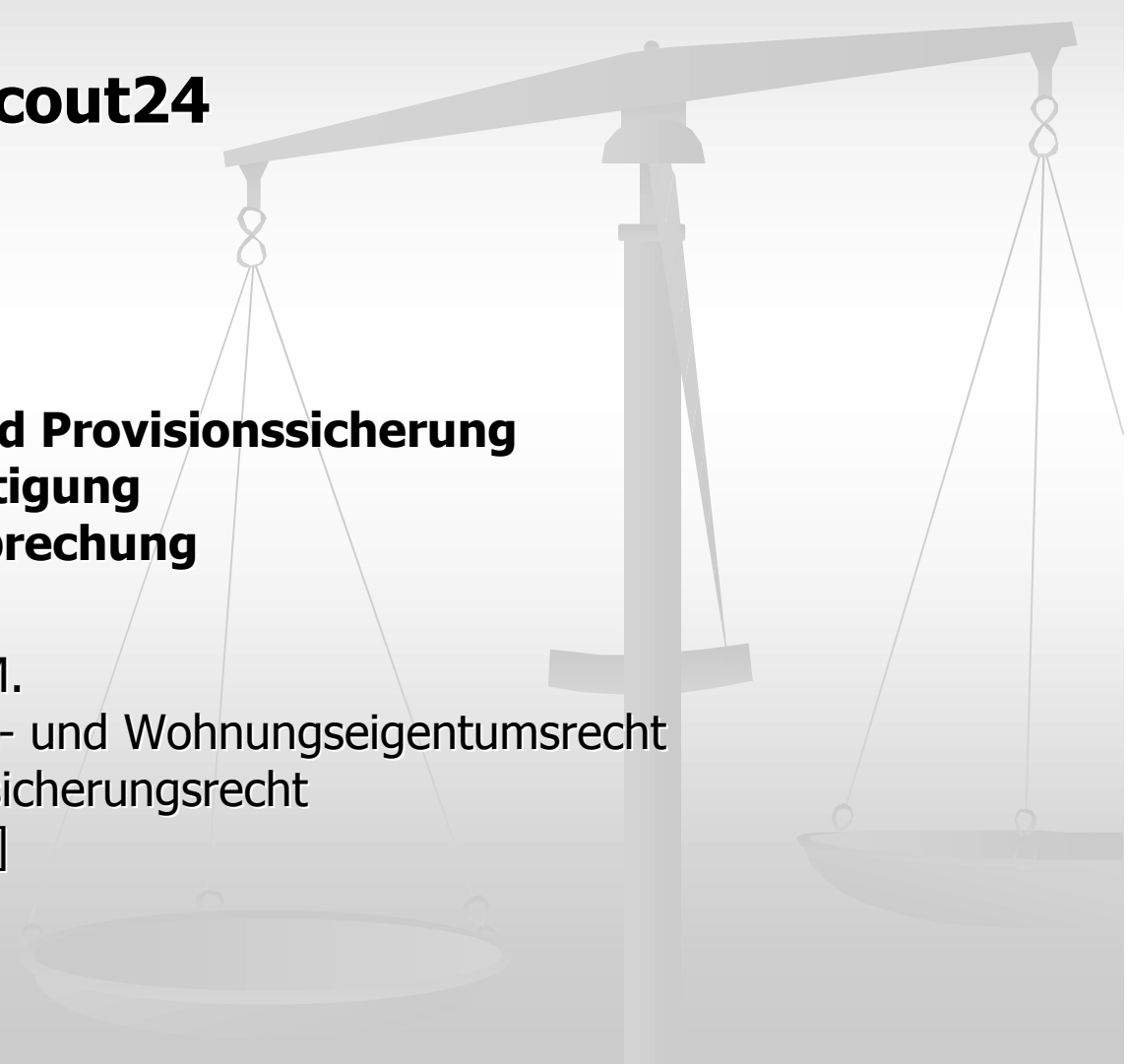


## **ImmobilienScout24 Foren 2010**

**Rechtsthema:**

**Maklervertrag und Provisionssicherung  
unter Berücksichtigung  
aktueller Rechtsprechung**

Dr. Oliver Buss LL.M.  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
[[www.dres-ruge.de](http://www.dres-ruge.de)]



