

## Immobilien Jahrbuch 2007

### **BGH – Report Maklerrecht 2005 und 2006**

Uwe Bethge  
Rechtsanwalt und Notar, bethgeundpartner | immobilienanwälte

Landen streitige Provisionsforderungen vor den Gerichten, werden sie meistens von unteren Instanzen entschieden. So kann es kommen, dass ein und dieselbe Rechtsfrage vom Landgericht X pro Makler und vom Landgericht Y pro Auftraggeber entschieden wird. Kluge Immobilienmakler und ihre Anwälte richten ihren Blick deshalb auf den Bundesgerichtshof, der immer wieder bislang umstrittene oder nicht entschiedene Fragen klärt. Grund genug, der Rechtssprechung des BGH im Jahrbuch höchste Aufmerksamkeit zu schenken. Der nachfolgende Beitrag fasst die Urteile der letzten zwei Jahre zusammen.

#### **Urteil 1. Maklervertrag bei Bestandsnachfragen**

Ein stillschweigender Maklervertrag kommt ohne vorherigen Provisionshinweis nicht zustande, wenn der Interessent sich vom Makler lediglich Objekte aus dessen „Bestand“ nachweisen läßt<sup>1</sup>. Denn beide Seiten (Kaufinteressent und Verkäufer) können immer davon ausgehen, dass der Makler von der jeweils anderen Seite entlohnt wird, solange ihnen nichts Gegenteiliges bekannt ist. Der Makler muss also mittels einer eindeutigen Provisionsforderung klarstellen, von wem er bezahlt werden will. Das Argument, der Interessent habe sich an den Makler gewandt, damit dieser ihm ein Objekt aus seinem Bestand nachweist, zieht nicht. Eine Ausnahme liegt nur dann vor, wenn der Kunde den Makler ausdrücklich beauftragt hat, aktiv für ihn auf die Objektsuche zu gehen. Der BGH ist sehr streng mit der Maklerschaft, weil er einen stillschweigenden Maklervertrag ohne deutlichen Provisionshinweis eigentlich nicht ermöglicht. Dass er dem Interessenten einen aktiven Suchauftrag nachweisen kann, dürfte fast unmöglich sein. Im Zweifel ist deshalb nach wie vor eine ausdrückliche Vereinbarung das beste Mittel zur Provisionssicherung.

#### **Urteil 2. Eindeutiger Provisionshinweis**

Ebenfalls mit dem Zustandekommen des Maklervertrages befasst sich eine 2006er Entscheidung.<sup>2</sup> Karlsruhe bestätigt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das v.g. Urteil seine ständige Rechtssprechung abermals, wonach sich ein Immobilienkäufer provisionspflichtig macht, wenn der Makler ihn unmissverständlich auf eine Käuferprovision hinweist und er dessen Dienste anschließend in Anspruch nimmt. Stein des Anstosses war in diesem Fall eine Klausel im Exposé des Maklers, wonach der Interessent bereits dann eine Courtage zahlen sollte, wenn er von dem Angebot Gebrauch macht, „zum Beispiel, wenn Sie sich mit uns oder dem Eigentümer direkt in Verbindung setzen.“ Das OLG Hamburg hatte diese Klausel in zweiter Instanz für schädlich angesehen. Es sei eine unangemessene Benachteiligung des Maklerkunden, wenn bereits eine bloße Kontaktaufnahme, die wohlmöglich nur Belanglosigkeiten diene, zur Provisionspflicht führe. Die Karlsruher Richter stellten demgegenüber darauf ab, dass

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 22. September 2005 - III ZR 295/05 = NJW 2005, 3778.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2006 – III ZR 57/06 = [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

der spätere Käufer durch das Exposé (auch) eindeutig auf eine Käuferprovision hingewiesen wurde. Später habe er an einer Besichtigung teilgenommen und damit der Courtageforderung des Maklers stillschweigend zugestimmt. Diesen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht übersehen.

Ähnlich lautende Exposéklauseln sind häufig anzutreffen. Wie entschieden schaden sie dem Makler nicht. Aber: sie nutzen ihm auch nichts. Denn nicht einmal wenn der Interessent mit dem Makler zusammen eine Besichtigung durchführt, muss er damit rechnen, dass auch von ihm eine Provision erwartet wird. Wie bereits zu Urteil 1. erwähnt, ändert sich dies nur nach einem eindeutigen Provisionshinweis. Eine Fiktion in Makler – AGB oder die bloße Kontaktaufnahme mit ihm genügen nicht.

