

Ausgewählte Fragen des Maklerrechts

von

Wolfgang Lehner

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft Baurecht
im Anwaltsverein Heidelberg e. V.
am 22.07.2008 im Hause der
Industrie- und Handelskammer Rhein-Neckar
Hans-Böckler-Straße 4, 69115 Heidelberg

Inhalt:

I.	<u>Der Maklervertrag</u>	
1.	Zustandekommen des Vertrages	1
2.	Laufzeit des Vertrages	1
3.	Rechtlicher Charakter des Vertrages	2
II.	<u>Inhalt des Maklervertrages</u>	2
1.	Tätigkeit des Maklers	3
a)	Nachweistätigkeit	3
b)	Vermittlungstätigkeit	5
2.	Arten des Maklervertrages	5
a)	Der einfache Maklervertrag	5
b)	Der allgemeine Alleinauftrag (<i>ausführlich S. 17</i>)	6
c)	Der qualifizierte Alleinauftrag (<i>ausführlich S. 20</i>)	6
3.	Die Provision (§ 652 BGB: Der „Maklerlohn“)	7
a)	Die Voraussetzungen für die Entstehung	7
b)	Höhe der Provision	7
c)	Das Provisionsverlangen	8
4.	Der Aufwendungsersatzanspruch (§ 652 Abs. 2 BGB)	11
III.	<u>Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen</u>	12

IV.	<u>Besonderheiten bei Maklerverträgen mit Mietinteressenten (WoVermG)</u>	14
V.	<u>Das Exposé</u>	15
VI.	<u>Der Alleinauftrag</u>	17
1.	Der allgemeine Alleinauftrag	17
2.	Der qualifizierte Alleinauftrag	20
VII.	<u>Häufig auftretende Probleme bei der Durchsetzung des Provisionsanspruchs</u>	21
1.	Der Vorkenntniseinwand	21
2.	Die Unterbrechung der Kausalität	23
3.	Die unzulässige Doppeltätigkeit	26
4.	Die Verflechtungsproblematik	28
5.	Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit	29
6.	Erwerb durch Dritte	31
VIII.	<u>Das selbständige Provisionsversprechen</u>	32
IX.	<u>Die „Maklerklausel“ im notariellen Kaufvertrag</u>	34

X.	<u>Gefährdung oder Verlust des Provisionsanspruchs</u>	36
1.	Verwirkung des Provisionsanspruchs	36
2.	Provision bei Rücktritt vom Hauptvertrag	37
3.	Provision bei Anfechtung des Hauptvertrages	38
4.	Provision bei Erwerb in der Zwangsversteigerung	39
5.	Provision bei wirtschaftlichem Scheitern des Hauptvertrages	40
XI.	<u>Der Auskunftsanspruch des Maklers</u>	41
XII.	<u>Schadenersatzansprüche des Maklers bei Weitergabe erhaltener Informationen an Dritte</u>	42

I. Der Maklervertrag

1. Zustandekommen des Vertrages

Der Maklervertrag kommt zustande wie jeder andere Vertrag: Die eine Vertragspartei muss das Angebot der anderen Vertragspartei auf Abschluss des Vertrages **annehmen**.

Der Abschluss des Maklervertrages bedarf keiner bestimmten Form. Er kann

- mündlich
- schriftlich
- durch Zeichen oder
- durch konkludentes Verhalten

abgeschlossen werden.

Schweigen auf ein Vertragsangebot bedeutet grundsätzlich nicht dessen Annahme. Ausnahme: Das Schweigen auf ein sog. kaufmännisches Bestätigungsschreiben (*gilt nur im geschäftlichen Verkehr*).

2. Laufzeit des Vertrages

Der einfache Maklervertrag läuft grundsätzlich **unbefristet**. Er endet entweder mit der erfolgreichen Tätigkeit des Maklers (*der Hauptvertrag wird abgeschlossen*) oder durch Erklärung einer der Vertragsparteien.

Für den **Alleinauftrag** gelten besondere Regelungen.

3. **Rechtlicher Charakter des Vertrages**

Der Maklervertrag ist kein gegenseitiger Vertrag. Er verpflichtet den Makler nicht zum Tätigwerden (*anders: Alleinauftrag*). Der Maklerkunde ist zur Zahlung der Provision erst und nur dann verpflichtet, wenn aufgrund der Tätigkeit des Maklers der Hauptvertrag zustande kommt. Endet der Maklervertrag, ohne dass der Hauptvertrag abgeschlossen wurde, erhält der Makler keine Provision.

Der Maklervertrag ist **kein** Dienstvertrag. Der Makler erhält keine Vergütung für seine erbrachte Tätigkeit. Vergütet wird ausschließlich der Erfolg und zwar unabhängig davon, wie umfangreich die vom Makler hierfür erbrachte Tätigkeit war.

II. **Inhalt des Maklervertrages**

Der Inhalt des Maklervertrages ist in **§ 652 BGB** wie folgt geregelt:

*„Wer für den **Nachweis** der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die **Vermittlung** eines Vertrages einen Maklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag in Folge des Nachweises oder in Folge der Vermittlung des Maklers zustande kommt.“*

Gegenstand des Maklervertrages ist nicht, wie häufig angenommen wird, der Nachweis oder die Vermittlung eines „Objektes“, sondern

der „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages“ oder die „Vermittlung eines Vertrages“.

Gegenstand der Nachweis- und/oder Vermittlungstätigkeit des Maklers ist mithin die **Vertragsgelegenheit**.

1. Tätigkeit des Maklers

Die Tätigkeit des Maklers besteht also entweder in dem „**Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages**“ (Nachweistätigkeit) oder in der „**Vermittlung eines Vertrages**“ (Vermittlungstätigkeit).

Für sonstige Tätigkeiten erhält der Makler **keine Provision!**

a) Nachweistätigkeit

Der BGH hat in seinem Urteil vom 06.07.2006 (BGH NJW 2006, 3062 m. w. N.) die Nachweistätigkeit wie folgt definiert:

„Die dem Nachweismakler obliegende Maklerleistung besteht gemäß § 652 Abs. 1 BGB in dem ‚Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages‘. Nach der Rechtsprechung des BGH ist damit eine Mitteilung des Maklers an seinen Kunden gemeint, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Da der Kunde derartige Verhandlungen nur einleiten kann, wenn er auch erfährt, an wen er sich wegen des angestrebten Vertrags wenden muss, wird der Immobilienmakler seinem am Kauf oder an der Anmietung interessierten Kunden im Allgemeinen nicht nur das konkrete Grundstück zur Kenntnis bringen, sondern auch den Namen und die Anschrift des möglichen Verkäufers oder Vermieters nennen.“

Dies ist folgerichtig, da nicht das „Objekt“, sondern die „Vertragsgelegenheit“ nachzuweisen ist.

Ausnahmsweise reicht die Benennung des Objektes dann aus, wenn der Maklerkunde Name und Anschrift des potentiellen Vertragspartners mit der Benennung des Objekts ohnehin erfährt (*wenn der Verkäufer beispielsweise selbst in dem Objekt wohnt*) oder wenn es dem Maklerkunden zunächst auf die Nennung des Namens des Verkäufers und dessen Anschrift nicht ankommt (*weil er sich etwa zunächst nur darüber informieren will, ob das Objekt für ihn überhaupt geeignet ist*) (vgl. hierzu BGH a. a. O. Ziff. 14). In diesen Fällen ist es nicht provisionsschädlich, wenn der Makler den Namen des Verkäufers oder Vermieters nicht nennt, weil durch den gegebenen (*unvollständigen*) Nachweis das Interesse des Auftraggebers – jedenfalls zunächst – voll befriedigt wird.

b) Vermittlungstätigkeit

„**Vermitteln**“ im Sinne des § 652 BGB verlangt Verhandeln mit **der anderen Seite**, mit dem Ziel, einen Vertrag mit dem eigenen Auftraggeber zustande zu bringen. Es ist weder notwendig noch ausreichend, dass der Makler **seinem Auftraggeber** mit Rat und Tat zur Seite steht (*Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Auflage, Rd.-Nr. 225 m. w. N.*). Erforderlich ist, dass er Verbindung **zum Dritten** aufnimmt und **auf diesen** einwirkt, einen Vertrag mit seinem Auftraggeber abzuschließen.

In seinem Urteil vom 19.09.1991 hat das Oberlandesgericht Koblenz (*OLG Koblenz NJW-RR 1992, 891, 892*) dies wie folgt formuliert:

*„Entscheidend ist die Aufnahme des Kontaktes mit der **Gegenseite**. Auf sie muss der Makler einwirken mit dem Ziel, das Geschäft mit dem Auftraggeber zustande zu bringen.“*

Vermitteln setzt mithin eine Einwirkung auf die Willensentschließung des vorgesehenen Vertragspartners des Auftraggebers voraus (*BGH NJW-RR 1987, 1108; BGH BB 1968, 148; Dehner, NJW 1997, 18, 21, Fischer, NJW 2008, 183*).

Vermittlungstätigkeit in diesem Sinne ist die bewusste finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners (*BGH NJW 1976, 1844; Mächle, Maklerrecht von A-Z, 2. Auflage Stichwort „Vermittlungsmakler“*). Dabei reicht nicht jede Tätigkeit aus. Die Einwirkung auf die Willensentscheidung des anderen Teils muss vielmehr eine „gewisse Stärke“ haben (*Zopfs, Das Maklerrecht in der neueren höchstrichterlichen Rechtssprechung, 3. Auflage, Rd.-Nr. 31 m. w. N.*).

2. Arten des Maklervertrages

a) Der einfache Maklervertrag

Wird nichts anderes vereinbart, kommt zwischen dem Makler und seinem Kunden ein **einfacher Maklervertrag** zustande. Der Makler ist in der Regel nicht zum Tätigwerden verpflichtet. Bleibt er untätig, wird er vermutlich auch keine Provision verdienen. Der Makler wird also schon im eigenen Interesse eine Erfolg versprechende Tätigkeit entfalten.

Beim einfachen Maklerauftrag ist der Kunde berechtigt, weitere Makler einzuschalten oder eigene Verkaufs- oder Erwerbsbemühungen zu unternehmen. Es besteht deshalb die Möglichkeit, dass sich der Maklerauftrag erledigt, bevor der Makler seine Nachweis- und/oder Vermittlungstätigkeit erfolgreich abschließen konnte. Für diesen Fall erhält der Makler trotz der erbrachten Tätigkeit keine Provision.