# Übersicht

- Überblick über die Grundlagen des Provisionsanspruchs
- Einzelne Probleme anhand von Fallbeispielen

# Grundlagen des Provisionsanspruchs



**MUH!**

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **M**aklervertrag
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers
  - **H**auptvertrag

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

## ■ Voraussetzungen des Provisionsanspruchs

### ■ **M**aklervertrag

#### ■ Angebot

- schriftlich/Textform (i.d.R. mit dem Verkäufer),
- mündlich (sehr selten) oder
- schlüssig (i.d.R. mit dem Kaufinteressenten)

#### ■ Annahme

- schriftlich/Textform, mündlich oder schlüssig (s.o.)

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

## ■ Voraussetzungen des Provisionsanspruchs

### ■ **M**aklervertrag

#### ■ Besonderheiten bei einem schlüssig (konkludent) geschlossenen Maklervertrag:

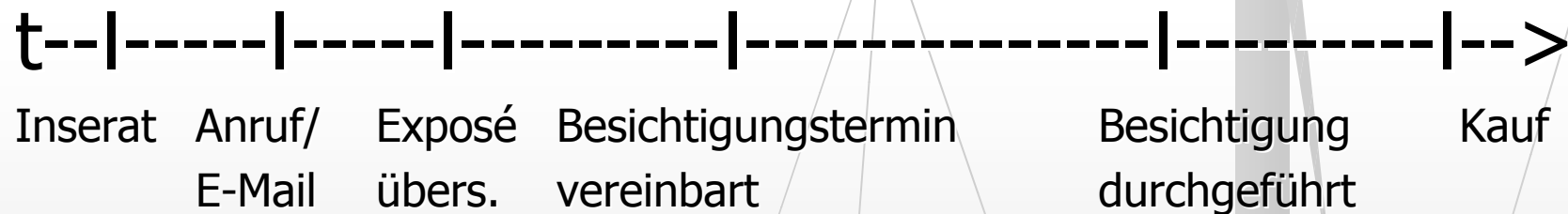
##### ■ Voraussetzungen:

- eindeutiges Provisionsverlangen
- Inanspruchnahme weiterer Tätigkeit durch den Interessenten

(vgl. BGH, Urteil vom 16.11.2006 – III ZR 57/06)

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **M**aklervertrag



# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **M**aklervertrag – Fall 1 (nach BGH, Beschluss vom 24.09.2009 – III ZR 96/09)

Ein Kunde wendet sich an Makler M und erteilt ihm einen Suchauftrag für eine Mietwohnung. M wird tätig. Ein Mietvertrag mit einem von M benannten Vermieter kommt zustande. Der K will aber keine Provision zahlen mit der – zutreffenden - Begründung, hierüber sei gar nicht gesprochen worden. Hat der Makler einen Anspruch?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **M**aklervertrag – Fall 1 (nach BGH, Beschluss vom 24.09.2009 – III ZR 96/09) - Lösung

*BGH: „Wer sich mit einem Suchauftrag an einen gewerbsmäßigen Makler wendet, gibt ein Angebot auf Abschluss eines Nachweismaklervertrages ab. Zur Annahme eines solchen Antrags genügt es, wenn der Makler seine Tätigkeit aufnimmt. Der Zugang einer ausdrücklichen Annahmeerklärung ist nicht erforderlich (§ 151 I BGB).“*

Problem: Höhe der Provision?!

