Maklerrecht

von

Dr. Detlev Fischer
Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe

8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2025

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 8. Auflage V

Aus dem Vorwort zur 7. Auflage VI

Aus dem Vorwort zur 6. Auflage VI

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage VII

I. Einleitung 1

1. Überblick 1
2. Zur geschichtlichen Entwicklung des Maklerrechts 1
   a) Ursprünge und Anfänge 1
   b) Entwicklung im Mittelalter 2
   c) Neuzeitliche Konturen 3
   d) Maklerrechtliche Konzeption des BGB-Gesetzgebers 4
3. Rudimentärer Normenbestand des Maklerrechts 5
   a) Maklerrecht als Richterrecht 5
   b) Aufgabenstellung des Maklerrechtssenats des Bundesgerichtshofs 7
   c) Judikatur der Oberlandesgerichte 10
   d) Reform des Maklerrechts 10
      aa) Allgemeine Erwägungen 10
      bb) Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht 11
      cc) Bestellerprinzip beim Erwerb von Wohnimmobilien . . 12
      dd) Schwächen des Bestellerprinzips 13
      ee) Gesetz zur Verteilung der Maklerkosten vom 12.6.2020 14
4. Allgemeine Grundbegriffe 15
   a) Nachweismakler 15
   b) Vermittlungsmakler 16
   c) Vertrauensmakler 18
   d) Doppelmakler 19
   e) Gelegenheitsmakler 19
   f) Zivilmakler 20
   g) Handelsmakler 20
   h) Versicherungsmakler 21
5. Öffentlich-rechtliches Maklerrecht 22

II. Grundsätzliches zum Maklervertrag 25
1. Überblick 25
2. Rechtsnatur des Maklervertrages 25
3. Maklerdienstvertrag 27
4. Maklerwerkvertrag 28
5. Alleinauftrag 29
a) Einfacher Alleinauftrag 29
b) Qualifizierter Alleinauftrag 31
6. Abgrenzung zwischen Maklervertrag und Anwaltsvertrag 32
a) Anwaltsdienstvertrag 33
b) Maklervertrag 35
7. Zusammenarbeit mehrerer Makler 36
a) Untermakler 37
b) Zubringergeschäft 38
c) Gesamtmakler 39
d) Gemeinschaftsgeschäft 39
e) Franchise-System 41
8. Form des Maklervertrages 41
a) Grundsatz der Formfreiheit 41
b) Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit 42
aa) Textform 42
bb) Schriftform 43
cc) Beurkundungsform 45
9. Sonstige Nichtigkeitsgründe des Maklervertrages 45
a) Anwendungsbereich des § 134 BGB 46
aa) Verstoß gegen Tätigkeitsverbot für Notare 46
bb) Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz 47
cc) Verstoß gegen gewerberechtliche Erlaubnispflicht 48
dd) Verstoß gegen Tätigkeitsverbot für Steuerberater 48
ee) Gewerbsmäßige Betätigung eines Rechtsanwalts als Makler 49
ff) Verbot der Anwaltsmandatsvermittlung 50
gg) Verstoß gegen Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung 51
hh) Verstoß gegen § 6 Abs. 1 WoVermittG 51
b) Anwendungsbereich des § 138 BGB 53
aa) Sittenwidrigkeit hinsichtlich des Inhalts des Maklervertrages 53
bb) Sittenwidrige Provisionsabsprachen 55

c) Anfechtung des Maklervertrages 55
d) Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Maklervertrages 56

III. Begründung und Auflösung des Maklervertrages 59

1. Überblick 59
2. Ausdrücklicher Vertragsabschluss 59
3. Stillschweigender Vertragsabschluss 61
a) Allgemeine Grundsätze 62
b) Einzelne Fallgruppen 64
aa) Vertragsabschluss mit einem Kaufinteressenten 64
bb) Vertragsabschluss mit einem Mietinteressenten 71
cc) Vertragsabschluss mit einem Verkaufsinteressenten . . . 71
dd) Vertragsabschluss mit einem Kreditsuchenden 72
ee) Suchauftrag 72
c) Anforderungen hinsichtlich der Deutlichkeit des Provisionsverlangens 75
d) Ausschluss anderweitiger Leistungsansprüche im Anwendungsbereich der Unklarheitenregel 80
4. Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vertragsabschlusses 81
5. Zurückweisung eines ausdrücklichen Provisionsbegehrens . . . 82
a) Gesamtwiderspruch gegen ein ausdrückliches Provisionsbegehren 84
b) Teilweiser Widerspruch gegen ein ausdrückliches Provisionsbegehren 85
aa) Vertragsabschluss auf der Grundlage des § 150 Abs. 2 BGB 85
bb) Dissens aufgrund der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB 85
cc) Vertragsabschluss mit nachträglicher Provisionsbestimmung auf der Grundlage ergänzender Vertragsauslegung 86
6. Maklervertrag unter Einbezug von Allgemeinen Geschäftsbedingungen 88
a) Einbeziehung in den Maklervertrag 89
b) Aushandeln von Vertragsbedingungen 90
c) Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen 91
d) Prüfungsmaßstab 91
e) Weiterverweisung auf andere Bedingungen 92
f) Unwirksamkeit eines Regelungsteils 93

7. Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Maklerverträgen 93
8. Maklervertrag und kaufmännisches Bestätigungsschreiben ... 94
9. Maklervertrag mit Eheleuten 96
a) Vertragsabschluss 96
b) Vertreterhandeln 98
c) Rechtsscheinhaftung 99
d) Mithaftung aus Schlüsselgewalt 100
10. Nachträglicher Abschluss eines Maklervertrages 101
11. Widerruf des Maklervertrages gemäß § 355 BGB 103
a) Allgemeine Grundsätze 104
b) Neues Recht ab dem 13.6.2014 109
c) Altes Recht vor dem 13.6.2014 114
12. Beendigung des Maklervertrages 118

IV. Gegenstand und Inhalt des Maklervertrages 121

1. Überblick 121
2. Vereinbarte Leistungsbereiche 121
3. Einzelfragen zur Provision 123
a) Besonderheiten der Provisionsbildung 123
aa) Berechnungsarten 124
bb) Weitere Bezugsgrößen 125
b) Übliche Provision 127
aa) Gesetzliche Auslegungsregel 127
bb) Fehlen bundesweit üblicher Provisionssätze 127
cc) Regional abweichende Provisionssätze 128
dd) Ermittlung der üblichen Provision 130
ee) Festprovision für den Niedrigpreisbereich 132
ff) Keine Differenzierung zwischen einem professionellen Immobilienmakler und einem Gelegenheitsmakler 133
gg) Örtlicher Anknüpfungspunkt 134
c) Sittenwidrige Provisionsabreden 134
aa) Sittenwidrige Provisionshöhe 134
bb) Sittenwidrigkeit einer nachträglichen Provisionsherabsetzungsabrede 142
d) Anwendungsbereich des Herabsetzungsrechts aus § 655 BGB 143
e) Verjährung des Provisionsanspruchs 145
f) Darlegungs- und Beweislast 146
4. Aufwendungsersatzabrede 148

