

# **Update Maklerrecht – Aktuelle Rechtsprechung**

**DR. NIETSCH & KROLL**  
Rechtsanwälte

## Maklerrecht

### Bleibt der Provisionsanspruch bei Nichterfüllung des Hauptvertrages bestehen?

(BGH, Urteil vom 14.07.2005 – III ZR 45/05 – zitiert nach juris)

*Eine Tierärztin beauftragte einen Makler, geeignete Praxisräume zu suchen. Der Makler wies Räume nach, über die die Tierärztin mit dem Vermieter einen Mietvertrag schloss. Die Räumlichkeiten befanden sich in einem Rohbau, und der Vermieter sagte die Bezugsfertigkeit zu einem bestimmten Termin zu, den er nicht einhielt. Mahnungen und Fristsetzungen der Ärztin blieben erfolglos. Der Vermieter war nicht leistungsfähig, weshalb die Ärztin den Mietvertrag anfocht und Rückzahlung der Maklerprovision forderte.*



## **Maklerrecht – Bleibt der Provisionsanspruch bei Nichterfüllung des Hauptvertrages bestehen?**

- ▶ **Problem: Risiko der Durchführung des Hauptvertrages**
  - **st. Rspr.:**
    - **Risiko der Durchführung des Hauptvertrages liegt i. d. R. nicht beim Makler**
    - **Makler trägt Risiko des wirksamen Zustandekommen des Hauptvertrages > daher kein Provisionsanspruch bei:**
      - **Genehmigungsdefizit, Formnichtigkeit, Gesetzeswidrigkeit, Sittenwidrigkeit, anfängliche objektive Unmöglichkeit, Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung**

## **Maklerrecht – Bleibt der Provisionsanspruch bei Nichterfüllung des Hauptvertrages bestehen?**

- ▶ **Problem: Risiko der Durchführung des Hauptvertrages**
  - **st. Rspr.:**
    - „Unvollkommenheit“ des wirksamen Hauptvertrages i. d. R für Provisionsanspruch unschädlich
    - daher bleibt der Provisionsanspruch bestehen bei:
      - nachträgliche Unmöglichkeit, Rücktritt, Kündigung, einvernehmliche Vertragsaufhebung



## **Maklerrecht – Bleibt der Provisionsanspruch bei Nichterfüllung des Hauptvertrages bestehen?**

- ▶ **Problem: Risiko der Durchführung des Hauptvertrages**
  - **st. Rspr.:**
    - „Unvollkommenheit“ auch bei Nichterfüllung der Leistungspflichten des Hauptvertragspartners (z. B. Gebrauchsüberlassung der Räume)
    - Gefahr der Leistungserbringung, z. B. der Baupflicht/Fertigstellung liegt beim Maklerkunden
    - „Vermietung vom Reißbrett“



## **Maklerrecht – Bleibt der Provisionsanspruch bei Nichterfüllung des Hauptvertrages bestehen?**

### **► Hinweis für die Praxis:**

*Hat der Makler von Umständen Kenntnis, die die Durchführung des Hauptvertrages verhindern, kann der Provisionsanspruch ggf. entfallen, ggf. kann bereits gezahlte Provision zurückgefordert werden.*



## Maklerrecht

### Wie weit reicht der Nachweis?

(BGH, Urteil vom 23.11.2006 – III ZR 52/06 – zitiert nach juris)

*Ein Makler vermittelt einem Verkäufer einen Interessenten. Dieser verkauft jedoch das Grundstück an einen Dritten, der es an den seitens des Maklers benannten Interessenten weiterverkaufen wollte. Dem Käufer wurde ein befristetes Rücktrittsrecht eingeräumt, von dem er Gebrauch machte. Daraufhin veräußerte der Verkäufer das Grundstück an den Interessenten. Der Makler verlangt die Zahlung einer Provision.*