Der einfache Maklervertrag stellt deshalb für den Makler keine befriedigende Lösung dar.

b) Der allgemeine Alleinauftrag

Vereinbart der Makler mit seinem Kunden einen allgemeinen Alleinauftrag, ist es dem Kunden während der Laufzeit des Vertrages untersagt, weitere Makler zu beauftragen oder sich die Dienste anderer Makler gefallen zu lassen. Da der Begriff des allgemeinen Alleinauftrages gerade in Verbraucherkreisen nicht als bekannt vorausgesetzt werden kann, empfiehlt es sich in jedem Fall formularmäßig auf das Wesen des Alleinauftrages hinzuweisen.

Als Gegenleistung ist der Makler – anders als beim einfachen Maklervertrag – zum Tätigwerden verpflichtet.

c) Der qualifizierte Alleinauftrag

Im Gegensatz zum allgemeinen Alleinauftrag ist der qualifizierte Alleinauftrag dadurch gekennzeichnet, dass es dem Maklerkunden während der Laufzeit des Vertrages nicht nur untersagt ist, andere Makler zu beauftragen und/oder sich die Dienste anderer Makler gefallen zu lassen. Der Maklerkunde ist darüber hinaus verpflichtet, eigene Verkaufsbemühungen zu unterlassen und eigene Interessenten an den Makler zu verweisen. Ferner verpflichtet er sich in der Regel, den Makler zu etwaigen Vertragsverhandlungen mit eigenen Interessenten hinzuzuziehen (*sog. Hinzuziehungs- und Verweisungsobliegenheit*). Hierdurch ist sichergestellt, dass der Makler während der Laufzeit des Alleinauftrages eine Gewähr dafür hat, dass es allein seinem Geschick obliegt, eine Vertragsgelegenheit nachzuweisen und/oder zu vermitteln. Ein Makler wird deshalb stets bestrebt sein, mit seinem Auftraggeber (*in der Regel dem Verkäufer*) einen qualifizierten Alleinauftrag abzuschließen.

Als Gegenleistung ist der Makler auch hier – anders als beim einfachen Maklerauftrag – zum Tätigwerden verpflichtet.

3. Die Provision (§ 652 BGB: Der „Maklerlohn“)

a) Die Voraussetzungen für die Entstehung des Provisionsanspruchs

- aa) Es muss ein wirksamer Maklervertrag abgeschlossen worden sein.
- bb) Der Makler muss eine Maklertätigkeit (*Nachweis und/oder Vermittlung*) erbracht haben.
- cc) Der Hauptvertrag (*in der Regel notarieller Kaufvertrag*) muss abgeschlossen worden sein.
- dd) Die Maklertätigkeit muss für den Abschluss des Hauptvertrages kausal (= *ursächlich*) gewesen sein.
- ee) Der Hauptvertrag darf nicht nachträglich wegen eines immanenten Mangels unwirksam geworden sein.

b) Höhe der Provision

aa) Gesetzliche Regelung (§ 653 Abs. 2 BGB):

Die Höhe der Provision ist frei verhandelbar. Wird die Höhe der Provision nicht ausdrücklich vereinbart, gilt § 653 Abs. 1 BGB: Danach gilt eine Provision als stillschweigend vereinbart, „*wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist*“. Diese gesetzliche Regelung wird sehr einschränkend ausgelegt. In der Regel muss eine Provision stets ausdrücklich vereinbart werden.

Vereinbaren die Parteien zwar eine Provision, nicht aber deren Höhe, gilt § 653 Abs. 2 BGB: Für diesen Fall ist „*der übliche Lohn als vereinbart anzusehen*“. Was dem üblichen Lohn entspricht, richtet sich nach den regionalen Gepflogenheiten. In den meisten Bundesländern be-

- 8 -

trägt die übliche Provision jeweils 3% zzgl. Mehrwertsteuer vom Verkäufer und Käufer. In Hessen zahlt üblicherweise nur der Käufer 5% des Kaufpreises zzgl. Mehrwertsteuer. Diese Regelung hat sich auch im nördlichen Landesteil von Rheinland-Pfalz eingebürgert.

Da es Grenzfälle gibt, ist es stets sinnvoll, die Höhe der Provision ausdrücklich zu vereinbaren.

bb) Verschiedene Arten der Provisionsvereinbarung

- Prozentsatz vom Kaufpreis
- Festbetrag
- Höchstbetrag
- Übererlösklausel
- Sonstiges

c) **Das Provisionsverlangen**

Ein Provisionsanspruch steht dem Makler nur und ausschließlich dann zu, wenn mit dem Kunden eine entsprechende Provisionsvereinbarung abgeschlossen wurde (*Ausnahme: § 653 Abs. 1 BGB*). Häufig fehlt es an einer solchen Vereinbarung. Zahlreiche Prozesse werden um die Frage geführt, ob der Makler mit seinem Kunden eine Provisionsvereinbarung abgeschlossen hat.

Der Bundesgerichtshof hat hierzu in ständiger Rechtsprechung folgenden Grundsatz entwickelt (*BGH NJW-RR 2007, 400, 401*):

„Derjenige, der sich an einen Makler wendet, der mit ‚Angeboten‘ werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt, erklärt damit noch nicht schlüssig seine Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision für den Fall, dass ein Vertrag über das angebotene Objekt zustande kommt.“

Die Begründung des BGH für diese vielfach gezeigte Rechtsprechung ist folgende:

„Der Interessent darf nämlich, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will. Ohne weiteres braucht der Kaufinteressent in einem solchen Fall nicht damit zu rechnen, dass der Makler auch von ihm eine Provision erwartet.“

Es ist deshalb **unabdingbar**, dass der Makler den Kaufinteressenten vor Beginn seiner Tätigkeit unmissverständlich und – nach Möglichkeit nachweisbar – darauf hinweist, dass er **von ihm** – dem Kaufinteressenten – eine Provision verlangt. Nimmt der Kaufinteressent daraufhin in Kenntnis dieses Provisionsverlangens sogenannte maklertypische Leistungen in Anspruch, kommt der Maklervertrag **konkludent** zustande. Hierzu der BGH (a. a. O.):

„Nach der genannten Rechtsprechung ist die Situation aber anders, wenn der Makler den Kaufinteressenten unmissverständlich auf eine von ihm im Erfolgsfall zu zahlende Käuferprovision hingewiesen hat. Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrages annehmen will.“

Diese Rechtsprechung hat schon viele Provisionsansprüche gerettet, vorausgesetzt, dem Makler gelang es, sein „unmissverständliches“ Provisionsverlangen zu beweisen. „Unmissverständlich“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Kaufinteressent das Provisionsverlangen tatsächlich zur Kenntnis nehmen konnte. In einer Nachweisbestätigung versteckte Provisionsverlangen genügen dieser Anforderung möglicherweise nicht. Dasselbe gilt für ein im Exposé an unauffällig-

- 10 -

er Stelle untergebrachtes Provisionsverlangen. Gerichte haben gelegentlich argumentiert, in einer Nachweisbestätigung erwarte ein Kunde die Bestätigung eines Nachweises, im Exposé die Beschreibung eines Objektes, nicht aber ein Provisionsverlangen. Hier gilt also der Grundsatz: **Je deutlicher, umso besser**.

Dies bedeutet: Die bloße Entgegennahme maklertypischer Leistungen ohne vorheriges ausdrückliches Provisionsverlangen seitens des Maklers führt nicht zum Abschluss eines Maklervertrages. Danach reicht beispielsweise auch die Besichtigung des Verkaufsobjektes zusammen mit dem Makler für einen schlüssigen Vertragsabschluss nicht aus, wenn der Makler nicht **zuvor** ausdrücklich auf sein Provisionsverlangen hingewiesen hat (*st. Rspr. BGH NJW-RR 1999, 361; BGH NJW-RR 1996, 114 m. w. N.; OLG Koblenz NJW-RR 1997, 75; OLG Düsseldorf MDR 1998, 1341; BGH NJW 2002, 817; OLG Rostock NJW-RR 2006, 857; BGH NJW-RR 2007, 400, 401*).

Erforderlich ist stets, dass der Maklerkunde **in Kenntnis des Provisionsverlangens des Maklers** maklertypische Leistungen in Anspruch nimmt (*Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Auflage, Rd.-Ziff. 98 ff.; Wegener/Sailer/Raab, Der Makler und sein Auftraggeber, 5. Auflage, Rd.-Ziff. 36; Mächle, a. a. O., Stichwort „Maklervertrag“; Palandt BGB, 66. Auflage, § 652 Rd.-Ziff. 4*). Erbringt der Makler beispielsweise durch die Übergabe eines Exposés maklertypische Leistungen, ohne dass er zuvor auf seinen Provisionsanspruch hingewiesen hat, kommt kein Maklervertrag zustande. Die bloße Entgegennahme des Exposés, in dem ein Hinweis auf das Entstehen einer Provisionsforderung zu Lasten des Käufers enthalten ist, führt – für sich allein – nicht zum Abschluss eines Maklervertrages. Nutzt der Kunde die im Exposé enthaltenen Angaben aus und schließt – ohne weitere Hinzuziehung des Maklers – den Kaufvertrag ab, steht dem Makler ein Provisionsanspruch nicht zu (*OLG Rostock NJW-RR 2006, 857, 858*).

4. Der Aufwendungsersatzanspruch

Da der Provisionsanspruch nur und erst im Erfolgsfall (*Abschluss des Hauptvertrages*) entsteht, hat der Makler bei einem erfolglosen Abschluss seiner Tätigkeit keinen Anspruch auf irgendeine Vergütung oder auf Kostenersatz gegen seinen Auftraggeber, wenn er mit diesem nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart hat. Er bleibt mithin auf sämtlichen Kosten sitzen.

Etwas anderes gilt, wenn der Makler mit seinem Kunden ausdrücklich die Erstattung der ihm entstandenen Auslagen vereinbart hat. Eine solche Vereinbarung ist grundsätzlich möglich. § 652 Abs. 2 BGB lautet wie folgt:

*„Aufwendungen sind dem Makler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist.
Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt.“*

Trifft der Makler mit seinem Auftraggeber eine entsprechende Vereinbarung, kann er mithin die ihm bei der Ausführung des Auftrages tatsächlich entstandenen Aufwendungen ersetzt verlangen. Aufwendungsersatz ist **Kostenersatz**. Der Makler kann also im Gewande des Aufwendungsersatzes keine erfolgsunabhängige Provision berechnen, etwa Zeitaufwand für Besprechungen, Besichtigungen o. ä.. Zum Aufwendungsersatz gehören nur die tatsächlich entstandenen Kosten wie Inseratskosten, Fahrtkosten, Telefonkosten, Kopierkosten u. a. (*vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 1426*).

