

Immobilien Jahrbuch 2006

Freistellen statt Teilen – ein neuer Trend

Rechtsanwalt und Notar Uwe Bethge, Hannover

Immer häufiger verlangen Kauf- oder Mietinteressenten, dass die von ihnen beauftragten Makler sie von Ansprüchen anderer Vermittler freistellen. Der Kunde möchte erreichen, dass er nur 1 x Provision bezahlen muss, auch wenn das Objekt von mehreren Maklern angeboten wird. Ähnlich ist es, wenn sich mehrere Makler zu einem Gemeinschaftsgeschäft zusammenschließen. Die Freistellung setzt sich jedoch als neuer Trend in der maklerrechtlichen Praxis immer mehr durch.

Viele Makler – ein Problem?

Wenn mehrere Makler an einem Objekt „dran“ sind (oder es jedenfalls behaupten), müssen Kauf- oder Mietinteressenten befürchten, mehrfach provisionspflichtig zu werden. Ob alle beteiligten Vermittler tatsächlich Honoraransprüche haben, ist dabei nicht entscheidend; die bloße Androhung, eine Provisionsrechnung zu schicken, verunsichert den potentiellen Käufer oder Mieter bereits. Immobilienanbieter können die dadurch entstehenden Vermarktungsschwierigkeiten im Vorfeld begrenzen, indem sie einen qualifizierten Alleinauftrag abschließen. Damit lassen sich jedenfalls unerwünschte Aktivitäten nicht legitimierter Makler unterbinden, weil der Eigentümer und der von ihm beauftragte Vermittler notfalls gerichtlich Unterlassung verlangen und Schadenersatzansprüche geltend machen können. Nicht immer sind jedoch Verkäufer/Vermieter bereit, sich in dieser Weise an einen Makler zu binden. Denn der Glaube ist weit verbreitet, eine Immobilie allein besser vermarkten zu können. Oder in der Beauftragung mehrerer Makler werden sogar Optimierungschancen vermutet. Jedenfalls nehmen in einem rechtlichen Umfeld, welches Nachweis- und Vermittlungsmakler in Bezug auf den Provisionsanspruch immer noch gleichstellt, die Fälle zu, in denen ein Interessent gleichzeitig oder nach einander mit mehreren gleichen Angeboten konfrontiert wird.

Gemeinschaftsgeschäfte bieten unsichere Rechtsgrundlage

Eigentümer und Makler eint dann das Ziel, den Kunden zum Abschluss zu bringen, was natürlich nur geht, wenn dieser keine doppelte Courtagepflicht hat oder fürchten muss. Seit eh und je führt diese Situation zur Vereinbarung von Gemeinschaftsgeschäften. Dabei wird mit dem gemeinsamen Kunden die Zahlung einer Provision vereinbart, die sich beide Makler anschließend teilen. Nachteilig wirkt sich hierbei allerdings aus, dass es keine gesetzlichen Regeln für das Verhältnis der Makler untereinander gibt und somit Unsicherheiten über die gegenseitigen Rechte und Pflichten entstehen können. Man nehme nur allein die Frage, ob ein Makler ohne Rücksprache mit dem anderen berechtigt ist, die Provisionshöhe abweichend vom ursprünglichen Angebot zu verändern. Zwar stellt der IVD Musterevereinbarungen für Gemeinschaftsgeschäfte zur Verfügung; diese gelten jedoch nur, wenn sie ausdrücklich vereinbart sind. Oft steht auch die Befürchtung im Raum, dass der Geschäftspartner mit dem gemeinsamen Kunden anschließend weitere Abschlüsse tätigt, die man selbst gern realisiert hätte. Gemeinschaftsgeschäfte bleiben somit überwiegend den Fällen vorbehalten, in denen zwei mit einander vertraute Vermitt-

ler eine Immobilie von vornherein gemeinsam vermarkten wollen, weil der eine Kontakt zum Eigentümer, der andere zu potentiellen Interessenten hat. Zur Abwehr unerwünschter Courtageforderungen ist diese Form der Zusammenarbeit von Maklern weniger geeignet.