V. Maklerleistung 151
1. Überblick 151
2. Nachweisleistung 152
a) Gelegenheit zum Abschluss eines Hauptvertrages 153
aa) Nachweis des Objekts und des potenziellen Vertragspartners 153
bb) Entbehrliche Namhaftmachung 155
cc) Unzureichende Nachweisleistung 158
b) Vertragsbereitschaft 159
aa) Veräußerungsbereitschaft 160
bb) Erwerbsbereitschaft 163
c) Zusätzliche Nachweisleistung 164
3. Vermittlungsleistung 165
a) Allgemeine Grundsätze 165
b) Konkrete Vermittlungsleistungen 167
c) Unzureichende Vermittlungsleistungen 168

VI. Hauptvertrag 171
1. Überblick 171
2. Allgemeine Grundsätze 171
3. Nichtigkeitsgründe 175
a) Formnichtigkeit 175
b) Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit 176
c) Anfechtung 176
d) Keine Maklerprovision bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung des Hauptvertrages 179
e) Keine Maklerprovision bei Abstandnahme vom schwebend unwirksamen Hauptvertrag 179
4. Hauptverträge mit Bedingungsvorbehalt 180
a) Aufschiebende Bedingung 180
b) Rücktrittsvorbehalte 180
c) Auflösende Bedingung 182
5. Hauptverträge mit Genehmigungserfordernis 183
6. Provision bei Ausübung eines Vorkaufsrechts 184
a) Provisionsanspruch gegenüber Erstkäufer 184
b) Provisionsanspruch gegenüber Verkäufer 186
c) Provisionsanspruch gegenüber Vorkaufsberechtigten 186
7. Verflechtungstatbestände 189
a) Drittbezug der Maklertätigkeit 189
b) Anfänge der Verflechtungsrechtsprechung 191

c) Allgemeine Grundsätze der Verfechtungsrechtsprechung . . 192
aa) Wirtschaftliche Betrachtungsweise 192
bb) Zweistufigkeit des Verflechtungsgedankens. 193
cc) Anwendungsbereich 194
dd) Maßgeblichkeit der tatsächlichen Verhältnisse. 195
d) Echte Verflechtung 196
e) Unechte Verflechtung 197
aa) Notwendigkeit eines eigenständigen Begründungsansatzes 197
bb) Grundsatz des institutionalisierten Interessengegensatzes 198
cc) Handelsvertreter. 199
dd) Arbeitnehmer 199
ee) Bevollmächtigter 200
ff) Eheleute. 200
gg) Persönliches oder freundschaftliches Näheverhältnis . . 202
hh) Verwalter 203
ii) Enge Kooperation zwischen Vermittler und Hauptvertragspartei. 204
jj) Kreditinstitute als Makler. 204
kk) Hälftige Beteiligung am Erwerbsvorgang 205
ll) Besonderheiten des Wohnungsvermittlungsrechts. 205
f) Abweichende Provisionsabreden 205
g) Darlegungs- und Beweislast 208
8. Wirtschaftliche Identität zwischen beabsichtigtem und tatsächlich abgeschlossenem Hauptvertrag 208
a) Allgemeine Grundsätze 210
b) Inhaltliche Identität. 212
aa) Abweichungen hinsichtlich des Umfangs des Objekts. 212
bb) Abweichungen hinsichtlich des vom Hauptvertrag gewährten Rechts. 213
cc) Abweichungen hinsichtlich der Höhe des vorgesehenen Preises 216
c) Persönliche Identität 220
aa) Allgemeine Grundsätze 221
bb) Enge persönliche Beziehung 222
cc) Enge wirtschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Beziehung 224
dd) Surrogation des Dritten. 228

ee) Anwendung der Grundsätze über die persönliche Identität auch bei Vorliegen eines Provisionsanspruchs gegenüber dem Dritterwerber? 228
d) Analoge Anwendung der Grundsätze zur persönlichen Kongruenz 230
e) Darlegungs- und Beweislast 230
f) Konkludente Vertragserweiterung 231
g) Provisionserweiternde Klauseln bezüglich fehlender wirtschaftlicher Identität 232

VII. Ursächlicher Zusammenhang zwischen Maklerleistung und Hauptvertrags-Abschluss 233

1. Überblick 233
2. Mitursächlichkeit der Nachweisleistung 234
a) Vorkenntnis 234
aa) Allgemeine Grundsätze 235
bb) Beweisrechtliche Konstellationen 235
cc) Zusätzliche Nachweisleistung 236
dd) Fehlende unverzügliche Offenbarung der Vorkenntnis 237
ee) Dispositive Abrede zur Vorkenntnismitteilung 239
ff) Gleichzeitige Zusendung von Nachweisen durch verschiedene Makler 239
gg) Darlegungs- und Beweislast 240
b) Höchstrichterliche Grundsätze zur Kausalität 240
aa) Kausalitätszusammenhang 240
bb) Kausalitätsvermutung 241
cc) Hypothetischer Kausalzusammenhang 244
dd) Unterbrechung des Kausalitätszusammenhangs 245
3. Mitursächlichkeit der Vermittlungsleistung 248
4. Wesentliche Maklerleistung 249
a) Bedeutung des Begriffs Wesentliche Maklerleistung 249
b) Regelfall 251
c) Weitere Einzelfälle 251
aa) Visitenkarte des Maklerkunden 252
bb) Nachweis bei Zwischenerwerb 252
d) Fälle aus der Instanzjudikatur 253
5. Kenntnis des Kunden von der Maklertätigkeit 253

VIII. Vertragliches Maklerrecht anhand praxistypischer Klauseln 255

1. Überblick 255
2. Maklerklauseln 255
3. Alleinauftrag 258
   a) Zulässige Mindestlaufzeit 259
   b) Zulässige Laufzeit-Verlängerungsklausel 260
   c) Zulässigkeit einer vierwöchigen Kündigungsfrist 261
   d) Unzulässigkeit einer Verlängerungsklausel bei intransparenter Weiterverweisung 262
   e) Unzulässigkeit einer Pauschalentschädigungsklausel 262
4. Provisions-Zahlungsklausel 263
5. Vorkenntnisklausel 264
6. Übererlösklausel 264
7. Erfolgsunabhängige Provision 268
8. Provisionsklausel mit unterschiedlichen Provisionssätzen 269
9. Provisionserstattungsklausel 270
10. Maklerbemühungsentgelt-Klausel 270
11. Reservierungsklausel 270
   a) Allgemeine Grundsätze 272
   b) AGB-Recht 273
12. Folgegeschäftsklausel 275
13. Identitätsklauseln 276
14. Vertragsstrafe- und Pauschalierungsklauseln 276
   a) Vertragsstrafen zugunsten des Maklers 277
      aa) Individualverträge 277
      bb) AGB-Recht 278
   b) Vertragsstrafen zugunsten des Maklerkunden 279
   c) Vertragliche Aufwendungsersatzpauschalen 280