Der Aufwendungsersatz kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Auch eine Pauschalierung ist möglich. Die Rechtsprechung akzeptiert hier einen „*mäßigen Höchstbetrag*“, der allerdings maximal bei 8 bis 9% des im Erfolgsfall entstehenden Provisionsanspruchs liegen sollte. Alles darüber hinaus ist kritisch. Es kann auch eine Pauschalierung der jeweiligen Positionen erfolgen. Diese Pauschalierung muss sich jedoch an den tatsächlichen Kosten orientieren (*BGH NJW 1987, 1634*).

- 12 -

Auf keinen Fall darf versucht werden, im Gewande des Aufwendungsersatzes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine erfolgsunabhängige Provision durchzusetzen. Solche Klauseln sind stets unwirksam.

III. Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann grundsätzlich nur geregelt werden, was den Vertragspartner nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine solche unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Grundsätzlich bedeutet dies für den Makler, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts wirksam vereinbart werden kann, was von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages abweicht. Damit kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere keine erfolgsunabhängige Provision vereinbart werden, gleich wie sie bezeichnet wird. Ferner kann nicht vereinbart werden, dass die Provision – auch bei Eintritt des Erfolgs – unabhängig davon bezahlt werden muss, ob der Makler eine für den Erfolg wesentliche und kausale Maklerleistung (*Nachweis und/oder Vermittlungstätigkeit*) erbracht hat.

Dies bedeutet aber nicht, dass nicht doch zahlreiche wichtige Punkte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt werden können. So können die Pflichten des Kunden bei Abschluss eines **allgemeinen Alleinauftrages** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt werden. Dasselbe gilt für eine **Schadenersatzpflicht** bei Weitergabe der vertraulich erteilten Informationen an Dritte. **Auskunftsansprüche** des Maklers gegen

seinen Auftraggeber können in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ebenso wirksam geregelt werden (*BGH NJW-RR 2006, 496, 498; Schwerdtner/Hamm, a. a. O. Rd.-Ziff. 640 ff.*) wie das **Recht auf Grundbucheinsicht** (*Schwerdtner/Hamm, a. a. O. Rd.-Ziff. 639 m. w. N.*).

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (*Verwender*) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (§ 305 *abs. 1 BGB*). Individuelle Vereinbarungen im Einzelfall sind mithin **keine** Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Häufig ist schon an der äußeren Form erkennbar, ob es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen oder individuelle Vereinbarungen handelt. Die äußere Form ist jedoch lediglich ein Indiz für den Charakter der Vereinbarung. Auch handschriftliche oder sogar mündliche Vereinbarungen können Allgemeine Geschäftsbedingungen sein, genauso wie es sich bei einem gedruckten Text um eine Individualvereinbarung handeln kann.

Verwendet der Makler Allgemeine Geschäftsbedingungen, können auch diese zu einer Individualabrede werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Makler bereit war, die betreffenden Klauseln ernsthaft zur Disposition zu stellen. In einem Aufsatz von Schwerdtner (*NJW 1990, 369, 370*) heißt es hierzu kritisch:

„Wie führt man den Beweis, dass man ‚ernsthaft‘ bereit war, die einzelnen Klauseln zum Gegenstand von Verhandlungen zu machen? Nötigt dies die Maklerunternehmen nicht dazu, ein Beschäftigungsprogramm aufzulegen, in dessen Rahmen Angestellte neu eingestellt werden, um mit dem Kunden die einzelnen Punkte zwei- oder dreimal durchzugehen, um mehrfach Verhandlungsbereitschaft kund zu tun?“

Letztlich sollten sich deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen stets im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen. Alles andere führt im Streitfall zu unkalkulierbaren Prozessrisiken.

IV. **Besonderheiten bei Maklerverträgen mit Mietinteressenten**

Für den Makler, der für einen Wohnungs- Mietinteressenten provisionspflichtig tätig ist, gilt das **Wohnungsvermittlungsgesetz** (*WoVermittG*). Danach unterliegt die provisionspflichtige Tätigkeit des Maklers einigen Einschränkungen. Die näheren Einzelheiten sind in § 2 des Gesetzes geregelt. Danach besteht ein Provisionsanspruch nicht, wenn

- *durch den Mietvertrag ein Mietverhältnis über dieselben Wohnräume fortgesetzt, verlängert oder erneuert wird,*
- *der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Eigentümer, Verwalter, Mieter oder Vermieter der Wohnungsvermittler ist,*
- *der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Eigentümer, Verwalter oder Vermieter eine juristische Person ist, an der der Wohnungsvermittler rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist, oder*
- *der Mietvertrag über öffentlich geförderte Wohnungen oder über sonstige preisgebundene Wohnungen abgeschlossen wird.*

Die Höhe der Provision darf zwei Monatsmieten zzgl. Mehrwertsteuer nicht übersteigen (§ 3 *WoVermittG*).

Ordnungswidrig handelt, wer die Provision nicht „*in einem Bruchteil oder Vielfachen der Monatsmiete angibt*“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 *WoVermittG*). Ordnungswidrig handelt ferner, wer mehr als zwei Monatsmieten Provision zzgl. Mehrwertsteuer verlangt (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 *WoVermittG*), wer Wohnraum anbietet, ohne hierzu einen Auftrag zu haben (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 *WoVermittG*) und wer in seiner Werbung oder in seinen Angeboten bestimmte Angaben nicht macht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 *WoVermittG*).

V. Das Exposé

Ein Exposé ist nirgendwo zwingend vorgeschrieben. Gleichwohl ist es das Aushängeschild des Maklers. Es sollte deshalb nicht nur ansprechend, sondern auch sorgfältig gestaltet sein.

Die im Exposé enthaltenen Angaben sind oft maßgeblich für die Kaufentscheidung des Interessenten. Die Angaben müssen deshalb **richtig** sein.

In dem Exposé gibt der Makler Informationen weiter, die er zuvor vom Eigentümer erhalten hat. Eigene Erkundigungen stellt der Makler in der Regel nicht an. Dies muss er grundsätzlich auch nicht, wie die Rechtsprechung bereits mehrfach entschieden hat.

In einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.01.2007 (*BGH NJW-RR 2007, 711*) heißt es hierzu:

„Es gilt also für den Makler weiterhin, dass er Informationen, die er von dem Verkäufer erhalten hat, grundsätzlich ungeprüft weitergeben darf. Das setzt allerdings voraus, dass der Makler die betreffenden Informationen – insbesondere wenn er diese in einem eigenen Exposé über das Objekt herausstellt – mit der erforderlichen Sorgfalt eingeholt und sondiert hat; dazu gehört, dass der Makler keine Angaben der Verkäuferseite in sein Exposé aufnimmt, die nach den in seinem Berufsstand vorauszusetzenden Kenntnissen ersichtlich als unrichtig, nicht plausibel oder sonst als bedenklich einzustufen sind. Hiervon abgesehen schuldet der Makler seinem Auftraggeber grundsätzlich keine Ermittlungen; insbesondere darf er im Allgemeinen auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers vertrauen.“

Danach ist der Makler lediglich sogenannter Wissensvertreter. Ihm obliegt im Allgemeinen keine eigene Erkundigungs- oder Nachprüfungspflicht.

Ungeachtet dessen kommt es häufig zu Prozessen zwischen Verkäufer und Käufer über die im Exposé enthaltenen Angaben (*die sich nachträglich als unrichtig heraus*

stellten). Verkäufer neigen in dieser Situation gelegentlich zu der Argumentation, die im Exposé enthaltenen Angaben stammten nicht von ihnen, sondern unmittelbar vom Makler. Der Makler kann dann oft den Gegenbeweis nicht bringen, obwohl er tatsächlich alle Informationen vom Verkäufer erhalten hat. Es empfiehlt sich daher, im Exposé folgenden Text aufzunehmen:

„Die in diesem Exposé und etwaigen Anlagen und Plänen enthaltenen Angaben und Objektbeschreibungen beruhen ausschließlich auf Angaben des Eigentümers bzw. Auftraggebers. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben kann daher keine Haftung übernommen werden. Der Makler ist gerne bereit, auf Wunsch des Kunden beim Eigentümer/Auftraggeber weitere Informationen einzuholen.“

Zur eigenen Absichtung empfiehlt es sich unbedingt, das Exposé nach Fertigstellung vom Verkäufer prüfen und dessen inhaltliche Richtigkeit auf einem Belegexemplar unterschriftlich bestätigen zu lassen. Nur so ist der Makler vor späteren unliebsamen Überraschungen sicher.

Stellt der Makler eigene Untersuchungen an (etwa zum Baujahr der Immobilie, zur Bebaubarkeit des Grundstücks, zur Erschließungssituation u. a.), ist besondere Vorsicht geboten. Für eigene Angaben haftet der Makler unmittelbar selbst, und zwar, je nach Vertragssituation, gegenüber Verkäufer und Käufer. Da sich der Verkäufer in der Regel die Angaben des Maklers im Exposé zurechnen lassen muss, können fehlerhafte Angaben im Exposé zu einer Anfechtung des Kaufvertrages führen – mit unabsehbaren Schadenersatzforderungen auch gegen den Makler. Hier ist mithin ganz besondere Vorsicht und Sorgfalt geboten.

Das Exposé im Internet

Fast alle Makler veröffentlichen inzwischen ihre Angebote in entsprechenden Exposés im Internet (*immobilienscout24.de, immowelt.de, immonet.de u. a.*). Für diese Exposés gelten dieselben Grundsätze wie für alle anderen Exposés auch: Die Angaben müssen richtig sein.

- 17 -

Probleme ergeben sich in der Regel nicht wegen der Inhalte der Exposés, sondern im Zusammenhang mit der Frage, ob ein in dem Online-Exposé enthaltenes Provisionsverlangen zum Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages geführt hat.

Ist in dem Online-Exposé ein deutlich erkennbares Provisionsverlangen enthalten, kommt der provisionspflichtige Maklervertrag zustande, sobald der Maklerkunde in Kenntnis dieses Provisionsverlangens maklertypische Leistungen in Anspruch nimmt. Um später auch den entsprechenden Beweis führen zu können, ist es **unbedingt** erforderlich, die Online-Exposés zu archivieren, um notfalls in einem viel später stattfindenden Rechtsstreit hierauf zurückgreifen und den entsprechenden Nachweis führen zu können. Da Online-Exposés häufig geändert werden, ist es wichtig, alle Änderungen zu dokumentieren. Es sind Gerichtsverfahren bekannt, in denen es dem Makler nicht gelungen ist, im Einzelnen nachzuweisen, auf welches Exposé sich der Kunde seinerzeit gemeldet hatte. An diesem Unvermögen kann im Streitfall ein begründeter Provisionsanspruch scheitern. Hier ist also unbedingt Sorgfalt geboten.