## **Maklerrecht – Wie weit reicht der Nachweis?**

- ▶ **Problem: Reichweite der Nachweisleistung - Verkaufsbereitschaft**
  - **„Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages“**
    - **Mitteilung des Maklers an den Kunden, die diesen in die Lage versetzt, mit dem Kaufinteressenten in konkrete Verhandlungen zu treten**
    - **Hauptvertrag als Arbeitserfolg**
    - **Maklerleistung ≠ Erfolg (Hauptvertrag)**
    - **anders nur, wenn sich nachgewiesene Verkaufsmöglichkeit zerschlägt = Verkäufer gibt Verkaufsabsicht auf**





## **Maklerrecht – Wie weit reicht der Nachweis?**

- ▶ entsteht Verkaufsmöglichkeit unter veränderten Umständen**
  - mit Abschluss des notariellen Kaufvertrages endet regelmäßig die Verkaufsbereitschaft**
  - „latente Verkaufsbereitschaft“ bei Kaufvertrag mit lediglich befristetem Rücktrittsvorbehalt für eine oder beide Parteien**
  - das Grundstück „ befindet noch auf dem Markt“**



## Maklerrecht – Wie weit reicht der Nachweis?

### ► Hinweis für die Praxis:

*Wird der Vertrag einvernehmlich aufgehoben oder durch Rücktritt infolge einer Leistungsstörung aufgehoben, war das Objekt zunächst nicht mehr auf dem Markt, die Verkaufsbereitschaft war erledigt, und es bedarf einer erneuten Maklerleistung, um einen Provisionsanspruch zu erhalten.*

## Maklerrecht

### Ist der Makler als Mietgarant „Mieter“ i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?

(BGH, Urteil vom 09.03.2006 – III ZR 151/05 – zitiert nach juris)

*Ein Makler, der dem Wohnungseigentümer eine Mietgarantie gewährt hatte, wies dem späteren Mieter die betreffende Wohnung nach und forderte von ihm eine Provision i. H. v. zwei Monatsmieten. Der Mieter verweigerte die Zahlung unter Hinweis § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Wohnungsvermittlungsgesetz.*

## **Maklerrecht – Ist der Makler als Mietgarant „Mieter“ i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

- ▶ **Problem: Mietgarant als Mieter i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**
  - **der Makler, der eine Mietgarantie übernimmt, ist kein Mieter**
  - **Zweck des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Wohnungsvermittlungsgesetz ist es zu verhindern, dass der Makler, der zugleich Mieter ist, auch der Beendigung des Mietverhältnisses keinen wirtschaftlichen Vorteil zum Nachteil des Nachmieters erlangt**
  - **der Nachmieter soll vor ungerechtfertigten wirtschaftlichen Belastungen geschützt werden**
  - **Ergänzung zum Verbot der Abstandzahlungen (§ 4a Wohnungsvermittlungsgesetz)**

## **Maklerrecht – Ist der Makler als Mietgarant „Mieter“ i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

- ▶ **Problem: Mietgarant als Mieter i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**
  - **zwar besteht eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem Mieter, der einen Nachmieter sucht, um vorzeitig aus dem Mietverhältnis entlassen zu werden,**
  - **und dem Makler, der seiner Mietgarantieverpflichtung gegenüber dem Wohnungseigentümer entgehen will**
  - **Makler, die eine Mietgarantie übernehmen, beeinträchtigen nicht den gesetzlichen Schutzzweck, Abstandszahlungen zu verhindern**
  - **Maklerinteresse, sich von der Mietgarantieverpflichtung zu befreien, ist provisionsunschädlich**

## **Maklerrecht – Ist der Makler als Mietgarant „Mieter“ i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

### **► Hinweis für die Praxis:**

*Etwaig provisionsschädliche Umstände sind zu beachten. Es bedarf konkreter Einzelfallprüfungen, bei denen aber – die bestätigt die vorliegende Entscheidung des Bundesgerichtshofes – zu berücksichtigen ist, dass die gesetzlichen Ausnahmeregelungen, die zu einer unwirksamen Vereinbarung und einem Provisionsausschluss führen, restriktiv auszulegen sind.*

