

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

I. Einleitung

Für das Maklerrecht gilt, ebenso wie für Dienstleistungsbereiche ähnlicher Berufsgruppen, dass das zivilrechtliche Vertragsrecht durch öffentlich-rechtliche Normen ergänzt wird. Zu den letztgenannten Normen gehören insbesondere die Berufsausübungsregelungen der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) sowie allgemeine öffentlich-rechtliche Normen aus dem Gewerberecht, insbesondere der Gewerbeordnung (GewO).¹ § 34c Abs. 1 GewO zählt eine Reihe von Geschäften auf, hinsichtlich derer die gewerbsmäßige Vermittlung des Abschlusses von Verträgen oder der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen einer behördlichen Erlaubnis bedarf. Hierzu gehören insbesondere Kaufverträge über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Mietverträge über gewerbliche Räume oder Wohnräume sowie Darlehensverträge. Die erteilte Gewerbeerlaubnis kann wegen erwiesener Unzuverlässigkeit des Maklers, etwa bei wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit,² widerrufen werden. Fehlt eine Erlaubnis nach § 34c GewO oder liegt ein Verstoß gegen Vorschriften der MaBV vor, wird hiervon die zivilrechtliche Wirksamkeit des Maklervertrages grundsätzlich nicht berührt.³ Zukünftig sollte die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis für Immobilienmakler zusätzlich von einem Sachkundenachweis abhängig sein.⁴

Große Bedeutung kommt als öffentlich-rechtlicher Regelung dem Geldwäschegesetz (GwG) zu.⁵ So ist der Immobilienmakler nach § 2 Abs. 1 Nr. 10, § 3 Abs. 2 Nr. 2 (GwG) bei der Annahme von Bargeld ab einem Betrag von 15.000 € verpflichtet, den Bargeldgeber zu identifizieren. Die hierfür notwendigen Feststellungen sind aufzuzeichnen und mindestens fünf Jahre aufzubewahren.⁶

Nach § 16a der Energiesparverordnung (EnEV) muss der Verkäufer bei Immobilienanzeigen Pflichtangaben über die Art des Energieausweises, des Energieverbrauchs, des wesentlichen Energieträgers, des Baujahrs und der Energieeffizienzklasse aufnehmen. In der Instanzrechtsprechung ist umstritten, ob diese bußgeldbewehrte Pflicht auch den Immobilienmakler trifft.⁷ Dies ist angesichts des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift zu verneinen.⁸ Gleichwohl sollte auch der

1 Einzelheiten hierzu bei *Weiss*, Öffentlich-rechtliche Grundlagen des Maklerbetriebs, in: *Sailer/Kippes/Rehkugler*, Handbuch für Immobilienmakler und Immobilienberater, 3. Aufl., S. 539–596; ferner *Staudinger/Arnold*, Neubearb. 2016, Vorbem. zu §§ 652, 653 Rn. 71.

2 VGH Bayern, Beschl. v. 8.2.2017 – 22 C 16.1107, BeckRS 2017, 102315.

3 Einzelheiten nachstehend Kap. II Rn 39, 42.

4 Vgl. Gesetzgebungsentwurf v. 2.11.2016, BT-Drucks. 18/10190. Bei der Verabschiedung des Gesetzes wurde der zunächst vorgesehene Sachkundenachweis gestrichen, BT-Drucks. 18/12831.

5 *Griebel*, NZM 2012, 482; *Willems/Jankowski*, ZfIR 2014, 847.

6 *Mäschle*, Maklerrecht, 3. Aufl., S. 69.

7 Nachweise bei *Heiliger*, IMR 2016, 529

8 OLG München, Urt. v. 8.12.2016 – 6 U 4725/15, ZfIR 2017, 236, 238, Revision beim Bundesgerichtshof unter I ZR 4/17 anhängig; *Mäschle*, Maklerrecht, S. 58.

