

## Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

anstanden, wenn der operierende Arzt sich an den Hinweis beschränkt, der Zugang sei „in typischer Weise“ erfolgt und übliche Zwischenschritte nicht dokumentiert (OLG Koblenz, Urt. v. 27.7.2006 – 5 U 212/05, MedR 2007, 305 [307]). Es stellt keinen Dokumentationsmangel dar, wenn nicht alle Einzelbefunde einer Duplex-Ultraschalluntersuchung durch dauerhafte Bilder aktenkundig gemacht werden. Es genügt, wenn sich aus der Dokumentation die **Vorgehensweise bei der Befunderhebung und die vom Arzt gewonnenen Erkenntnisse** ergeben (OLG Naumburg, Urt. v. 13.3.2008 – 1 U 83/07, VersR 2008, 1073 f.). Entdeckt der Arzt im Rahmen einer ambulanten Nachsorge zu einer stationären gefäßchirurgischen Behandlung eine subkutane Blutung, die nach seiner Einschätzung weder eine Verdrängung in innerer Organe noch von Muskulatur besorgen lässt, so genügt die **Dokumentation seines wertenden Untersuchungsergebnisses** (OLG Naumburg, Urt. v. 2.12.2008 – 1 U 27/08, juris). Auch der Hinweis eines Unfallchirurgen oder Orthopäden, der Patient solle sich **bei Fortdauer der Beschwerden wieder vorstellen**, muss aus medizinischen Gründen nicht dokumentiert werden; denn ein entsprechender Vermerk hätte medizinisch keine Bedeutung (OLG München, Urt. v. 12.4.2007 – 1 U 2267/04, juris, Nr. 158). Es stellt auch keinen Dokumentationsfehler dar, wenn ein Psychotherapeut über einen Patienten, der sich wegen einer psychischen Drucksituation am Arbeitsplatz in seine Behandlung begeben hat und dabei nach Exploration eine Suizidalität verneint hat, **keinen sog. „Suizidbogen“ erstellt** (OLG Braunschweig, Beschl. v. 11.2.2008 – 1 U 2/08, GesR 2008, 536 f.).

Eine unterbliebene, unvollständige oder auch nur lückenhafte Dokumentation bildet aber **keine eigenständige Anspruchsgrundlage** und führt grundsätzlich **nicht un-**

**mittelbar zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen einem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Primärschaden** (BGH v. 6.7.1999 – VI ZR 290/98, MDR 1999, 1265 = VersR 1999, 1282 f.; OLG Zweibrücken, Urt. v. 10.3.2009 – 5 U 19/07, OLGReport Zweibrücken 2009, 434 [436]). Dokumentations-Versäumnisse führen aber zu der Vermutung, dass ein dokumentationspflichtiger, aber nicht dokumentierter Umstand sich nicht ereignet hat bzw. eine medizinisch notwendige Maßnahme unterblieben ist (OLG Zweibrücken, a.a.O.; OLG Koblenz, Urt. v. 12.6.2008 – 5 U 1198/07, VersR 2009, 70 f.).

Zu einer **Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs** zwischen einem festgestellten oder in Ermangelung einer Dokumentation anzunehmenden Behandlungsfehler und dem Schaden des Patienten kann es nur dann kommen, wenn die Dokumentationslücke entweder einen „groben Behandlungsfehler“ oder die Voraussetzungen einer „unterlassenen Befunderhebung“ indiziert (OLG Oldenburg, Urt. v. 30.1.2008 – 5 U 92/06, NJW-RR 2009, 32 [34]; OLG Koblenz, Urt. v. 30.11.2006 – 5 U 784/06, MedR 2007, 365; OLG Brandenburg, Urt. v. 5.4.2005 – 1 U 34/04, OLGReport Brandenburg 2005, 489 [492]; Hausch, VersR 2006, 612 [614]). Danach reicht es zur Annahme einer Beweislastumkehr in Bezug auf den Ursachenzusammenhang nicht aus, wenn sich anhand von Lücken im Operationsbericht nicht beurteilen lässt, welche konkrete Ursache für den Zustand des Patienten verantwortlich ist, die Voraussetzungen eines „groben Behandlungsfehlers“ oder einer „unterlassenen Befunderhebung“ aufgrund der Dokumentationslücke aber nicht indiziert werden (OLG Oldenburg, a.a.O.; Hausch, VersR 2006, 612 [614]; Müller, VPräsBGH, DRiZ 2000, 259 [268]).