## Maklerrecht

### **Vormieter als Mitarbeiter und Gehilfe des Maklers – Mieter i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

(BGH, Urteil vom 09.03.2006 – III ZR 235/05 – zitiert nach juris)

*Die Mitarbeiterin eines Maklerunternehmens suchte für ihre Wohnung einen Nachmieter. Das Maklerunternehmen bot die Wohnung mit ausdrücklichem Hinweis auf eine Provision an. Als zuständige Sachbearbeiterin war die betreffende Mitarbeiterin tätig, die einen Mietvertragsschluss vermittelte; hierbei teilte sie dem Nachmieter mit, dass sie Mieterin sei und einen Nachmieter suche. Das Maklerunternehmen verlangt Zahlung einer Provision.*

## **Maklerrecht – Vormieter als Mitarbeiter und Gehilfe des Maklers – Mieter i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

- ▶ **Problem: Makler (Wohnungsvermittler) = Mieter?**
  - **Mitarbeiterin als Erfüllungsgehilfin des Maklers**
  - **Die im Unternehmen des Maklers mit der Durchführung des Maklervertrages betraute und tätig gewordene Mitarbeiterin war zugleich die bisherige Mieterin der "vermakelten" Wohnung**
  - **§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 (3. Fall) Wohnungsvermittlungsgesetz ist einschlägig**
  - **Keine andere Beurteilung, als wenn das Maklerunternehmen persönlich der Mieter gewesen wäre**



## **Maklerrecht – Vormieter als Mitarbeiter und Gehilfe des Maklers – Mieter i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

- ▶ **Problem: Makler (Wohnungsvermittler) = Mieter?**
  - **Zielsetzung § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Wohnungsvermittlungsgesetz:**
    - **Wohnraumvermittler sollen keine Entgelte fordern können, obwohl eine dem Leitbild des Maklervertrages entsprechende Vermittlungstätigkeit nicht vorliegt oder in Frage gestellt ist**
  - **Interessenkonflikt droht:**
    - **statt Mittlertätigkeit im Interesse des wohnungssuchenden Kunden besteht Gefahr, Augenmerk darauf zu richten, einen für den Vermieter genehmen Nachmieter aus einem meist größeren Bewerberkreis herauszusuchen**
    - **und ggf. auch auf den Willen des eigenen Kunden einzuwirken, um seine bzw. des Vermieters Bedingungen durchzusetzen**

## **Maklerrecht – Vormieter als Mitarbeiter und Gehilfe des Maklers – Mieter i. S. d. Wohnungsvermittlungsgesetzes?**

### **► Hinweis für die Praxis:**

***Einzelfallprüfung, ob provisionsschädliche Identität zwischen Makler und anderen in § 2 Wohnungsvermittlungsgesetz genannten Personen vorliegt, wobei der Sinn und Zweck der Norm maßgeblich zu berücksichtigen ist und nicht lediglich der Wortlaut des Gesetzes bzw. der rein tatsächlichen Bezeichnungen der Aufgaben (vgl. faktischer Verwalter).***

## Maklerrecht

### Provisionsschädliche Tätigkeiten I

(AG Wedding, Urteil vom 28.07.2006 – 16 C 82/06 – zitiert nach juris)

*Ein Makler vermittelte eine Wohnung, füllte und fertigte den Formularmietvertrag aus, organisierte die Wohnungsübergabe, erstellte das Übergabeprotokoll und organisierte die Wohnungsrückgabe infolge des bereits nach kurzer Zeit endenden Mietvertrages.*

*Der Mieter verlangte die gezahlte Provision wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 Nr. 2 Wohnungsvermittlungsgesetz zurück.*