VI. Der Alleinauftrag

1. Der allgemeine Alleinauftrag

Der allgemeine Alleinauftrag wird in der Regel durch den Verkäufer erteilt. Es ist zwar auch ein Alleinauftrag durch den Kaufinteressenten denkbar. Ein solcher Vertrag ist in der Praxis jedoch eher selten.

Durch den allgemeinen Alleinauftrag verpflichtet sich der Verkäufer, während der Laufzeit des Vertrages keinen anderen Makler einzuschalten und sich die Dienste anderer Makler nicht gefallen zu lassen (*Schwerdtner/Hamm a. a. O. Rd.-Ziff. 948 ff.*).

Die Laufzeit des Vertrages wird in der Regel zeitlich begrenzt und mit einer Verlängerungsklausel versehen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Will sich der Verkäufer vorzeitig vom Vertrag lösen, weil er etwa seine Verkaufsabsicht aufgegeben hat, sollte der Makler diesem Wunsch nachkommen. Es ist nicht sinnvoll, wenn der Makler dem Verkäufer weiterhin Kaufinteressenten anbietet, obwohl dieser zum Verkauf nicht mehr bereit ist. Andererseits kommt es vor, dass der Verkäufer hinter dem Rücken des Maklers den Verkauf weiter betreibt und/oder einen anderen Makler einschalten möchte. In diesen Fällen ist also Wachsamkeit geboten. Es hat schon häufig Situationen gegeben, in denen der Verkäufer dann doch mit einem vom Makler nachgewiesenen Kaufinteressenten abgeschlossen hat. Für diesen Fall steht dem Makler die Provision selbstverständlich auch dann zu, wenn der Vertragsabschluss erst nach dem Ende des Alleinauftrages erfolgt. Dies gilt im Übrigen auch für den einfachen Maklervertrag.

Rechtssprechung und Literatur billigen dem Makler bei unerlaubter Einschaltung eines oder mehrerer anderer Makler durch den Auftraggeber während der Laufzeit des Alleinauftrages einen Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung zu (*BGH NJW-RR 1996, 1276, 1277*). Dieser geht jedoch in der Regel nur auf Ersatz der vergeblichen Aufwendungen. Dem Makler ist es im konkreten Fall kaum möglich darzulegen, dass ihm die vereinbarte Provision entgangen ist. Voraussetzung hierfür wäre nämlich, dass der Makler nachweist, dass der Verkäufer, hätte er keinen anderen Makler eingeschaltet, den Vertrag mit einem von dem ursprünglich beauftragten Makler nachgewiesenen Interessenten abgeschlossen hätte. Dieser Nachweis kann in der Regel nicht geführt werden.

Es ist deshalb richtig, stets eine sogenannte *Hinzuziehungs- und Verweisungsobliegenheit* zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung muss auch im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen möglich sein, da sie lediglich die sich aus dem ein-

- 19 -

fachen Alleinauftrag ergebenden Pflichten beschreibt. Da streitig ist, ob sich die *Hinzuziehungs- und Verweisungsobliegenheit* ohne weiteres aus dem einfachen Alleinauftrag ergibt, ist eine zusätzliche Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu empfehlen.

Ist die Hinzuziehungs- und Verweisungsobliegenheit vereinbart, ist der Makler im Wege konkreter Schadensberechnung so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die vereinbarte Hinzuziehung oder Verweisung erfolgt wäre. Dann aber wäre die Tätigkeit des Maklers häufig zumindest mitursächlich für den Vertragsabschluss geworden, so dass die Provision angefallen wäre. Auch könnte der Makler eine **Vermittlungstätigkeit** erbracht haben.

Dementsprechend ist folgende Formulierung vorzuschlagen:

„Der Auftraggeber wird, während der Dauer des Alleinauftrages keine anderen Makler beauftragen und sich die Dienste anderer Makler nicht gefallen lassen. Beauftragt er entgegen dieser Vereinbarung gleichwohl einen anderen Makler oder lässt er sich die Dienste eines anderen Maklers gefallen, ist er verpflichtet, von diesem Makler zugeführte Interessenten an den beauftragten Makler zu verweisen und/oder diesen zu etwaigen Verhandlungen mit dem Interessenten hinzuzuziehen. Eigengeschäfte des Auftraggebers bleiben hiervon unberührt.“

Der allgemeine Alleinauftrag kann im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart werden (*Schwerdtner/Hamm, a. a. O. Rd.-Ziff. 957*).

In dem bereits zitierten Beitrag von Schwerdtner (*NJW 1990, 369*) heißt es zum Wert des – allgemeinen – Alleinauftrages:

„Bedenkt man die mageren Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Obliegenheit, keine anderen Makler während der Laufzeit eines Alleinauftrages einzuschalten, so erweist sich der Alleinauftrag als ein Papiertiger. Allein die

- 20 -

Fehlvorstellungen weiter Bevölkerungskreise über die Pflichtenstruktur eines Alleinauftrages lassen diesen Geschäftstyp für die Makler noch interessant erscheinen.“

Seit der Veröffentlichung dieses Aufsatzes sind mehr als 18 Jahre vergangen. Die Befürchtungen Schwerdtners haben sich **nicht** bewahrheitet: Der Alleinauftrag ist nach wie vor der gängige Vertragstyp der Maklertätigkeit für die Verkäuferseite. In der Tat wird die eingegangene Verpflichtung, während der Laufzeit des Vertrages keine weiteren Makler zu beauftragen, durchweg eingehalten.

Dieselben Grundsätze gelten auch für den *qualifizierten* Alleinauftrag. Dieser kann jedoch nur im Wege der Individualabrede vereinbart werden (*siehe hierzu VI. 2.*).

2. Der qualifizierte Alleinauftrag

Der allgemeine Alleinauftrag verpflichtet den Auftraggeber lediglich, während der Laufzeit des Vertrages keine anderen Makler zu beauftragen und sich die Dienste anderer Makler nicht gefallen zu lassen. Der Auftraggeber ist jedoch weiterhin befugt, das Objekt an eigene Interessenten zu veräußern. Soweit der Makler hieran nicht beteiligt ist, erhält er in diesem Fall keine Provision.

Der Makler ist deshalb daran interessiert, auch „*Eigengeschäfte*“ des Auftraggebers durch eine entsprechende Vereinbarung auszuschließen. Im Gegensatz zum allgemeinen Alleinauftrag spricht man in diesem Fall von einem **qualifizierten** Alleinauftrag.

Nach herrschender Rechtsprechung kann ein qualifizierter Alleinauftrag nicht im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Erforderlich ist eine *Individualabrede*.

Eine solche Vereinbarung könnte folgenden Wortlaut haben:

„Während der Laufzeit des Alleinauftrages wird der Auftraggeber auch eigene Interessenten an den Makler verweisen. Zu etwaigen Vertragsverhandlungen mit eigenen Interessenten wird der Auftraggeber den Makler hinzuziehen. Der Auftraggeber wird während der Laufzeit des Alleinauftrages den Kaufvertrag nicht mit eigenen Interessenten abschließen, ohne diese zuvor an den Makler verwiesen oder diesen zu Verhandlungen hingezogen zu haben.

Verweist der Auftraggeber eigene Interessenten nicht an den Makler und/oder schließt er den Kaufvertrag ohne Hinzuziehung des Maklers ab, wird er dem Makler gleichwohl die vereinbarte Provision zahlen.“

Diese Vereinbarung sollte neben der bereits in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Regelung hinsichtlich des allgemeinen Alleinauftrages abgeschlossen werden.

Sowohl beim allgemeinen wie auch beim qualifizierten Alleinauftrag ist dem Makler auch bei entsprechender Hinzuziehung durch den Verkäufer eine Nachweistätigkeit nicht mehr möglich, da sich die Vertragsparteien bereits ohne Mitwirkung des Maklers kennen gelernt haben. Auch das Vertragsobjekt ist bekannt. Es gibt also nichts mehr nachzuweisen. Der Makler hat allerdings die Chance, noch eine provisionsauslösende Vermittlungstätigkeit zu erbringen.

VII. Häufig auftretende Probleme bei der Durchsetzung des Provisionsanspruchs

1. Der Vorkenntniseinwand

Bei der Geltendmachung der Nachweisprovision behaupten Verkäufer und/oder Kaufinteressent gelegentlich, die Vertragsgelegenheit bereits gekannt zu haben, weshalb es an der Kausalität der Maklertätigkeit für den Abschluss des Kaufver-

- 22 -

trages fehle. Es wird damit die Erbringung eines vollwertigen Nachweises bestritten. Im Grunde geht es allerdings um eine Kausalitätsfrage. Auch wenn dem Maklerkunden die Vertragsgelegenheit bereits bekannt gewesen sein sollte, geht der Makler nicht leer aus, wenn seine Tätigkeit jedenfalls **mitursächlich** für den Abschluss des Hauptvertrages ist. Hier kommt es dann auf den jeweiligen Einzelfall an. So stellt beispielsweise nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur eine früher vorhandene Kenntnis, die dem Auftraggeber keinen Anlass zu Verhandlungen gab und sozusagen „*abgelegt*“ war, keine provisionsschädliche Vorkennntnis dar. Wer nach dem Zeitpunkt der Kenntnis der Vertragsgelegenheit eine längere Zeit verstreichen lässt, dokumentiert hierdurch, dass er die Kenntnis im vorzitierten Sinne „*abgelegt*“ hatte. Wird dieser Auftraggeber dann erst aufgrund der Maklertätigkeit wieder aktiv, ist die Tätigkeit des Maklers trotz der vorhandenen Vorkennntnis ursächlich für den Abschluss des Hauptvertrages.

Grundsätzlich gilt Folgendes: Die allgemeine Kenntnis von der Erwerbsmöglichkeit eines bestimmten Objektes schließt die Ursächlichkeit eines Nachweises nicht aus, wenn dieser für den Interessenten Veranlassung oder Anstoß war, das Objekt (*erneut*) zu besichtigen und/oder sich die Dienste des Maklers nutzbar zu machen. Damit ist die Tätigkeit des Maklers kausal für den Abschluss des Kaufvertrages, wobei **Mitursächlichkeit** grundsätzlich ausreicht.