Die Interessenlage von Makler und Kunde ist identisch – Ein Beispielfall

Makler und ihre Kunden haben gleichgerichtete Interessen. Des Einen Ziel ist der Abschluß, um einen Provisionsanspruch zu realisieren. Der Andere möchte den angebotenen Kauf- oder Mietvertrag gern „über seinen Makler“ abschließen, dabei aber eine doppelte Provisionspflicht vermeiden. Nehmen wir eine typische Situation: Makler 1 bietet Kaufinteressent A per Exposé ein Wohn- und Geschäftshaus für 1 Million Euro an. A hakt das Objekt sofort als zu teuer ab. Es vergeht 1 Jahr erfolgloser Tätigkeit von Makler 1. Schließlich schaltet der Eigentümer E Makler 2 ein, der A die Immobilie nunmehr für 700.000,00 EUR offerieren kann. A ist jetzt interessiert, fürchtet aber, auch Makler 1 bezahlen zu müssen. Soll A sich nicht aus Verunsicherung doch an Makler 1 wenden oder ganz von dem Geschäft Abstand nehmen, ist eine sorgfältige Analyse der rechtlichen Situation angezeigt. Im Ergebnis könnte Makler 2 den A von Provisionsansprüchen des Maklers 1 freistellen, um A das Risiko doppelter Provisionsverpflichtung zu nehmen.

Wie funktioniert die Freistellung?

Mit einer Freistellungsvereinbarung verpflichtet sich Makler 2, A eine Courtage zu erstatten, die dieser an Makler 1 zahlen muss. Das macht natürlich nur Sinn, wenn das Risiko, auf diese Weise in Anspruch genommen zu werden, für Makler 2 möglichst gering ist. Deshalb ist intensiv zu prüfen, ob Makler 1 einen Provisionsanspruch hat, falls es zum Vertragsschluss zwischen A und E kommt. Zunächst ist durch Nachfrage bei A vollständig aufzuklären, was sich zwischen ihm und Makler 1 im Einzelnen ereignet hat und sie ggfls. mit einander vereinbart haben. Da es häufig um beträchtliche Provisionsbeträge geht, ist es allgemeine Praxis, mit dieser Prüfung von Sachverhalt und Rechtslage erfahrene Immobilienanwälte einzuschalten. Diese kennen die Besonderheiten des Maklerrechts und können ihren Mandanten eine rechtlich zuverlässige Prognose geben.

Die Prüfung eines Provisionsanspruchs von Makler 1 wird häufig ergeben, dass dieser sein Exposé mit dem Kaufangebot unaufgefordert an A übersandt und A diese Offerte mangels Interesse schlicht abgelegt hat. Dann scheidet ein Provisionsanspruch bereits am fehlenden Maklervertrag. Trotzdem ist in der Praxis überraschend häufig die Vorstellung beider Seiten, Makler und Auftraggeber, zu beobachten, das bloße Übersenden eines Exposés führe bereits zur Provisionspflicht. Nach der Rechtsprechung reicht aber nicht einmal das bloße Ausnutzen eines Maklerangebotes durch Abschluß des Hauptvertrages. Das hat der Bundesgerichtshof im vergangenen Jahr erneut betont (Urteil vom 22. September 2005 – III ZR 45/05). Es muß also mindestens ein stillschweigender Maklervertrag vorliegen, etwa indem A in Folge eines von Makler 1 ausgehenden eindeutigen Provisionsverlangens weitere Maklerleistungen in Anspruch nimmt, z.B. einen Besichtigungstermin vereinbart, im Beisein des Maklers mit den Verkäufern verhandelt, sich weitere Objektangaben machen läßt oder Unterlagen beim Makler anfordert. Zwar könnte auch ein genereller Suchauftrag an Makler 1 vorliegen, wenn A diesen gebeten hatte, ihm entsprechend einem vorgegebenen Raster bestimmte Objekte nachzuweisen. Wie der BGH gerade mit dem vorstehenden Urteil herausgearbeitet hat, reicht es für die Annahme eines solchen Auftrages jedoch nicht, wenn lediglich Objekte aus dem Bestand des Maklers nachgefragt werden. Ist ein Maklervertrag zu bejahen, sind die weiteren drei Provisionsvoraussetzungen zu prüfen, nämlich das Vorliegen eines Hauptvertrages, eine ausreichende Nachweis- oder Vermittlungsleistung und die Kausalität derselben.