## **Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten I**

- ▶ **Problem: Auslegung des Begriffs des Verwalters i. S. d. WohnVermG**
  - **Verwalterstellung i. S. d. WohnVermG ist nicht allein von vertraglichen Verhältnissen abhängig**
  - **faktische Verhältnisse**
  - **„Verwalter“ als auslegungsbedürftiger Begriff**
  - **besondere Nähe zwischen Makler und Eigentümer**
    - **spezielle Verwertungs- und Erhaltungstätigkeiten**



## **Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten I**

### **▶ Indizien:**

- **Tätigkeiten, die**
  - **der Erhaltung des Gebäudes,**
  - **der ordnungsgemäßen Benutzung,**
  - **der Einnahmen- und Aufgabenverwaltung,**
  - **der Wohnungsvermietung****dienlich sind**
- **i. d. R. mehrere Indizien**
- **gleichwohl ist die Art und das Ausmaß der Tätigkeit entscheidend sowie das jeweils verfolgte Interesse (Vermieter-/Mieterinteressen)**

## **Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten I**

### **▶ Indizien:**

- **Ausfüllen eines Formularvertrages ist mechanisch**
- **kein eigenständiges Aushandeln des Vertrages für den Vermieter**
- **ebenfalls gilt dies für die Wohnungsübergabe und -rückgabe**
- **keine „ordnende und gestaltende“ Tätigkeit**
- **klassische Makleraufgaben:**
  - **Zugangverschaffung**
  - **Kenntnis vom Zustand**
- **Übergabe und Protokollanfertigung in beiderseitigem Interesse**

## Maklerrecht

### Provisionsschädliche Tätigkeiten II

(LG Düsseldorf, Urteil vom 18.03.2005 – 20 S 167/04 – zitiert nach juris)

*Ein Makler, der zugleich Verwalter der Wohnungseigentumsanlage ist, vermittelt einem Mieter eine Wohnung und erhält hierfür eine Provision. Neben der Verwaltungstätigkeit ist der Makler auch für den Vermieter der Wohnung tätig. Er vertritt den Mieter bei Mietvertragsschluss und organisiert hierneben auch kleinere Renovierungsarbeiten (Teppichbodenauswahl in Absprache mit dem Mieter, Auswahl und Beauftragung der Handwerker auf Rechnung des Vermieters). Der Mieter verlangt aus diesen Gründen die Provision zurück.*



## **Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten II**

- ▶ **Problem: Provisionsschädliche Serviceleistungen des Maklers?**
  - **Makler ist weder Verwalter des Sondereigentums noch dessen faktischer Verwalter**
  - **Verwalter repräsentiert den Eigentümer und nimmt ihm „ordnen und gestaltend“ Sorge und Obhut für das Objekt ganz oder teilweise ab**
  - **Tätigkeit von einigem Gewicht**





## **Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten II**

### **▶ Abgrenzung:**

**eigenständige gegenüber durch die Vermittlung veranlasste  
Verwaltertätigkeit**

### **▶ Umfang und Dauer, die einer Gefälligkeit entgegenstehen**

- Organisation von Renovierungsarbeiten kleineren Umfanges sind  
regelmäßig Service- und Nebenleistungen**
- provisionsunschädlich, da sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der  
Vermittlung stehen**

## Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten II

### Beispiele aus der Rechtsprechung

Verwalterfunktion	Maklerfunktion	provisionsschädliche Verflechtung	Entscheidung
Miethausverwalter		offen gelassen	BGH – IVa ZR 225/80 – v. 24.06.1981
starker WEG-Verwalter (§ 12 WEG)	Vermittlung für Käufer	ja	BGH – IV ZR 226/89 – v. 26.09.1990
Verwalter des vermittelten Grundstückes	Nachweis oder Vermittlung für Käufer	nein, wenn Verwalter nur zum Abschluss von Mietverträgen befugt war	OLG F. a. M. – 23 U 15/93 – v. 24.11.1993
Hausverwalter des Veräußerers	Nachweis oder Vermittlung für den Käufer	nein, wenn keine weiteren Anhaltspunkte	OLG Dresden – 8 U 3661/98 – v. 24.02.1999
WEG-Verwalter, der dem Verkauf zustimmen muss	Vermittlung für Käufer	ja, aber nur bei Kenntnis und selbständigem Provisionsversprechen	BGH – III ZR 287/02 – v. 06.02.2003
normaler WEG-Verwalter, kein Sondereigentumsverwalter	Nachweis oder Vermittlung für Mieter	nein	BGH – III ZR 299/02 – v. 13.03.2003
WEG-und Sondereigentumsverwalter	Vermittlung für Käufer	nein	BGH – III ZR 387/04 – v. 28.04.2005