Kap. I: Einleitung

Makler in seinen Anzeigen entsprechende Angaben aufnehmen, weil ein Fehlen der Angaben als Unterlassen nach § 5a Abs. 2 UWG gewertet werden kann.⁹

1. Rudimentärer Normenbestand des Maklerrechts

- 4 Das zivilrechtliche Maklerrecht hat nicht nur seinen Niederschlag im *Bürgerlichen Gesetzbuch* gefunden, sondern erfährt durch Bestimmungen des *Handelsrechts* – insbesondere zum Recht des Handelsmaklers – sowie des verbraucherschutzorientierten *Wohnungsvermittlungsgesetzes* (WoVermittG) nicht unerhebliche Modifikationen und Ergänzungen. Neuerdings sind ferner im Bereich der Arbeitsvermittlung Bestimmungen des SGB III zu beachten. Die nachfolgenden Ausführungen sind schwerpunktmäßig auf das Recht des *Immobilienmaklers* einschließlich des *Wohnungsvermittlers* ausgerichtet. Dies ist in der Praxis der Hauptanwendungsbereich des Maklerrechts.¹⁰ Berücksichtigt werden aber auch die übrigen Bereiche dieses Rechtsgebiets.

a) Maklerrecht als Richterrecht

- 5 Das Maklerrecht gilt zu Recht als Rechtsgebiet, dessen eigentliche Konturen sich nicht aus dem Gesetzestext, sondern erst durch die zu diesem Vertragstyp im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Rechtsgrundsätze verlässlich erschließen lassen.¹¹ Maklerrecht ist mithin in seinen wesentlichen Zügen Richterrecht.¹² Dies liegt in erster Linie daran, dass der historische Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, zum Maklervertragsrecht lediglich drei allgemeingültige Bestimmungen aufzustellen, die ein allzu weitmaschiges Regelungsnetzwerk darstellen.¹³ *Schwerdtner* hat in diesem Zusammenhang anschaulich von einer embryonalen Ausgestaltung in den §§ 652–654 BGB gesprochen.¹⁴ *Hans Reichel* hat zu diesem Befund in seinem Grundlagenwerk *Die Maklerprovision* bereits vor mehr als 100 Jahren treffend bemerkt: „Das Meiste und Beste bleiben der Wissenschaft und der Praxis überlassen.“¹⁵

9 OLG Hamm, Urt. v. 4.8.2016 – 4 U 137/15, BeckRS 2016, 18637, Revision beim Bundesgerichtshof unter I ZR 229/16 anhängig; OLG München, Urt. v. 8.12.2016 – 6 U 4725/15, ZfIR 2017, 236, 238.

10 MünchKomm-BGB/H. Roth, 7. Aufl., § 652 Rn. 2, 10; Soergel/Engel, BGB, 13. Aufl., Vor § 652 Rn. 2.

11 MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 2; Soergel/Engel, BGB, Vor § 652 Rn. 2; D. Fischer, NZM 2011, 529.

12 *Ibold*, Maklerrecht, 3. Aufl., Rn. 8; *Würdinger*, JZ 2009, 349; D. Fischer, FS Bamberger, 2017, S. 35.

13 MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 2; Soergel/Lorentz, BGB, 12. Aufl., Vor § 652 Rn. 2.

14 Vgl. *Schwerdtner/Hamm*, Maklerrecht, 5. Aufl., S. 1.

15 *H. Reichel*, Die Maklerprovision, S. III.

1. Rudimentärer Normenbestand des Maklerrechts

Der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu geschaffene Untertitel 1 Allgemeine Vorschriften erfasst zwar auch die Vorschrift des § 655 BGB. Diese Bestimmung, welche die richterliche Herabsetzung des Maklerlohns bei unangemessener Höhe vorsieht, betrifft aber nach herrschender Ansicht nur die bislang seltenen Fälle der Vermittlung von Dienstverträgen.¹⁶ Daher besteht das allgemeine Maklerrecht des BGB nach wie vor nur aus drei Bestimmungen. Es kann daher nicht überraschen, dass sich das Maklerrecht zu einer „*Domaine der Rechtsprechung*“¹⁷ entwickelt hat. Sie hat im Maklerrecht außer dem unvollständigen Normenbestand noch einen anderen, vielfältigen Anknüpfungspunkt gefunden: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Für dieses Rechtsgebiet war und ist das Maklerrecht seit jeher eine überaus reichhaltige Fundgrube.¹⁸ So hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zu maklerrechtlichen Geschäftsbedingungen das spätere AGB-Gesetz entscheidend beeinflusst, insbesondere auch zu allgemeinen Grundsatzfragen.¹⁹

