

Versöhnlich. Wer versöhnlich agieren will, braucht ein ausgleichendes Wesen, zumindest ein Zuhören(können), ein Verstehen(wollen), das Zugehen aufeinander. Der eigene Standpunkt darf nicht erstarren oder gar den bzw. die anderen Marktteilnehmer per se, eben weil man „auf der anderen Seite steht“, diskreditieren. Mit Blick auf das Mietrecht und auf dessen Erläuterung im „Alternativkommentar zum BGB“ (1979) hat *Ulf Börstinghaus* zum 75. Geburtstag von *Derleder* geschrieben: „Derleder war aber schon damals nicht auf einem Auge blind.“ (*Börstinghaus*, Wirklich alternativlos? Eine hoffentlich nicht nur postume Buchbesprechung Prof. Dr. Peter Derleder zum 75. Geburtstag gewidmet, *myops* 24/2015, 19).

Neben seinen Interessen für die Künste im Allgemeinen und die Literaturlandschaft im Besonderen pflegte *Derleder*, eher im Verborgenen, die Leidenschaft *Werder Bremen* – und (deutscher) Fußball überhaupt. Seine gleichsam lexikalischen Fähigkeiten durfte ich – als gleichgesinnter Eintracht-Fan – immer wieder einmal auf die Probe stellen: Bis in einzelne Spielzüge hinein, und das über Jahrzehnte zurück, zeigte sich *Derleder* stets auf Ballhöhe (und meinte es wohl auch so, wenn er schrieb: „Professoren, die in ihrem Fachgebiet am Ball sind, ...“ (*Derleder*, *Ex promotione lux?* Zum wissenschaftlichen Wert und zur sozialen Bedeutung des Promovierens von Juristen, *myops* 11/2011, 12 [16]; *Anm. d. Verf.* [selbst kein *Derleder*-Schüler]: Aus dem Kreis der bei ihm Promovierten hört man die Zahl 50).

Es spiegelte das den-anderen-im-Blick-Behalten, wenn *Derleder*, mitten in seinen üblicherweise telefonisch durchgegebenen Schlusskorrekturen für eine anstehende NZM-Veröffentlichung, nebenbei einen Heimspiel von *Werder* gegen *Eintracht* erwähnte und den Gegner „für einen starken Auftritt“ lobte; das tröstete, zumal von einem *Stadiongänger*, selbst mitten im unerbittlichen Abstiegskampf.

Rechtsanwalt Dr. Andreas Kappus, Schriftleiter der NZM

Rechtsprechung

Alternativangebote und Vermutung (richtigen) Verhaltens bei der Beschlussfassung

Das *LG Koblenz* (Urt. v. 30.4.2018 – 2 S 67/16 WEG, BeckRS 2018, 22554) hat entschieden:

Der Wohnungseigentumsverwalter verletzt die ihm obliegenden Pflichten, wenn er angesichts der anstehenden Ausrüstung von Aufzügen mit einem Notrufsystem davon absieht, Vergleichsangebote (mit Hinweis auf den „bekanntesten und bewährtesten“ einzig Anbietenden) einzuholen und zur Beschlussfassung weder einen Investitionsrahmen noch die angestrebte Vertragslaufzeit anzugeben. (Leitsatz der Redaktion)

Ihre NZM berichtet aus den Entscheidungsgründen:

18 Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die Wohnungseigentümer bei der Vorlage mehrerer Angebote für das günstigste entschieden hätten. Zwar besteht für die Wohnungseigentümer auch bei der