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers
    - Der Makler muss einen vertraglichen und kausalen Beitrag zum Abschluss des Hauptvertrages geleistet haben, das heißt
      - ursächliche (Mitursächlichkeit reicht aus!)
      - Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers, Fall 1

M schließt mit K einen schriftlichen Maklervertrag zwecks „*Vermittlung eines Kaufvertrages*“ über seine Immobilie. Er inseriert das Objekt. Es meldet sich I, dem M ein Exposé übersendet und mit dem er eine Besichtigung durchführt. Er benennt dem K den I im Anschluss als Kaufinteressenten. I erwirbt. Hat M einen Provisionsanspruch

- a) ggü. dem Verkäufer K?
- b) ggü. dem I?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers, Fall 1 - Lösung
    - a) Sehr fraglich. Es kommt auf die Auslegung des Vertrages an. Wenn Vermittlungstätigkeit vereinbart, aber nur Nachweistätigkeit erfolgt ist, kein Anspruch.
    - b) Ja. Bei fehlender Konkretisierung im (schlüssigen) Maklervertrag wird von Gleichwertigkeit von Nachweis- und Vermittlungstätigkeit ausgegangen.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers, Fall 1 - Praxistipp

## Entweder im Vertrag

- wird nur allgemein die Tätigkeit des Maklers im Zusammenhang mit der beabsichtigten Veräußerung (oder dem Erwerb) einer bestimmten Immobilie vereinbart oder
- (vorzugsweise) werden als Tätigkeitsalternativen ausdrücklich die Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit genannt.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers, Fall 2 (nach BGH, Urteil vom 15.04.2010 – III ZR 153/09)

M übersendet dem I eine Liste mit Daten von Vermietern und Mietobjekten nach bestimmten Kriterien, die I vorgegeben hat, zur weiteren Verwendung und verlangt hierfür aufgrund einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung mit I ein einmaliges „Serviceentgelt“ von X €. I nimmt die Liste entgegen und zahlt das Entgelt. Später verlangt I den Betrag zurück. M habe die Zahlung nicht verlangen dürfen. Zu Recht?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **U**rsächliche Tätigkeit des Maklers, Fall 2 (nach BGH, Urteil vom 15.04.2010 – III ZR 153/09) - Lösung

Ja. Die Liste war so konkret, dass der BGH von einer Nachweistätigkeit ausgegangen ist und nicht nur von einer undifferenzierten Aufstellung (wie z.B. in der Tageszeitung). In diesem Fall darf bei der Vermittlung von Mietwohnungen kein erfolgsunabhängiges Entgelt verlangt werden.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - Ursächliche Tätigkeit des Maklers
  - In den Bereich der Ursächlichkeit/Kausalität fallen etliche weitere Problemgruppen, z.B.
    - Abweichungen vom Kaufpreis
    - Abweichungen in der Person des Erwerbers
    - Abweichungen in der Art des Objektes
    - Abweichungen in der Art des Hauptvertrages

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - Abschluss des **H**auptvertrages
    - Der Hauptvertrag muss wirksam zustande kommen.
    - Beachtlich ist der Fälligkeitszeitpunkt der Provisionsforderung. Hierbei zu berücksichtigen ggf.
      - anfängliche Wirksamkeitshindernisse oder
      - nachträgliche Wirksamkeitshindernisse

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 1

M vermittelt dem I einen Kaufvertrag über ein MFH. Nach Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrages scheitert die Finanzierung und I gerät in Verzug. Der Verkäufer erklärt den Rücktritt vom Kaufvertrag. Hat dies Auswirkungen auf den Provisionsanspruch?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 1 - Lösung

Nein, denn der Provisionsanspruch ist fällig mit Unterzeichnung des Vertrages. Dieser kommt zunächst wirksam zustande und wird erst hinterher durch den Rücktritt aufgehoben. Der Provisionsanspruch entfällt hierdurch nicht.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 2