Auch im Übrigen hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keine wesentlichen Abänderungen erbracht. Die Ergänzungen bestehen im Wesentlichen darin, die bisherigen §§ 15–18 des Verbraucherkreditgesetzes als Untertitel Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen in das BGB einzufügen. Abgesehen von der Aufnahme amtlicher gesetzlicher Überschriften hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform keine weiteren Eingriffe vorgenommen.²⁰ Auf den ersten Blick erstaunt dies, weil bekanntlich die Reform des Maklerrechts in der 8., 9. und 10. Legislaturperiode eine breite rechtspolitische Diskussion ausgelöst hatte. Aber auch der in der 10. Periode eingebrachte Gesetzentwurf vom 16.2.1984²¹ wurde nicht verabschiedet.²² Mit Ausnahme des Postulats der konstitutiven Erfolgsabhängigkeit der Maklerprovision als zwingendes Recht erschöpfte sich dieser Entwurf überwiegend in einer Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung, so dass für den Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Transparenz Reformbedarf bestand.

16 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – I ZR 5/15, NJW 2016, 3233 Rn. 19; OLG Naumburg, Urt. v. 29.6.2012 – 10 U 7/12; LG Hamburg, Urt. v. 22.1.2010 – 322 O 341/09, NZM 2011, 284, 286; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 655 Rn. 1; Soergel/Engel, BGB, Vor § 655 Rn. 2; Staudinger/Arnold, § 655 Rn. 15; für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Immobilienmaklerverträge dagegen MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 67, § 655 Rn. 9; Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 7. Aufl., Rn. 789 ff.; D. Fischer, NZM 2011, 529, 537; ders., WuB 2017, 211, 212.

17 Baumbach/Hopt/M. Roth, HGB, 37. Aufl., § 93 HGB Rn. 1; D. Fischer, FS Schlick, 2015, S. 135, 136.

18 Zopfs, Das Maklerrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl., Rn. 3a.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 28.2.1973 – IV ZR 34/71, BGHZ 60, 243; F. Haufß, Anm. BGH LM § 652 BGB Nr. 43.

20 Die bemerkenswerte Zurückhaltung des Gesetzgebers ging sogar soweit, dass – wohl unbeabsichtigt – die überholte Bezeichnung Mäklervertrag beibehalten wurde.

21 BT-Drucks. 10/1014, abgedruckt auch in ZIP 1984, 379–386 einschließlich Stellungnahme des Bundesrats sowie Gegenäußerung der Bundesregierung.

22 Dehner, NJW 1991, 3254.

- 8 Die Sonderstellung des Maklervertragsrechts zu den sonstigen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertragstypen beruht ferner auf dem Umstand, dass es sich um ein *Drei-Personen-Verhältnis* handelt, bei dem der Makler gegen Entgelt zwischen zwei anderen Personen einen Vertragsabschluss (sog. *Hauptvertrag*) herbeiführen soll. Hierbei steht der Makler in der Mitte, so dass demnach anderweitige Pflichtenstrukturen bestehen, als in einem rein zweiseitigen Austauschverhältnis.²³ Hinzukommt, dass der Makler sich vielfach als *Doppelmakler* betätigen will, dies aber dem potenziellen Maklerkunden mitunter nicht hinreichend deutlich zu erkennen gibt, so dass für den Kunden möglicherweise der Eindruck entsteht, die Gegenseite (des Hauptvertrages) habe die Provision zu entrichten.