Ein vollständiger Nachweis von Makler 1 scheidet in vielen Fällen bereits daran, dass dieser nur ein Exposé mit Objektadresse ohne Name und Anschrift des Eigentümers übersandt hat. Diese Angaben verlangt die Rechtsprechung jedoch (BGH, Urteil vom 15. Juni 1988 - IV a ZR 170/87); andernfalls ist der Nachweis unvollständig und eine Courtage nicht verdient. Nur ausnahmsweise ist die Benennung des Eigentümers mit Name und Anschrift entbehrlich, z.B. wenn es dem Auftraggeber zunächst nicht auf die Person des Eigentümers ankommt und er später in treuwidriger Weise „am Makler vorbei“ abschließt (OLG Frankfurt, Urteil vom 23. November 1999 - 5 U 21/99) oder die Anschrift des Eigentümers mit der örtlichen Bezeichnung des Grundstücks übereinstimmt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Mai 1996 – 7 U 136/95).

Ersatzweise kann Makler 1 eine Provision trotz fehlendem Nachweis auf Grund einer bereits erfolgten Vermittlungsleistung verdient haben. „Vermittlung“ im engen (rechtlichen) Sinne ist zu bejahen, wenn er – wie auch immer – auf E mit dem Ziel des Vertragsabschlusses mit A eingewirkt hat. Nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts (OLG Hamburg, Urteil vom 17. Mai 2002 – 9 U 39/01) reicht es bereits, wenn der Makler mit einer gewissen Nachhaltigkeit empfiehlt, gerade mit seinem Auftraggeber zu kontrahieren, z.B. wegen dessen guter Bonität. Dass der Makler Besichtigungstermine organisiert, an Besprechungen teilnimmt oder Unterlagen und Informationen übergibt, wird jedoch nicht als Vermittlungsleistung anerkannt.

Die nächste Frage ist, ob ein Hauptvertrag zustande gekommen ist. Vordergründig wäre diese Frage nach Abschluß eines Kaufvertrages zwischen A und E mit Ja zu beantworten. Wie die Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 16. September 1999 = III ZR 77/98) zeigt, setzt der Provisionsanspruch nach § 652 BGB jedoch das Zustandekommen gerade desjenigen Hauptvertrages voraus, mit dessen Herbeiführung der Makler beauftragt war; der Abschluß eines Vertrages mit anderem Inhalt ist nicht provisionspflichtig. Da bei erheblichen Preisunterschieden nur Verhandlungserfolge des Maklers oder der Hauptvertragspartner provisionsunschädlich sind (BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 = III ZR 191/98), würde im Beispielsfall ein Provisionsanspruch von Makler 1 schon daran scheitern, daß A mit dem Abschluß eines Kaufvertrages für 700.000,00 EUR eine wirtschaftlich nicht mit dessen Nachweis identische Vertragsgelegenheit wahrnimmt.

Ist die Tätigkeit von Makler 1 kausal für den Abschluß des Mietvertrages? Diese letzte Frage ist regelmäßig am schwierigsten zu beantworten. Hat A sein Interesse laufend aufrecht erhalten, spricht auch ein Zeitablauf von mehreren Jahren nicht gegen die Kausalität der Maklertätigkeit (OLG Bamberg, Urteil vom 30. Mai 1985 – 1 U 13/84). Andererseits können sehr kurze Fristen die Ursächlichkeit ausschließen, etwa weil die Kaufvertragsverhandlungen zwischendurch zunächst endgültig gescheitert waren und die Kausalität dadurch unterbrochen wurde. Entscheidend kommt es darauf an, ob der Nachweis des Maklers bei Aufnahme der letztlich erfolgreichen neuen Verhandlungen noch fortwirkt. Nach Auffassung des BGH (Urteil vom 25. Februar 1999 = III ZR 191/98) ist das regelmäßig nur dann nicht der Fall, wenn der Eigentümer seine Verkaufsabsicht zeitweilig gänzlich aufgegeben hatte.