## Maklerrecht – Provisionsschädliche Tätigkeiten I+II

### ► Hinweise für die Praxis:

- **Abgrenzung Nur-Makler/Verwalter-Makler bedarf Einzelfallprüfung**
- **Serviceleistungen können ggf. als Nebenleistungen erbracht werden**
  - **aber:**
    - **Makler sollte darauf achten, nicht für den Vermieter nach außen aufzutreten, d. h. den Mietvertrag, Mängelprotokolle etc. direkt durch den Vermieter unterzeichnen zu lassen und**
    - **auch bei der Vorbereitung, Durchführung und Organisation im Hintergrund als Berater zu fungieren**
  - **denn: Ausfüllen eines Vertrages und Übergabeprotokolls ist wegen Wahrnehmung von (vorrangigen) vermietetseitigen (Vermögens)interessen weiterhin ein gewichtiges Indiz für eine Verwaltertätigkeit**

## Maklerrecht

### Wann ist das selbständige Provisionsversprechen notariell zu beurkunden?

(BGH, Urteil vom 12.10.2006 – III ZR 331/04 – zitiert nach juris)

*Eine Eigentümerin wollte ihre Immobilie verkaufen und beauftragte hierzu einen Makler, der sodann ein Exposé fertigte und das Objekt inserierte. Die Eigentümerin veräußerte die Immobilie schließlich ohne Mitwirkung des Maklers an einen selbst gefundenen Maklerinteressenten. Der Makler beansprucht eine Provision, weil die Verkäuferin zugesichert habe, bei „Auftauchen“ eines Interessenten solle der Makler auf jeden Fall eine Provision erhalten. Die Eigentümerin verweigert die Zahlung unter Berufung auf die Formnichtigkeit der Abrede.*

## **Maklerrecht – Wann ist das selbständige Provisionsversprechen notariell zu beurkunden?**

- ▶ **Problem: Provisionsversprechen als notariell beurkundungsbedürftiges Schenkungsversprechen?**
  - **unabhängig von einer echten Maklerleistung können Makler und Auftraggeber eine Provisionszahlungsverpflichtung vereinbaren (st. Rspr. BGH)**
  - **Wirksamkeitsvoraussetzungen – insbesondere Formvorschriften – richten sich nach dem Vertragstyp**
  - **Vertragstyp ist im Einzelfall zu bestimmen**
  - **Schenkung bedarf der notariellen Form; Heilung möglich**

## **Maklerrecht – Wann ist das selbständige Provisionsversprechen notariell zu beurkunden?**

- ▶ **keine Schenkung:**
  - **Provision als verschleierter Kaufpreis**
  - **Zahlungsversprechen soll Veräußerungsbereitschaft des an einer Maklerleistung verhinderten Versprechensempfängers fördern**
  - **Provision als Entgelt für gewisse, nicht unter § 652 BGB fallende Dienstleistungen**

- ▶ **Schenkungen nur,**

*„wenn es an jeder Gegenleistung fehlt“, was „im geschäftlichen Verkehr allerdings von vornherein fern liegend“ ist.*



## **Maklerrecht – Wann ist das selbständige Provisionsversprechen notariell zu beurkunden?**

### **► Hinweis für die Praxis:**

*Sofern das unabhängige Provisionsversprechen nicht notariell beurkundet werden soll, bedarf es einer Gegenleistung, um nicht in die „Beurkundungsfalle“ zu tappen.*