b) Aufgabenstellung des Maklerrechtssenats des Bundesgerichtshofs

- 9 Die richterrechtlich geprägte Rechtsmaterie wird in erster Linie durch die Rechtsprechung des Maklerrechtssenats des Bundesgerichtshofs gestaltet. Aufgabe des Maklerrechtssenats ist es, für die Wahrung der Rechtseinheit in der instanzrechtlichen Judikatur zu sorgen, grundsätzliche Rechtsfragen zu klären und eine zeitgemäße Fortbildung des Maklerrechts in Deutschland zu gewährleisten.
- 10 Von 1995 bis 2014²⁴ war hierfür der III. Zivilsenat zuständig, dessen Schwerpunktzuständigkeit das Staatshaftungsrecht bildet; deshalb wird er auch als öffentlich-rechtlicher Senat des Bundesgerichtshofs bezeichnet. Weitere Zuständigkeitsbereiche sind das Recht der Geschäftsbesorgung und des Auftrags, dem das Maklerrecht nicht fern steht. Vom Geschäftsanfall kommt hierbei dem Maklerrecht eine untergeordnete Rolle zu:²⁵ Knapp 10% der dem Maklerrechtssenat zugewiesenen Sachen betreffen das Maklerrecht, wozu neben dem gewichtigen Immobilienmaklerrecht auch die Randgebiete zählen, wie etwa das Recht der Versicherungsvermittlung, das Ehe- und Partnervermittlungsrecht und die Arbeitsvermittlung. Der größere Teil der Entscheidungen bezieht sich auf Nichtzulassungsbeschwerden, die keinen Erfolg haben. Diese

²³ Soergel/Lorentz, BGB, § 654 Rn. 2. Deshalb kommt auch der Verwirkung des Lohnanspruchs nach § 654 BGB eine tragende Bedeutung für das Maklerrecht zu, vgl. hierzu *D. Fischer*, NZM 2001, 873.

²⁴ Im Bundesgerichtshof war bis 1959 der II. Zivilsenat für das Maklerrecht zuständig. Diese Zuständigkeit ging sodann auf den VII. Zivilsenat und wenig später auf den VIII. Zivilsenat über. 1968 wechselten die Maklersachen zum IV. Zivilsenat, der in der Zeit von 1977 bis 1990 die Bezeichnung IVa. Zivilsenat führte, vgl. *D. Fischer*, NZM 2016, 117, 119.

²⁵ Nach der Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2016 – Jahresstatistik, S. 7 – gingen beim I. Zivilsenat 269 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden ein, hiervon 37 Maklersachen (2015: 46; 2014: 29 Sachen); zuvor waren es beim III. Zivilsenat 42 (2013), 26 (2012), 23 (2011), 20 (2010), 34 (2009) und 19 (2008) Maklersachen, Jahresstatistik a.a.O., S. 20.

1. Rudimentärer Normenbestand des Maklerrechts

Beschlüsse müssen nach § 544 Abs. 4 Satz 2 2. HS ZPO nicht begründet werden.²⁶ Von dieser Befugnis macht auch der Maklerrechtssenat regelmäßig Gebrauch. Die mit den Nichtzulassungsbeschwerden angegriffenen Berufungsurteile weisen vielfach nur einzelfallbezogene tatrichterliche Bewertungen auf, die regelmäßig keinen Grund für die Zulassung der Revision geben können. Ob die für den Provisionsanspruch erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, hängt in erster Linie von den Umständen des Einzelfalls ab, deren Gewichtung und Würdigung dem Tatrichter obliegt und die nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfbarkeit durch den Bundesgerichtshof zugänglich sind. Hierin zeigt sich die Verantwortung und Beurteilungskompetenz des Tatrichters.²⁷ Der Anteil mit Gründen versehener maklerrechtlicher Entscheidungen ist daher ausgesprochen gering.²⁸ Mit Wirkung zum 1.1.2014²⁹ ist die Zuständigkeit – bezogen auf Neueingänge – nunmehr auf den I. Zivilsenat übergegangen, der schwerpunktmäßig für das Wettbewerbsrecht einschließlich des Urheberrechts sowie des Transportrechts zuständig ist.