Einholung von Vergleichsangeboten ein Spielraum, an welchen Bieter sie tatsächlich den Auftrag vergeben wollen (*BayObLG*, NJW-RR 1989, 1293 [1294]). Nicht notwendigerweise muss der billigste Anbieter gewählt werden, vor allem dann, wenn die Eigentümer dem Verwalter für Auswahl und Beauftragung des Unternehmens freie Hand gelassen haben. In diesem Fall wird ein gewissenhafter Verwalter jedoch umso sorgfältiger bei der Ermittlung des für die Eigentümer günstigsten Angebots vorzugehen haben. Allein der Umstand „bekannt und bewährt“ (wie hier in Bezug auf *T*) wird bei höheren preislichen Differenzen, aber im Übrigen vergleichbaren Leistungen jedenfalls ohne Beschluss der Wohnungseigentümer im Allgemeinen kein durchschlagender Gesichtspunkt sein (*BayObLG*, NZM 2002, 564 [567]). Von einer höheren preislichen Differenz bei den verschiedenen Angeboten muss ausgegangen werden.

19 Das durch die Kläger vorgelegte Angebot der Firma *F* ist dabei ausreichend, um einen Schaden als nicht ganz fernliegend zu erachten, selbst wenn dieses nicht mit dem Angebot *T* im Hinblick auf den Leistungskatalog vollständig übereinstimmt. (Wird ausgeführt.)

Literatur

Maklerrecht anhand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Von *Detlev Fischer*. 4. Aufl. – Frankfurt a.M., Betriebs-Berater Schriftenreihe, Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2017. 289 S., kart. Euro 89,-. ISBN 978-3-8005-1656-8

Detlev Fischer hat mit dem nun bereits in 4. Auflage erschienenen Werk ein Buch vorgelegt, das präzise und nachvollziehbar die Fortbildung des Maklerrechts zeigt. Wenn der *Autor* schon in der Einleitung (S. 2) darauf hinweist, dass das Maklerrecht in seinen wesentlichen Zügen Richterrecht ist, so ist das sicherlich richtig (zur Rechtsprechungsentwicklung s. Knackstedt, NZM 2017, 537; D. Fischer, NJW 2018, 1145). Das Werk folgt sodann (doch) einer klaren Struktur: Begründung und Auflösung des Maklervertrags; Maklerleistung; Hauptvertrag; ursächlicher Zusammenhang zwischen Maklerleistung und Hauptvertragsabschluss.

Dieser klare Aufbau ist nicht nur für den Leser, sondern gerade für den Anwender in der täglichen Praxis besonders wertvoll. Denn er ermöglicht es ihm stets zu wissen, in welcher Phase, auf welcher Ebene er sich gerade argumentativ bewegt bzw. bewegen sollte. So ist es in der Praxis häufig anzutreffen, dass sich der Makler bereits mit dem Einwand mangelnder Kausalität befasst, obwohl die Frage des Zustandekommens eines provisionspflichtigen Maklervertrags noch gar nicht beantwortet ist. Umgekehrt rügt der Kunde oft verfrüht die Unvollständigkeit der Maklerleistung, obwohl das Angebot auf Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrags noch gar nicht angenommen ist.

In prägnanter Weise räumt der *Autor* mit den immer noch fehlerhaften Vorstellungen über das Zustandekommen eines konkludent abgeschlossenen

Maklervertrags, also über einen stillschweigenden Vertragsabschluss, auf (S. 36 ff., insbesondere S. 46). Es ist danach Sache des Maklers, Unklarheiten über die Provisionspflicht des Kunden aus dem Weg zu schaffen, was in der Regel nur durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen hinreichend verlässlich geschehen kann. Mag auch der Wortlaut von § 653 BGB sprachlich nicht besonders glücklich sein („... die dem Makler übertragene Leistung“): Klar ist doch, dass im ersten Schritt der Makler eindeutig sein Provisionsverlangen formulieren soll und dass sodann die Annahme des Vertragsangebots konkludent erfolgt, indem der Kunde dem Makler Dienste abverlangt, zB die Einholung eines Grundbuchauszugs oder die Vereinbarung eines Besichtigungstermins.

