

# Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers

Maklerrecht für Praktiker

Bearbeitet von  
Rolf Koch

2., überarbeitete Auflage 2014. Buch. 268 S. Gebunden  
ISBN 978 3 415 05128 7

[Wirtschaft > Wirtschaftssektoren & Branchen: Allgemeines > Immobilienwirtschaft](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Teil 2

# Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers

### 1. Voraussetzungen des Provisionsanspruchs

Die Grundlage für den Provisionsanspruch des Immobilienmaklers ist der **Maklervertrag**. Die für die Entstehung des Provisionsanspruchs relevante Vorschrift des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB lautet wie folgt:

„Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt.“

Somit ergeben sich aus § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB folgende fünf Voraussetzungen für das Entstehen eines Provisionsanspruchs des Immobilienmaklers:

- Das Bestehen eines wirksamen Maklervertrages zwischen dem Immobilienmakler und seinem Maklerkunden
- Das Erbringen der im Maklervertrag vereinbarten Leistung durch den Makler (Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit)
- Das wirksame Zustandekommen des beabsichtigten Hauptvertrages zwischen dem Maklerkunden des Immobilienmaklers und einem Dritten
- Das Bestehen eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Maklerleistung und dem Abschluss des Hauptvertrages
- Die Kenntnis des Maklerkunden von der Tätigkeit des Immobilienmaklers (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal)

#### 1.1 Der Maklervertrag

Mit dem Abschluss eines Maklervertrages verpflichtet sich der Maklerkunde für den Fall, dass als Folge der vereinbarten Tätigkeit des Immobilienmaklers der beabsichtigte Hauptvertrag zustande kommt, zur Zahlung der vereinbarten Maklerprovision.

Dabei ist die Provisionszahlungspflicht ein fundamentaler Bestandteil des Maklervertrages. Dies schließt nicht aus, dass der Immobilienmakler mit einem seiner Kunden eine unentgeltliche Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit vereinbart. Dies ist beispielsweise in Form eines unentgelt-

lichen Auftrages denkbar. Dabei handelt es sich aber um keinen Maklervertrag.

Häufig wird der Maklervertrag auch als Makler„auftrag“ bezeichnet. Daraus darf nicht der Schluss gezogen werden, dass es sich hierbei um einen „Auftrag“ im Sinne der Vorschriften des BGB nach den §§ 662 ff. BGB und damit um eine unentgeltliche Tätigkeit des Maklers handelt. Vielmehr handelt es sich dabei um eine umgangssprachliche Ungenauigkeit, wobei der Makler„auftrag“ mit dem Makler„vertrag“ identisch ist.

Nach den gesetzgeberischen Vorstellungen ist der Charakter des Maklervertrages von den beiden folgenden **Grundprinzipien** geprägt:

- Der Maklerkunde bleibt trotz eines wirksam abgeschlossenen Maklervertrages in seiner Entscheidung, ob er einen Hauptvertrag abschließt, frei. Dabei kann der Maklerkunde auch frei entscheiden, ob er den Hauptvertrag mit dem von dem Immobilienmakler vermittelten oder nachgewiesenen Interessenten abschließt. Hierbei ist der Maklerkunde auch nicht verpflichtet, auf das Interesse des Immobilienmaklers dahingehend, dass dieser nur beim Abschluss eines Hauptvertrages eine Provision erhält, Rücksicht zu nehmen. Dies geht so weit, dass der Maklerkunde auch ohne die Angabe von Gründen den Abschluss eines als Folge der Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des Immobilienmaklers möglichen Hauptvertrages ablehnen kann.
- Der Immobilienmakler erhält die Provision nur, wenn als Folge seiner Tätigkeit ein Hauptvertrag zustande kommt.

Soweit die Vertragsparteien des Maklervertrages von diesen beiden Grundprinzipien abweichen wollen, ist dies nur durch individualvertragliche Vereinbarungen möglich<sup>17</sup>.

Die wichtigsten **Arten** der Maklerverträge sind der **einfache Maklervertrag** und der **Alleinauftrag**.