Zur Mitursächlichkeit hat das Oberlandesgericht Zweibrücken in seinem Urteil vom 15.12.1998 (*OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1502*) Folgendes ausgeführt:

„Allerdings muss die Tätigkeit des Maklers nicht die einzige Ursache für den Abschluss des Hauptvertrages gewesen sein; es genügt vielmehr Mitursächlichkeit. Für die Mitursächlichkeit einer Nachweistätigkeit wird es als ausreichend erachtet, dass der Kunde durch den Hinweis des Maklers den Anstoß bekommen hat, sich konkret um das nachgewiesene Objekt zu bemühen.“

- 23 -

Wird der Vorkenntniseinwand erhoben, ist in der Regel noch nicht alles verloren. Häufig erweist sich der Vorkenntniseinwand als unrichtig. Selbst wenn tatsächlich Vorkenntnis vorlag, kann die vom Makler erbrachte Tätigkeit gleichwohl mitursächlich sein.

Der Vorkenntniseinwand ist häufig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.

2. Die Unterbrechung der Kausalität

Häufig wenden Maklerkunden ein, der Makler habe die Vertragsgelegenheit zwar nachgewiesen. Die Erwerbsabsicht sei aber – aus welchen Gründen auch immer – komplett aufgegeben worden. Erst durch einen späteren – vom Makler völlig unabhängigen – Anstoß sei man wieder auf das Objekt aufmerksam geworden. Erst dann sei es – ohne Mitwirkung des Maklers – zum Vertragsabschluss gekommen. Der letztlich erfolgte Abschluss beruhe mithin nicht auf der ursprünglichen Nachweistätigkeit des Maklers.

Dieser – sehr beliebte – Einwand ist ebenfalls häufig unbegründet.

Auch hierzu hat sich das Oberlandesgericht Zweibrücken in der bereits zitierten Entscheidung geäußert:

„Mitursächlichkeit ist dabei auch dann zu bejahen, wenn die vom Makler vermittelten Verhandlungen zunächst scheitern, später jedoch unter Ausschaltung des Maklers erfolgreich zu Ende geführt werden. Eine Unterbrechung der Kausalität und damit ein Wegfall des Provisionsanspruchs kommt nur dann in Betracht, wenn der Hauptvertrag völlig unabhängig von der Tätigkeit des ersten Maklers durch die eines anderen Maklers oder aufgrund einer anderen Entwicklung zustande gekommen ist. In der Regel ist die

- 24 -

*Grenzlinie dort zu ziehen, wo die Verhandlungen des Auftraggebers mit dem potentiellen Interessenten **endgültig und absolut gescheitert** sind und erst **völlig neue Verhandlungen** zum Erfolg geführt haben, wobei an die Unterbrechung der Kausalität strenge Anforderungen zu stellen sind.“*

Dabei obliegt dem Auftraggeber die Beweislast für die Tatsache,

*„dass der tatsächliche Vertragsabschluss aufgrund neuer Verhandlungen zustande gekommen ist und die Ersttätigkeit des ursprünglich beauftragten Maklers auf den Abschluss des Hauptvertrages nicht mehr fortgewirkt hat.“
(OLG Zweibrücken a. a. O.)*

In diesem Sinne hat nun auch der Bundesgerichtshof entschieden. Im Urteil vom 13.12.2007 (BGH NJW 2008, 651, 652) heißt es wie folgt:

*„Die Verkäufer haben ihre Veräußerungsabsicht bis zum Abschluss des Vertrages mit den Kaufinteressenten nicht aufgegeben. Der Nachweis des Maklers bezog sich damit auf eine tatsächlich bestehende Vertragsgelegenheit, die auch nicht später durch eine anderweitige Entschließung der Verkäuferseite gegenstandslos wurde. Mit diesem Nachweis war die Tätigkeit des Maklers erschöpft. Dass der Vertrag schließlich nach dem von den Kaufinteressenten behaupteten **Abbruch der Verhandlungen** ohne die weitere Mitwirkung des Maklers zustande kam, steht dessen Provisionsanspruch nicht entgegen. Folgt der Vertragsschluss der Nachweiseistung – wie hier – in angemessenem Zeitabstand nach, besteht kein Anlass, deren Wesentlichkeit für das Zustandekommen des Hauptvertrags in Frage zu stellen. Soweit dem gegenüber vertreten wird, die zwischenzeitliche ernsthafte Abstandnahme des Auftraggebers des Maklers von seiner Absicht, das nachgewiesene Objekt zu erwerben oder zu verkaufen, unterbreche ebenfalls den Ursachenzusammenhang zwischen der Nachweiseistung und dem späteren Abschluss des Hauptvertrags, bedarf es hier keiner Entscheidung, ob dies für alle in Betracht kommenden Fälle abzulehnen ist. Jedoch kann einem nur vorübergehenden Sinneswandel bei der notwendigen einzelfallbezogenen Gewichtung*

- 25 -

*der Nachweisleistung für das Zustandekommen des Vertrags nur ausnahmsweise die ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Es hält sich deshalb im Beurteilungsspielraum des Tatrichters, wenn er in Fallkonstellationen wie der vorliegenden von einem **wesentlichen Kausalitätsbeitrag** des von dem Makler geleisteten Nachweises für den Abschluss des Kaufvertrages ausgeht und der **vorübergehenden Aufgabe der Absicht** des Maklerkunden, das angebotene Objekt zu erwerben, **nicht das entscheidende Gewicht beimisst.**“*

Damit stellt der Bundesgerichtshof in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Zweibrücken recht hohe Anforderungen an die zur Unterbrechung der Kausalität führende Aufgabe der Erwerbsabsicht des Kaufinteressenten. Im Einzelfall eröffnet diese Rechtsprechung dem Makler zahlreiche Möglichkeiten, vor Gericht in seinem Sinne zu argumentieren. Im zitierten Fall lagen zwischen Übersendung des Immobilienangebots und dem Abschluss des Kaufvertrages etwas mehr als 3 Monate. Allein schon dieser kurze Zeitraum sprach nach Auffassung des BGH dafür, dass die Erwerbsabsicht nie ernsthaft aufgegeben worden war. Dies dürfte auch für längere Zeiträume gelten. Dies deshalb, weil die Rechtsprechung die Kausalität zwischen Maklertätigkeit und Abschluss des Hauptvertrages **vermutet**, wenn zwischen Maklertätigkeit und Vertragsabschluss (*nur*) ein „*angemessener Zeitabstand*“ liegt.

Grundsätzlich gilt Folgendes: Hat der Makler die Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachgewiesen und folgt der Abschluss des Hauptvertrages in angemessenem Zeitabstand, ergibt sich daraus der Schluss auf den Ursachenzusammenhang zwischen beiden von selbst. Als angemessener Zeitabstand, der die Schlussfolgerung auf den Ursachenzusammenhang rechtfertigt, sind in der Rechtsprechung des BGH 4 Monate (*BGHZ 141, 40, 43 = NJW 1999, 1255*), ca. 3-5 Monate (*BGH NJW 1980, 123*) und mehr als ein halbes Jahr (*BGH NJW 2005, 3779, 3781*) angesehen worden. Im Urteil vom 13.12.2007 (*BGH NJW 2008, 651*) hat der BGH entschieden, dass ein Zeitraum von etwas mehr als 3 Monaten im unteren Bereich des Rahmen liegt, innerhalb dessen ein angemessener

sener Zeitabstand zwischen der Maklertätigkeit und dem Abschluss des Hauptvertrages angenommen wird. In all diesen Fällen streitet eine **Vermutung** für die Ursächlichkeit der Maklertätigkeit für das Zustandekommen des Hauptvertrages. Wo die genaue Grenze liegt, ist noch nicht entschieden. Bei einem Zeitabstand von 15 Monaten hatte das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Urteil vom 12.12.2003 (24 U 5/02) eine widerlegbare Kausalitätsvermutung verneint.

3. Die unzulässige Doppeltätigkeit

Gemäß § 654 BGB verliert der Makler seinen Provisionsanspruch, „*wenn er dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.*“ Eine sogenannte Doppeltätigkeit liegt vor, wenn der von einer Seite bereits beauftragte Makler mit dem potentiellen Vertragspartner ebenfalls einen Maklervertrag abschließt. § 654 BGB schließt dies nur aus, wenn der Makler „*dem Inhalt des Vertrags zuwider*“ auch für die andere Seite tätig wird. Eine solche Vereinbarung ist allerdings selten. Die Regel ist, dass die Unzulässigkeit der Doppeltätigkeit in dem zuerst abgeschlossenen Maklervertrag nicht geregelt ist. Der Makler ist deshalb nicht gehindert, auch mit dem anderen Teil eine Provisionsvereinbarung abzuschließen.

Allerdings hat die Rechtsprechung hierfür bestimmte Voraussetzungen aufgestellt. Im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.03.1998 (BGH NJW-RR 1998, 992, 993) heißt es wie folgt:

„Grundsätzlich ist dem Makler eine Doppeltätigkeit erlaubt. Zugelassen wird insbesondere, dass der Makler für den einen Vertragsteil als Vermittlungs- und für den anderen Teil als Nachweismakler tätig wird.

Doppeltätigkeit im Sinne einer Vermittlungstätigkeit für beide Auftraggeber ist beim Immobilienkauf jedenfalls dann grundsätzlich – abgesehen von einem konkreten Interessenkonflikt im Einzelfall – nicht vertragswidrig, wenn sie

- 27 -

dem Makler von beiden Vertragspartnern gestattet oder der Doppelauftrag wenigstens für die jeweils andere Auftraggeberseite eindeutig erkennbar oder absehbar ist.“

In einem weiteren Urteil vom 30.04.2003 (BGH NJW-RR 2003, 991) heißt es:

„Der BGH hält bei Immobiliengeschäften eine Tätigkeit des Maklers für beide Seiten nach dem Inhalt des Vertrages für inhaltlich zulässig, sofern er für beide Teile als Nachweismakler oder für den einen als Vermittlungs- und für den anderen als Nachweismakler tätig geworden ist.“

Hier ist jedenfalls eine Einschränkung dahingehend enthalten, dass der Makler nicht für beide Seiten als Vermittlungsmakler tätig werden kann. Für die eine Seite soll der Makler lediglich als Nachweismakler tätig werden dürfen.