IX. Verwirkung der Maklerprovision nach § 654 BGB 283

1. Überblick 283
2. Konzeption des BGB-Gesetzgebers 284
3. Sichtweise des § 654 BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 285
   a) Reichsgericht 285
   b) Bundesgerichtshof 286
      aa) Grundsatzentscheidung BGHZ 36, 323 286
      bb) Weitere Entwicklung 290
4. Zur Rechtsnatur des Provisionsverlustes 291

a) Kritik des Schrifttums 292
b) Provisionsausschluss als gesetzliche Vertragsstrafe 293
5. Zwingendes Recht 294
6. Darlegungs- und Beweislast 296
7. Einzelne Anwendungsbereiche des § 654 BGB 297
a) Unmittelbarer Geltungsbereich des § 654 BGB 297
b) Zeitlicher Anwendungsbereich 298
aa) Vorvertragliche Treuepflichtverletzung 299
bb) Nachwirkende Treuepflichtverletzung 300
c) Personeller Anwendungsbereich 303
aa) Haftung für eigenes Handeln 303
bb) Haftung für fremdes Handeln 303
8. Einzelne Fallgruppen 305
a) Unzulässige Doppeltätigkeit 305
b) Veranlassung zur Unterzeichnung formwidriger Ankaufsverpflichtungen 307
c) Hintertreiben des Hauptvertrages 307
d) Treuwidrige Aufklärungspflichtverletzungen 308
aa) Wahrheitswidrige Exposé-Angaben 309
bb) Unterlassene Hinweise 312
cc) Wahrheitswidrige Antworten 314
e) Unzulässige Druckausübung 315
f) Unredliches Verhalten 315
g) Verwendung unwirksamer Geschäftsbedingungen 319
h) Untätigkeit 322
i) Fehlverhalten bei der Geltendmachung der Provisionsforderung 323
9. Weitere Problembereiche 324
a) Rückforderung der bereits entrichteten Provision 324
b) Provisionsverwirkung und Schadensersatz 325
c) Analoge Anwendung der zu § 654 BGB entwickelten Rechtsgrundsätze auf sonstige Maklerprovisionsansprüche 326
aa) Anwendung auf Sonderformen des Maklervertrages . . 326
bb) Anwendung auf Provisionsansprüche aus § 354 HGB . . 328
cc) Anwendung auf Provisionsansprüche eines Testamentsvollstreckers aus maklerähnlicher Tätigkeit 329
d) Keine analoge Anwendung des § 654 BGB bei Treuepflichtverletzungen des Kunden 329
e) Analoge Anwendung des § 654 BGB auf andere Rechtsverhältnisse 329

X. Nebenpflichten des Maklers 333
1. Überblick 333
2. Allgemeine Nebenpflichten 333
3. Aufklärungspflichten 334
4. Beratungspflichten 339
a) Allgemeine Grundsätze 339
b) Steuerrechtliche Fragenbereiche 340
c) Anderweitige Leistungsbereiche 342
5. Sonstige Nebenpflichten 342
a) Grundsatz der Exposéwahrheit 342
b) Übererlösabreden 344
6. Pflichtenverstoß im Alleinauftrag 345
7. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung 345
a) Freistellung von der Provisionsverpflichtung 346
b) Ersatzansprüche hinsichtlich des eingegangenen Hauptvertrages 346
aa) Ersatzansprüche gegen den Käufermakler 347
bb) Ersatzansprüche gegen den Verkäufermakler 348
c) Ersparte Aufwendungen 348
d) Darlegungs- und Beweislast 349
e) Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden 349
f) Pflichtwidrige Verkehrswerteinschätzung 350
8. Mitverschuldenseinwand gegenüber dem Maklerkunden 351
a) Grundsätze zum Versicherungsmaklerrecht 352
b) Übertragbarkeit der Grundsätze auf den Immobilienmaklervertrag 354
c) Auswirkungen der Rechtsprechungsgrundsätze 355
aa) Haftung bei fehlerhaftem Exposé 355
bb) Haftung bei fehlerhaften Behördenanfragen 356
cc) Pflicht des Auftraggebers zur wahrheitsgemäßen Unterrichtung des Maklers 357
d) Darlegungs- und Beweislast 357
9. Beratungsfehler des Maklers im Rahmen eines selbstständigen Beratungsvertrages zwischen Käufer und Verkäufer 358
10. Deliktische Haftung des Maklers 360

XI. Nebenpflichten des Maklerkunden 361
1. Überblick 361

2. Unterrichtungspflichten 361
3. Unterlassungspflichten 361
4. Rechtsfolgen bei unbefugter Weitergabe von Maklerunterlagen 363
a) Schadensersatzpflicht 363
b) Provisionsklauseln bei unbefugter Weitergabe von Nachweisunterlagen 364
aa) Grundsatzentscheidung vom 14.1.1987 364
bb) Fortdauer der Entscheidungsgrundsätze 366
cc) Rechtliche Qualifizierung der Provisionsklausel 367
dd) Umsatzsteuerliche Konsequenzen 369
5. Auskunftspflichten 370
6. Pflichtenverstoß im Alleinauftrag 371
7. Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung 372

XII. Besonderheiten des Vermittlungsrechts beim Erwerb von Wohnimmobilien 373

1. Überblick 373
2. Sachlicher Anwendungsbereich des Untertitels 4 375
a) Begriff Wohnung 376
b) Begriff Einfamilienhaus 377
aa) Allgemeine Bedeutung des Begriffs 377
bb) Wohnung von untergeordneter Bedeutung 377
c) Abgrenzungskriterium Erwerbszweck 378
d) Außerhalb des Anwendungsbereichs liegende Objekte 382
3. Form des Vermittlungsvertrages 383
a) Anwendungsbereich 384
b) Normzweck 385
c) Anforderungen an die Textform 385
aa) Allgemeine Grundsätze 385
bb) Konkludenter Vertragsabschluss 386
d) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung des Formzwanges 387
4. Persönlicher Anwendungsbereich des Halbteilungsgrundsatzes 388
a) Persönlicher Anwendungsbereich bezogen auf den Makler 388
b) Persönlicher Anwendungsbereich bezogen auf den Maklerkunden 388
aa) Käufer als Verbraucher 389
bb) BGB-Gesellschaft als Verbraucher 390