### MDR-ARBEITSHILFE

## Die häufigsten Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

Rechtsanwalt Johannes Engel

*Die gesetzliche Regelung des Maklerrechts ist leider nur äußerst knapp ausgefallen (Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 4). Der historische Gesetzgeber hat seinerzeit nur eine Rahmenordnung zur Verfügung gestellt, die von der Rechtsprechung zum heutigen Maklerrecht ausgeformt wurde. Maklerrecht ist in seinen wesentlichen Zügen Richterrecht (Würdinger, JZ 2009, 349 spricht zutreffend von „Fallrecht reinsten Wassers“). Da das Maklerrecht eher undurchsichtig und aufgrund der Fülle von Entscheidungen nicht selten sogar für den beratenden Rechtsanwalt kaum noch nachvollziehbar ist, kommt es häufig zu Irrtümern und Missverständnissen. Die rechtlich oftmals völlig unbegründeten Argumentationen der Kunden werden dadurch über die anwaltliche Vertretung bis hin zu den Gerichten getragen. Diese Aufzählung der in der Praxis am häufigsten auftauchenden, untauglichen Argumente von Maklerkunden soll dazu beitragen, unnötige Streitigkeiten oder gar gerichtliche Auseinandersetzungen von vorneherein zu vermeiden.*

### I. Die Irrtümer von Interessenten, Mietern und Käufern bei Einschaltung eines Maklers

#### 1. Irrtum: Eine Maklerprovision entsteht nur dann, wenn dem Makler vom Verkäufer/Vermieter ein „Auftrag“ erteilt wurde

Nicht selten vertreten Maklerkunden die Auffassung, eine Maklerprovision entstehe nur dann, wenn der Makler über einen entsprechenden Vermarktungsauftrag seitens des Verkäufers bzw. Vermieters verfügt hat. Dem ist allerdings in rechtlicher Hinsicht nicht so. Die Provisionsvoraussetzungen ergeben sich aus § 652 BGB. Nach

▷ Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Frankfurt am Main, Syndikus des Immobilienverband Deutschland – IVD – Region Mitte (Hessen & Thüringen) und Bearbeiter der 13. Auflage des BGB-Kommentars Sörgel für den Bereich Maklerrecht (§§ 652–655 BGB).

## Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

dem gesetzlichen Leitbild verspricht der Auftraggeber dem Makler für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages Maklerlohn (§ 652 BGB). Ein durch Angebot und Annahme (§ 145 BGB) zustande gekommener Maklervertrag begründet dann einen Provisionsanspruch zugunsten des Maklers, wenn eine Maklertätigkeit (Nachweis und/oder Vermittlung) entfaltet wurde, der erstrebte Hauptvertrag wirksam zustande gekommen ist und zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Hauptvertrag ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Von einem „Auftrag“ ist in § 652 BGB nicht die Rede. Dementsprechend ist für das Zustandekommen eines wirksamen Maklervertrages nicht Voraussetzung, dass der Makler über einen Auftrag zur Vermarktung der Immobilie verfügt.<sup>2</sup>

Teils wird bei *Mietverträgen* durch den Kunden im Nachhinein eingewendet, ein Provisionsanspruch sei wegen § 6 Abs. 1 WoVermittG<sup>3</sup> ausgeschlossen, da in dieser Vorschrift klar geregelt sei, dass der Makler Wohnräume nur anbieten darf, wenn er dazu einen Auftrag des Vermieters hat. Tatsächlich legt der Wortlaut des WoVermittG eine solche Denkweise nahe. Dies ist allerdings ein Trugschluss. Wer Wohnraum ohne Auftrag anbietet, begeht zwar eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße geahndet werden kann. Ungeachtet eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 WoVermittG bleibt der Maklervertrag jedoch wirksam. Das hat der BGH bereits im Jahre 2002 entschieden. Dieser Entscheidung zufolge hat ein Verstoß des Maklers gegen das WoVermittG keine Nichtigkeit nach § 134 BGB zur Folge und führt nicht zum Provisionsverlust des Vermittlers.<sup>4</sup>

Da sich das Gesetz auf die Vermittlung von „Wohnraum“ beschränkt, findet es auf *Kaufverträge* ohnehin keine Anwendung; auch eine analoge Anwendung scheidet aus.<sup>5</sup> Der Makler kann also eine Provision selbst dann verdienen, wenn er keinen Vermarktungsauftrag seitens des Verkäufers hatte. Ob man die Vorgehensweise, eine Immobilie ohne Beauftragung des Berechtigten anzubieten, als standesgemäß oder angemessen empfindet, ist wiederum eine andere Frage. Für die gerichtliche Beurteilung, ob ein Provisionsanspruch entstanden ist oder nicht, spielt dies jedoch keine Rolle. Ähnliches gilt im Übrigen für Verstöße gegen *Ordnungs- und Erlaubnisvorschriften*. Das Fehlen der für die Tätigkeit des gewerblichen Maklers erforderlichen Gewerbeerlaubnis nach § 34c GewO führt nicht zur Unwirksamkeit des Maklervertrages,<sup>6</sup> ebenso wenig ein Verstoß gegen die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV).<sup>7</sup>

### 2. Irrtum: Kein Anspruch des Maklers bei Abschluss des Hauptvertrags nach Beendigung des Auftrags

Vorstehendes gilt gleichermaßen für den in der Praxis häufig vorkommenden Irrglauben des Kunden, dass ein Provisionsanspruch des Maklers nicht entsteht, wenn der Vermarktungsauftrag des Verkäufers zwischenzeitlich ausgelaufen ist. Es kommt sogar vor, dass Interessenten die Verkäuferseite unter Druck setzen, den Maklerauftrag sofort zu kündigen und nach dessen Auslaufen die notarielle Beurkundung vollziehen in dem Glauben, dadurch die Maklerprovision gespart zu haben.