M vermittelt dem I einen Kaufvertrag über ein MFH. Drei Wochen nach Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrages stellt I fest, dass der Verkäufer ihm wissentlich einen erheblichen Mangel des Objektes vorenthalten hat. Er ficht den Vertrag an. Hat dies Auswirkungen auf den Provisionsanspruch?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 2 - Lösung

Ja, denn die Anfechtung bewirkt selbst im Falle ihrer nachträglichen Erklärung die rückwirkende Vernichtung des Vertrages. Dies führt dazu, dass der Provisionsanspruch rückwirkend als zu keiner Zeit entstanden anzusehen ist.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - Hauptvertrag, Fall 3 (nach OLG Schleswig, Urteil vom 11.09.2009 – 14 U 33/09)

M vermittelt dem I einen not. KV über eine Gewerbeimmobilie. Im Vertrag ist ein Rücktrittsrecht enthalten für den Fall, dass eine Baugenehmigung nur mit bestimmten Auflagen erteilt wird. I erklärt mit dieser Begründung dann auch tatsächlich (Jahre später) den Rücktritt und verweigert die Provisionszahlung.

Besteht ein Provisionsanspruch, wenn

- a) der Rücktritt zu Recht erfolgte?
- b) die Wirksamkeit des Rücktritts (noch) nicht feststeht?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **Hauptvertrag**, Fall 3 (nach OLG Schleswig, Urteil vom 11.09.2009 – 14 U 33/09) – Lösung
    - a) Nein, da der Anspruch erst entsteht, wenn die Wirksamkeit des Vertrages feststeht. Das ist bei einem wirksamen Rücktritt aufgrund eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts nicht der Fall.
    - b) Nein, da der Provisionsanspruch erst entsteht, wenn abschließend sicher feststeht, dass das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 3 (nach OLG Schleswig, Urteil vom 11.09.2009 – 14 U 33/09) – Praxistipp

Wenn der Einfluss des M es zulässt und die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts im KV sich nicht verhindern lässt:

- auf Befristung des Rücktrittsrechts hinwirken
- Provision unabhängig von der Ausübung des Rücktrittsrechts vereinbaren; Nachteil:
  - streitig, ob nur durch Individualvereinbarung möglich
  - Wirkt grds. nur ggü. im Verhältnis zum Verkäufer, nicht ggü. I
- Aufwandsentschädigung für den Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts vereinbaren; Nachteil:
  - Wirkt grds. nur im Verhältnis zum Verkäufer, nicht ggü. I

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **Hauptvertrag**, Fall 4 (nach BGH, Urteil vom 04.03.1999 – III ZR 105/98)

Ein Kunde K beauftragt M, seine ETW zu verkaufen. Auf dessen Anzeige meldet sich der I, dem M ein Exposé übersendet und mit dem er eine Besichtigung durchführt. I erwirbt. Die Gemeinde G übt ihr gesetzliches Vorkaufsrecht aus, das aber scheitert, weil das Objekt sich bereits in der Zwangsversteigerung befand. In der Zwangsversteigerung erhält I den Zuschlag. Hat der Makler einen Provisionsanspruch ggü. dem K oder dem I?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 4 (nach BGH, Urteil vom 04.03.1999 – III ZR 105/98) – Lösung
    - Ggü. K (=Verkäufer):
      - Ja, solange nur das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Dem K bleibt der wirtschaftliche Erfolg der Maklertätigkeit erhalten.
      - Nein nach Zwangsversteigerung. Es kommt kein Hauptvertrag zustande. Der Erwerb erfolgt durch Zuschlagsbeschluss.
    - Ggü. I (=Kaufinteressent):
      - Nein, weil der mit dem Maklervertrag erstrebte Erfolg (=Hauptvertrag) in seiner Person nicht mehr eintreten kann.