Ausführlich befasst sich der *Autor* (S. 77 ff.) mit Fernabsatzgeschäften und außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Maklerverträgen und insbesondere mit dem Widerrufsrecht des Verbrauchers (zur Frage, wann eine Widerrufserklärung vorliegt, s. BGH, NZM 2017, 641 – „Immobilien Scout24“ mit Anm. J. Schmidt, NZM 2017, 644).

Im Kapitel über die Maklerleistung (S. 88, 90 f.) erörtert Fischer, wann die Benennung der Kontaktdaten des Vertragspartners zu den erforderlichen Eckdaten eines Nachweises der Gelegenheit zum Abschluss eines Hauptvertrags gehört, wann sich der Kunde auf das Fehlen der Namhaftmachung und damit auf die Unvollständigkeit der Maklerleistung berufen darf und wann nicht. Hierzu hat zu-

letzt das OLG Frankfurt a.M. (NJW-RR 2018, 1206; dazu D. Fischer, IMR 2018, 349) ausgeführt, dass das Verschaffen einer reinen Ermittlungsmöglichkeit nicht ausreicht und die Nichtnennung nur dann provisionsunschädlich ist, wenn durch den unvollständigen Nachweis das Interesse des Auftraggebers zunächst vollständig befriedigt wird und der Interessent danach am Makler vorbei mit dem selbst ermittelten Eigentümer verhandelt und abschließt. Für diese Ausnahme von der ansonsten bestehenden Verpflichtung, den vollständigen Namen und die Anschrift der Person zu benennen, die als Vertragspartner in Betracht kommt, ist sodann der Makler darlegungs- und beweispflichtig.

Weil die wirtschaftliche Identität zwischen beabsichtigtem und tatsächlich abgeschlossenem Hauptvertrag und der ursächliche Zusammenhang zwischen Maklerleistung und Hauptvertragsabschluss weitgehend Richterrecht ist, widmet der *Autor* diesen Themen zu Recht breiten Raum (S. 132 ff., 143 ff.). Dabei trägt die Rechtsprechung dem Umstand sehr wohl Rechnung, dass nicht jede Abweichung zwischen dem angestrebten und dem abgeschlossenen Hauptvertrag die wirtschaftliche Gleichwertigkeit entfallen lässt. Im Gegenteil werden die inhaltliche Identität und die persönliche Kongruenz häufiger bejaht, als dies insbesondere die Makler einschätzen (s. dazu D. Fischer, NZM 2018, 483). Das gilt für Preisabweichungen ebenso wie für Flächenabweichungen, aber auch für die Vertragsart (zB Share Deal statt Asset Deal [s. S. 135]) oder auch für den Abschluss

des Hauptvertrags durch einen Dritten statt durch den Maklerkunden. In solchen Fällen ist immer entscheidend, ob es enge persönliche oder wirtschaftliche Bindungen zwischen dem Maklerkunden und dem Dritten gibt, der letztlich den Hauptvertrag abschließt (S. 140). Deutlich weist *Fischer* auf die Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen einer (bloßen) Hemmung des Kausalverlaufs einer- und einer Unterbrechung der Kausalkette andererseits hin (S. 146 ff.). Die Unterbrechung der Kausalkette, also der – endgültige – Abbruch der Vertragsverhandlungen, wird nur selten zu bejahen sein.

Im Kapitel über praxistypische Klauseln verdienen die Ausführungen des *Autors* zu Reservierungsklauseln besondere Beachtung. Diese Reservierungsklauseln sind auch ganz aktuell Gegenstand der Rechtsprechung und werden hinsichtlich ihrer Wirksamkeit durchaus kontrovers behandelt namentlich hinsichtlich der Frage, ob die Reservierungsgebühr eine Hauptpreisabrede oder eine Nebenentgeltvereinbarung darstellt (zuletzt *KG*, GE 2018, 122 = BeckRS 2017, 140470; dazu *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 99). Fest steht jedenfalls, dass eine Reservierung durch den Makler nutzlos ist, wenn nicht auch der Verkäufer sich dem Makler gegenüber durch die Vereinbarung eines Alleinauftrags gebunden hat. Ferner wird immer zu beachten sein, dass die Reservierungsgebühr keinen die Provision ersetzenden Charakter erlangen und keinen mittelbaren Kaufzwang erzeugen darf. Sie darf lediglich im Bereich von 10-15 % der in Betracht kommenden Makler-