Der Anspruch auf Maklerprovision ist auch in diesem Fall unabhängig von einem noch laufenden Auftragsverhältnis zwischen Makler und Verkäufer zu sehen. Ansonsten würde das Provisionsverlangen des Maklers regelmäßig ins Leere laufen, da der Kunde nur die Laufzeit abwarten müsste und danach sofort unter Umgehung des Maklers beurkunden könnte. Wenn eine Umgehung des Maklers derart leicht möglich wäre, gäbe es wohl kaum noch einen Kunden, der die Dienste des Maklers entlohnt. Der Interessent kann sich in solchen Fällen dem Provisionsanspruch nicht dadurch entziehen, dass er den Kauf unmittelbar nach Ablauf des Maklervertrages mit dem Verkäufer abschließt, da die Bemühungen des Maklers zu diesem Zeitpunkt regelmäßig noch „mitursächlich“ sind. Nach allgemeiner Meinung genügt, dass die Maklertätigkeit nur mitursächlich für das Zustandekommen des Hauptvertrages war. Sie braucht weder die einzige noch die hauptsächliche Ursache zu sein. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Auftraggeber durch die Dienstleistung des Maklers den Anstoß erhalten hat, sich konkret um das nachgewiesene Objekt zu bemühen. Folgt der Vertragsschluss in einem „angemessenen Zeitraum“ nach der Maklertätigkeit, so besteht zu Gunsten des Maklers eine Kausalitätsvermutung.<sup>8</sup> Welcher Zeitraum als angemessen anzusehen ist, war in der höchstrichterlichen Rechtsprechung lange Zeit nicht eindeutig geklärt. Zwischenzeitlich hat der BGH die Grenze für die Vermutungswirkung bei einem Zeitraum von einem Jahr gezogen.<sup>9</sup>

Hierbei handelt es sich allerdings nicht um eine feste Grenze. Im Einzelfall können zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem Abschluss des Hauptvertrages sogar wesentlich längere Zeiträume liegen, ohne dass dadurch die Kausalität ausgeschlossen wird. Eine Rolle spielt die Zeitspanne allein für die Frage der Beweislast und die Vermutungswirkung. Insbesondere bei Geschäftsobjekten und ab einer bestimmten Größenordnung vergeht erfahrungsgemäß ein längerer Zeitraum bis zum Vertragsabschluss.<sup>10</sup> Im Einzelfall ist bei einem entsprechend großen Volumen des abgeschlossenen Geschäfts (Beispiel: Einkaufszentrum) selbst nach 9 Jahren eine Ursächlichkeit nicht ausgeschlossen.<sup>11</sup>

### 3. Irrtum: Ohne schriftlichen Maklervertrag entsteht kein Provisionsanspruch

Oftmals sieht sich der Makler seitens des Käufers oder Mieters der Aussage ausgesetzt, es sei kein Anspruch auf Zahlung entstanden. Die lapidare Begründung: Man habe schließlich nichts unterschrieben, dementsprechend gebe es keine Zahlungsverpflichtung. Auch dieser Einwand greift in der Praxis nicht.

Der Abschluss eines Maklervertrages richtet sich nach den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen. Er kommt durch Angebot und Annahme (§ 145 BGB) zustande. In der Praxis häufig ist der Fall des Vertragsabschlusses, indem der Interessent eine sogenannte Objekt-Nachweisbestätigung,<sup>12</sup> in welcher ein Hinweis auf die Provisionszahlungspflicht enthalten ist, unterzeichnet. Dann ist der Fall klar. Rechtlich stellt dies jedoch kein Erfordernis

1 Seit jeher wird für den Kunden des Maklers die Bezeichnung „Auftraggeber“ verwandt.

2 *Schwerdtner/Hamm*, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 81.

3 Gesetz zur Regelung der Wohnraumvermittlung (WoVermittG).

4 BGH v. 25.7.2002 – III ZR 113/02, BGHZ 152, 10 = NJW 2002, 3015 = NZM 2002, 827.

5 BGH v. 28.4.2005 – III ZR 387/04, MDR 2005, 1099 = NJW-RR 2005, 1033.

6 BGH v. 23.10.1980 – IVa ZR 28/80, BGHZ 78, 263 = MDR 1981, 212f. = NJW 1981, 399; v. 23.10.1980 – IVa ZR 33/80, MDR 1981, 213f. = NJW 1981, 387.