## Maklerrecht

### Haftet der Makler für Exposéangaben des Verkäufers?

(BGH, Urteil vom 18.01.2007 – III ZR 146/06 – zitiert nach juris)

*Ein Eigentümer beauftragte einen Makler mit der Veräußerung einer Wohnung, zu der ein „Dachstudio“ – ein ausgebauter Spitzboden – gehört. Der Makler stellt dem Käufer eine „Baubeschreibung“ zur Verfügung, in der eine Grundfläche angegeben ist, die den Spitzboden beinhaltet. Hierneben überreicht der Makler dem Käufer eine von dem Verkäufer zur Verfügung gestellte und mit dem Stempel des Maklers versehene Wohnflächenberechnung. Nachdem sich später herausgestellt hatte, dass der Spitzboden nicht genehmigt ist, verlangt der Käufer einen Differenzschaden vom Makler.*





## **Maklerrecht – Haftet der Makler für Exposéangaben des Verkäufers?**

- ▶ **Problem: Prüfungs-, Aufklärungs- und Hinweispflicht des Maklers**
  - **Objektive Pflichtverletzung?**
    - **Treueverhältnis zwischen Makler und Käufer (Kunde)**
    - **Aufklärungspflicht in Bezug auf alle dem Makler bekannten Umstände, die für die Entscheidung seines Auftraggebers von Bedeutung sein können**
    - **dies gilt auch für Doppelmakler gegenüber beiden Auftraggebern**



## **Maklerrecht – Haftet der Makler für Exposéangaben des Verkäufers?**

- ▶ **Umfang der Prüfungs-, Aufklärungs-, Hinweis- und Informationspflichten**
  - **stets Einzelfallbetrachtung**
  - **pflichtwidrig, wenn Informationen ohne Grundlage genannt werden**
    - **es sei denn, der Makler legt offen, dass er für die Informationen keine hinreichende Grundlage hat**

## **Maklerrecht – Haftet der Makler für Exposéangaben des Verkäufers?**

- ▶ **Umfang der Prüfungs-, Aufklärungs-, Hinweis- und Informationspflichten**
  - **aber: der Makler darf Objektinformationen, die er vom Verkäufer erhält, ungeprüft weitergeben (vgl. BGH, 16.09.1981, IVa ZR 85/80)**
  - **Voraussetzungen:**
    - **erforderliche Sorgfalt bei der Informationsbeschaffung**
    - **Sondierung**
      - **Informationen, die nach dem Kenntnisstand, der bei einem Makler vorausgesetzt werden darf, ersichtlich plausibel, unrichtig, nicht plausibel oder sonst als bedenklich einzustufen sind, dürfen nicht in das Exposé aufgenommen werden**
  - **eigener Ermittlungen bedarf es nicht; Makler darf auf Richtigkeit der Angaben vertrauen**
  - **ohne besondere Umstände muss der Maklerkunde davon ausgehen, dass das Exposé ungeprüfte, weitergeleitete Angaben enthält**

## Maklerrecht – Haftet der Makler für Exposéangaben des Verkäufers?

► Hinweis für die Praxis:

*Eigene Nachprüfungen des Maklers sind zu empfehlen bei*

- *Zusicherung bestimmter Angaben*
- *ausdrücklicher Übernahme bestimmter Informationspflichten*
- *Inanspruchnahme besonderen Vertrauens, insbesondere hinsichtlich der Richtigkeit der Angaben*
- *Durchführung einer Due Dilligence bei Immobilienverkäufen (Einzelfallbetrachtung)*



## **Maklerrecht**

***Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!***

**HINWEIS:**

***Für die Richtigkeit sämtlicher Ausführungen in dieser Präsentation – insbesondere für die Praxishinweise und Empfehlungen – kann trotz sorgfältiger Bearbeitung keine Gewähr übernommen werden. Es bedarf stets einer Einzelfallprüfung!***