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **Hauptvertrag**, Fall 4 (nach BGH, Urteil vom 04.03.1999 – III ZR 105/98) - Praxistipp
    - Gleichstellungsklausel im Vertrag mit dem Verkäuferauftraggeber vereinbaren. Hierdurch werden Verkauf und Versteigerung gleich hinsichtlich der Provisionsforderung gleich gestellt. Nachteile:
      - Nur durch Individualvereinbarung möglich
      - Wirkt grds. nur im Verhältnis zum Verkäufer
    - Aufwandsentschädigung für den Fall der Zwangsversteigerung im Vertrag mit dem K vereinbaren. Nachteile:
      - Sichert nicht die volle Provision
      - Wirkt grds. nur im Verhältnis zum Verkäufer

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 5 (nach OLG Dresden, Beschluss v. 03.12.2009 – 3 W 128/09)

M hat seinem Kunden, dem Verkäufer, den I als Kaufinteressenten für ein Geschäftshaus benannt. Monate später hört er durch Zufall, dass ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. Er möchte I und K seine Rechnungen schreiben, kennt aber den Kaufpreis nicht. Weder I noch K erteilen Auskunft. Daraufhin beabsichtigt M, die betreffende Grundakte einzusehen. Dies wird ihm verweigert. Zu Recht?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
  - **H**auptvertrag, Fall 5 (nach OLG Dresden, Beschluss v. 03.12.2009 – 3 W 128/09) – Lösung

Ja. Es fehlt das berechnete Interesse an der (erweiterten) Einsicht in die Grundakte. Es wird verwiesen auf die (insoweit vorrangige) Möglichkeit, eine Auskunftsklage gegen den jeweiligen Anspruchsgegner einzureichen. Dies setzt voraus, dass sich das Auskunftsrecht als vertragliche Nebenpflicht aus dem Maklervertrag ergibt.

# Die Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Letzter Fall:

M sitzt in Österreich. Von dem in Deutschland wohnenden K wird er i.R. eines qualifizierten Alleinauftrags beauftragt, einen Käufer für dessen in Österreich befindliche Immobilie nachzuweisen. Der K soll 3% zzgl. MwSt, bei Eigenverkauf 6% zzgl. MwSt. als Provision zahlen. Man einigt sich auf eine Kaufpreisforderung von etwa 1,1 Mio €. Einige Zeit meldet sich kein Interessent. Dann teilt der K dem M mit, er solle sich einmal an den ihm bekannten I wenden. Der habe sich schon in der Vergangenheit einmal für das Objekt interessiert. M schickt dem I das Exposé per Mail. Im Anschluss erwirbt ohne weiteres Zutun des M der Bruder B des I für 600 T€. B bestreitet, dass I das Exposé erhalten habe. M verlangt 6%, hilfsweise 3%, jeweils zzgl. MwSt. als Provision von K. Zu recht?

# Die Grundlagen des Provisionsanspruchs

- Letzter Fall - Lösung:
- 6% zzgl. MwSt?
  - Maklervertrag: ja. Fraglich, ob Qualifikierungsklausel wirksam. Meistens nein.
  - Falls Qualifikierungsklausel wirksam: Alleinverkauf durch den Kunden ohne Makler?
    - Ja, wenn Zugang Exposé nicht bewiesen werden kann.
    - Sonst womöglich nein, da personelle Kongruenz (verwandtschaftliches Näheverhältnis). Dann aber ggf. 3% zzgl. MwSt. (vgl. im Folgenden).
- 3% zzgl. MwSt?
  - **M**aklervertrag? Ja.
  - **U**rsächliche Maklertätigkeit?
    - Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit? Ja, wenn Zugang Exposé bewiesen werden kann. Sonst nein.
    - Ursächlichkeit?
      - Problem, weil der Bruder des I erwirbt? Nein, da personelle Kongruenz.
      - Problem, weil Kaufpreis niedriger? Ja, da erheblich.
  - **H**auptvertrag? Ja.

Kein Anspruch!

# Grundlagen des Provisionsanspruchs



Fragen?

# Grundlagen des Provisionsanspruchs

**Herzlichen Dank für  
Ihre Aufmerksamkeit!**