7 *Schwerdtner/Hamm*, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 160.

8 BGH v. 13.12.2007 – III ZR 163/07, MDR 2008, 309 = MietRB 2008, 105 = NJW 2008, 651 = NZM 2008, 174; v. 6.7.2006 – III ZR 379/04, MDR 2007, 203 = MietRB 2007, 36 = NJW 2006, 3062.

9 BGH v. 6.7.2006, s. Fn. 8.

10 *Mäschle*, Maklerrecht, 2. Aufl., S. 350.

11 OLG Köln BeckRS 2000, 30125801.

12 Vgl. OLG Jena v. 3.8.2005 – 2 U 142/05, NJW-RR 2005, 1509.

## Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

dar. Der Abschluss eines Maklervertrages bedarf nämlich keiner bestimmten Form; er kann auch mündlich<sup>13</sup> oder in elektronischer Form,<sup>14</sup> d.h. durch den Austausch von E-Mails, geschlossen werden. Ebenso kann ein Maklervertrag durch schlüssiges Verhalten, sog. konkludentes Handeln, zustande kommen. Nimmt der Kunde nach Kenntnis eines deutlichen Provisionshinweises weitere Leistungen des Maklers in Anspruch, dann kommt diesem Verhalten des Interessenten ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert im Sinne einer Vertragsannahme zu.<sup>15</sup> Solche, den Anforderungen genügende Leistungen können zum Beispiel darin bestehen, dass der Makler gegeben wird, dem Interessenten weitere Unterlagen zu der angefragten Immobilie zu übermitteln (Anforderung von Grundrissplänen etc.). Oder aber, wenn sich der Interessent an den Makler wendet mit der Bitte, nunmehr eine Besichtigung des Objekts zu arrangieren. Der Kunde gibt aufgrund eines solchen Verhaltens in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrages annehmen will. Durch die Behauptung, er habe das die Provisionsforderung enthaltende Exposé nach Zugang nicht gelesen, kann sich der Maklerkunde dabei im Nachhinein nicht der Zahlungspflicht entziehen.<sup>16</sup>

### 4. Irrtum: Die Höhe der Provision ist auch vom geleisteten Arbeitsaufwand abhängig

Viele Maklerkunden, welche die Provisionszahlung verweigern, argumentieren dahingehend, der Makler habe keine ausreichende Leistung erbracht, vielmehr habe es nur eine Besichtigung sowie ein Gespräch gegeben und hierfür solle der Kunde nun eine Provision zahlen, die mehrere tausend Euro ausmacht. Ein solcher „Stundenlohn“ sei im Verhältnis zur dem Kunden erbrachten Leistung unangemessen und sittenwidrig. Auch Juristen scheinen, wie man ab und zu in Schriftsätzen liest, für solche Argumentationen empfänglich zu sein, ist diese Sichtweise doch zumindest für den unbefangenen Betrachter durchaus nachvollziehbar.

Verkannt wird dabei aber folgendes: Der Kauf- oder Mietinteressent sieht die Arbeit eines Maklers regelmäßig nur aus seiner Perspektive. Der bereits vor Auffinden dieses Interessenten erhebliche Zeitaufwand für andere Kunden und die erhebliche Kostenbelastung für meist viele Monate dauernde Zeitungs- und Internetwerbung führt nach Statistiken entgegen der landläufigen Meinung dazu, dass dem Maklerunternehmen nach Abzug aller Kosten im Regelfall gerade noch ein Gewinn von ca. 6–10 % verbleibt.<sup>17</sup> Der Interessent sieht nicht, wie viele erfolglose Besichtigungen der Makler auch an Wochenenden mit anderen Kunden durchgeführt hat, wie viele Verhandlungen ergebnislos mit anderen Kunden abgebrochen wurden, weil das Objekt dann doch nicht in Frage kam, über wie viele Monate in Zeitungen, Zeitschriften und in Internet-Datenbanken teure Verkaufsanzeigen geschaltet wurden. Ebenso kann es vorkommen, dass ein mit der Verkäuferseite geschlossener Vermarktungsauftrag nach mehreren Monaten ausläuft, ohne dass ein Erfolg durch das Vermittlungsunternehmen herbeigeführt werden konnte. Dem Makler sind in solchen Fällen lediglich hohe Kosten entstanden, ohne dass diesen Einnahmen gegenüberstehen. Das muss er mit erfolgreichen Geschäften ausgleichen. In rechtlicher Hinsicht hat der BGH schon vor langer Zeit ausgeführt:

*„Die Provision ist keine Vergütung für die Mühewaltung des Maklers, sondern ein Entgelt dafür, dass der Makler dem Auftraggeber die Möglichkeit zum Abschluss eines Geschäfts verschafft. Nicht, was den Makler der Nachweis an Mühe kostet, sondern was dem Auftraggeber der durch den Makler ermöglichte*

*Geschäftsabschluss wert ist, begründet die Höhe der Maklerprovision“.*<sup>18</sup>

Der Makler wird also nicht für seinen Arbeitsaufwand entlohnt, sondern für den Arbeitserfolg, d.h. dann, wenn es aufgrund seiner Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit zum Vertragsabschluss kommt. Der Kunde kann mit dem Argument, der Makler habe aufgrund eines geringen Aufwandes keine Provision oder nur in reduzierter Höhe verdient, also rechtlich nicht durchdringen.