c) Reform des Maklerrechts

Die Frage nach einer Reform des Maklerrechts wird in letzter Zeit wieder öfters gestellt. So wird beispielsweise die Forderung nach Einführung des Schriftformerfordernisses für den Immobilienmaklervertrag erhoben.³⁰ Für das Verbraucherrecht mag dies erwägenswert sein, für den kaufmännischen Rechtsverkehr, der schnell und ohne formbedingte Hemmnisse handeln und entscheiden muss (vgl. § 350 HGB), dagegen nicht.³¹ In der rechtspolitischen Diskussion wird ferner erörtert, dass der Makler nur tätig sein darf, wenn er hierzu auch „beauftragt“ ist.³² In diesem Zusammenhang ist an eine Regelung gedacht, wie sie bereits seit langem im Wohnungsvermittlungsrecht (§ 6 WoVermittG) gilt. Auch eine Abschaffung der Tätigkeit als Doppelmakler wird gelegentlich befürwortet.

Eine grundlegende Novellierung des Wohnungsvermittlungsgesetzes trat zum 1.6.2015 in Kraft.³³ Nach dem eingeführten Bestellerprinzip darf der Mieter die Maklerprovision nur noch dann tragen, wenn er selbst einen Makler mit der Wohnungssuche beauftragt hat und dieser ausschließlich nach außen suchend

26 BGH, Beschl. v. 19.1.2004 – II ZR 108/02, NJW 2004, 1531; *D. Fischer*, JZ 2010, 1077, 1078.

27 *D. Fischer*, NJW 2013, 3410, 3414.

28 *D. Fischer*, NZM 2011, 529, 530.

29 Vgl. BGH, Geschäftsverteilungsplan 2014, I. ZS Ziff. 13.

30 Etwa *Würdinger*, JZ 2009, 349, 350; ferner *Bethge*, AIZ 2013, 14, 15; *Koch*, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, 2. Aufl., S. 55.

31 *D. Fischer*, NZM 2014, 449, 450.

32 Vgl. *Bethge*, ZMR 2014, 931.

33 Einzelheiten im Kap. X. Zum Referentenentwurf vgl. *Derleder*, NZM 2014, 263.

tätig wird. Abreden, durch die der Wohnungssuchende verpflichtet wird, ein vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten geschuldete Maklerprovision zu zahlen, sind unwirksam.³⁴ Nunmehr wird im rechtspolitischen Bereich gefordert, das Bestellerprinzip auch auf den Erwerb von Eigentumswohnungen und Grundstücken zu erstrecken.³⁵

2. Allgemeine Grundbegriffe

- 13 Aufgabe des Maklers ist es, Anbieter und Nachfrager von Immobilien oder sonstigen Gegenständen des Wirtschaftslebens zum Zwecke eines Vertragsabschlusses zusammenzuführen.³⁶ Der Vertragspartner des Maklers wird als *Auftraggeber* oder auch vielfach als *Maklerkunde* bezeichnet. Der vom Makler nachzuweisende oder zu vermittelnde Vertrag, den der Kunde abzuschließen wünscht, wird *Hauptvertrag* genannt.
- 14 Die Vergütung des Maklers wird in §§ 652–655 BGB als *Maklerlohn* bezeichnet, im Rechtsalltag ist überwiegend von *Provision* und mitunter auch von *Courtage* die Rede. Das Wohnungsvermittlungsgesetz spricht von *Entgelt*.³⁷
- 15 Im Maklerrecht sind für die Tätigkeit des Maklers unterschiedliche Begriffe gebräuchlich, die nachstehend kurz erläutert werden.

a) Nachweismakler

- 16 § 652 BGB spricht von zwei Tätigkeitsarten des Maklers: Zum einen der *Nachweis der Gelegenheit* zum Abschluss eines Vertrages sowie zum anderen die *Vermittlung* eines Vertrages. Bei der Nachweistätigkeit hat der Makler dem Kunden lediglich Vertragsabschlussinteressenten zu benennen, ohne dass er hierbei auf die Vertragsverhandlungen Einfluss nehmen muss. Unter Nachweis ist eine Mitteilung des Maklers an seinen Kunden zu verstehen, mit der dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebte

³⁴ Allgemein zu den Vorentwürfen *Klenner*, ZRP 2013, 98; *D. Fischer*, NJW 2013, 3410; zur geltenden Fassung *D. Fischer*, NJW 2015, 1560.

