

Ummen / Johns

# IMMOBILIEN

## Jahrbuch 2011

Analysen, Trends, Perspektiven

2006 2007 2008 2009 2010 **2011** 2012

**immonet.de**  
schneller besser wohnen



CRES – Center for **Real Estate** Studies

Steinbeis University Berlin and Deutsche Immobilien-Akademie (DIA)

IVD Service GmbH

## Immobilienmärkte

# BGH's Maklerrecht 2010



E-Mail: [bethge@bethgeundpartner.de](mailto:bethge@bethgeundpartner.de)

Rechtsanwalt und Notar Uwe Bethge, bethgeundpartner /  
immobilienanwälte, Hannover

Hannover. Eingefleischte Maklerrechtfans sagen, 2010 war ein langweiliges Jahr! Zugegeben: die „ganz grossen“ Entscheidungen gab es nicht. Der Dauerbrenner „Maklervertrag“ hatte Feuerpause. An der ewig umkämpften Front um die Identität des Hauptvertrages herrschte Ruhe. Und auch Kämpfe um die Kausalität der Makleraktionen bewegten den Maklersenat in diesem Zeitraum nicht. Gründe, die 2010er BGH - Befunde zu negieren, sind das jedoch nicht. Immerhin hat Karlsruhe die von Herbert Grönemeyer in etwas abgewandelter Form aufgeworfene Frage: „wann ist der Makler ein Makler?“ beantwortet und dabei einen ausreichenden Nachweis von der bloßen Übersendung einer Objektliste abgegrenzt. Ein AGB-freudiger Vermittler scheiterte mit seiner „Reservierungsvereinbarung“, weil Karlsruhe sie wie eine erfolgsunabhängige Provision behandelt. Und dass selbst der Wert der Frage nach einer Innenprovision äußerst relevant sein kann, spürte ein erstaunter Makler dann zu guter Letzt auch noch. Sie dürfen als Leser also gespannt sein.

### **BGH, Urteil vom 15. April 2010 - III ZR 153/09 - Nachweis durch Objektliste**

2010 ging es mit Maklurteilen spät los. Am 15. April musste sich der Maklersenat des BGH mit der Grönemeyer - Frage befassen. Juristisch ging es im Kern darum, ob in der bloßen Übersendung von Objektlisten ein Maklernachweis gesehen werden kann.

Die Kläger verlangten unter Berufung auf das Wohnungsvermittlungsgesetz (WoVermG) Zahlungen zurück, die sie aufgrund eines mit "Immobilien Publikation für courtagefreie Mietobjekte" überschriebenen Vertrages an die Beklagte (eine „Maklerin“?) geleistet hatten. Diese sollte ein persönliches Profil für den gewünschten Wohnraum erstellen und dazu passende Mietangebote übersenden. Das hierfür vereinbarte „Service-Entgelt“ setzte eine weitere Tätigkeit der

Beklagten nicht voraus. Die Kläger zahlten rund 180 €. Dafür erhielten sie Listen mit näher beschriebenen Mietobjekten überwiegend mit Adresse; der jeweilige Vermieter wurde mit Telefonnummer benannt. Den Vermietern bot die Beklagte die kostenlose Möglichkeit, auf diese Weise Mieter zu finden.