provision liegen (S. 158 ff.). Denn in jedem Fall ist ja die Vereinbarung einer Reservierungsgebühr eine Durchbrechung des im Maklerrecht gültigen Grundsatzes, wonach nur bei Erfolg im Sinn eines Abschlusses eines Hauptvertrags eine Provision geschuldet wird und für Teilleistungen keine Provision vereinbart werden darf.

Quasi ein „Buch im Buch“ und gleichzeitig ein wahrlicher Lesegenuss ist das Kapitel über die Verwirkung der Maklerprovision nach § 654 BGB. Hier schildert *Fischer* anhand zahlreicher Beispiele die Entwicklung eines ursprünglich und im Wortlaut nur den Fall der unzulässigen Doppelmaklertätigkeit erfassenden § 654 BGB hin zu einer Grundnorm der Bestrafung jeglichen objektiv und subjektiv schwerwiegenden Fehlverhaltens des Maklers gegenüber seinem Auftraggeber durch Verwirkung (Verlust) des Provisionsanspruchs. Anhand einer Fülle von Beispielen belegt der *Autor*, wann Gerichte den Einwand der Verwirkung des Provisionsanspruchs zu beachten haben, etwa in den Fällen des Hintertreibens des Hauptvertrags, der treuwidrigen Aufklärungspflichtverletzung, der unzulässigen Druckausübung, der Untätigkeit sowie des unredlichen Verhaltens in verschiedenen näher dargestellten Fallbeispielen (S. 187 ff.).

Natürlich widmet sich der *Autor* auch ausführlich den Besonderheiten des Wohnungsvermittlungsrechts nach der Novellierung des Wohnungsvermittlungsgesetzes („Bestellerprinzip“; dazu *Duchstein*, NZM 2015, 417; *D. Fischer*,

NJW 2015, 1560). Faktisch hat dies dazu geführt, dass Wohnungssuchende nur noch in Ausnahmefällen dem Makler für die Vermittlung eines Wohnraummietvertrags eine Vergütung schulden. In der Regel muss also der Makler versuchen, mit dem Vermieter eine Vergütungsvereinbarung zu treffen. Das hat erhebliche Konsequenzen für die Geschäftsfelder des Maklers.

Abgeschlossen wird das Werk durch Ausführungen zu besonderen Vermittlungsverträgen und zu prozessualen Problemfeldern.

Fazit: Seite für Seite seine langjährige Erfahrung, und das nicht nur als ehemaliger Richter am *BGH*, aufzeigend hat *Detlev Fischer* auch mit der erweiterten Neuauflage ein überaus wertvolles Werk vorgelegt. Es nimmt den Leser gleichsam „an die Hand“, zeigt ihm einprägsam die Hintergründe für die Entwicklung und den Lauf der Rechtsprechung auf und unterstützt gleichzeitig den Praktiker bei der Erarbeitung und Prüfung seiner (nächsten) Schritte. Das Buch sollte immer in Reichweite sein, am besten auf dem Schreibtisch!

Rechtsanwalt Joachim Schmidt,
Frankfurt a.M.

Vorschau

Heft 21/2018 der NZM enthält ua: *Horst*, Sicherheiten in der Gewerberaummieta; *BGH*, Tropfwasserleckage in der Fußbodenheizung: Beweisführung und Gehörsverletzung; *OLG Frankfurt a.M.*, Wasserschaden im Mietshaus: Ausgleich zwischen Unterlieger-Oberlieger für Tapetenschäden?; *OLG Frankfurt a.M.*, Leitungswasserschaden und Klagebefugnis des Wohnungseigentümers (mit Anm. *Dötsch*).