### 5. Irrtum: Bei mehreren Maklern hat nur derjenige Makler, „über den der Hauptvertrag abgeschlossen wird“, den Anspruch auf Provision.

Ein kleiner Beispielfall soll die Problematik verdeutlichen: Der Interessent wendet sich an Makler A, lässt sich nach Abschluss eines Maklervertrages Nachweisleistungen erbringen und besichtigt das Objekt. Aus verschiedenen Gründen kommt es jedoch nicht zum Hauptvertragsabschluss, sei es, dass das eigene Objekt erst noch verkauft werden muss oder man sich über den Preis nicht einig wird. Drei Monate später wendet sich der Interessent an Makler B, der vom Verkäufer zwischenzeitlich den Auftrag für die Vermarktung erhalten hat und das Haus im Internet anbietet. Durch die Verhandlungen mit Makler B kommt es schließlich zu einer Einigung, der notarielle Kaufvertrag wird geschlossen.

Der Maklerkunde ist dann oftmals der Auffassung, dass nur der letzte aktive Makler, der die Verhandlungen zum Erfolg geführt hat, provisionsberechtigt ist. Auch dies kann sich als teurer Irrtum erweisen. Da es insoweit viele verschiedene Variationsmöglichkeiten gibt, kommt es zur Beurteilung natürlich immer auf den Einzelfall an. Grundsätzlich kann aber die Rechtsprechung zu dieser Thematik wie folgt umrissen werden:

Da wie oben bereits erläutert für die Begründung eines Anspruchs auf Maklerprovision Mitursächlichkeit genügt, können auch mehrere Makler nebeneinander oder nacheinander provisionsberechtigt sein. Hat ein Nachweismakler seinem Kunden die Vertragsgelegenheit über ein Grundstück nachgewiesen, so bleibt dieser dem Makler gegenüber auch dann provisionspflichtig, wenn er mit Hilfe eines zweiten Maklers das Grundstück zu einem niedrigeren Preis erwirbt.<sup>19</sup> Auch existiert keine Regel dergestalt, dass bei Einschaltung mehrerer Nachweismakler nur das für den gemeinsamen Auftraggeber günstigste Angebot als das für den Kaufabschluss allein ursächliche anzusehen ist; das hat der BGH in dieser Allgemeinheit verneint.<sup>20</sup> Sind mehrere Makler nebeneinander beauftragt, können sie selbständige ursächliche Beiträge zum Vertragsschluss leisten und dadurch jeweils eigenständig eine Provision verdienen.<sup>21</sup> Ist dem Auftraggeber als Käufer durch einen von ihm eingeschalteten

13 Wegener/Sailer/Raab, Der Makler und sein Auftraggeber, 5. Aufl., Rz. 32.

14 Seydel/Heinbuch, Maklerrecht, 4. Aufl., Rz. 20.

15 BGH v. 16.11.2006 – III ZR 57/06, MDR 2007, 512 = NJW-RR 2007, 400; OLG Celle v. 13.3.2003 – 11 U 234/02, MDR 2003, 1173; Annahme durch telefonische Vereinbarung eines Besichtigungstermins; Langemaack, NZM 2008, 18 (20).

16 Ibold, Maklerrecht, Rz. 31; Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 101.

17 Wegener/Sailer/Raab, Der Makler und sein Auftraggeber, 5. Aufl., Rz. 264.

18 BGH v. 19.4.1967 – VIII ZR 91/65, MDR 1967, 918 = NJW 1967, 1365 f.

19 BGH v. 26.9.1979 – IV ZR 92/78, MDR 1980, 128 = NJW 1980, 123; OLG Koblenz v. 21.6.2001 – 5 U 225/01, MDR 2001, 1402 = NJW-RR 2002, 489.

20 BGH v. 26.9.1979, a.a.O.; zustimmend: Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 569.

21 Mäschle, Maklerrecht, 2. Aufl., S. 353; Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 553.

## Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

Nachweismakler der Nachweis erbracht worden, entfällt dessen Provisionsanspruch nicht dadurch, dass sich der Auftraggeber zugleich der Dienste eines für den Vertragsgegner auftretenden Vermittlungsmaklers bedient und auch diesem Provision zu zahlen ist.<sup>22</sup> Das Gleiche gilt, wenn der Auftraggeber vom Erstmakler auf die Erwerbsmöglichkeit hingewiesen wird, er aber später von einem weiteren Makler zusätzliche Informationen erhält, die ihn zum Hauptvertragsschluss motivieren.

