

Maklerrecht

anhand der höchstrichterlichen
Rechtsprechung

von

Dr. Detlev Fischer

Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe

4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-1656-8

dfv Mediengruppe

© 2017 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main
www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druckvorstufe: Wolfgang Schäfer, 68775 Ketsch

Druck und Verarbeitung: WIRMachenDRUCK GmbH, Mühlbachstraße 7, 71522 Backnang

Printed in Germany

Inhalt

Vorwort zur 4. Auflage	V
Aus dem Vorwort zur 1. Auflage	VI
I. Einleitung	1
1. Rudimentärer Normenbestand des Maklerrechts	2
a) Maklerrecht als Richterrecht	2
b) Aufgabenstellung des Maklerrechtssenats des Bundesgerichtshofs	4
c) Reform des Maklerrechts	5
2. Allgemeine Grundbegriffe	6
a) Nachweismakler	6
b) Vermittlungsmakler	7
c) Vertrauensmakler	9
d) Doppelmakler	9
e) Zivilmakler	10
f) Handelsmakler	10
g) Sonstige Bezeichnungen	11
aa) Versicherungsmakler	11
bb) Krämermakler	11
II. Grundsätzliches zum Maklervertrag	12
1. Überblick	12
2. Rechtsnatur des Maklervertrages	12
3. Sonderformen des Maklervertrages	13
a) Maklerdienstvertrag	14
b) Maklerwerkvertrag	15
c) Abgrenzung zwischen Maklervertrag und Anwalts- vertrag	15
aa) Anwaltsdienstvertrag	16
bb) Maklervertrag	17
4. Zusammenarbeit mehrerer Makler	18
a) Untermakler	19

VII

Inhaltsverzeichnis

b) Zubringergeschäft	20
c) Gesamtmakler	20
d) Gemeinschaftsgeschäft	21
e) Franchise-System	22
5. Form des Maklervertrages	23
a) Grundsatz der Formfreiheit	23
b) Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit	24
aa) Textform	24
bb) Schriftform	24
cc) Beurkundungsform	25
6. Sonstige Nichtigkeitsgründe des Maklervertrages	26
a) Anwendungsbereich des § 134 BGB	26
aa) Verstoß gegen Tätigkeitsverbot für Notare	27
bb) Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz	27
cc) Verstoß gegen gewerberechtliche Erlaubnispflicht	28
dd) Verstoß gegen Tätigkeitsverbot für Steuerberater	29
ee) Gewerbsmäßige Betätigung eines Rechtsanwalts als Makler	29
ff) Verstoß gegen Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung	30
gg) Verstoß gegen § 6 Abs. 1 WoVermittG	30
b) Anwendungsbereich des § 138 BGB	32
III. Begründung und Auflösung des Maklervertrages	35
1. Überblick	35
2. Ausdrücklicher Vertragsabschluss	35
3. Stillschweigender Vertragsabschluss	36
a) Allgemeine Grundsätze	36
b) Einzelne Fallgruppen	38
aa) Vertragsabschluss mit einem Kaufinteressenten	38
bb) Vertragsabschluss mit einem Mietinteressenten	43
cc) Vertragsabschluss mit einem Verkaufsinteressenten	43
dd) Suchauftrag	43
c) Anforderungen hinsichtlich der Deutlichkeit des Provisionsverlangens	46
d) Ausschluss anderweitiger Leistungsansprüche im Anwendungsbereich der Unklarheitenregel	50
4. Zurückweisung eines ausdrücklichen Provisionsbegehrens	51