Im dargestellten Fall ergibt sich nach Prüfung, dass ein Provisionsanspruch nach § 652 BGB zugunsten Makler 1 wohl nicht gegeben ist. Denn die bloße Exposéübersendung begründet noch keinen Maklervertrag. Für einen vollständigen Nachweis oder gar eine Vermittlungsleistung von Makler 1 ist nichts ersichtlich. Und schließlich weicht auch noch die von Makler 2 angebotene Vertragsgelegenheit von der des Maklers 1 ab. Somit kann A mit Makler 2 unbesorgt einen Maklervertrag und mit E den Kaufvertrag abschließen. Makler 1 wird leer ausgehen. Nicht nur wegen der oftmals schwierig zu durchschauenden, teilweise widersprüchlichen Rechtsprechung, sondern auch aus Unkenntnis der Beteiligten kann es sein, daß A gleichwohl einen Provisionsanspruch von Makler 1 befürchtet. Makler 2 kann jedoch nach rechtlicher Würdigung mit Hilfe seines Anwalts ziemlich sicher sein, dass eine doppelte Provisionspflicht nicht droht. Er kann deshalb guten Gewissens das Restrisiko des A übernehmen und ihn von etwaigen Ansprüchen des

Maklers 1 freistellen. Er fördert hiermit die Abschlußbereitschaft seines Kunden A und erhält seinen Provisionsanspruch.

Die Freistellung bringt weitere positive Zusatzeffekte

Wird A von etwaigen Ansprüchen freigestellt, die Makler 1 geltend machen könnte, hat dies für Makler 2 den zusätzlichen Vorteil, daß er mit A gleichzeitig eine schriftliche Provisionsvereinbarung treffen kann, die ihm die damit verbundenen Vorteile wie z.B. Beweis-erleichterungen bringt.

Läßt man im Beispielsfall den Provisionsanspruch von Makler 1 daran scheitern, dass der Kaufvertrag über 700.000,00 EUR nicht identisch mit seinem ursprünglichen Angebot ist, kann A gegenüber Makler 2 übrigens auch den Vorkenntniseinwand nicht erheben. Denn die für den Provisionsanspruch notwendige Kausalität des Nachweises scheidet zwar aus, wenn dem Auftraggeber im Zeitpunkt des Nachweises die Vertragsgelegenheit bereits bekannt war (BGH, Urteil vom 20. November 1997 = III ZR 57/96). Handelt es sich jedoch beim Nachweis des Maklers 2 um eine neue Vertragsgelegenheit, liegt keine solche Vorkenntnis vor. Andererseits ist selbst dann Vorkenntnis möglich, wenn der Auftraggeber im Zeitpunkt der ersten Kenntniserlangung noch nicht am Abschluß des Hauptvertrages interessiert war (BGH, Urteil vom 16. Mai 1990 = IV ZR 64/89). Deshalb ist es ratsam, den Vorkenntniseinwand in der Vereinbarung zwischen A und Makler 2 ausdrücklich auszuschließen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen verschiedene Makler nicht nacheinander abweichende Vertragsgelegenheiten anbieten, sondern identische. Ein Nachteil ergibt sich daraus, dass solche „Vorkenntnisklauseln“ nur als Individualvereinbarung zulässig sind, also nicht „formulärmäßig“ in einer Freistellungsvereinbarung vorgesehen werden können. Aus Sicht von Makler 2 ist der Verzicht des A, sich auf etwaige Vorkenntnis zu berufen, auch deswegen vorteilhaft, weil A sich dann auch nicht darauf berufen kann, dass ihm die Vertragsgelegenheit vor dem Nachweis durch Makler 2 bereits von anderen, nicht der Freistellung unterliegenden Maklern oder aus eigenen Quellen bekannt war.

Was steht in einer Freistellungsvereinbarung?

Erster und wichtigster Inhalt einer Freistellungsvereinbarung ist die schriftliche Darlegung des Auftraggebers über den im Zusammenhang mit dem möglichen Anspruch des Erstmaklers relevanten Sachverhalt. Der freizustellende Maklerkunde sollte die Richtigkeit der Angaben über sein Verhältnis zu Makler 1 ausdrücklich versichern. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass sie nicht zutreffen, kann dies in der Vereinbarung bereits als auflösende Bedingung für die Freistellung formuliert werden. Sichert A beispielsweise zu, mit Makler 1 keine Provisionsvereinbarung getroffen zu haben, liegt aber vielleicht sogar ein schriftlicher Maklervertrag vor, entfällt die Freistellungsverpflichtung von Makler 2 dann automatisch.

Im nächsten Teil wird die Provisionspflicht des Auftraggebers festgelegt. Hier bietet es sich an, weitere Vereinbarungen über Fälligkeit, Berechnung, Geltung der Makler – AGB u.ä. sowie nochmals Name und Anschrift des Eigentümers zu ergänzen. Auch Regelungen für den Fall abweichender Vertragsbedingungen können die Provision von Makler 2 weiter absichern.

