Vermögensverfügung und Schaden. Daher erscheint die Ablehnung eines Anspruchs aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB hier wiederum ebenso vertretbar wie seine Bejahung. Die Anspruchskonkurrenz im Verhältnis zu Irrtumsanfechtung bzw. Sachmängelhaftung ist bei Deliktsansprüchen dagegen - anders als bei *cic* - wegen der anderen Schutzrichtung der Deliktvorschriften weitgehend unproblematisch.
  - (3) Schließlich ist an einen Anspruch aus § 826 BGB zu denken. Die bewusste Täuschung des A durch F über den Gesamtvermögensumstand kann als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des A angesehen werden. Fraglich ist jedoch auch hier die Kausalität der Täuschung für den Vermögensschaden des A. Daher

hängt die Annahme oder Ablehnung eines Anspruchs aus § 826 BGB ebenfalls entscheidend von der diesbezüglichen Argumentation ab.

- c) Bejaht man einen Anspruch des A gegen F auf Schadensersatz, der im Wege der Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB) auf Vertragsaufhebung gerichtet ist, steht dem Anspruch der F gegen A auf Vertragserfüllung der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegen. Andernfalls bleibt der Zahlungsanspruch der F gegen A bestehen.

## **B. Ansprüche des M gegen A**

### **I. Anspruch auf DM 9.000,-- als Maklerprovision aus Maklervertrag, § 652 I 1 BGB**

1. Ein Maklervertrag ist zwischen M und abgeschlossen worden. Falls die 75 %-Klausel nichtig sein sollte, so berührt dies nicht den Gesamtvertrag (vgl. § 6 AGBG).

2. M hat die Maklertätigkeit erbracht.

3. Ferner muss der gewünschte Vertrag aufgrund der dem Auftraggeber bekannten Maklertätigkeit rechtsgültig zustande gekommen sein.

- a) Der Kaufvertrag zwischen F und A ist (je nach oben vertretener Ansicht am 01.03.2000 oder mit dem Tod des E Ende Februar 2001) - zunächst - rechtsgültig zustande gekommen.

- b) Falls man unter A.II. zu dem Ergebnis gelangt ist, dass F von A nicht mehr Erfüllung des Kaufvertrags verlangen kann, ist zu prüfen, ob dieser Umstand dem Maklerlohnanspruch des M entgegensteht.

Der Maklerlohnanspruch ist dann zu verneinen, wenn der gewünschte Vertrag nachträglich wegen einer *im Vertragsschluss selbst liegenden Unvollkommenheit* wieder beseitigt worden ist, also wegen eines Umstandes, der einen wirksamen Abschluss des Hauptvertrags verhindert oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lässt (wie z.B. eine erfolgreiche Anfechtung). Dagegen besteht der Maklerlohnanspruch weiter, wenn lediglich Umstände vorliegen, die ohne eine im Vertragsschluss selbst liegende Unvollkommenheit lediglich die Leistungspflichten aus dem Vertrag beseitigen (wie z.B. Rücktritt vom Vertrag). Sofern allerdings ein Beendigungsgrund der zweiten Gruppe an die Stelle eines im Vertragsschluss selbst liegenden Umstandes (im Sinne der ersten Gruppe) tritt, soll nach neuester Rspr. der Maklerlohnanspruch auch entfallen (vgl. insb. BGH NJW 2001, 966).

Vorliegend kommt als Unwirksamkeitsgrund ein Schadensersatzanspruch des A gegen die F wegen deren falscher Angaben im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss (vgl. zum Anspruch aus *cic* auch OLG Hamm NJW-RR 1991, 249) oder aber ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Der in Frage stehende „Mangel des Vertrages“ lag also von Anfang an vor oder entstand sogar schon vor Vertragsschluss. Zudem könnte man argumentieren, dass ein solcher Schadensersatzanspruch an die Stelle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung tritt. Allerdings stellen die neueste Rechtsprechung und die

h.M. für das Entfallen des Maklerlohnanspruchs in derartigen Fällen eine zusätzliche Voraussetzung auf: Der Anspruch kann nur entfallen, wenn das Anfechtungsrecht noch bestand, insbesondere die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen war (vgl. nur BGH NJW 2001, 966, 967; dazu z.B. *Keim*, NJW 2001, 3168, 3169). Das lässt sich damit begründen, dass erst bei vollzogener Anfechtung das Rechtsgeschäft, auf dem der Provisionsanspruch des Maklers beruht, rückwirkend entfällt. Folgt man dieser Ansicht, bleibt der Provisionsanspruch des M im vorliegenden Fall wegen des Ablaufs der Anfechtungsfrist nach § 124 I BGB in voller Höhe (9.000,-- DM) bestehen. Folgt man der Gegenmeinung, die davon ausgeht, dass die Anfechtbarkeit trotz Fristablaufs die wirtschaftliche Gleichwertigkeit von berechtigtem und zustande gekommenem Hauptvertrag in Frage stellen kann (so - insbesondere für § 119 II BGB - *Staudinger-Reuter*, §§ 652, 653 Rn. 83), kommt eventuell eine Ablehnung des Provisionsanspruchs des M gegen A aus § 652 I BGB in Betracht. Problematisch ist jedoch auch hier, dass der Vertrag letztlich nicht mehr nach §§ 1365, 1366 BGB unwirksam war.