Der Kunde muss sich also darüber im Klaren sein, dass wenn er bereits mit einem Makler in Kontakt gestanden hat und danach für das gleiche Objekt noch die Leistungen eines weiteren Maklerunternehmens in Anspruch nimmt, er je nach den Umständen doppelt provisionspflichtig werden kann.

### 6. Irrtum: Eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Makler besteht nur, wenn der Kunde selbst den Hauptvertrag abschließt

Auch Umgehungsversuche dergestalt, dass z.B. die nicht-eheliche Lebensgefährtin den Makler aufsucht, sich nach Abschluss des Maklervertrages Nachweisleistungen erbringen lässt und zu einem späteren Zeitpunkt dann der mit ihr zusammenlebende Lebensgefährte den Kauf- oder Mietvertrag alleine abschließt, führen regelmäßig nicht dazu, dass die Maklerprovision entfällt.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wird dem Makler in derartigen Fallkonstellationen ein Provisionsanspruch zugesprochen, wenn zwischen dem Auftraggeber des Maklers und dem Dritten als Hauptvertragspartei besonders enge persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen bestehen.<sup>23</sup> Es verstößt nämlich gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn der Maklervertragspartner dem Makler den Einwand entgegengesetzt könnte, der Vertrag sei nicht mit ihm, sondern von einem Dritten abgeschlossen worden. Entscheidend ist, dass dem Maklerkunden der Vertragsschluss des Dritten ähnlich zu Gute kommt wie ein eigener, der Abschluss des Vertrages auch für die Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision einem eigenen Geschäft gleichzusetzen ist. Man kann nicht die Vorteile, die sich aus der Maklertätigkeit ergeben, für sich in Anspruch nehmen, die damit verbundenen Nachteile, das heißt die Zahlung eines Maklerlohns, jedoch ablehnen. Der Grund für die von der Rechtsprechung aufgestellte Ausnahme liegt auf der Hand. Über „vorgeschickte Dritte“ wäre es ansonsten sehr einfach möglich, den Provisionsanspruch des Maklers zu umgehen.

### 7. Irrtum: Wenn ich das Objekt bereits kenne, muss ich keine Maklerprovision zahlen

Die sog. Vorkenntnis stellt in der Praxis das häufigste missbräuchlich vorgebrachte Argument des Kunden dar, um einen Provisionsanspruch des Maklers zu Fall zu bringen und den Makler im Nachhinein auszuschalten. Meist wird behauptet, das Objekt sei dem Kunden schon

vorher bekannt gewesen, man kenne das Haus bereits seit Jahren, sei schon öfter daran vorbeigefahren oder habe gesehen, dass es leer steht.

Vorkenntnis bedeutet, dass dem Auftraggeber die Vertragsgelegenheit zum Zeitpunkt des Nachweises bereits bekannt war. Der Nachweis kann dem Kunden damit nicht mehr die erstmalige Kenntnis verschaffen. Eine derartige, rechtlich relevante Vorkenntnis schließt die Ursächlichkeit eines erfolgten Nachweises und damit einen Provisionsanspruch tatsächlich aus. Der Einwand der Vorkenntnis sollte durch die Gerichte besonders kritisch überprüft werden,<sup>24</sup> auch wenn die Argumentation der Kunden wie nachstehend erläutert meist ins Leere geht.

Der Provisionsanspruch des Maklers entfällt nämlich nicht schon dadurch, dass dem Kunden das Objekt selbst vor dem Nachweis des Maklers bekannt war und er womöglich seit vielen Jahren daran vorbeigefahren ist.<sup>25</sup> Vielmehr muss der Interessent alle Umstände der Vertragsmöglichkeit gekannt haben.<sup>26</sup> Allgemeine und ungenaue Vorstellungen oder Vermutungen reichen nicht aus. Ebenso wenig genügt, wenn dem Interessenten zwar das Objekt bekannt ist, nicht aber die Verkaufsbereitschaft des Eigentümers. Grundsätzlich weist der Makler kein „Objekt“ nach, sondern eine Vertragsgelegenheit. Selbst eine tatsächlich bestehende Vorkenntnis schließt dabei die Ursächlichkeit nicht zwangsläufig aus. Der Nachweis kann auch dann mitursächlich sein, wenn dem Kunden die Vertragsgelegenheit anderweitig bekannt war, sofern der Makler ihm noch „zusätzliche Informationen“ geliefert hat, die letztendlich zum Vertragsabschluss beigetragen haben.<sup>27</sup> Hinzu kommt, dass dem Maklerkunden vor Gericht die Beweislast für seinen Einwand obliegt. Beruft sich der Kunde darauf, dass ihm die Vertragsgelegenheit bereits vor dem Zugang des Nachweises bekannt gewesen sei, so muss er hierfür auch den Beweis erbringen.<sup>28</sup> In den meisten Fällen kann dabei eine den Anforderungen der Rechtsprechung genügende Vorkenntnis nicht festgestellt werden, die Behauptungen des Maklerkunden bleiben erfolglos.