Der BGH gab den Klägern Recht. In der Tätigkeit der Beklagten sah der Maklersenat einen Maklernachweis im Sinne des § 652 BGB. Daran lehnt sich die Definition in § 1 WoVermG ausdrücklich an, sodass die Beklagte Makler und das WoVermG anwendbar ist. Ein solcher Nachweis liegt vor, wenn der Auftraggeber aufgrund der Mitteilung des Maklers in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen mit dem potentiellen Vertragspartner über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Unverzichtbare, aber auch ausreichende Voraussetzung ist dabei, dass der Makler seinem Kunden einen möglichen, zum Vertragsschluss bereiten Vertragspartner mit Name und Anschrift zur Kenntnis bringt und damit auf eine konkrete Vertragsgelegenheit hinweist. Demgegenüber handelt es sich um keinen Nachweis, wenn - so das Beispiel des BGH - einem Verkäufer eine Liste von 500 Personen übersandt wird, die er anschreiben muss, um erst zu ermitteln, ob sich darunter ein Kaufinteressent befindet. Bei den den Klägern übergebenen Objektlisten handelt es sich jedoch nicht um eine solche bloße Verschaffung einer Ermittlungsmöglichkeit. Denn sie waren auf das jeweils angegebene individuelle Profil der Kläger zugeschnitten und enthielten ins Einzelne gehende, individuelle Informationen, so die Person des Vermieters, seine Telefonnummer und neben der detaillierten Beschreibung der Räumlichkeiten auch überwiegend die Adresse des jeweiligen Mietobjekts. Anders als bei Informationen aus Tageszeitungen oder vergleichbaren Publikationen sah der BGH in der hier zu beurteilenden Tätigkeit eine Auswahl der Mietobjekte ausdrücklich nach den von dem jeweiligen Interessenten angegebenen Kriterien. Durch diese gezielte Adressenauswahl hat die Beklagte die Wohnungssuchenden in die Lage versetzt, sich selbst mit dem Vermieter in Verbindung zu setzen, und ihnen so zur Anmietung einer Wohnung verholfen.

Nach Einschätzung des Maklersenats könnten die Kläger auch von einer grundsätzlich bestehenden Vertragsbereitschaft der Vermieter ausgehen. Denn diese hatten sich mit einer entsprechenden Absicht an die Beklagten gewandt. Dass die eine oder andere der in den Listen enthaltenen Wohnungen schon vermietet war, führte zu keiner anderen Bewertung. Dies - so Karlsruhe - ist im Rahmen einer Maklertätigkeit grundsätzlich nicht immer zu vermeiden.

Allerdings ordnet der BGH die Zahlungen der Kläger nicht wie das Berufungsgericht als Vorschuss im Sinne des § 2 Abs. 4 WoVermG ein sondern als nach § 3 Abs. 3 Satz 1 WoVermG unzulässiges Entgelt; außer der erfolgsabhängigen Provision dürfen nach dieser Vorschrift keine Nebenvergütungen vereinbart werden. Diese akademische Unterscheidung ist freilich für die beklagte „Maklerin“ im Ergebnis völlig unbedeutend.

Die Definition eines vollständigen Nachweises entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Ein Nachweis setzt nicht mehr - aber auch nicht weniger - als die Benennung einer konkreten Vertragsgelegenheit plus Name und Anschrift des Vermieters (oder Verkäufers) voraus. Diese Informationen können auch in Listen enthalten sein. Ob eine Nachweistätigkeit oder eine andersartige Dienstleistung vorliegt, hängt nämlich nur vom Grad der Individualisierung der

übermittelten Informationen ab. Wenn sie dem Kunden ohne weitere eigene Ermittlungen Verhandlungen mit seinem künftigen Vertragspartner ermöglichen, ist der Informationsbeschaffer Makler. Im konkreten Fall führte dies zur Anwendbarkeit des WoVermG und somit zur unzulässigen Vereinbarung eines - erfolgsunabhängigen - „Service - Entgelts“.

Interessant ist noch, dass der BGH seine Entscheidung vom 09. März 1995 (I ZR 85/94, NJW-RR 1995, 880), zitiert, an der er offenbar festhält. Danach fällt ein Unternehmen, das gegen Entgelt Mietwohnungssuchwünsche an Makler und Hausverwalter sendet und es diesen überlässt, den Wohnungssuchenden ein Angebot zu machen, nicht unter das WoVermG. Überhaupt muss festgehalten werden, dass Vermieter nicht vom Schutzbereich des WoVermG umfasst sind.

### **BGH, Urteil vom 23. September 2010 - III ZR 21/10 Reservierungsentgelt in AGB**

Mit der Vereinbarung eines Reservierungsentgelts in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Wohnungsvermittlers befasste sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 23. September 2010 - III ZR 21/10. Soll der am Erwerb einer Immobilie interessierte Kunde ein Reservierungsentgelt zahlen, ist diese Vertragsklausel unwirksam, wenn das Entgelt auch bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrages beim Vermittler verbleiben soll.