### **Urteil 3. Nachweis ohne Vermieterbenennung**

Ausnahmsweise kann eine Maklerprovision ohne Benennung des künftigen Vermieters verdient sein. Name und Anschrift muß der Makler nicht nennen, wenn es dem Interessenten noch nicht auf die Person ankommt und er sodann „am Makler vorbei“ abschließt. Ein arglistiges Vorgehen (etwa durch gezielte Ermittlungen auf eigene Faust) verlangt Karlsruhe<sup>3</sup> entgegen mancher Oberlandesgerichte nicht. Fazit: Ein praxisnahes Urteil pro Makler. Dennoch bleibt es grundsätzlich ratsam, den Vertragspartner zeitnah und beweisbar mit Name und Anschrift zu benennen.

### **Urteil 4. Wirtschaftliche Identität beim Unternehmenskauf**

Verpflichtet sich eine GmbH zur Zahlung einer Provision bei Veräußerung ihres „Unternehmens“, fällt darunter nicht nur der Verkauf sämtlicher Vermögensgegenstände (assets) sondern auch die Übertragung der Geschäftsanteile an ihr selbst.<sup>4</sup>

Die beklagte GmbH hatte eine Maklerprovision „für die erfolgreiche Veräußerung des Unternehmens“ zugesagt. Die schriftliche Vereinbarung hatten die geschäftsführenden Gesellschafter unterschrieben. Später übertrugen diese ihre Geschäftsanteile auf einen vom Kläger nachgewiesenen Käufer. Der BGH sah darin eine die Provisionspflicht der GmbH auslösende Veräußerung des Unternehmens. Zwar gab dies der Wortlaut des Maklervertrages nicht her. Unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Vertragsziels „Unternehmensverkauf“ bejahten die Bundesrichter aber dennoch die erforderliche Identität zwischen nachgewiesenem und tatsächlich zustande gekommenem Geschäft. Dabei sprach auch der Umstand nicht gegen den Makler, dass der Kaufpreis an die Gesellschafter und nicht an die Gesellschaft gezahlt wurde. Denn letztlich hätten auch beim Verkauf sämtlicher assets durch die GmbH sie selbst den Gewinn erzielt.

### **Urteil 5. Provision nach Rücktritt**

Trotz zunächst anderweitigen Verkaufs kann eine Maklerprovision verdient sein. So hat der BGH<sup>5</sup> einen Fall entscheiden, bei dem ein vom Makler nachgewiesener Vertrag erst zustande kam, nachdem ein zuvor mit einer anderen Partei geschlossener Kaufvertrag durch Ausübung eines Rücktrittsrechts gescheitert war. Karlsruhe schloss sich der Ansicht beider Vorinstanzen nicht an, die Klägerin habe die aufgrund völlig neuer Umstände, nämlich nach dem Rücktritt der Erstkäuferin, doch noch wahrgenommene Verkaufsmöglichkeit nicht nachgewiesen. Enthält der Kaufvertrag ein zeitlich befristetes, aber im Übrigen vorbehaltloses Rücktrittsrecht, bleibt er solange in der Schwebe, wie das Rück-

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 06. Juli 2006 - III ZR 379/04 = NZM 2006, 667.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – III ZR 451/04 = NJW-RR 2006, 496.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2006 – III ZR 52/06.

trittsrecht noch ausgeübt werden kann. Bis dahin ist das Objekt noch nicht endgültig vom Markt und der Verkäufer immer noch latent verkaufsbereit. Fazit: ein konsequentes Urteil, denn umgekehrt erhält der Makler des noch „schwebenden“ Vertrages eine Provision auch erst, wenn das Rücktrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann.