## II. Anspruch auf DM 6.750,-- aus Ziffer 8 des Maklervertrags

Hat man oben einen Provisionsanspruch des M gegen A verneint, ist zu prüfen, ob M von A aufgrund von Ziffer 8 des Maklervertrags zumindest 6.750,- DM verlangen kann. (Falls man einen Provisionsanspruch des M bejaht hat, kommt eine Prüfung der Wirksamkeit von Ziffer 8 des Maklervertrags im Hilfsgutachten in Betracht.)

1. Ein Maklervertrag ist zustande gekommen (s.o. B.I.1).
2. Fraglich ist, ob Ziffer 8 des Maklervertrags nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam ist, § 6 I AGBG.
  - a) Die Anwendbarkeit des AGBG richtet sich nach § 1 AGBG. Die Voraussetzungen des § 1 I 1 AGBG liegen vor. Formularverträge fallen in allen vorformulierten Teilen unter die AGB-Definition, unabhängig davon, ob es sich um die Festlegung der Hauptleistung oder um Nebenabreden handelt. Maklerverträge stellen einen typischen Fall solcher nach AGBG zu beurteilenden Formularverträge dar. Aus dem Sachverhalt ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die fragliche Klausel einzeln ausgehandelt wurde, § 1 II AGBG.
  - b) Einbeziehung der Klausel in den Vertrag:
    - (1) Normalerweise richtet sich die Einbeziehung in den Vertrag nach § 2 AGBG.
    - (2) Hier ist jedoch § 2 AGBG wegen § 24 S. 1 AGBG nicht anwendbar, da A Unternehmer ist (§ 13 BGB). Es ist daher lediglich eine rechtsgeschäftliche Einbeziehungsvereinbarung erforderlich. Da A den Formularvertrag unterschrieben hat, liegt eine solche Einbeziehung vor.
  - c) Ziffer 8 könnte als überraschende Klausel nach § 3 AGBG nicht in den Vertrag einbezogen sein.
    - (1) § 3 AGBG ist auch auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet

- werden, anwendbar, da die Vorschrift in § 24 S. 1 AGBG nicht genannt ist.
- (2) Überraschend ist eine Klausel, die dazu dient, dem Vertrag abweichend vom äußeren Erscheinungsbild einen qualitativ anderen Charakter zu geben. Eine AGB-Klausel, die dem Verwender abweichend von § 652 I BGB unter bestimmten Voraussetzungen einen erfolgsunabhängigen Anspruch auf die Maklerprovision gewährt, ist überraschend.  
Geht man davon aus, dass durch Ziffer 8 entgegen § 652 I BGB eine *erfolgsunabhängige Provision* ausbedungen wurde, müsste § 3 AGBG bejaht werden (vertretbare Lösung).
- d) Man kann jedoch auch annehmen, dass Ziffer 8 der AGB einen Aufwendungsersatz nach § 652 II BGB enthält. Dann ist eine Inhaltskontrolle bezüglich dieser Klausel durchzuführen.
- (1) § 10 Nr. 7 AGBG ist wegen § 24 S. 1 AGBG unanwendbar.
- (2) Jedoch könnte § 9 II Nr. 1 AGBG eingreifen, der auch bei AGB, die gegenüber Unternehmern verwendet werden, anzuwenden ist (vgl. § 24 S. 2 AGBG). Die Klausel weicht zum Nachteil des A von wesentlichen Grundgedanken des § 652 BGB ab (vgl. z.B. *Keim*, NJW 2001, 3168, 3170). Sofern eine Vereinbarung nach § 652 II BGB in AGB überhaupt zulässig ist (dazu *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, Anh. §§ 9 - 11 Rn. 490), sind jedenfalls 75 % der Maklerprovision als Aufwendungsersatz viel zu hoch (dazu ausführlich LG Frankfurt/M. BB 1976, 1531 ff.; OLG Düsseldorf NJW 1972, 1816 ff.).
- e) Je nachdem, ob man die Klausel als überraschend (§ 3 AGBG) oder als gegen § 9 II Nr. 1 AGBG verstoßend ansieht, ist Ziffer 8 der AGB des M nach § 6 I AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam. Jedenfalls hat M gegen A daraus keinen Anspruch auf Zahlung von DM 6.750,--.