a) Gesamtwiderspruch gegen ein ausdrückliches Provisionsbegehren	52
b) Teilweiser Widerspruch gegen ein ausdrückliches Provisionsbegehren	53
aa) Vertragsabschluss auf der Grundlage des § 150 Abs. 2 BGB	53
bb) Dissens aufgrund der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB	54
cc) Vertragsabschluss mit nachträglicher Provisionsbestimmung auf der Grundlage ergänzender Vertragsauslegung	54
5. Maklervertrag mit Eheleuten	56
a) Vertragsabschluss	57
b) Vertreterhandeln	58
c) Rechtsscheinhaftung	58
d) Mithaftung aus Schlüsselgewalt	59
6. Nachträglicher Abschluss eines Maklervertrags	61
7. Maklervertrag und kaufmännisches Bestätigungsschreiben	62
8. Inhalt des Maklervertrages	63
9. Einzelfragen zur Provision	64
a) Allgemeine Grundsätze	64
aa) Berechnungsarten	64
bb) Weitere Bezugsgrößen	65
b) Übliche Provision	66
aa) Gesetzliche Auslegungsregel	66
bb) Fehlen bundesweit üblicher Provisionssätze	67
cc) Regional abweichende Provisionssätze	67
dd) Ermittlung der üblichen Provision	69
ee) Festprovision für den Niedrigpreisbereich	70
ff) Keine Differenzierung zwischen einem professionellen Immobilienmakler und einem Gelegenheitsmakler	71
gg) Örtlicher Anknüpfungspunkt	71
c) Sittenwidrige Provisionshöhe	71
d) Anwendungsbereich des Herabsetzungsrechts aus § 655 BGB	73
e) Verjährung des Provisionsanspruchs	74
f) Darlegungs- und Beweislast	75

Inhaltsverzeichnis

10. Aufwendungsersatzabrede	76
11. Widerruf des Maklervertrages gemäß § 355 BGB	77
a) Neues Recht ab 13.6.2014	79
b) Bisheriges Recht	82
12. Beendigung des Maklervertrags	86
IV. Maklerleistung	88
1. Überblick	88
2. Nachweisleistung	89
a) Gelegenheit zum Abschluss eines Hauptvertrages	89
b) Vertragsbereitschaft	93
aa) Veräußerungsbereitschaft	94
bb) Erwerbzbereitschaft	97
c) Zusätzliche Nachweisleistung	98
3. Vermittlungsleistung	98
a) Allgemeine Grundsätze	99
b) Konkrete Vermittlungsleistungen	99
c) Unzureichende Vermittlungsleistungen	100
V. Hauptvertrag	102
1. Überblick	102
2. Allgemeine Grundsätze	102
3. Nichtigkeitsgründe	105
a) Formnichtigkeit	105
b) Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit	105
c) Anfechtung	106
d) Keine Maklerprovision bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung des Hauptvertrages	108
e) Keine Maklerprovision bei Abstandnahme vom schwebend unwirksamen Hauptvertrag	108
4. Hauptverträge mit Bedingungsvorbehalt	109
a) Aufschiebende Bedingung	109
b) Rücktrittsvorbehalte	109
c) Auflösende Bedingung	111
5. Hauptverträge mit Genehmigungserfordernis	112

6. Provision bei Ausübung eines Vorkaufsrechts	112
7. Verflechtungstatbestände	116
a) Drittbezug der Maklertätigkeit	116
b) Anfänge der Verflechtungsrechtsprechung	117
c) Allgemeine Grundsätze der Verflechtungsrechtsprechung	118
aa) Wirtschaftliche Betrachtungsweise	118
bb) Zweistufigkeit des Verflechtungsgedankens	119
cc) Anwendungsbereich	120
dd) Maßgeblichkeit der tatsächlichen Verhältnisse	120
d) Echte Verflechtung	121
e) Unehchte Verflechtung	122
aa) Notwendigkeit eines eigenständigen Begründungsansatzes	122
bb) Grundsatz des institutionalisierten Interessengegensatzes	123
cc) Handelsvertreter	124
dd) Arbeitnehmer	124
ee) Bevollmächtigter	125
ff) Eheleute und gleichgestellte Personen	125
gg) Persönliches oder freundschaftliches Näheverhältnis	127
hh) Verwalter	127
ii) Enge Kooperation zwischen Vermittler und Hauptvertragspartei	128
jj) Kreditinstitute als Makler	128
kk) Besonderheiten des Wohnungsvermittlungsrechts	129
f) Abweichende Provisionsabreden	129
g) Darlegungs- und Beweislast	131
8. Wirtschaftliche Identität zwischen beabsichtigtem und tatsächlich abgeschlossenem Hauptvertrag	132
a) Allgemeine Grundsätze	132
b) Inhaltliche Identität	134
aa) Abweichungen hinsichtlich des Umfangs des Objekts	134
bb) Abweichungen hinsichtlich des vom Hauptvertrag gewährten Rechts	135
cc) Abweichungen hinsichtlich der Höhe des vorgesehenen Preises	136
c) Persönliche Identität	138
d) Analoge Anwendung der Grundsätze zur persönlichen Kongruenz	140