Der BGH ergänzt wie folgt:

„Das gilt in der Regel auch ohne ausdrückliche Gestattung selbst dann, wenn dem Maklerkunden die Doppeltätigkeit des Maklers unbekannt gewesen ist.“

Da Doppeltätigkeit immer wieder zu Misstrauen und Streitigkeiten führt, ist es in jedem Fall zu empfehlen, eine entsprechende Regelung in die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** aufzunehmen. Diese Klausel könnte etwa wie folgt lauten:

„Dem Makler ist eine entgeltliche Nachweis- und/oder Vermittlungstätigkeit auch für die andere Seite gestattet.“

Mit dieser Formulierung ist dem Umstand Rechnung getragen, dass der BGH in dem erstzitierten Urteil eine Vermittlungstätigkeit für beide Seiten jedenfalls dann

für zulässig erachtet hat, wenn sie „*dem Makler von beiden Vertragspartner gestattet oder der Doppelauftrag wenigstens für die jeweils andere Auftraggeberseite eindeutig erkennbar oder absehbar ist.*“

Allerdings ist bei einer Doppeltätigkeit stets darauf zu achten, dass der Makler nicht in einen konkreten Interessenkonflikt gerät. Er muss deshalb besonders darauf achten, dass er **neutraler Dritter** bleibt und sich nicht die Interessen der einen oder anderen Vertragspartei zu Eigen macht.

4. Die Verflechtung des Maklers mit einer der Parteien des Hauptvertrages

Der Makler ist grundsätzlich neutraler Dritter. Er soll nicht im Lager einer der Parteien des nachgewiesenen bzw. vermittelten Kaufvertrages stehen. Ist der Makler mit einer der Vertragsparteien wirtschaftlich oder persönlich eng verbunden („*verflochten*“), steht ihm – auch bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – ein Provisionsanspruch nicht zu. Bereits im Jahre 1986 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass einem Makler ohne besondere Absprache kein Provisionsanspruch gegen seinen Auftraggeber zusteht, wenn dieser das beabsichtigte Geschäft mit seinem eigenen Ehegatten als Vertragspartner des Auftraggebers zustande bringt. Für diesen Fall hat der BGH ausdrücklich das Vorliegen einer sogenannten „*unechten Verflechtung*“ angenommen. Danach soll ein Provisionsanspruch nicht entstehen, wenn sich der Makler wegen der Nähe zu einer der Vertragsparteien in einer Interessenkollision befindet. In diesem Fall spricht die Rechtsprechung von einem „*institutionalisierten Interessenkonflikt*“. Ein solcher liegt vor, wenn zwischen dem Makler und der anderen Partei des Hauptvertrages eine Verbindung besteht, die den Makler zur sachgerechten Wahrnehmung der Interessen seines Auftraggebers ungeeignet erscheinen lässt. Derjenige kann nicht Makler sein, der sich aufgrund der geschilderten Beziehung im Falle eines Streits bei regelmäßigem Verlauf auf die Seite des Vertragsgegners stellen wird.

- 29 -

Eine „*echte Verflechtung*“ liegt vor, wenn der Makler an einer Partei des Hauptvertrages rechtlich beteiligt ist (*etwa, wenn der Makler Mitglied einer Erbengemeinschaft ist, der das zu veräußernde Objekt gehört*).

Echte und unechte Verflechtung schließen aufgrund des damit einhergehenden institutionalisierten Interessenkonflikt eine objektive Maklertätigkeit und damit die Entstehung eines Provisionsanspruchs aus.

Unechte Verflechtungen wurden von der Rechtsprechung beispielsweise angenommen bei einem Makler, der als WEG-Verwalter einem Wohnungsverkauf aufgrund einer Regelung in der Gemeinschaftsordnung zustimmen muss (*BGH NJW 2003, 1249*). Eine unechte Verflechtung wurde auch bei einer Bank bejaht, die die ihr zustehenden Grundpfandrechte verwertet. Der BGH (*NJW 1997, 2672*) hat eine unechte Verflechtung für den Fall angenommen, dass die Zwangsversteigerung betrieben wird und die betreibende Bank für einen in diesem Rahmen stattfindenden freihändigen Verkauf eine Provision verlangt.

5. Wirtschaftliche Gleichwertigkeit

Der Makler erhält den Auftrag, eine bestimmte Vertragsgelegenheit nachzuweisen. Entspricht der tatsächlich abgeschlossene Vertrag nicht der Vertragsgelegenheit, die auftragsgemäß nachgewiesen werden sollte, stellt sich die Frage der wirtschaftlichen oder tatsächlichen Kongruenz (= *Gleichwertigkeit*).

Mangelnde Kongruenz kann bspw. vorliegen, wenn das Objekt später zu einem deutlich niedrigeren Kaufpreis veräußert wird. Allerdings hat sich das Oberlandesgericht Zweibrücken in dem bereits zitierten Urteil (*NJW-RR 1999, 1502*) wie folgt geäußert:

- 30 -

„Ziehen sich die Verkaufsbemühungen für ein Hausgrundstück hin und ist erkennbar, dass ein Käufer zum angesetzten Kaufpreis nicht zu finden ist und setzt der Makler gleichwohl im Einvernehmen mit dem Auftraggeber seine Bemühungen fort, so scheidet der Vergütungsanspruch des Maklers nicht an fehlender wirtschaftlicher Identität, wenn letztlich der Kaufvertrag zu einem deutlich niedrigeren Kaufpreis zustande kommt.“

In dem entschiedenen Fall beliefen sich die Kaufpreisvorstellungen des Verkäufers auf DM 460.000,00. Verkauft wurde das Objekt schließlich für DM 377.000,00, mithin zu einem um ca. 19% reduzierten Kaufpreis. In dem ebenfalls bereits zitierten Urteil vom 13.12.2007 (*BGH NJW 2008, 651*) hielt der BGH einen Preisnachlass von ca. 15% für nicht so erheblich, *„als dass durch ihn die notwendige Kongruenz des abgeschlossenen Vertrags mit der nachgewiesenen Gelegenheit in Frage gestellt wäre“*.

Mangelnde Kongruenz kann sich auch daraus ergeben, dass nicht Allein-, sondern Miteigentum erworben wird, anstelle eines Grundstücks sämtliche Geschäftsanteile der Eigentümer-GmbH oder anstatt des ganzen Grundstücks Teilflächen erworben werden. Entscheidend ist immer, ob zwischen der Vertragsgelegenheit, die Gegenstand des Maklervertrages war und dem letztlich zustande gekommenen Vertrag eine *„wirtschaftliche Identität“* besteht.

In dem dem Urteil des BGH vom 13.12.2007 (*BGH NJW 2008, 651*) zugrunde liegenden Fall war der Maklervertrag hinsichtlich des Erwerbs eines Zweifamilienhauses abgeschlossen worden. Tatsächlich erwarben die Maklerkunden an dem Objekt einen hälftigen Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an je einer der Wohnungen und Nebenräumen. Gleichwohl bejahte der BGH die wirtschaftliche Gleichwertigkeit zwischen nachgewiesenem und abgeschlossenem Vertrag mit folgender Begründung:

„Zwar hat der BGH die wirtschaftliche Kongruenz teilweise in Fällen verneint, in denen der Erwerber statt des vorgesehenen Alleineigentums an einem Grundstück nur Miteigentum an einem ideellen Viertel oder einem ideellen

Hälfte erwarb... Gleichwohl ist die Kongruenz zwischen dem vom Makler nachgewiesenen und tatsächlich zustande gekommenen Hauptvertrag nicht stets zu verneinen, wenn der Kunde nicht das im Maklernachweis vorgesehene Alleineigentum, sondern nur Mit-, Teil- und Wohnungseigentum erwirbt... So hat der BGH klargestellt, dass die wirtschaftliche Gleichwertigkeit des Hauptvertrages, mit dessen Nachweis ein Makler beauftragt war, nicht notwendig zu verneinen ist, wenn der Maklervertrag auf den Erwerb eines mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstücks zur Gänze gerichtet war, der Kunde jedoch im Ergebnis lediglich anteilmäßig überwiegendes Teil- und Wohnungseigentum erwerben konnte, und wenn der Auftraggeber des Maklers statt des vorgesehenen Alleineigentums das nachgewiesene Grundstück lediglich zur ideellen Hälfte erwirbt.“

Durch diese Entscheidung ist das Erfordernis der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit zugunsten des Maklers deutlich gelockert worden.

6. Erwerb durch Dritte

Nimmt statt des Maklerkunden ein Dritter die Vertragsgelegenheit wahr, stellt sich die Frage, ob der Makler gleichwohl die vereinbarte Provision verdient hat. Auch in diesem Fall geht es um die wirtschaftliche Gleichwertigkeit. Die Rechtsprechung nimmt eine solche in der Regel an, wenn der Maklerkunde mit dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag wirtschaftlich denselben Erfolg erzielt, wie mit dem beabsichtigten Vertrag. Dies gilt auch für den Fall des Erwerbs durch einen Dritten. Der BGH hat hierzu in der soeben zitierten Entscheidung vom 13.12.2007 (BGH NJW 2008, 651, 652) ausgeführt:

„Darüber hinaus entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass bei besonders engen persönlichen oder wirtschaftlichen Bindungen zwischen dem Auftraggeber des Maklers und der Partei des Hauptvertrags dessen Abschluss für die Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision einem eigenen Geschäft des Auftraggebers gleichzusetzen sein kann. In solchen Fällen kann

- 32 -

der Kunde nicht die Vorteile, die sich aus der Tätigkeit des von ihm beauftragten Maklers ergeben, für sich in Anspruch nehmen, die damit verbundenen Nachteile, d. h. die Zahlung eines Maklerlohnes, jedoch ablehnen. Umstände solcher Art können etwa vorliegen, wenn der Auftraggeber des Maklers an dem abgeschlossenen Geschäft selbst weitgehend beteiligt ist, oder wenn zwischen dem Kunden und dem Erwerber eine feste, auf Dauer angelegte, in der Regel familien- oder gesellschaftsrechtliche Bindung besteht. Insbesondere hat der Senat eine solche Bindung für möglich gehalten, wenn statt des Auftraggebers dessen Bruder und Vater den Hauptvertrag schließen.“

Im entschiedenen Fall war das Zweifamilienhaus nach Abschluss des Maklervertrages zunächst von den Verkäufern in Wohnungseigentum aufgeteilt worden. Sodann war in einer einzigen notariellen Urkunde je ein hälftiger Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an je einer Wohnung an die Maklerkundin einerseits sowie deren Bruder und dessen Ehefrau andererseits verkauft worden. Die Käufer hatten sich wechselseitige Vorkaufsrechte eingeräumt und sich gesamtschuldnerisch zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet. Der Maklerprovision war mit dem Argument entgegengetreten worden, der tatsächlich abgeschlossene Kaufvertrag sei mit der nachgewiesenen Vertragsgelegenheit (*Zweifamilienhaus*) wirtschaftlich nicht identisch, weshalb eine Provision nicht geschuldet werde. Der BGH sah dies, wie dargelegt, anders.