Die mit dem Vertrieb von Eigentumswohnungen beauftragte Baubetreuerin ließ sich von Kaufinteressenten einen "Auftrag zur Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages und Finanzierungsbearbeitung" unterzeichnen, in dem es u.a. hieß:

*„Der Kaufinteressent beauftragt hiermit die ... GmbH, die den Verkaufsinteressenten als Betreuer vertritt, .... c) mit Unterzeichnung dieses Auftrages die Wohnung/das Eigenheim anderweitig nicht mehr anzubieten, sondern sie/es für den Kaufinteressenten reserviert zu halten. Für diese Tätigkeit verpflichtet sich der Kaufinteressent, an die B. B. GmbH einen Betrag von € 1.500,- zu bezahlen. .... Kommt es nicht zum Abschluss des Kaufvertrages, sind € 750,- als Tätigkeitsentgelt für die Reservierung (Verzicht auf weiteres Anbieten) verdient....“*

Zum Kauf kam es nicht. Mit Erfolg verlangten die Interessenten in 1. und 2. Instanz das bereits gezahlte Reservierungsentgelt von 750,00 EUR zurück. Die zugelassene Revision der Baubetreuerin bleibt erfolglos. Der BGH sah die fragliche Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB als unwirksam an. Eine unangemessene und gegen die Gebote von Treu und Glauben verstößende Benachteiligung sei hier anzunehmen, weil die Vermittlerin durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten der Kaufinteressenten durchzusetzen versucht, ohne deren Belange hinreichend zu berücksichtigen. Denn die Klausel solle ihr für den Fall des Scheiterns ihrer Vermittlungsbemühungen gleichwohl eine (erfolgsunabhängige) Vergütung sichern, ohne dass sich aus ihr für den Kunden nennenswerte Vorteile ergäben oder eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen sei.

Das Versprechen der Vermittlerin, die Eigentumswohnung nicht mehr anderweitig anzubieten, lasse das Recht der Eigentümerin unberührt, ihre Verkaufsabsichten

aufzugeben oder das Objekt an Dritte zu veräußern. Der Kunde zahle damit einen nicht ganz unerheblichen Betrag, ohne dafür die Gewähr zu haben, das fragliche Objekt tatsächlich erwerben zu können. Außerdem schränke die Zahlung eines derartigen Entgelts regelmäßig die eigene Dispositionsfreiheit des Kunden ein. Demgegenüber bedeute die Reservierung keine ins Gewicht fallende Verzichtleistung der Vermittlerin. Davon könne allenfalls gesprochen werden, wenn die Zeitdauer der Reservierung so lange wäre, dass die Gefahr, das Eigenheim nicht mehr anderweitig zu dem ins Auge gefassten Kaufpreis veräußern zu können, nennenswert erhöht wäre, was die Bundesrichter hier verneinten.

Die einseitige Berücksichtigung der Vermittler - Interessen werde, so das Gericht weiter, noch dadurch verstärkt, dass der Wortlaut der Regelung auch dann einen Anspruch auf Rückerstattung des Reservierungsentgelts ausschließt, wenn die Kaufinteressenten das Nichtzustandekommen des Vertrages nicht zu vertreten haben.

Karlsruhe unterstreicht mit dieser Entscheidung erneut den fragwürdigen Sinn von Reservierungsvereinbarungen. Einerseits kann der Makler nichts garantieren was er nicht halten kann (z.B., wenn der Verkäufer in die „Reservierung“ nicht eingebunden ist). Andererseits lässt sich - wie gesehen - eine Gegenleistung nicht formularmäßig vereinbaren. Insoweit bleibt der Maklersenat „beinhart“ und beurteilt Klauseln wie die vorliegende genauso wie andere erfolgsunabhängige Provisionen - nämlich als unwirksam. Dabei kam es im vorliegenden Fall nicht einmal darauf an, dass die Baubetreuerin aufgrund ihrer „Verflechtung“ mit der Verkäuferin nicht Makler im Sinne des § 652 BGB sein konnte.