#### **Urteil 6. Scheitern des Hauptvertrages**

Scheitert ein Mietvertrag, weil der Vermieter eine von ihm übernommene Pflicht zum Ausbau der Mieträume nicht erfüllt hat, kann der Mieter die an den Makler gezahlte Provision im Normalfall nicht zurückverlangen.<sup>6</sup> Geschäftsgrundlage des Maklervertrages ist es nicht, dass der Auftraggeber das von ihm mit dem Abschluß des Mietvertrages angestrebte Ziel erreicht. Der Provisionsanspruch ist nur vom Zustandekommen des Hauptvertrages, nicht von dessen Ausführung abhängig. Deshalb geht es nicht zu Lasten des Maklers, wenn der Partner des Hauptvertrages (hier der Vermieter) die gegenüber dem Auftraggeber übernommenen Pflichten nicht erfüllt. Anders kann es jedoch sein, wenn Makler wie Auftraggeber Kenntnisse über Umstände haben, auf Grund derer der Hauptvertrag wirtschaftlich fehlschlagen kann; solche provisionsschädlichen Umstände sah das Gericht im vorliegenden Fall jedoch nicht. Fazit: Ein halber Sieg für die Maklerwelt. Ist dem Vermittler die Schieflage des Vermieters bekannt, muß er die Provision evtl. doch zurückzahlen.

#### **Urteil 7. Kausalitätsvermutung**

Dass sein Nachweis oder seine Vermittlung ursächlich für den Vertragsschluss waren, hat der Makler zu beweisen. Gelangt jedoch sein Angebot in die Sphäre des Auftraggebers und schliesst dieser in angemessenem Zeitabstand ab, gilt für den Nachweismakler die sog. Kausalitätsvermutung. In dem bereits zitierten Urteil vom 06. Juli 2006<sup>7</sup> stellt der BGH klar, dass ein Zeitraum von mehr als 1 Jahr zwischen Nachweis und Hauptvertrag diesen Prozessvorteil jedoch nicht mehr mit sich bringt. Fazit: Dauern die Verhandlungen länger, bleibt es bei der vollen Nachweispflicht zur Ursächlichkeit auf Seiten des Maklers.

#### **Urteil 8. Verwirkung**

Mit seinem Urteil vom 19. Mai 2005<sup>8</sup> machte Karlsruhe mit einer unsinnigen Rechtsprechung Schluß, mit der das OLG Hamm<sup>9</sup> für erhebliche Verunsicherung sorgte. Dieses Gericht hatte den Provisionsanspruch allein aufgrund Verwendung unzulässiger AGB – Klauseln als „verwirkt“ angesehen. Zwar kann der Verwirkungsparagraph § 654 BGB Anwendung finden, wenn der Vermittler unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwider handelt. Hierfür reicht jedoch nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung. Vielmehr muß sich der Makler aufgrund einer subjektiv vorwerfbaren, schwerwiegenden Treuepflichtverletzung seines Lohnes als „unwürdig“ erwiesen haben. Das ist nur bei vorsätzlichen oder solchen grob leichtfertigen Treuepflichtverletzungen anzunehmen, die einem Vorsatz nahekommen. Fazit: Makler können aufatmen. Fehlerhafte Allgemeine Geschäftsbedingungen können keinen Provisionsverlust nach sich ziehen. Aber sie bringen auch nicht den Nutzen, der von ihnen erwartet wird. Deshalb sei die Erneuerung alter AGB dringend empfohlen.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 14. Juli 2005 - III ZR 45/05 = NZM 2005, 711.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 06. Juli 2006 - III ZR 379/04 = NZM 2006, 667.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 - III ZR 322/04 0 RDM-Rspr. A 146 Bl. 70.

<sup>9</sup> OLG Hamm, Urteil vom 29. Mai 2000 - 18 U 236/99 = NZM 2000, 1073.

## **Urteil 9. Verflechtung beim WEG – Verwalter**

Der BGH<sup>10</sup> hat sich auch mit dem immer wieder aktuellen Thema der „Verflechtung“ beim WEG – Verwalter befasst. Der Käufer mehrerer Eigentumswohnungen verlangte die für die Vermittlung gezahlte Provision zurück, weil der Makler zugleich WEG – Verwalter des Gemeinschafts- und Mietverwalter der Wohnungen war. Ohne Erfolg, denn Karlsruhe sah darin keinen Fall „unechter Verflechtung“. Ein provisionsschädlicher sog. „*institutioneller Interessenkonflikt*“ liegt nicht vor, weil es normalerweise nicht zu den Aufgaben des Verwalters gehört, die im Sondereigentum stehenden Wohnungen zu verkaufen. Allein die Möglichkeit, dass im Einzelfall Probleme wegen der Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Eigentümer bestehen können (z. B. im Hinblick auf Mängel der Wohnung) stellt nicht bereits per se einen Interessenskonflikt dar. Fazit: Der Wohnungseigentumsverwalter darf regelmäßig auch als Verkaufsmakler arbeiten. Ausnahme: wenn er dem Verkauf der von ihm vermittelten Wohnung nach § 12 WEG zustimmen muss. Dann ist es jedoch zulässig, den Umweg über eine Verkäuferprovision zu gehen.