Inhaltsverzeichnis

e) Darlegungs- und Beweislast	141
f) Konkludente Vertragserweiterung	142
g) Provisionserweiternde Klauseln bezüglich fehlender wirtschaftlicher Identität	142
VI. Ursächlicher Zusammenhang zwischen Maklerleistung und Hauptvertrags-Abschluss.	143
1. Überblick	143
2. Mitursächlichkeit der Nachweiseleistung	143
a) Vorkennntnis	143
b) Kausalitätszusammenhang, Kausalitätsvermutung und Unterbrechung des Kausalverlaufs	146
3. Mitursächlichkeit der Vermittlungsleistung	149
4. Wesentliche Maklerleistung	150
5. Kenntnis des Kunden von der Maklertätigkeit	152
VII. Vertragliches Maklerrecht anhand praxistypischer Klauseln	153
1. Überblick	153
2. Maklerklauseln	153
3. Provisions-Zahlungsklausel	155
4. Vorkennntnisklausel	156
5. Übererlösklausel	157
6. Erfolgsunabhängige Provision	157
7. Maklerbemühungsentgelt-Klausel	157
8. Reservierungsklausel	158
9. Folgegeschäftsklausel	160
10. Identitätsklauseln	160
11. Vertragsstrafe- und Pauschalierungsklauseln	161
a) Vertragsstrafen zugunsten des Maklers	161
aa) Individualverträge	161
bb) AGB-Recht	163
b) Vertragsstrafen zugunsten des Maklerkunden	164
c) Vertragliche Aufwendungsersatzpauschalen	164

VIII. Verwirkung der Maklerprovision nach § 654 BGB	166
1. Überblick	166
2. Konzeption des BGB-Gesetzgebers	167
3. Sichtweise des § 654 BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	168
a) Reichsgericht	168
b) Bundesgerichtshof	169
aa) Grundsatzentscheidung BGHZ 36, 323	169
bb) Weitere Entwicklung	172
4. Zur Rechtsnatur des Provisionsverlustes	173
a) Kritik des Schrifttums	174
b) Provisionsausschluss als gesetzliche Vertragsstrafe	175
5. Zwingendes Recht	176
6. Darlegungs- und Beweislast	177
7. Einzelne Anwendungsbereiche des § 654 BGB	178
a) Unmittelbarer Geltungsbereich des § 654 BGB	178
b) Zeitlicher Anwendungsbereich	179
aa) Vorvertragliche Treuepflichtverletzung	179
bb) Nachwirkende Treuepflichtverletzung	180
c) Personeller Anwendungsbereich	182
aa) Haftung für eigenes Handeln	182
bb) Haftung für fremdes Handeln	183
8. Einzelne Fallgruppen	184
a) Unzulässige Doppeltätigkeit	184
b) Veranlassung zur Unterzeichnung formwidriger Ankaufsverpflichtungen	186
c) Hintertreiben des Hauptvertrages	187
d) Treuwidrige Aufklärungspflichtverletzungen	187
e) Unzulässige Druckausübung	190
f) Unredliches Verhalten	191
g) Verwendung unwirksamer Geschäftsbedingungen	193
h) Untätigkeit	195
9. Weitere Problembereiche	196
a) Rückforderung der bereits entrichteten Provision	196
b) Provisionsverwirkung und Schadensersatz	197
c) Analoge Anwendung der zu § 654 BGB entwickelten Rechtsgrundsätze auf sonstige Maklerprovisions- ansprüche	197