cc) Wohnungseigentümergemeinschaft als Verbraucher . . . 390
c) Status des Verkäufers 391
5. Normzweck des Halbteilungsgrundsatzes 391
a) Unterbindung einer unbilligen Abwälzung der Maklerprovisionskosten auf den Käufer 391
b) Förderung des Erwerbs von Wohnimmobilien durch Kostenreduzierung 391
c) Förderung der Verhandlungsbereitschaft des Verkäufers hinsichtlich der Provisionshöhe 392
6. Regelung des § 656c BGB 392
a) Halbteilungsgrundsatz bei Doppeltätigkeit 392
aa) Grundsätzliches 392
bb) Keine Deckelung der Maklerprovision für den zweiten Vertragspartner 393
cc) Keine Abweichungen zugunsten des Käufers 395
dd) Vorrang des Halbteilungsgrundsatzes in Vorkaufsfällen 395
b) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz 396
aa) Nichtigkeit der Maklerverträge 396
bb) Anpassungsbedarf bei unterschiedlichen Provisionssätzen 398
cc) Ausschluss gesetzlicher Vergütungsansprüche 398
dd) Wettbewerbsverstoß 399
c) Anwendungsbereich des § 656c Abs. 1 Satz 1 BGB 399
aa) Unmittelbarer Bereich 399
bb) Erweiterter Bereich 399
cc) Nicht erfasste Fallgruppen 401
dd) Abwälzen des Provisionsanteils im Kaufvertrag 402
d) Verbot von Unentgeltlichkeitsabreden 402
e) Nachträglicher Erlass 402
f) § 656c Abs. 2 Satz 2 BGB 404
g) Auskunftsanspruch des Maklerkunden 405
aa) Grundsätzliches zur Auskunftsverpflichtung des Maklers 405
bb) Inhalt der Auskunftsverpflichtung des Maklers 408
cc) Pflicht auf Vorlage des Maklervertrages 408
dd) Besonderheiten im Provisionsprozess 409
7. Regelung des § 656d BGB 409
a) Übernahme der Maklerkosten des anderen Teils 409

b) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen § 656d Abs. 1 Satz 2 BGB . 410
c) Auskunftsanspruch des Provisionsschuldners 411
d) Weitere Konsequenzen des Halbteilungsgrundsatzes 411
e) Fälligkeit des Kostenübernahmeanspruchs. 411
aa) Nachweis der Provisionszahlung. 412
bb) Insolvenz des Maklerkunden 412
d) Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 BGB 413
8. Temporärer Anwendungsbereich der Reformregelungen 413
9. Ausblick 416

XIII. Besonderheiten des Vermittlungsrechts bei der Anmietung von Wohnraum 419

1. Überblick 419
2. Allgemeine Grundsätze. 420
a) Gesetzeszweck. 420
b) Legaldefinition 420
c) Anwendungsbereich 421
3. Form des Wohnungsmaklervertrages 421
a) Normzweck 422
b) Anforderungen an die Textform 422
c) Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung des Formzwangs 423
aa) Weigerung des Wohnungssuchenden, eine textformgemäße Erklärung abzugeben 423
bb) Nachträglicher formwirksamer Vertragsabschluss 423
4. Nachweis oder Vermittlung nur bei Auftrag 424
5. Provision nur im Erfolgsfalle 426
6. Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur bei Erteilung eines originären Suchauftrags (Bestellerprinzip) 427
a) Temporärer Anwendungsbereich 428
b) Normzweck 429
c) Regelungsinhalt. 430
aa) Ausschließlichkeitsprinzip. 430
bb) Einschränkende Auslegung des Merkmals der Ausschließlichkeit 433
cc) Begriff des Wohnungssuchenden 434
d) Verbot abweichender Vereinbarungen. 435
aa) Besichtigungsgebühren. 435
bb) Änderung der Vertragsbezeichnung oder des Vertragstyps 436

cc) Abwälzen der Vermieterprovision auf im Lager des Wohnungssuchenden stehende Dritte 436
dd) Institutionalisierte Gemeinschaftsgeschäfte 437
e) Ordnungswidrigkeit 437
f) Darlegungs- und Beweislast 437
7. Weitere Sonderregelungen für den Provisionsanspruch 438
a) Kein Provisionsanspruch für Folgeverträge 439
b) Kein Provisionsanspruch bei Identität 439
c) Kein Provisionsanspruch bei Verflechtung 442
d) Kein Provisionsanspruch bei Vermittlung von öffentlich gefördertem oder preisgebundenem Wohnraum 443
8. Unwirksame Abreden im Zusammenhang mit der Wohnungsübernahme 444
9. Berechnung und Höhe der Provision 444
10. Aufwendungsersatz 445
11. Rückforderung unzulässiger Zahlungen des Wohnungssuchenden 447
12. Sonstiges 448

XIV. Besonderheiten des Ehe- und Partnervermittlungsrechts 449
1. Überblick 449
2. Ehemaklervertrag 449
a) Klagbarkeitssperre des § 656 BGB 450
b) Konsequenzen der Klagbarkeitssperre 451
c) Wirksamkeit des Ehemaklervertrags 452
d) Schadensersatzansprüche wegen Nebenpflichtverletzungen 452
e) Rückforderungsansprüche 453
3. Eheanbahnungsvertrag 454
4. Partnervermittlungsvertrag 454
a) Anwendbarkeit des § 656 BGB 454
b) Rechtscharakter als Dienstvertrag 455
c) Sittenwidrigkeit des Partnervermittlungsvertrages 455
d) Widerruf des Partnervermittlungsvertrages 457

XV. Besonderheiten des Versicherungsmaklerrechts 459
1. Überblick 459
2. Inhalt und Gegenstand des Versicherungsmaklervertrages 459
3. Vertragspflichten des Versicherungsmaklers 461
a) Allgemeine Grundsätze 461

b) Einzelfragen 463
4. Besonderheiten hinsichtlich des Maklervertragsabschlusses . . 465
5. Verbot der Doppeltätigkeit 465
6. Provisionsanspruch 466
7. Schaden des Versicherungsmaklers. 468
8. Schaden des Versicherungsnehmers 468
9. Mitverschulden des Versicherungsnehmers. 469
10. Abreden zwischen Versicherungsmaklern 470

XVI. Weitere besondere Vermittlungsverträge 473

1. Überblick 473
2. Private Arbeitsvermittlung 473
3. Anlagevermittlung 477
4. Fahrzeug-Vermittlungsvertrag 480

XVII. Prozessuale Problembereiche 483

1. Überblick 483
2. Rechtsweg 483
3. Zuständigkeit 484
a) Sachliche Zuständigkeit 484
b) Örtliche Zuständigkeit 484
c) Örtliche Zuständigkeit für die Provisionsklage des Doppelmaklers. 484
d) Internationale Zuständigkeit 485
aa) Allgemeine Grundsätze 485
bb) Schwerpunkt der bilateralen Maklertätigkeit 486
4. Auskunftsklage 487
5. Feststellungsklage 488
6. Besonderheiten im Provisionsprozess. 489
a) Fehlende Fälligkeit des Provisionsanspruchs 489
b) Bestreiten mit Nichtwissen im Provisionsprozess 490
c) Übergang vom Provisionsanspruch auf Schadensersatzanspruch 490
7. Beweisaufnahme im Provisionsprozess 491
8. Streitgegenstand 492
9. Hilfsweises Vorbringen 493
10. Verspätetes Vorbringen 493
11. Unzulässiger zweitinstanzlicher Vortrag 493
12. Prüfungsmaßstab in der Revisionsinstanz 494
a) Auslegung von Individualvereinbarungen 494

b) Sonstige tatrichterliche Beurteilungen 494
13. Prozesskostentragungspflicht. 495
14. Bindungswirkung eines Vorprozesses im Provisionsprozess . . 495
15. Einwand des Mitverschuldens 495
a) Allgemeine Grundsätze 495
b) Revisionsrechtliche Überprüfung des Mitverschuldens-einwands 496
16. Prozessualvertragsrechtliche Verpflichtungen des Rechtsanwalts im Provisionsprozess. 496
17. Prozesszinsen 497
18. Einstweiliger Rechtsschutz. 497