### 8. Irrtum: Bei Wiederaufhebung des Kauf- oder Mietvertrages verliert der Makler zwangsläufig seinen Anspruch auf Provision

Ein weiterer Irrglaube lautet oftmals: wird der Miet- oder Kaufvertrag im Nachhinein wieder aufgehoben, so entfällt automatisch auch der Anspruch auf die Maklerprovision. Beispiel: Der Kunde erwirbt unter Einbeziehung der Dienstleistung des Maklers ein Einfamilienhaus. Nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages stellt sich heraus, dass die Bank wider Erwarten die Finanzierung des Objekts nicht übernimmt. Da der Verkäufer aufgrund der fehlenden Finanzierung keine Aussicht hat, den Kaufpreis zu erhalten und es nur wenig Sinn macht, den Käufer weiter am Kaufvertrag festzuhalten, wird der Kaufvertrag zwischen den Parteien einvernehmlich wiederaufgehoben. Der Käufer glaubt, er müsse nun auch dem Makler die Provision nicht mehr zahlen.

Die Praxis lehrt häufig etwas anderes. Immerhin hat der Makler den Erfolg herbeigeführt und den Hauptvertrag wirksam zustande gebracht. Nach der gesetzlichen Regelung ist die Ausführung des Hauptvertrages keine Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruchs. Der Makler trägt das Risiko bis zum Hauptvertragsabschluss. § 652 BGB macht das Entstehen eines Lohnanspruchs nur vom Zustandekommen des Hauptvertrages, nicht aber von dessen Ausführung abhängig. Bei einem notariellen Grundstückskaufvertrag sind daher Auflassung und Grundbucheintragung für das Entstehen der Provision unbeachtlich.

22 BGH v. 27.10.1976 – IV ZR 149/75, MDR 1977, 209f. = NJW 1977, 41f.; Koch, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, S.110.

23 BGH v. 13.12.2007 – III ZR 163/07, MDR 2008, 309 = MietRB 2008, 105 = NJW 2008, 651 = NZM 2008, 174; *Schwerdtner/Hamm*, Maklerrecht, 5. Aufl., Rz. 415.

24 So zutreffend OLG Düsseldorf OLGReport Düsseldorf 1999, 301; *Zopfs*, Maklerrecht, Rz. 97.

25 Hierzu *Seydel/Heinbuch*, Maklerrecht, 4. Aufl., Rz. 298f.

26 *Mäschle*, Maklerrecht, 2. Aufl., S. 347.

27 BGH v. 20.11.1997 – III ZR 57/96, MDR 1998, 339 = NJW-RR 1998, 411; OLG Jena v. 3.8.2005 – 2 U 142/05, NJW-RR 2005, 1509.

28 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 60/82, WM 1984, 62f.; OLG Koblenz WuM 2004, 44.

## Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht

Grundsätzlich gilt nach ständiger Rechtsprechung folgendes: Umstände, die einen wirksamen Abschluss des Hauptvertrages verhindern oder ihn als von Anfang an unwirksam erscheinen lassen (wie Formnichtigkeit, Gesetzswidrigkeit, Sittenwidrigkeit, anfängliche objektive Unmöglichkeit nach § 306 (alte Fassung), Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung), schließen eine Provisionspflicht aus; dagegen lassen Umstände, die ohne eine im Hauptvertragsschluss selbst liegende Unvollkommenheit lediglich die Leistungspflichten aus dem Vertrag beseitigen (nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung, Rücktritt oder einverständliche Vertragsaufhebung), den Provisionsanspruch regelmäßig unberührt.<sup>29</sup>

### II. Die Irrtümer des Verkäufers bei der Erteilung eines Maklerauftrages

Immer wieder wird von Seiten der Verkäufer einer Immobilie beharrlich die Auffassung vertreten, dass es besser und effektiver sei, möglichst viele Makler gleichzeitig mit der Vermittlung eines Objektes zu beauftragen anstatt nur einem Makler einen sog. Makler-Alleinauftrag zu erteilen. Mit den nachfolgenden Punkten soll ein wenig Aufklärung betrieben werden, warum in der Praxis die Erteilung eines Alleinauftrages sinnvoller sein kann.