Makler können ein „Reservierungsentgelt“ in ihren AGB nur wirksam vereinbaren, wenn ihm eine tatsächliche Leistung des Vermittlers gegenübersteht und die Interessenabwägung anhand der vom BGH vorgegebenen Kriterien Ausgewogenheit ergibt. Ansonsten muss der Vermittler den steinigten Weg einer Individualvereinbarung beschreiten.

### **BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - III ZB 28/10 Auskunftswert**

Die Forderung an den Makler, über eine sog. „Innenprovision“ Auskunft zu verlangen, war Gegenstand der letzten Entscheidung des Jahres. Allerdings bestätigte der Maklersenat nur auf den ersten Blick ein amtsgerichtliches Urteil, wonach ein Käufer vom Makler Auskunft über die Höhe der vom Verkäufer gezahlten Provision verlangen kann. Auf den zweiten Blick war nur der Wert eines solchen Auskunftsverlangens Gegenstand des Richterspruchs.

Die Käufer einer Eigentumswohnung verlangten vom Makler Auskunft über die von der Verkäuferin gezahlte (Innen-)provision. Das Amtsgericht gab der Klage statt. Dagegen wandte sich der Makler. Das von ihm angerufene Landgericht befasste sich mit der eigentlichen Frage (Auskunftspflicht ja oder nein?) nicht.

Es zog sich mit dem formalen Argument aus der Affäre, die Berufung sei unzulässig, weil der notwendige Wert von 600,00 EUR nicht überschritten sei. Das wiederum brachte den Makler auf die Palme und zum Bundesgerichtshof. Der Maklersenat gab jedoch seinen Beruf(ung)skollegen Recht und verneinte einen höheren

Beschwerdewert. Pech für den Makler, der dem Käufer nun die Höhe der Innenprovision mitzuteilen hatte.

Bei der Festsetzung des Beschwerdewertes sei, so der BGH, im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen Aufwand an Zeit und Kosten die Erteilung der Auskunft erfordere und ob ein schützenswertes Interesse daran bestehe, bestimmte Tatsachen geheim zu halten. Beides verneinten die Karlsruher Richter. Der Zeitaufwand gehe nicht über zwei Stunden hinaus. Auch die Kosten für eine Fachberatung zum Gegenstand des Auskunftsanspruchs seien nicht ansetzbar. Die Gefahr, dass die Käufer die Auskunft über die Provision missbräuchlich verwenden und somit schützenswerte Interessen des Maklers gefährden könnten, sah der BGH ebenfalls nicht. Insbesondere sei eine solche Gefahr nicht darin begründet, dass auch eine andere Wohnungskäuferin in demselben Objekt Auskunft verlangte. Denn beide Erwerber hätten lediglich das Interesse, die Werthaltigkeit des Kaufobjekts näher zu prüfen und daran die Leistung des Maklers zu messen. Karlsruhe sah auch keinen Anlass, wegen einer vermeintlichen Rufschädigung des Maklers den Beschwerdewert zu erhöhen. Das Gericht anerkannte zwar die Verschwiegenheitspflicht des Maklers gegenüber der Verkäuferin; es sah die Kooperation jedoch dann nicht gefährdet, wenn der Makler lediglich einer ihm gerichtlich auferlegten Offenbarungspflicht nachkommt.

Hervorzuheben ist, dass es in diesem Beschluss nicht um die Begründetheit des Auskunftsverlangens ging, sondern nur um dessen Wert. Da dieser nicht über 600,00 EUR lag, konnte der Makler das Urteil des Amtsgerichts inhaltlich nicht überprüfen lassen. Das ist vorliegend besonders schmerzlich, weil der Verkäufer offenbar ein erhebliches Interesse daran hat, die im Kaufpreis einkalkulierten Provisionen nicht bekannt werden zu lassen. Hinsichtlich des Wertansatzes wird sich die Praxis darauf einstellen müssen, dass für eine Auskunft im Regelfall ein Wert unter 600,00 EUR anzusetzen ist. Es muss dem Makler daher schon in der ersten Instanz gelingen, den Auskunftsanspruch abzuwehren. Hierzu dient am ehesten eine individuelle Vereinbarung über Art und Umfang der geschuldeten Auskünfte.