Anhang

Anhang 1: Auszug aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) 499

Anhang 2: Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermittG). 509

Rechtsprechnungsübersichten 513

Literaturverzeichnis 515

Sachregister 517

II. Grundsätzliches zum Maklervertrag

1. Überblick

Der Maklervertrag des BGB ist auf den Austausch von Leistungen gerichtet: So erbringt der Makler mit seiner Nachweis- oder Vermittlungsleistung eine Dienstleistung, während der Maklerkunde regelmäßig eine Vergütung in Form einer Geldzahlung schuldet. Sie macht üblicherweise einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises oder des Mietzinses des zu besorgenden Hauptvertrages aus. **1**

2. Rechtsnatur des Maklervertrages

Der Maklervertrag weist als Austauschvertrag die Besonderheit auf, dass er – bezogen auf die Vergütungspflicht des Maklerkunden – als *einseitig verpflichtender Vertrag* ausgestaltet ist.[1] Eine Tätigkeitsverpflichtung des Maklers ist danach nicht vorgesehen,[2] obwohl sie aus der Sicht des Kunden wünschenswert erscheint. Der Makler ist lediglich berechtigt, entsprechende Tätigkeiten zu entfalten. Im Regelfall wird aber der Makler ohnehin aus eigenem (Provisions-)Interesse umfassend tätig werden, weil eine Vergütungspflicht nur im Erfolgsfalle, also bei Abschluss des nachzuweisenden oder zu vermittelnden Hauptvertrages, für den Kunden besteht.[3] Das *Erfolgsprinzip* kann als prägendes Element des Maklervertrages bezeichnet werden, unterscheidet ihn grundlegend von den übrigen vergütungspflichtigen Dienstleistungsverträgen und hat überwiegend positive, verbraucherschützende Effekte für den Maklerkunden.[4] Bis zum Abschluss des Hauptvertrages kann der Maklerauftrag jederzeit widerrufen werden.[5] **2**

Andererseits ist der Maklerkunde nicht verpflichtet, die angediente Maklerleistung anzunehmen; es ist seine Sache, ob er die Abschlussgelegenheit **3**

---

1 MünchKomm-BGB/*Althammer*, § 652 Rn. 3; Soergel/*Engel*, Vor § 652 Rn. 3; *Brandt*, Das Recht des Immobilienmaklers, S. 5; *Hamm*, Maklerrecht, Rn. 38.

2 BGH, Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 29.

3 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = WM 2020, 1356 = NJW 2020, 3306 Rn. 20.

4 *Jansen-Behnen*, Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, 2017, S. 125 f.; *Hubertus*, Der verbraucherschützende Widerruf im Immobilienmaklerrecht, 2024, 163 ff., dort auch zu den Schwächen des Prinzips.

5 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = WM 2020, 1356 = NJW 2020, 3306 Rn. 20.

auch tatsächlich umsetzt.[6] So entscheidet alleine der Maklerkunde, ob er einen nachgewiesenen Hauptvertrag hinsichtlich eines Immobilienobjekts abschließt oder ob er sich mit einem hierauf bezogenen Nießbrauch oder mit einem Pachtvertrag zufrieden gibt.[7] Im Hinblick auf die *Abschlussfreiheit des Kunden* steht einem Makler auch kein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB zu, wenn der Grundstückseigentümer trotz Stellung eines Kaufinteressenten nicht bereit ist, sein Grundstück zu veräußern, und dadurch dem Makler ein Anspruch auf Zahlung der Maklerprovision entgeht.[8]

4 Unabhängig von diesen Besonderheiten bestehen aber für die Vertragspartner bestimmte Treuepflichten, die im Verletzungsfall zu entsprechenden Sekundäransprüchen – wie Schadensersatz- und Unterlassungsverpflichtungen – führen können.

5 Neben der Qualifizierung als einseitig verpflichtender Vertrag kann der Maklervertrag auch als besonderer Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen werden.[9] Nach der herrschenden Meinung gilt dies jedenfalls dann, wenn der Maklervertrag als Maklerdienst- oder Maklerwerkvertrag ausgestaltet ist.[10] Nach anderer Ansicht soll dagegen der Maklervertrag als kaufähnlicher Vertrag bewertet werden, weil nicht die Arbeitsleistung des Maklers im Vordergrund stehe, sondern die vom Makler angebotene und vom Kunden ge-

---

6 BGH, Urt. v. 9.11.1967 – VIII ZR 170/64, NJW 1967, 198, 199; Urt. v. 20.3.1984 – IVa ZR 223/83, NJW 1985, 2477; Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 968; Urt. v. 17.4.1991 – IV ZR 112/90, NJW-RR 1991, 915; Urt. v. 20.2.2003 – III ZR 184/02, NJW-RR 2003, 699; Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = WM 2020, 1356 = NJW 2020, 3306 Rn. 20; OLG Koblenz, Beschl. v. 23.5.2012 – 2 U 644/11, MDR 2012, 1396; OLG Dresden, Beschl. v. 1.12.2016 – 4 U 752/16, MDR 2017, 638.

7 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.11.2020 – 9 U 32/19 (9. ZS in Freiburg i. Br.), NJW-RR 2021, 712 = NZM 2021, 484 m. Anm. *D. Fischer*.

8 OLG Dresden, Beschl. v. 1.12.2016 – 4 U 752/16, MDR 2017, 638.

9 OLG Rostock, Beschl. v. 1.7.2008 – 1 U 27/08, OLGReport 2009, 192, 193; *D. Fischer*, NZM 2014, 449, 450. Vgl. auch *Esser*, Besonderes Schuldrecht, 4. Aufl. 1971, S. 192, der von Geschäftsbesorgung besonderer Art spricht; ferner *Heße*, NJW 2002, 1835, 1838 zur Maklertätigkeit als Geschäftsbesorgung sowie die h. M. zu § 116 InsO, wonach der Maklervertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2008, §§ 115, 116 Rn. 17; *Uhlenbruck/Sinz*, InsO, 15. Aufl. 2019, §§ 115, 116 Rn. 3; *Wirth/Mintas*, ZInsO 2012, 1002, 1004 (Versicherungsmaklervertrag); a. A. HK-InsO/*G. Schmidt*, 11. Aufl. 2023, § 116 Rn. 4; *Harke*, Besonderes Schuldrecht, Rn. 152, verneint generell für den Maklervertrag den Charakter eines Geschäftsbesorgungsvertrages; nach ihm liegt die Qualifizierung als Werkvertrag nahe.

10 BGH, Urt. v. 5.5.1971 – IV ZR 40/70, WM 1971, 966, 967 (Versicherungsmaklervertrag); Urt. v. 17.10.1990 – IV ZR 197/89, NJW-RR 1991, 627, 628 (Finanzierungsvermittlung); Soergel/*Benicke*, BGB, 13. Aufl., § 675 Rn. 49.

nutzte Gelegenheit zum Vertragsabschluss.[11] Diese Qualifikation, der bereits gesetzessystematische Gründe entgegenstehen, ist zu Recht vereinzelt geblieben.