³⁵ So die Anfang 2017 vorgelegte Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) in Köln, vgl. FD-MietR 2017, 385164 sowie die Beschlussfassung der SPD-Bundestagsfraktion vom 13.1.2017, hierzu GE 2017, 197, 198; ablehnend *D. Fischer*, IMR 2016, 446, 450.

³⁶ BGH, Urt. v. 16.12.2004 – III ZR 119/04, BGHZ 161, 349, 358; *D. Fischer*, WM 2016, Sonderbeilage Nr. 1, S. 3.

³⁷ In § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG findet sich nunmehr die Bezeichnung Vermittlungsentgelt. Sie bezieht sich nicht nur auf den Vermittlungsmakler, sondern erfasst auch den Nachweismakler, *D. Fischer*, NJW 2015, 1560, 1562.

Hauptvertrag einzutreten.³⁸ Der Nachweismakler hat in der Regel ein Weniger an Tätigkeit zu entfalten als der Vermittlungsmakler.³⁹

b) Vermittlungsmakler

Die Tätigkeit des Vermittlungsmaklers setzt regelmäßig einen bereits erfolgten Nachweis voraus. Der Vermittlungsmakler hat im Anschluss hieran auf die Abschlussbereitschaft des potenziellen Vertragspartners seines Kunden final einzuwirken.⁴⁰ Die Begriffe Nachweismakler und Vermittlungsmakler werden im Rechtsalltag – in der Kautelarpraxis sowie selbst durch den modernen Gesetzgeber – mitunter nicht hinreichend auseinander gehalten.⁴¹ So weist die Legaldefinition des § 1 WoVermittG dem Begriff Wohnungsvermittler die Funktion eines Oberbegriffes zu,⁴² der beide Tätigkeitsbereiche umfasst.⁴³ Im Anschluss hieran verwendet § 2 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1a WoVermittG neuerdings die Bezeichnung Vermittlungsvertrag. Auch im Hinblick hierauf erscheint es nicht fernliegend, dass eine als Vermittlungsauftrag bezeichnete Abrede unter Umständen auch bereits bei Vorliegen einer reinen Nachweistätigkeit einen Provisionsanspruch auslösen kann.⁴⁴ Gleiches gilt für die Verwendung

17

38 BGH, Beschl. v. 28.9.1995 – III ZR 16/95, NJW-RR 1996, 113; Urt. v. 16.12.2004 – III ZR 119/04, BGHZ 161, 349, 355; Urt. v. 3.7.2014 – III ZR 530/13, NJW-RR 2014, 1272 Rn. 15; Urt. v. 17.12.2015 – I ZR 172/14, NJW 2016, 2317 Rn. 20.

39 OLG Bamberg, Urt. v. 19.8.2011 – 6 U 9/11, n.v.

40 BGH, Urt. v. 2.6.1976 – IV ZR 101/75, NJW 1976, 1844; Urt. v. 4.6.2009 – III ZR 82/08, NJW-RR 2009, 1282 Rn. 8.

41 OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58, 59; *D. Fischer*, NJW 2007, 183.

42 Ebenso *Schulz*, WoVermG, § 1 Rn. 2; ähnlich *Bamberger/Roth/Kotzian-Marggraf*, BGB, 3. Aufl., § 652 Rn. 2, der in diesem Zusammenhang von einem Vermittlungsvertrag im weiteren Sinne spricht.

43 § 1 WoVermittG: Wohnungsvermittler ist, wer den Abschluss von Mietverträgen über Wohnraum vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnraum nachweist. Ebenso nunmehr § 481b Abs. 1 BGB Teilzeit-Wohnrechte-Vermittlungsvertrag, § 655a BGB Darlehensvermittlungsvertrag sowie § 656 BGB Heiratsvermittlung und der dazugehörige Untertitel 3 Ehevermittlung, ferner § 35 SGB III (private Arbeitsvermittlung). Anders wiederum der Sprachgebrauch in § 59 VVG: Versicherungsvermittler sind Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler (Abs. 1) sowie: Versicherungsmakler ist, wer gewerbsmäßig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt (Abs. 3).