#### 1. Nur der Alleinauftrag sichert den „guten Ruf“ des Objekts

Auch eine Immobilie hat einen Ruf zu verlieren. In den Augen von Interessenten ist etwas „faul“ an einem Objekt, wenn es von vielen Maklern fast öffentlich angeboten wird und sich niemand dabei sonderlich engagiert. Der Verkauf wird schwieriger und zeitraubender und nicht selten kann das Objekt nur noch unter Wert verkauft werden. Ist hingegen nur ein alleinbeauftragter Makler für die Werbung zuständig, wird dieser regelmäßig dafür sorgen, dass solche Fehlleistungen vermieden werden. Im Gegensatz zum sog. einfachen Maklerauftrag ist der Makler nämlich beim Alleinauftrag zum Tätigwerden verpflichtet.<sup>30</sup>

#### 2. 100 %-Einsätze führen am ehesten zum Erfolg

Nur die Erteilung eines Alleinauftrages verpflichtet den Makler also, die Interessen des Verkäufers intensiv, besonders sorgfältig und unter Ausnutzung aller Abschlusschancen zu verfolgen. Wer glaubt, die Wahrscheinlichkeit des Immobilienverkaufs im Wege der Einschaltung möglichst vieler Makler steigern zu können, der irrt im Regelfall. Wenn mehrere Aufträge gleichzeitig erteilt werden, wissen die einzelnen Makler genau, dass ihre jeweiligen Verkaufschancen nur gering und eher vom Zufall abhängig sind. Der Immobilienverkauf wird zum Lotteriespiel. Besser ist also die Beauftragung eines einzelnen Maklers, der planvoll alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen kann.

#### 3. Optimale Erschließung des Marktes

Nur der alleinbeauftragte Makler wird das Objekt Berufskollegen zur Durchführung eines Gemeinschaftsgeschäftes anbieten und damit deren Interessenkreis ebenfalls das Objekt zugänglich machen. Ein Gemeinschaftsgeschäft<sup>31</sup> liegt vor, wenn mehrere Makler jeweils

auf entgegengesetzter Auftraggeberseite tätig werden, also beispielsweise ein Makler als Käufermakler und der andere als Verkäufermakler. Dabei informieren sich die Makler untereinander über die von ihren Auftraggebern gewünschten Geschäfte und führen die Auftraggeber zusammen. Bei einem Gemeinschaftsgeschäft arbeiten die betreffenden Makler also miteinander und nicht gegeneinander. Sie konkurrieren nicht um den Vertragsabschluss, sondern wollen ihn gemeinsam herbeiführen. Dem Verkäufer entstehen dadurch keine zusätzlichen Kosten.

#### 4. Einsatz aller Verkaufsinstrumentarien durch den alleinbeauftragten Makler

Nur der Alleinauftrag erschließt dem Verkäufer das ganze moderne Instrumentarium des Maklers. In ständiger Abstimmung mit dem Verkäufer verhandelt er mit verschiedenen Interessenten. Er berät diese stellvertretend für den Verkäufer unter anderem auch über Finanzierungsmöglichkeiten, steuerliche Rahmenbedingungen und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Erwerbs. Er beschafft dem Verkäufer fehlende Unterlagen und Informationen von Behörden, Kreditinstituten, Verwaltern und bereitet regelmäßig auch den Kaufvertrag beim Notar vor. Er fertigt aussagekräftige Exposés an und macht das Objekt „angebotsreif“. Darüber hinaus organisiert der Makler Objektbesichtigungen und gibt Ratschläge für die Abwicklung. Das alles erspart dem Auftraggeber Zeit, Geld, Ärger und viele Unannehmlichkeiten. Der Verkauf wird professionell unter Einbeziehung aller Möglichkeiten abgewickelt.

#### 5. Nur bei Alleinauftrag: Optimale Werbung

Nur der alleinbeauftragte Makler wird alle – in der Regel sehr kostenintensiven – Werbemaßnahmen für das Objekt durchführen. Nach der Objektanalyse und Ermittlung der passenden Zielgruppe gestaltet er seine werblichen Maßnahmen. Diese bestehen aus der gezielten Ansprache vorgemerakter Interessenten, aus Angebotsbriefen und Exposés sowie der Einschaltung der wichtigsten Werbeträger wie Internet-Datenbanken, Tages-, Wochen- und Fachzeitschriften. Der alleinbeauftragte Makler erstellt letztendlich für jedes Objekt ein besonderes Werbekonzept.

#### 6. Verkäufer und alleinbeauftragter Makler arbeiten Hand in Hand

Die Einschaltung mehrerer Makler führt häufig zu Leerlauf und Doppelbearbeitungen. Es mangelt an gegenseitigen Informationen, Besichtigungen und Verhandlungen werden nicht richtig abgestimmt, Interessenten werden dadurch verunsichert, dass sie das gleiche Objekt von mehreren Maklern angeboten bekommen. Das alles schadet dem Verkäufer, der dies durch die Erteilung eines Alleinauftrages vermeiden kann, denn nur dann bilden der Makler und sein Auftraggeber eine eng zusammenarbeitende Mannschaft.

29 BGH v. 14.7.2005 – III ZR 45/05, MDR 2005, 1395 = NJW-RR 2005, 1506.

30 BGH v. 1.4.1992 – IV ZR 154/91, MDR 1992, 562 = NJW 1992, 2818 = BB 1992, 2178.

31 Hierzu ausführlich: Pauly, NZM 2006, 161.