6 Wird ein unentgeltliches Tätigwerden des Maklers vereinbart, was insbesondere bei Verkäufern und – im Hinblick auf das Bestellerprinzip nunmehr nur noch bezogen auf Gewerbeflächen – bei Vermietern nicht unüblich ist, so kann gleichwohl von einem Abschluss eines Maklervertrages ausgegangen werden. Die Provisionspflicht ist grundsätzlich abdingbar.[12] Jedenfalls wäre bei Annahme eines Auftrags (§ 670 BGB), die Pflichtenstruktur des Vertragsverhältnisses an den Wertungen des Maklerrechts zu messen.[13]

7 Im Rechtsalltag wird vielfach durch entsprechende Zusatzverpflichtungen der Maklervertrag aus der vorstehenden Enge herausgeführt, was im Nachfolgenden näher auszuführen ist.

3. Maklerdienstvertrag

8 Beim Maklerdienstvertrag kann die Kombination von Elementen des Makler- und des Dienstvertrages zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Der Vertrag kann so ausgestaltet werden, dass zwar der Makler eine Tätigkeitsverpflichtung übernimmt, dass ihm aber selbst ein Vergütungsanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 652 BGB zusteht. In diesem Falle kann der Makler keine Vergütung für seine Tätigkeit als solche fordern, sondern nur eine Maklerprovision beim tatsächlichen Zustandekommen des Hauptvertrages.[14] Bei dem geschuldeten Tätigwerden handelt es sich um ein aktives Bemühen um den erfolgreichen Abschluss des in Rede stehenden Hauptvertrages.[15] Diese Vertragsgestaltung findet sich vor allem beim Maklerallein-auftrag, der nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung[16] den Charakter eines Maklerdienstvertrages hat, bei dem jedoch nach allgemeiner Auffassung der Makler nur bei erfolgreichen Bemühungen einen Maklerlohn verlangen kann. Ein Maklerdienstvertrag bleibt im Kern ein Maklervertrag, wenn sich die vereinbarte Tätigkeitspflicht des Maklers auf eine typische

11 *Reuter*, NJW 1990, 1321, 1324; Staudinger/*Arnold*, Vorbem. zu §§ 652 ff. Rn. 4.
12 *Hamm*, Maklerrecht, Rn. 104; *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 21; a. A. Staudinger/*Arnold*, Vorbem. zu § 652 Rn. 18.
13 *Hamm*, Maklerrecht, Rn. 105, unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 12.2.1981 – IVa ZR 94/80, NJW 1981, 1444.
14 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988.
15 Vgl. BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 78/10, NJW 2011, 1726 Rn. 11.
16 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988; Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 29.

Nachweis- oder Vermittlungsleistung bezieht, die Entschlussfreiheit des Maklerkunden gewahrt bleibt und die Vergütungspflicht erfolgsabhängig ist.[17]

9 Möglich ist jedoch auch eine Vertragsgestaltung, bei der lediglich die Tätigkeit als solche vergütet wird, bei der mithin das Entgelt unabhängig vom Erfolg der Bemühungen des Vermittlers zu zahlen ist.[18] AGB-Klauseln eines Maklerdienstvertrages sind bei der Prüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB am gesetzlichen Leitbild des § 652 BGB zu messen.[19]

4. Maklerwerkvertrag

10 Auch der Maklerwerkvertrag ist ein besonderer, im Gesetz nicht geregelter Vertragstyp, der sowohl Elemente des Maklervertrages als auch solche des Werkvertrages enthält. Seine rechtliche Beurteilung richtet sich in erster Linie nach dem Parteiwillen.[20] Soweit die Parteien keine ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen getroffen haben, sind teils die Vorschriften über den Maklervertrag, teils die über den Werkvertrag ergänzend heranzuziehen, und zwar jeweils diejenigen, die dem Wesen des Maklerwerkvertrages am besten entsprechen.[21] Wird ein Finanzierungsvermittlungsvertrag in der Form eines Maklerwerkvertrages abgeschlossen, dann hat sich der Makler nicht nur zu Bemühungen um die Finanzierung, sondern zur Herbeiführung des Finanzierungserfolgs verpflichtet.[22] In gleicher Weise wie bei den Maklerdienstverträgen muss zwischen den Maklerwerkverträgen unterschieden werden, bei denen sich die Vergütungspflicht nach Werkvertragsgrundsätzen, und solchen, bei denen sie sich nach § 652 BGB richtet.[23] AGB-Klauseln eines Maklerwerkvertrages sind bei der Prüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB am gesetzlichen Leitbild des § 652 BGB zu messen.[24]

---

17 OLG Stuttgart, Urt. v. 7.4.2021 – 3 U 548/19, BeckRS 2021, 7618; *D. Fischer*, NJW 2022, 1212 Rn. 6.

18 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 968; Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 Rn. 20.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988 zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz.

20 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988.

21 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988.

22 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988.

23 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988.

24 BGH, Urt. v. 21.10.1987 – IVa ZR 103/86, NJW 1988, 967, 988 zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz.

5. Alleinauftrag

Der Alleinauftrag[25] wird in der Regel zwischen dem Immobilienmakler und einem verkaufswilligen Objekteigentümer abgeschlossen.[26] Für schwierige Objekte ist ein Alleinauftrag oft die einzige Möglichkeit, einen Makler zu finden. Das Risiko, Arbeit und Kosten umsonst zu tragen, wenn der Hauptvertrag ohne seine Vermittlung oder Nachweis abgeschlossen wird, will der Immobilienmakler bei derartigen Objekten im Regelfall nicht übernehmen.[27] Deshalb, aber auch für anderweite Objekte, kommt dem in der Kautelarjurisprudenz entwickelten Alleinauftrag im Immobilienmaklerbereich eine entscheidende Bedeutung zu.[28] Im Rechtsalltag wird unterschieden zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Alleinauftrag. **11**

a) Einfacher Alleinauftrag

Grundsätzlich ist der Makler nach dem dispositiven Maklerrecht nicht verpflichtet, für seinen Auftraggeber tätig zu werden.[29] Schließt er allerdings einen Makleralleinauftrag,[30] so liegt ein Maklerdienstvertrag vor, der eine Tätigkeitspflicht des Maklers begründet[31] und dem Maklerkunden untersagt, weitere Makler mit der Suche nach geeigneten Vertragspartnern zu beauftragen.[32] Kommt der Makler dieser Tätigkeitspflicht nicht oder nicht in angemessener Weise nach, kann der Auftraggeber den Alleinauftrag kündigen.[33] Ferner ist er berechtigt, Schadensersatz nach § 280 BGB zu verlangen.[34] Gibt der Auftraggeber, der einem Makler einen Alleinauftrag für eine bestimmte Zeit erteilt hat, das Objekt einem anderen Makler an die Hand, verstößt er gegen seine Pflichten aus dem Maklervertrag und ist, wenn er das **12**

25 Hierzu *Pauly*, MDR 2021, 401.
26 *Wistokat*, NZM 2021, 585, 586.
27 Erman/*D. Fischer*, § 652 Rn. 20; vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1966 – VIII ZR 170/64, NJW 1967, 198, 199.
28 *D. Fischer*, IMR 2019, 254.
29 BGH, Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 29.
30 MünchKomm-BGB/*Althammer*, § 652 Rn. 246 ff.; Erman/*D. Fischer*, § 652 Rn. 20 ff.
31 BGH, Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 29; Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 14.
32 BGH, Urt. v. 9.11.1966 – VIII ZR 170/64, NJW 1967, 198, 199; Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 29; Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 14; MünchKomm-BGB/*Althammer*, § 652 Rn. 5, 7; *D. Fischer*, WuB 2021, 131.
33 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.5.2011 – 19 U 18/11, ZIP 2011, 1929.
34 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.5.2011 – 19 U 18/11, ZIP 2011, 1929.