## **Urteil 10. Wohnungsvermittlung 1**

§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Wohnungsvermittlungsgesetz versagt dem Vermittler von Mietwohnungen einen Provisionsanspruch, wenn der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Eigentümer, Verwalter, Mieter oder Vermieter er selbst ist. In seiner Entscheidung vom 09. März 2006<sup>11</sup> hat Karlsruhe einen Makler, dessen Gehilfe der bisherige Wohnungsmieter ist, selbst wie einen Mieter behandelt. Fazit: Sucht der Mitarbeiter des Maklers einen Nachmieter, bekommt sein Chef dafür keine Provision.

## **Urteil 11. Wohnungsvermittlung 2**

Für ausgleichende Gerechtigkeit sorgte der Maklersenat noch am selben Tag.<sup>12</sup> In diesem Fall hatte der Makler für den Vermieter eine Vermietungsgarantie übernommen. Das ist zulässig und provisionsunschädlich. Karlsruhe sieht den Makler hier nicht als Mieter nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WoVermG.

## **Urteil 12. „Selbständiges Provisionsversprechen“**

Nur in wenigen Ausnahmefällen kann die Provisionszusage an einen Makler ein Schenkungsversprechen darstellen. So lautet die Quintessenz eines Urteils vom Oktober 2006.<sup>13</sup>

Ohne Mitwirkung der beauftragten Maklerin verkaufte eine Eigentümerin ihr Haus, nachdem sich bei ihr direkt eine Interessentin gemeldet hatte. Gleichwohl versprach sie der Maklerin, sie erhalte in jedem Fall eine Provision. Das zweitinstanzliche Oberlandesgericht störte jedoch eine Formalie: die Maklerin habe keine Maklerleistung im engeren Sinne (Nachweis oder Vermittlung) erbracht; darin liege ein Schenkungsversprechen und dieses sei mangels notarieller Beurkundung unwirksam. Dem folgte Karlsruhe nicht: nur wenn es an jeglicher Gegenleistung fehle, könne ein „selbständiges“ Provisionsversprechen eine Schenkung sein. Nahe liegend sei hier aber, dass die Verkäuferin die Bemühungen der Maklerin habe entgelten wollen, die u.a. ein Exposé gefertigt und das Objekt inseriert hatte. Fazit: 1. Eine Provisionspflicht kann auch unabhängig von einer echten Maklerleistung begründet werden. 2. Ein

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 387/04 = RDM-Rspr. A 145 Bl. 65.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 09. März 2006 - III ZR 235/05 = NJW-RR 2006, 729.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 09. März 2006 - III ZR 151/05 = NJW-RR 2006, 728.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 - III ZR 331/04 = www.bundesgerichtshof.de.

beurkundungspflichtiges Schenkungsversprechen liegt nur vor, wenn der Makler rein gar nichts getan hat.

### **Urteil 13. Maklerklausel und Aufklärungspflichtverletzung**

Nach einer weiteren Entscheidung vom 22. September 2005<sup>14</sup> obliegen dem Vermittler nicht nur Pflichten gegenüber dem ursprünglichen Auftraggeber. Bei Verletzung von Aufklärungspflichten ist er auch demjenigen gegenüber verantwortlich, der ihm erst aufgrund einer Maklerklausel (§ 328 BGB) im Kaufvertrag provisionspflichtig wurde (z.B. weil der Käufer damit eine Innenprovision des Verkäufers übernommen hat). Im vorliegenden Fall wußte der Makler von starkem Hausbockbefall einer Villa. Dem Käufer teilte er das jedoch nicht mit. Im Notarvertrag vereinbarten die Parteien, dass der Käufer den Verkäufer von dessen ursprünglicher Provisionspflicht freistellt. Obwohl durch die Maklerklausel kein Vertragsverhältnis zwischen Makler und Käufer entstanden war, bestätigte der Maklersenat des BGH Aufklärungspflichten des Maklers auch gegenüber dem Käufer. Fazit: hat der Vermittler Kenntnisse, die für den Kauf des aus der Maklerklausel Provisionspflichtigen bedeutsam sind, muss er auch diesen aufklären.

---

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 22. September 2005 - III ZR 393/04 = NJW 2005, 3779.