Die eigentliche Freistellungserklärung wird ausdrücklich an die Bedingung geknüpft, dass die Provision tatsächlich vorbehaltlos an den freistellenden Makler 2 gezahlt wird. Üblicherweise erfolgt die Freistellung nur hinsichtlich der Provisionsansprüche eines bestimmten Maklers 1, nicht etwa generell für den Fall, dass irgendwelche Vermittler sich solcher Forderungen berühen. Auch wird sie auf die Höhe der an Makler 2 zu zahlen-

den Courtage begrenzt, mitunter auch unter Einbeziehung etwaiger Kosten für einen Prozeß mit Makler 1.

Für den Fall, dass ein solcher Rechtsstreit tatsächlich geführt werden muss, richtet er sich natürlich nicht direkt gegen den freistellenden Makler sondern stets gegen A. Weil dieser aber letztlich nicht der Zahlungspflichtige ist, sollte sich Makler 2 von A unbedingt das Recht zur Einflußnahme auf die Prozeßführung (Anwaltsauswahl, Anträge, Rechtsmittel etc.) zusichern lassen. Unter Umständen könnte es sich noch anbieten, beide Seiten zur Verschwiegenheit zu verpflichten, damit Makler 1 nicht erst aufgrund dieser Vereinbarung auf seinen möglichen Provisionsanspruch aufmerksam gemacht wird.

Beispiel einer Provisions- und Freistellungsvereinbarung:

- 1. A beabsichtigt, das Wohn- und Geschäftshaus B-Gasse 5 in Z-Stadt zu einem Preis von 700.000,00 EUR zu erwerben. Dieses Objekt ist A bereits durch die Maklerfirma X angeboten worden; dieses Angebot erfolgte zu einem Kaufpreis von 1.000.000,00 EUR durch Übersendung eines Exposés der Fa. X am 15. Juli 2005. Damals hatte A wegen des hohen Kaufpreises kein Interesse am Erwerb und nahm deshalb keinen Kontakt mit Fa. X auf. Fa. X war weder ein genereller Suchauftrag erteilt worden noch ist auf Grundlage des Angebots vom 15. Juli 2005 ein mündlicher oder schriftlicher Maklervertrag abgeschlossen worden. Auch zu Objektbesichtigungen oder Gesprächen bzw. Verhandlungen mit dem – von Fa. X nicht benannten - Eigentümer des Objekts kam es im Anschluß an die Zusendung des o.g. Exposés nicht. A interessierte sich erstmals für die Vertragsgelegenheit, nachdem ihm M diese am 20. August 2006 erneut anbot.*
- 2. A verpflichtet sich für den Fall des Erwerbs des Wohn- und Geschäftshauses B-Gasse 5 in Z-Stadt, an M eine Provision in Höhe von 4 % des Kaufpreises zzgl. 16 % MwSt. zu zahlen. Der Provisionsanspruch ist verdient und fällig bei Abschluß des Kaufvertrages. A wird sich gegenüber M nicht darauf berufen, daß er bereits Kenntnis von der Vertragsgelegenheit durch ein Exposé der Firma X erlangt hat (Vorkenntniseinwand). Ergänzend gelten für diese Vereinbarung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Maklers M.*
- 3. Unter der auflösenden Bedingung, dass die Erklärungen des A unter 1. zutreffend sind und A seine Verpflichtungen gemäß 2. vorbehaltlos erfüllt, stellt M ihn von allen etwaigen Provisionsansprüchen aus Maklervertrag gemäß § 652 BGB frei, die die Maklerfirma X im Zusammenhang mit dem Ankauf des Wohn- und Geschäftshauses B-Gasse 5 in Z-Stadt gegenüber A beansprucht. Die Freistellung beinhaltet auch die Übernahme sämtlicher Prozeß- und Anwaltskosten für den Fall, daß die Maklerfirma X solche Provisionsansprüche gegenüber A gerichtlich durchzusetzen versucht. A verpflichtet sich jedoch für diesen Fall, die gesamte Prozeßführung einschließlich der Einschaltung eines Rechtsanwalts, der notwendigen Anträge, Einlegung und Rücknahme von Rechtsmitteln etc. mit M einvernehmlich abzustimmen. Freistellung und Kostenübernahme sind insgesamt begrenzt auf die Höhe der von A an M gem. 2. gezahlten Provision.*