Damit entfällt in den Fällen des Erwerbs durch einen persönlich oder wirtschaftlich mit dem Auftraggeber verbundenen Dritten der Provisionsanspruch nicht. Es gibt allerdings Grenzfälle, in denen die wirtschaftliche oder persönliche Nähe (*etwa bei Lebensgefährten*) nicht sicher vorhanden oder schwer nachzuweisen ist.

VIII. Das selbstständige Provisionsversprechen

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Provisionsanspruchs **nicht** vor, bedeutet dies gleichwohl nicht, dass der Makler keine Provision erhält.

- 33 -

Offenbart der Makler Umstände, aus denen sich ergibt, dass er an sich eine provisiionspflichtige Tätigkeit nicht erbringen kann (*weil er bspw. Mitglied der Verkäufer-Erbengemeinschaft ist*) und verpflichtet sich der Kaufinteressent **in Kenntnis dieses Umstandes** gleichwohl zur Zahlung einer Provision, liegt ein sogenanntes **selbstständiges Provisionsversprechen** vor. Im Urteil des BGH vom 06.02.2003 (*BGH NJW 2003, 1249*) heißt es hierzu wie folgt:

„Auch bei enger wirtschaftlicher Verflechtung des Maklers mit dem Vertragsgegner seines Kunden kann ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen vorliegen.“

Voraussetzung für ein solches Provisionsversprechen ist, dass der Maklerkunde die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass der Makler an sich eine provisiionsauslösende Tätigkeit nicht erbringen kann, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Er muss aber **nicht** wissen, dass sich aus diesen Umständen der Entfall der Maklerprovision ergibt. Wörtlich heißt es hierzu in der vorzitierten Entscheidung des BGH:

„Dafür genügt tatsächliche Kenntnis des Kunden von den die Verflechtung begründenden Umständen. Rechtskenntnis, dass der Makler keine echte Maklerleistung erbringen kann, ist nicht erforderlich.“

Der Makler soll und muss deshalb lediglich die Umstände offenbaren, aus denen sich ergibt, dass er an sich keine Maklerprovision verlangen kann. Er muss etwa den Kaufinteressenten darauf hinweisen, dass er selbst Mitglied der Erbengemeinschaft ist. Er kann sogar positiv herausstellen, dass dies für den Kaufinteressenten günstig ist, weil er das Objekt aus eigener Kenntnis beurteilen kann. Nicht hinweisen muss der Makler darauf, dass er aufgrund der bestehenden echten Verflechtung keine provisiionsauslösenden Tätigkeiten entfalten kann. Insoweit ist er zu einer rechtlichen Beratung des Maklerkunden nicht verpflichtet. Dies begründet der BGH in der zitierten Entscheidung wie folgt:

- 34 -

*„Der das Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt es den Parteien eines Maklervertrages, eine Provision auch für den Fall zu vereinbaren, dass zwischen dem Makler und dem Verkäufer eine provisionshindernde Verflechtung besteht. ... Erforderlich ist stets eine Vertragsauslegung. Für die Ermittlung des Parteiwillens hat der BGH Auslegungshilfen gegeben. Insbesondere hat er es regelmäßig für ausreichend erachtet, dass dem Versprechenden die **tatsächlichen Umstände** bekannt waren, die einer echten Maklerleistung entgegenstanden, und es für unerheblich gehalten, ob der Maklerkunde außerdem über die entsprechenden Rechtskenntnisse verfügte. Daran ist nach nochmaliger Prüfung festzuhalten. Bei hinreichender Kenntnis der die Verflechtung begründenden Umstände, worüber nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden ist, kann sich der Maklerkunde schlüssig darüber werden, ob es ihm auf eine echte Maklerleistung ankommt oder er sich auch unabhängig hiervon zur Zahlung einer Provision für den Erwerb des Kaufobjekts bereit findet. Eine **zutreffende rechtliche Würdigung** seiner Erklärung ist dabei **nicht erforderlich**.“*

Der Makler ist mithin gut beraten, wenn er den Maklerkunden vor Abschluss der Provisionsvereinbarung auf die tatsächlichen Umstände hinweist, die eine provisionsauslösende Maklertätigkeit an sich ausschließen. Gibt der Kunde anschließend ein Provisionsversprechen ab, erfolgt dieses in Kenntnis der Umstände, die eine provisionsauslösende Tätigkeit an sich ausschließen. Es liegt ein **selbstständiges Provisionsversprechen** vor, aufgrund dessen der Makler die vereinbarte Provision verlangen kann (vgl. auch Lehner, *Maklerklausel und Provisionsversprechen im notariellen Kaufvertrag*, NJW 2000, 2405).

IX. Die „Maklerklausel“ im notariellen Kaufvertrag

Durch die **Maklerklausel** soll der Makler neben dem Provisionsanspruch aus dem Maklervertrag einen selbstständigen Anspruch gegen eine oder beide Parteien des notariellen Kaufvertrages erhalten. Da der Makler selbst nicht Partei des Kaufvertrages

- 35 -

ist, kann ein solcher Anspruch nur entstehen, wenn die Vertragsparteien einen echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) abschließen. Dies muss sich aus der Maklerklausel eindeutig ergeben. Etwaige Unklarheiten gehen zu Lasten des Maklers.

Nach ständiger Rechtsprechung begründet die Maklerklausel im Übrigen einen eigenen Provisionsanspruch des Maklers nur dann, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Entstehung des Provisionsanspruchs vorliegen. Ist dies nicht der Fall, stellt die Maklerklausel eine eigene Anspruchsgrundlage nur dann dar, wenn sie als sogenanntes **selbstständiges Provisionsversprechen** (siehe VIII.) vereinbart wird. Ein solches setzt wiederum voraus, dass der Verpflichtete weiß, dass dem Makler ein Provisionsanspruch an sich nicht zusteht.

Insoweit ist es stets wichtig, den Kunden spätestens im Beurkundungstermin über alle wesentlichen Umstände, die möglicherweise eine Maklertätigkeit ausschließen (*etwa wirtschaftliche Verflechtung u. a.*) aufzuklären.

Eine Maklerklausel könnte wie folgt lauten.

„Der Kaufvertrag wurde aufgrund der Tätigkeit des Maklers X abgeschlossen. Der Käufer/Verkäufer verpflichtet sich hiermit, an den Makler eine Provision in Höhe von 3% zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer aus dem Kaufpreis zu bezahlen. Die Parteien sind sich darüber einig, dass dem Makler aus diesem Vertrag ein selbständiger Anspruch gegen den Käufer/Verkäufer auf Zahlung der Provision zustehen soll. Insoweit wird ausdrücklich ein echter Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB abgeschlossen. Angesichts der dem Käufer/Verkäufer bekannten Tätigkeit des Maklers wird ferner vereinbart, dass der Provisionsanspruch unabhängig davon besteht, ob die Voraussetzungen für dessen Entstehung im Übrigen vorliegen. Insoweit wird ausdrücklich ein selbstständiges Provisionsversprechen abgegeben.“

Notare widmen der Provisionsklausel nicht immer die notwendige Aufmerksamkeit und Sorgfalt. Es ist deshalb Aufgabe des Maklers, auf deren einwandfreien Inhalt hinzuwirken.

X. Gefährdung oder Verlust des Provisionsanspruchs

1. Verwirkung des Provisionsanspruchs

Es ist anerkannt, dass der Makler unter bestimmten Voraussetzungen seinen Provisionsanspruch „*verwirken*“ kann. Eine Verwirkung soll in Betracht kommen, wenn der Makler seine ihm dem Auftraggeber gegenüber obliegende Treuepflicht „*vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahe kommenden grob leichtfertigen Weise verletzt*“ (BGH NJW-RR 2005, 1423, 1424). Die Rechtssprechung leitet dies aus § 654 BGB her. Sie misst dieser Vorschrift ausdrücklich Strafcharakter zu. Eine solche Treuepflichtverletzung hat das OLG Naumburg (NJW-RR 2002, 1208) beispielsweise angenommen, wenn der Makler ein ihm bekanntes Gutachten, das zahlreiche Mängel des Objektes dokumentiert, vorsätzlich nicht an den Kaufinteressenten weitergibt. Nach einer anderen Entscheidung soll der Makler seinen Provisionsanspruch verlieren, wenn er seinem Kunden vorgaukelt, dieser habe sich bereits privatschriftlich zum Erwerb des nachgewiesenen Objektes unwiderruflich verpflichtet (*obwohl er weiß, dass eine solche Verpflichtung der notariellen Beurkundung bedarf*).

Das Landgericht Braunschweig hat eine Verwirkung des Maklerlohns in einem Fall angenommen, in dem der Makler dem Kaufinteressenten die offene Denkmalschutzsituation des Objektes verschwiegen hatte. Wörtlich heißt es in der Entscheidung (LG Braunschweig NJW-RR 2001, 1135):

„Ein Makler, der einen Käufer für ein Hausgrundstück sucht und sich bei dem Verkäufer erkundigt, ob das Haus unter Denkmalschutz steht, hierauf aber keine klare Antwort erhält und von dieser Situation den Käufer nicht unterrichtet, verwirkt den Maklerlohn.“

Der Bundesgerichtshof hat allerdings im Jahre 2005 klargestellt, dass diese Rechtsprechung nicht ausufern dürfe. Im Urteil vom 19.05.2005 (*BGH NJW-RR 2005, 1423, 1424*) heißt es:

„Nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung des Maklers und damit auch nicht jedes Informations- und Beratungsverschulden lässt den Provisionsanspruch nach § 654 BGB entfallen, vielmehr ist in erster Linie subjektiv eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung zu fordern; der Makler muss sich seines Lohnes ‚unwürdig‘ erwiesen haben. Das ist nach der Rechtsprechung erst dann der Fall, wenn er seine Treuepflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahe kommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat.“

Dies bedeutet im Klartext, dass das Fehlverhalten des Maklers bereits ein beachtliches Maß erreicht haben muss. Bloße Pflichtverstöße oder Pflichtverletzungen reichen nicht aus. Der Arglisthinweis lässt darauf schließen, dass der Bundesgerichtshof ein in der Nähe bewusster Täuschung liegendes Fehlverhalten des Maklers verlangt, um eine Verwirkung des Provisionsanspruchs anzunehmen.

2. Provision bei Rücktritt vom Hauptvertrag

Ist der Provisionsanspruch einmal entstanden, kann ihn auch die Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes nicht mehr beseitigen. Ausnahmsweise soll dies dann möglich sein, wenn eine Vertragspartei an sich zur Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung berechtigt ist. Wählt die Partei dann statt der Anfechtung den Rücktritt, soll der Provisionsanspruch entfallen. Dies wird damit begründet, dass im Falle einer Anfechtung die Provision ebenfalls hätte zurückbezahlt werden müssen.