44 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.3.2005 – 15 U 20/03, ZMR 2005, 965, 969; OLG Schleswig, Urt. v. 12.6.2014 – 16 U 134/13, n.v.; OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014 – 1 U 113/13, BeckRS 2014, 19875; Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58, 59; *D. Fischer*, NJW 2007, 183; *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, Rn. 280, 283.

der Begriffe Vermittlung⁴⁵ oder Vermittlungsprovision.⁴⁶ Diese Interpretation entspricht dem üblichen Sprachgebrauch in vielen (Immobilien-)Maklerverträgen.⁴⁷ Dies gilt auch dann, wenn Vertragsparteien in einer notariellen Urkunde erklären, ihnen sei eine „Vermittlungstätigkeit“ des Maklers bekannt; auch insoweit kann im Einzelfall die Annahme einer Nachweistätigkeit in Betracht kommen.⁴⁸ In diesem Sinn wird der Begriff der Vermittlung auch in Bezeichnungen wie Partnervermittlung, Wohnungsvermittlung und Immobilienvermittlung verwendet.⁴⁹

- 18** Fehlt eine ausdrückliche Konkretisierung der von dem gewerblichen Makler zu erbringenden Leistungen, handelt es sich im Zweifel sowohl um einen Nachweis- als auch um einen Vermittlungsvertrag.⁵⁰
- 19** Im Einzelnen ist dies aber stets eine Frage der *Auslegung* des konkreten Maklervertrages.⁵¹ Sie kann leicht zu einem restriktiven Auslegungsergebnis führen,⁵² zumal die in Betracht kommenden Formulierungen zumeist vom Makler stammen und deshalb der Erklärungsempfängerhorizont des Maklerkunden heranzuziehen ist. Im Zweifel handelt es sich bei einem Immobilien-Maklervertrag sowohl um einen Nachweis- als auch einen Vermittlungsvertrag.⁵³ Lässt sich ein Makler Provision für Nachweis und Vermittlung versprechen, dann soll er den vollen Maklerlohn bereits durch eine der beiden Tätigkeiten, wenn auch nur eine erfolgreich und ursächlich gewesen ist, verdienen.⁵⁴

45 So OLG Hamm in tatrichterlich zulässiger Auslegung, bestätigt durch BGH, Urt. v. 6.7.1994 – IV ZR 101/93, NJW-RR 1994, 1260, 1261; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.3.2005 – 15 U 20/03, ZMR 2005, 965, 969; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58, 59; vgl. ferner zum Begriff vermitteltes Geschäft bei Versicherungsmaklern, wonach eine Provision bereits bei der Herstellung von Geschäftskontakten anfallen kann: BGH, Urt. v. 3.3.2011 – III ZR 330/09, BeckRS 2011, 06091.

46 OLG München, Urt. v. 5.4.1995 – 15 U 4943/94, NJW-RR 1996, 239; MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 198; Palandt/Sprau, BGB, § 652 Rn. 11.

47 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.3.2005 – 15 U 20/03, ZMR 2005, 965, 969; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58, 59.

48 OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58, 59.

49 OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014 – 1 U 113/13, BeckRS 2014, 19875.

50 OLG Hamm, Urt. v. 27.2.2014 – 18 U 111/13, NJW-RR 2014, 1272; OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014 – 1 U 113/13, BeckRS 2014, 19875; D. Fischer, NJW 2007, 183; Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, Rn. 234.

51 BGH, Urt. v. 23.10.1980 – IVa ZR 45/80, NJW 1981, 277, zur Abgrenzung Vermittlungsvertrag und anderweitige Geschäftsbesorgung bei Verwendung des Begriffes Vermittlung; ferner grundsätzlich Dehner, Maklerrecht, Rn. 81; MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 56 (Trend zum Nachweismakler).