Inhaltsverzeichnis

aa)	Anwendung auf Sonderformen des Maklervertrages	197
bb)	Anwendung auf Provisionsansprüche aus § 354 HGB	199
cc)	Anwendung auf Provisionsansprüche eines Testamentsvollstreckers aus maklerähnlicher Tätigkeit	200
d)	Keine analoge Anwendung des § 654 BGB bei Treuepflichtverletzungen des Kunden	200
e)	Analoge Anwendung des § 654 BGB auf andere Rechtsverhältnisse	201
IX.	Nebenflichten im Maklervertrag	202
1.	Überblick	202
2.	Nebenflichten des Maklers	202
a)	Aufklärungspflichten	203
b)	Beratungspflichten	206
c)	Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung	208
d)	Beratungsfehler des Maklers im Rahmen eines selbstständigen Beratungsvertrages zwischen Käufer und Verkäufer	211
3.	Nebenflichten des Kunden	212
a)	Unterlassungspflichten	213
b)	Auskunftspflichten	213
c)	Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung	214
X.	Besonderheiten des Wohnungsvermittlungsrechts	215
1.	Überblick	215
2.	Allgemeine Grundsätze	215
a)	Gesetzeszweck	216
b)	Legaldefinition	216
3.	Form des Wohnungsmaklervertrages	217
a)	Normzweck	217
b)	Anforderungen an die Textform	217
c)	Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung des Formzwangs	218
aa)	Weigerung des Wohnungssuchenden, eine textformgemäße Erklärung abzugeben	218
bb)	Nachträglicher formwirksamer Vertragsabschluss	219

4. Nachweis oder Vermittlung nur bei Auftrag	220
5. Provision nur im Erfolgsfalle	221
6. Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur bei Erteilung eines originären Suchauftrags (Bestellerprinzip)	222
a) Normzweck	223
b) Regelungsinhalt	223
aa) Ausschließlichkeitsprinzip	224
bb) Einschränkung der Auslegung des Merkmals der Ausschließlichkeit	225
cc) Begriff des Wohnungssuchenden	226
c) Verbot abweichender Vereinbarungen	226
aa) Besichtigungsgebühren	227
bb) Änderung der Vertragsbezeichnung oder des Vertragstyps	228
cc) Abwälzen der Vermieterprovision auf im Lager des Wohnungssuchenden stehende Dritte	228
dd) Institutionalisierte Gemeinschaftsgeschäfte	229
d) Ordnungswidrigkeit	229
e) Darlegungs- und Beweislast	229
7. Weitere Sonderregelungen für den Provisionsanspruch	230
a) Kein Provisionsanspruch für Folgeverträge	230
b) Kein Provisionsanspruch bei Identität	231
c) Kein Provisionsanspruch bei Verflechtung	232
d) Kein Provisionsanspruch bei Vermittlung von öffentlich gefördertem oder preisgebundenem Wohnraum	233
8. Unwirksame Abreden im Zusammenhang mit der Wohnungsübernahme	233
9. Berechnung und Höhe der Provision	234
10. Aufwendungsersatz	235
11. Rückforderung unzulässiger Zahlungen des Wohnungssuchenden	236
12. Sonstiges	238
XI. Besondere Vermittlungsverträge	239
1. Überblick	239
2. Ehe- und Partnerschaftsvermittlung	239
	XV

Inhaltsverzeichnis

3. Private Arbeitsvermittlung	241
4. Versicherungsmaklervertrag	244
a) Provisionsanspruch	244
b) Vertragspflichten des Maklers	245
c) Besonderheiten hinsichtlich des Maklervertrags- abschlusses	247
d) Verbot der Doppeltätigkeit	248
e) Schaden des Maklers	248
f) Abreden zwischen Versicherungsmaklern	249
5. Anlagevermittlung	249
6. Fahrzeug-Vermittlungsvertrag	252
XII. Prozessuale Problembereiche	254
1. Rechtsweg	254
2. Zuständigkeit	254
a) Sachliche Zuständigkeit	254
b) Örtliche Zuständigkeit	254
c) Örtliche Zuständigkeit für die Provisionsklage des Doppelmaklers	255
d) Internationale Zuständigkeit	256
3. Auskunftsklage	256
4. Beweisaufnahme im Provisionsprozess	257
5. Streitgegenstand	258
6. Verspätetes Vorbringen	258
7. Prüfungsmaßstab in der Revisionsinstanz	259
8. Bindungswirkung eines Vorprozesses im Provisions- prozess	259
Rechtsprechungsübersichten	261
Anhang	
1. Bürgerliches Gesetzbuch (Auszug)	262
2. Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung	271
Literaturverzeichnis	275
Sachregister	279