Häufig wird in notariellen Kaufverträgen die Möglichkeit eines Rücktritts vereinbart, etwa für den Fall, dass dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises nicht gelingt. Übt eine der Vertragsparteien dann das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht aus, ist das Schicksal des Provisionsanspruchs in der Rechtsprechung umstritten (vgl. hierzu BGH 1997, 1581, 1582).

Einige Gerichte vertreten die Auffassung, dass der vertragliche Rücktrittsvorbehalt einer **aufschiebenden Bedingung** gleichstehe. Der Provisionsanspruch entstehe erst und nur dann, wenn von dem Rücktrittsrecht **kein** Gebrauch gemacht wird.

Andere Gerichte vertreten die Auffassung, dass die Vereinbarung und auch die Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts den mit Abschluss des Vertrages entstandenen Provisionsanspruch grundsätzlich unberührt lasse. Für diesen Fall verstieße allerdings die Geltendmachung des Provisionsanspruchs unter Umständen gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn der Makler seine ihm obliegende Aufklärungs- und/oder Hinweispflicht verletzt habe. Eine solche Pflichtverletzung soll bspw. dann vorliegen, wenn es der Makler unterlassen hat, den Kunden darauf hinzuweisen, dass seine Verpflichtung zur Zahlung der Provision bei Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts nicht entfällt.

3. Provisionsanspruch bei Anfechtung des Hauptvertrages

Wird der Hauptvertrag wegen arglistiger Täuschung oder aus sonstigen Gründen angefochten, weil bspw. der Verkäufer dem Käufer Mängel arglistig verschwiegen hat, fallen die zum Vertragsabschluss führenden Willenserklärungen rückwirkend („*ex tunc*“) weg. Damit entfällt der gesamte Kauf-

- 39 -

vertrag. Da eine der Voraussetzungen für die Entstehung des Provisionsanspruchs das Zustandekommen des Hauptvertrages ist, entfällt auch der Rechtsgrund für die – eventuell bereits bezahlte – Provision. Die Provision muss zurückbezahlt werden.

Dies ist für den Makler insbesondere dann bitter, wenn er seine eigenen vertraglichen Pflichten gewissenhaft und korrekt erfüllt hat. Der Makler handelt deshalb auch in eigenem Interesse, wenn er genau darauf achtet, dass der Verkäufer dem Kaufinteressenten wahre Angaben macht und nichts verschweigt, was für dessen Kaufentscheidung von Bedeutung ist. Damit ist insbesondere der Inhalt des Exposés angesprochen. Schon in eigenem Interesse sollte der Makler deshalb genau darauf achten, dass die Angaben des Verkäufers vollständig, eindeutig und wahrheitsgemäß sind.

Dem Makler nützt ansonsten ein auch grundsätzlich bestehender Schadenersatzanspruch gegen den Auftraggeber nichts, da der Schaden allenfalls in nutzlosen Aufwendungen liegen wird.

4. Provision bei Erwerb in der Zwangsversteigerung

Gemäß § 652 BGB setzt der Provisionsanspruch des Maklers voraus, dass infolge seiner Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit ein Vertrag zwischen seinem Kunden und einem Dritten zustande kommt.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 04.07.1990 (*BGH NJW 1990, 2744*) darauf hingewiesen, dass im Zwangsversteigerungstermin kein Kaufvertrag zustande kommt, sondern der Zwangsversteigerungsrechtspfleger das Eigentum an dem Grundstück kraft staatlichen Hoheitsakts auf den Meistbietenden überträgt. Für einen Erwerb in der Zwangsversteigerung

- 40 -

könne der Makler deshalb nur dann eine Provision verlangen, wenn er mit seinem Kunden eine Vereinbarung getroffen habe, durch die dieser Erwerb dem Abschluss eines Kaufvertrages gleichgestellt werde (sog. **Gleichstellungsabrede**).

Eine solche **Gleichstellungsabrede** kann nach derselben Entscheidung des Bundesgerichtshofes nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern nur im Wege einer Individualvereinbarung getroffen werden.

Sollte der Makler daher im konkreten Fall Kenntnis davon erlangen, dass neben dem Abschluss eines Kaufvertrages auch ein Erwerb durch Zwangsversteigerung in Betracht kommt, sollte unbedingt – notfalls auch nachträglich – eine sog. Gleichstellungsklausel im Wege der **Individualabrede** vereinbart werden. Anderenfalls geht der Makler im Falle des Erwerbs im Wege der Zwangsversteigerung leer aus.

5. Provision bei wirtschaftlichem Scheitern des Hauptvertrages

Der Makler ist nicht dafür verantwortlich, dass der Maklerkunde mit dem abgeschlossenen Vertrag seine wirtschaftlichen oder sonstigen Ziele erreicht. Der BGH hat dies in seinem Urteil vom 14.07.2005 (*BGH NJW-RR 2005, 1506, 1507*) wie folgt formuliert:

„Dass der Vertragspartner des Maklers das von ihm mit dem Abschluss des vermittelten Vertrages erstrebte Ziel erreicht, ist im Allgemeinen nicht Geschäftsgrundlage des Maklervertrages, sondern Beweggrund des Vertragspartners, der zum Abschluss des Maklervertrages führt. Für den Makler ist das Erreichen des Ziels ohne Bedeutung, sein Geschäftswille beruht hierauf regelmäßig nicht.“

Der Makler muss sich mithin nicht darum kümmern, ob der Maklerkunde mit dem Objekt, das er erwerben möchte, seine wirtschaftlichen Ziele verwirklicht. Dies ist allein Sache des Kunden.

Anders stellt sich der Sachverhalt allerdings dar, wenn der Makler den Kaufinteressenten unvollständig oder fehlerhaft beraten hat. Der Makler sollte sich genau überlegen, ob er eine solche Beratungstätigkeit tatsächlich ausüben will. Ansonsten könnte sich hieraus – bei unrichtiger Beratung – ein Haftungstatbestand ergeben. Auch wenn der Makler erkennt, dass sein Kunde das von ihm mit dem Kaufvertrag erstrebte Ziel nicht erreichen kann (*weil bspw. die erstrebte Baugenehmigung niemals erteilt wird*), dürfte den Makler eine Aufklärungspflicht treffen.

XI. Der Auskunftsanspruch des Maklers

Gelegentlich weigert sich der Auftraggeber, dem Makler Auskunft darüber zu erteilen, ob er den vermittelten bzw. nachgewiesenen Vertrag abgeschlossen hat. Der Makler muss dies jedoch wissen, da sein Provisionsanspruch erst und nur mit Abschluss des notariellen Kaufvertrages entsteht. Manchmal erfährt der Makler auch, dass sein Kunde das Objekt erworben hat, er kennt aber nicht den Kaufpreis, so dass er die Provision nicht berechnen kann.

Nach richtiger Auffassung nimmt die Rechtsprechung deshalb eine entsprechende Auskunftspflicht des Auftraggebers gegenüber dem Makler an (*BGH NJW 2006, 3062; BGH NJW 2005, 171*). Die Auskunftspflicht besteht unabhängig davon, ob dem Makler letztlich ein Provisionsanspruch zusteht. Manche Gerichte legen diese Verpflichtung aber auch eng aus.

Zweckmäßigerweise sollte eine entsprechende Verpflichtung bereits in den Maklervertrag aufgenommen werden. Da sich der Anspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt, kann eine entsprechende Regelung auch im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Eine solche Klausel könnte etwa wie folgt lauten:

„Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Makler unaufgefordert über alle Umstände zu unterrichten, die für die Entstehung und die Höhe des Provisionsanspruchs von Bedeutung sind. Dies gilt insbesondere für den Fall des Abschlusses eines notariellen Kaufvertrages. In diesem Fall wird der Auftraggeber dem Makler unaufgefordert das Datum des Vertragsabschlusses, den Vertragspartner mit vollständiger Anschrift sowie den vereinbarten Kaufpreis mitteilen. Auf Anforderung wird er dem Makler eine Ablichtung des Kaufvertrages überlassen. Der Auftraggeber bevollmächtigt den Makler, Einsicht in sämtliche Abteilungen des Grundbuchs und in die Beiakten zu nehmen. Der Makler macht von dieser Ermächtigung nur zur Durchführung des Auftrages und zur Geltendmachung seines Provisionsanspruchs Gebrauch.“

XII. Schadenersatzansprüche des Maklers bei Weitergabe erhaltener Informationen an Dritte

Die häufig verwendete Klausel: *„Das Angebot ist nur für Sie bestimmt. Weitergabe an Dritte verpflichtet zum Schadenersatz.“* oder ähnliche Formulierungen sind in der Praxis wenig wert, da der Schaden im Einzelfall kaum nachgewiesen werden kann. Auch bedarf es einer solchen Vertragsklausel in aller Regel nicht, da die Weitergabe der Maklerinformation ohnehin gegen Treu und Glauben verstößt und sich bereits deshalb als Vertragsverletzung erweist (*BGH 1969, 1628; OLG München NJW-RR 1995, 1525*).

Um dem Makler gegenüber der unbefugten Weitergabe eine bessere Position zu verschaffen, sollte vereinbart werden, dass der Auftraggeber auch für solche Abschlüsse zu zahlen hat, die nicht von ihm selbst vorgenommen werden, sondern von einem Dritten, an den er die Maklerinformation weitergegeben hat (*sog. erweitertes Provisionsversprechen*). Eine solche Regelung kann auch im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden (*BGH NJW 1987, 2431*).

Eine solche Klausel könnte etwa wie folgt lauten:

- 43 -

„Der Auftraggeber ist verpflichtet, die ihm erteilten Informationen vertraulich zu behandeln und nicht an Dritte weiterzugeben. Gibt er die Informationen gleichwohl weiter und schließt der Dritte den vermittelten bzw. nachgewiesenen Vertrag ab, verpflichtet sich der Auftraggeber zur Zahlung der Provision, als hätte er den Vertrag selbst abgeschlossen.“

Der vorstehende Text wurde nach bestem Wissen erstellt. Eine Gewähr für dessen Richtigkeit kann indessen nicht übernommen werden. Es empfiehlt sich in jedem Fall, bei konkretem Anlass fachkundige Beratung in Anspruch zu nehmen. Es ist nicht Aufgabe des Textes, diese Beratung zu ersetzen. Bei den Vertragsklauseln handelt es sich um allgemeine Vorschläge, die einer Überprüfung im Einzelfall bedürfen. © Der gesamte Text ist urheberrechtlich geschützt. Vervielfältigung und Weitergabe dürfen nur mit ausdrücklicher vorheriger schriftlicher Zustimmung des Autors erfolgen.