52 So tendenziell OLG Schleswig, Urt. v. 21.7.2006 – 14 U 55/06, NJW 2007, 1982, 1984, bezogen auf ein Maklerexposé, in dem nur von einem erbrachten Nachweis die Rede war.

53 Seydel/Heinbuch, Maklerrecht, 4. Aufl., Rn. 5; D. Fischer, NJW 2007, 183; Soergel/Engel, BGB, § 652 Rn. 18.

54 OLG Koblenz, Urt. v. 14.10.1993 – 5 U 473/93, NJW-RR 1994, 824; Seydel/Heinbuch, Maklerrecht, Rn. 5.

In der Praxis ist es üblich, dass der Makler sich sowohl als Nachweis- wie auch Vermittlungsmakler betrauen lässt.⁵⁵ Eine Beschränkung auf die reine Nachweistätigkeit ist ohnehin für den Makler ungünstig, weil er als Nachweismakler den weiteren Verlauf des Weges zum Hauptvertrag nicht ohne Weiteres beeinflussen und insbesondere die notwendigen Zusatzinformationen nicht unmittelbar selbst erlangen kann. Im Übrigen ist es erfahrungsgemäß das Bestreben jedes gewerblichen Maklers, möglichst bis zum Abschluss des Vertrages mit dem Dritten an den Verhandlungen beteiligt zu bleiben, schon um zu verhindern, dass der Auftraggeber versucht, aus dem Maklervertrag auszubrechen.⁵⁶ **20**

c) Vertrauensmakler

Der Vermittlungsmakler gilt als Vertrauensmakler, wenn er im Rahmen eines Alleinauftrags über einen längeren Zeitraum mit der Maklertätigkeit betraut wird.⁵⁷ Angesichts seiner besonderen Vertrauensstellung gegenüber dem Kunden darf er nicht ohne Weiteres auch für die Gegenseite als Vermittlungsmakler tätig werden.⁵⁸ **21**

d) Doppelmakler

Ist der Makler sowohl gegenüber dem Verkäufer als auch dem Käufer vertraglich gebunden, dann wird von Doppeltätigkeit des Maklers gesprochen; er selbst wird als Doppelmakler bezeichnet. Im Immobilienbereich ist das Tätigwerden für beide Seiten weitgehend üblich,⁵⁹ gleichwohl sind hierbei vom Makler besondere Verhaltensweisen zu beachten, wozu insbesondere die Verpflichtung zu strenger Unparteilichkeit gehört.⁶⁰ Mit der Einführung des Bestellerprinzips im Wohnungsvermittlungsrecht gilt dort allerdings nunmehr ein faktisches Verbot der Doppeltätigkeit.⁶¹ **22**

⁵⁵ Gebräuchlich ist die Formulierung: „Für meine Maklertätigkeit (Nachweis und/oder Vermittlung) erhalte ich eine Provision in Höhe von ... %.“, MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 56; ferner W. Mäschle/E. Mäschle, Immobilien-Maklervertrag, 3. Aufl., S. 3.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 19.4.1967 – VIII ZR 91/65, NJW 1967, 1365, 1366.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 26.3.1998 – III ZR 206/97, NJW-RR 1998, 992; Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, Rn. 1012.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 22.4.1964 – VIII ZR 225/62, NJW 1964, 1467; Beschl. v. 26.3.1998 – III ZR 206/97, NJW-RR 1998, 992.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 318/02, NJW-RR 2003, 991; OLG Hamm, Urt. v. 5.7.1993 – 18 U 258/92, NJW-RR 1994, 125; OLG Rostock, Urt. v. 1.10.2008 – 1 U 98/08, MDR 2009, 194; OLG München, Urt. v. 16.5.2012 – 20 U 245/12, n.v.; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58; Palandt/Sprau, § 654 Rn. 4.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 25.10.1967 – VIII ZR 215/66, BGHZ 48, 344, 348; Palandt/Sprau, § 654 Rn. 5.

⁶¹ D. Fischer, WuM 2016, 391, 392.