Objekt mit Hilfe des anderen Maklers verkauft, dem ersten Makler gemäß § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.[35]

13 Ein Makleralleinauftrag ist etwa anzunehmen, wenn der Maklerkunde sich verpflichtet, für die Laufzeit des Vertrages alle Verhandlungen über den Makler führen zu lassen und auf sein Recht verzichtet, mehrere Makler nebeneinander zu beauftragen.[36] Ein derartiger Vertrag wird als einfacher Makleralleinauftrag bezeichnet.[37] Hierdurch wird der Kunde nicht gehindert, selbst nach Interessenten zu suchen.[38] Im Gegensatz zum Handelsvertreter bleibt der Makler auch dann weisungsunabhängig, wenn er einen Alleinauftrag hat.[39] Der Alleinauftrag wird teilweise auch als *Festauftrag* oder *Alleinverkaufsrecht* bezeichnet.[40] Ein einfacher Alleinauftrag kann auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden.[41] Die Darlegungs- und Beweislast für das Zustandekommen eines Alleinauftrags trägt regelmäßig der Makler.[42]

14 Das OLG Hamm[43] hat sich mit Urteil vom 7.1.2021 zur Differenzierung zwischen einfachem und qualifiziertem Alleinauftrag geäußert. Die individualrechtliche Abrede über eine achtmonatige Laufzeit ist nach § 138 BGB (Knebelungsverbot) für unbedenklich anzusehen, wenn es sich um „schwierige“ Immobilienobjekte handelt, die einen erheblichen Arbeitseinsatz und eine gewisse „Vorlaufszeit“ benötigen. Die im Formularvertrag vorgesehene Laufzeitregelung wurde als individualrechtlich eingestuft, weil es sich um

---

35 BGH, Urt. v. 22.2.1967 – VIII ZR 215/64, NJW 1967, 1225, 1226; Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 30.

36 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 14 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 8.4.1987 – IVa ZR 17/86, NJW-RR 1987, 944; Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 29.

37 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 20.

38 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 46.

39 BGH, Urt. v. 1.4.1992 – IV ZR 154/91, NJW 1992, 2818, 2819.

40 Erman/*D. Fischer*, § 652 Rn. 20; *R. Koch*, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, S. 39; *Hamm*, Maklerrecht, Rn. 1078, dort auch die weitere Bezeichnung „an die Hand gegeben“.

41 BGH, Urt. v. 5.4.1978 – IV ZR 160/75, WM 1978, 791, 792; Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 20; Erman/*D. Fischer*, § 652 Rn. 21; Soergel/*Engel*, § 652 Rn. 168; *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 149. Zu den hierbei zulässigen AGB-Verlängerungs- und Kündigungsklauseln Kap. VIII Rn. 8–15.

42 BGH, Urt. v. 9.11.1966 – VIII ZR 170/64, NJW 1967, 198, 199; Erman/*D. Fischer*, § 652 Rn. 25.

43 OLG Hamm, Urt. v. 7.1.2021 – 18 U 109/18, NJW-RR 2021, 441.

handschriftliche Daten (1.5.2015–31.12.2015) gehandelt habe, die offensichtlich auf die konkrete Vertragssituation zugeschnitten gewesen seien. Demgegenüber wurde eine im Formularvertrag enthaltene *Verweisungsklausel*, wonach der Kunde sämtliche Kaufinteressenten an den Makler zu verweisen habe (qualifizierter Alleinauftrag), in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Judikatur[44] und dem Schrifttum[45] als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB qualifiziert. Gleiches gilt für eine *Provisions-Ersatzklausel* im Falle des eigenhändigen Verkaufs. Das OLG hebt hervor, dass das Klauselverbot auch im unternehmerischen Rechtsverkehr zu beachten ist. Die streitentscheidende dreimonatige *Verlängerungsklausel* wurde unter Bezug auf die höchstrichterliche Judikatur[46] zur AGB-Tauglichkeit des Alleinauftrag für zulässig erachtet. Von maßgeblicher Bedeutung ist die anschließende Aussage des OLG Hamm, dass die Unwirksamkeit der Verweisungsklausel nicht in jedem Fall eine im allgemeinen Zusammenhang geregelte Verlängerungsklausel „infiziere".[47] Dies führt in casu dazu, dass der AGB-widrige *qualifizierte Alleinauftrag* in einen AGB-konformen *einfachen Alleinauftrag* transformiert werden kann und demnach der Provisionsanspruch aufrechterhalten bleibt.[48]

b) Qualifizierter Alleinauftrag

15 Von einem *qualifizierten Alleinauftrag* wird gesprochen, wenn der Kunde zusätzlich verpflichtet ist, jeden Interessenten, der sich unmittelbar an ihn wendet, an den alleinbeauftragten Makler zu verweisen.[49] Er bedeutet eine erhebliche Stärkung der Rechtsstellung des Maklers und kann deshalb nur durch eine Individualabrede wirksam vereinbart werden.[50] Diese Verpflichtung kann individualvertraglich durch eine Provisionsklausel gesichert werden, wonach der Auftraggeber bei Abschluss eines Hauptvertrages ohne Zu-

44 Zuletzt BGH, Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90, NJW 1991, 1679.

45 Grüneberg/*Retzlaff*, § 652 Rn. 83; Erman/*D. Fischer*, § 652 Rn. 22.

46 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 Rn. 40 ff.; zu den danach maßgeblichen Bewertungskriterien vgl. Kap. VIII Rn. 11 ff.

47 OLG Hamm, Urt. v. 7.1.2021 – 18 U 109/18, NJW-RR 2021, 441.

48 *D. Fischer*, NJW 2021, 3294 Rn. 5.

49 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.5.2011 – 19 U 18/11, ZIP 2011, 1929; OLG Hamm, Urt. v. 7.1.2021 – 18 U 109/18, NJW-RR 2021, 441.

50 BGH, Urt. v. 8.5.1973 – IV ZR 158/71, BGHZ 60, 377, 379 ff.; Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90, NJW 1991, 1678, 1679; Urt. v. 13.6.1996 – III ZR 40/96, NJW-RR 1996, 1276, 1277; KG, Beschl. v. 14.4.2021 – 10 W 22/21, BeckRS 2021, 47688; *D. Fischer*, WM 2020, Sonderbeilage Nr. 1, S. 9; *Pauly*, MDR 2021, 401, 402.

ziehung des Maklers die vereinbarte Provision zu zahlen hat.[51] Eine Regelung als AGB-Klausel ist dagegen unwirksam.[52] Für die Annahme eines qualifizierten Alleinauftrags reicht allein die Vereinbarung einer „Ausschließlichkeit zum Vertrieb" nicht aus.[53] Der qualifizierte Alleinauftrag wird auch als *erweiterter Alleinauftrag* bezeichnet.[54]

16 Die Unterschiede zwischen den Begriffen Alleinauftrag und qualifizierter Alleinauftrag sind mitunter Zeugen und auch Prozessbeteiligten nicht hinreichend bekannt. Bei Beweisaufnahmen hinsichtlich des Inhalts eines vereinbarten Maklerauftrages ist hierauf besonders zu achten; dies kann gegebenenfalls auch zur Notwendigkeit einer Wiederholung der Beweisaufnahme in zweiter Instanz führen.[55]

6. Abgrenzung zwischen Maklervertrag und Anwaltsvertrag

17 Nicht selten ist im Rechtsalltag festzustellen, dass ein Rechtsanwalt auch eine Maklertätigkeit vornimmt. Dies gilt insbesondere für den Finanzierungs- und Immobilienbereich.[56] Zur Abgrenzung zwischen den beiden Vertragstypen ist darauf abzustellen, ob der Anwalt im Rahmen der zu erbringenden Maklerleistungen seinem Auftraggeber rechtlichen Rat von nicht völlig unerheblicher Bedeutung zu Teil werden lassen soll.[57] Die Einordnung eines Vertrages als Anwalts- oder Maklervertrag unterliegt nicht der privat-

---

51 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.5.2011 – 19 U 18/11, ZIP 2011, 1929.

52 BGH, Urt. v. 28.1.1987 – IVa ZR 173/85; BGHZ 99, 374, 377; Urt. v. 27.3.1991 – IV ZR 90/90, NJW 1991, 1678, 1679; KG, Beschl. v. 14.4.2021 – 10 W 22/21, BeckRS 2021, 47688; LG Lüneburg, Urt. v. 30.11.2010 – 9 O 190/10, ZMR 2011, 307.

53 LG Dortmund, Urt. v. 18.11.2009 – 2 O 103/09, NJW-RR 2010, 1357.

54 *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 150; *R. Koch*, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, S. 42.

55 Vgl. BGH, Urt. v. 26.1.1994 – IV ZR 39/93, NJW-RR 1994, 511. Wird im Maklerprovisionsprozess die Aussage eines erstinstanzlich vernommenen Zeugen vom Berufungsgericht anders gewürdigt, so muss der Zeuge erneut vernommen werden, BGH, Beschl. v. 30.11.2011 – III ZR 165/11, GuT 2012, 486, 487.

56 *D. Fischer*, NJW 2016, 3220; vgl. auch *Kittner*, GWR 2021, 253.

57 BGH, Urt. v. 16.9.1971 – VII ZR 312/69, BGHZ 57, 53, 55; Urt. v. 5.4.1976 – III ZR 79/74, WM 1976, 1135, 1136; Urt. v. 16.2.1977 – IV ZR 55/75, WM 1977, 551, 552; Urt. v. 10.6.1985 – III ZR 73/84, NJW 1985, 2642; Urt. v. 31.10.1991 – IX ZR 303/90, NJW 1992, 681, 682.

autonomen Vereinbarung; auf die Rechtsvorstellungen der Vertragsparteien kommt es nicht an.[58] Es herrscht *Typenzwang*.[59]

a) Anwaltsdienstvertrag

18 Ist der einem Rechtsanwalt erteilte Vermittlungsauftrag in nicht unwesentlichem Umfang rechtsberatender Natur, stellt sich der zwischen ihm und seinem Auftraggeber abgeschlossene Vertrag in seiner Gesamtheit als Anwaltsdienstvertrag (§§ 611, 675 BGB) dar, welcher die Maklertätigkeit mitumfasst.[60] Etwas anderes gilt nur dann, wenn die rechtsberatende Tätigkeit völlig in den Hintergrund tritt und keine oder nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt.[61] Der bloße Hinweis darauf, der Anwalt werde nicht als solcher, sondern als Makler tätig werden, genügt für die Herauslösung eines solchen Geschäfts aus der allgemeinen Anwaltstätigkeit nicht.[62] Rechtsberatende Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem Vermittlungs- oder Nachweisauftrag können Verhandlungen mit Verwaltungsbehörden,[63] Überprüfen von Vertragsentwürfen[64] oder Beendigung bestehender Verträge, um einen neuen Hauptvertrag abschließen zu können,[65] sein.[66]

19 Im Zweifel ist, sofern nicht deutliche und zwingende Gründe entgegenstehen, davon auszugehen, dass die Partei, die anstelle eines Maklers einen Rechtsanwalt mit der Vermittlung eines (Kauf- oder) Darlehensgeschäfts beauftragt hat, ihn in eben dieser Eigenschaft zuzieht, mithin von ihm erwartet, dass er bei seinem Tätigwerden insbesondere auch ihre rechtlichen Interes-

---

58 BGH, Urt. v. 5.4.1976 – III ZR 79/74, WM 1976, 1135, 1136; Urt. v. 16.2.1977 – IV ZR 55/75, WM 1977, 551, 552; v. 10.6.1985 – III ZR 73/84, NJW 1985, 2642; MünchKomm-BGB/*Althammer*, § 652 Rn. 35; *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 49; *D. Fischer*, NJW 2016, 3220, 3222.

59 *Hamm*, Maklerrecht, Rn. 210; Staudinger/*Arnold*, Vorbem. zu §§ 652 ff. Rn. 56; *D. Fischer*, NJW 2016, 3220, 3222.

60 BGH, Urt. v. 10.6.1985 – III ZR 73/84, NJW 1985, 2642.

61 BGH, Urt. v. 10.6.1985 – III ZR 73/84, NJW 1985, 2642; Beschl. v. 30.6.1988 – III ZR 145/86, BGHR BGB § 652 I Maklervertrag 1; Urt. v. 31.10.1991 – IX ZR 303/90, NJW 1992, 681, 682; MünchKomm-BGB/*Althammer*, § 652 Rn. 35; *Thode*, WM 1989, Sonderbeilage Nr. 6, S. 6.

62 BGH, Urt. v. 13.6.1996 – III ZR 113/95, BGHZ 133, 90, 95 = NJW 1996, 2499.

63 BGH, Urt. v. 5.4.1976 – III ZR 79/74, WM 1976, 1135, 1136; Urt. v. 16.2.1977 – IV ZR 55/75, WM 1977, 551, 552; Urt. v. 10.6.1985 – III ZR 73/84, NJW 1985, 2642.

64 BGH, Urt. v. 16.2.1977 – IV ZR 55/75, WM 1977, 551.

65 BGH, Urt. v. 5.4.1976 – III ZR 79/74, WM 1976, 1135, 1136 (Kiesgrubenpachtvertrag).

66 *E. Wolf*, WM 1978, 1282.