### 1.1.1 Einfacher Maklervertrag

Im Gegensatz zu den meisten schuldrechtlichen Verträgen, bei denen gegenseitige Verpflichtungen entstehen, handelt es sich beim **einfachen Maklervertrag** um einen einseitig verpflichtenden Vertrag besonderer Art<sup>18</sup>. Bei einem solchen einseitig verpflichtenden Vertrag wird trotz der zweiseitigen Bindung der Vertragsparteien nur von einer Partei eine Verpflichtung übernommen<sup>19</sup>. Diese Verpflichtung besteht beim Maklervertrag in der Verpflichtung des Maklerkunden, an den Immobilienmakler beim Vorliegen der für das Entstehen eines Provisionsanspruchs erforderlichen Voraussetzungen eine Maklerprovision zu zahlen<sup>20</sup>.

Dabei ist der Immobilienmakler beim einfachen Maklervertrag während dessen Laufzeit nicht zum Tätigwerden verpflichtet. Gleichzeitig ist der Maklerkunde nicht verpflichtet, den von dem Immobilienmakler vermittelten oder nachgewiesenen Hauptvertrag abzuschließen.

Soweit eine bestimmte Bindungszeit nicht vereinbart wurde, kann der einfache Maklervertrag jederzeit mit sofortiger Wirkung gekündigt werden<sup>21</sup>.

Allerdings entstehen mit dem Abschluss eines Maklervertrages sowohl für den Maklerkunden als auch für den zu einem Tätigwerden nicht verpflichteten Immobilienmakler so genannte Treuepflichten, auf die noch genauer eingegangen wird.

### 1.1.2 Alleinauftrag

Beim einfachen Maklervertrag kann der Maklerkunde auch nach der Beauftragung des Immobilienmaklers weitere Immobilienmakler beauftragen und sich selbst um das Zustandekommen eines Hauptvertrages bemühen. Dem kann der Immobilienmakler dadurch entgegenreten, dass er seinen Maklerkunden durch einen **Alleinauftrag** stärker an sich bindet.

Die rechtliche Einordnung des Alleinauftrages ist strittig. Teilweise wird davon ausgegangen, es handele sich um einen in der Praxis entwickelten und von der Rechtsprechung anerkannten Vertragstyp eigener Art<sup>22</sup>. Weiter wird die Ansicht vertreten, der Alleinauftrag sei ein Maklervertrag im Sinne des § 652 BGB, bei dem lediglich die Besonderheit einer von der gesetzlichen Regel abweichenden Nebenbestimmung in Form der besonderen Bindung des Maklerkunden bestehe<sup>23</sup>. Schließlich wird davon ausgegangen, dass es sich beim Alleinauftrag um einen Maklerdienstvertrag handelt<sup>24</sup>. Auf diesen sollen die Vorschriften des Maklerrechts insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus dem Wesen des Alleinauftrages etwas Anderes ergibt<sup>25</sup>. Aufgrund der im Folgenden noch genauer einzugehenden Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers ist dieser zuletzt genannten Ansicht der Vorzug zu geben.

In der Praxis hat sich der Alleinauftrag zum wichtigsten Maklervertragstyp entwickelt.

Der Alleinauftrag wird teilweise auch als **Festauftrag** oder **Alleinverkaufsrecht** bezeichnet. Unabhängig von der genauen Bezeichnung ist erforderlichenfalls durch eine Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien tatsächlich einen Alleinauftrag vereinbaren wollten<sup>26</sup>.

### 1.1.2.1 Arten des Alleinauftrages

Beim Alleinauftrag ist zwischen dem einfachen Alleinauftrag und dem qualifizierten (erweiterten) Alleinauftrag zu unterscheiden.

Bei der Vereinbarung eines **einfachen Alleinauftrages** verpflichtet sich der Maklerkunde, dass er während der Laufzeit des Alleinauftrages keine weiteren Immobilienmakler beauftragt. Dabei ist der Maklerkunde weiterhin befugt, selbst Interessenten zu suchen und mit diesen ohne Hinzuziehung des Immobilienmaklers einen Vertragsabschluss zu tätigen. Soweit es dem Maklerkunden hierbei gelingt, einen Interessenten zu finden, mit dem es zum Abschluss eines Hauptvertrages kommt, hat der Immobilienmakler keinen Provisionsanspruch.

Bei der Vereinbarung eines **qualifizierten (erweiterten) Alleinauftrages** verpflichtet sich der Maklerkunde neben der Nichtbeauftragung von weiteren Maklern außerdem dazu, jeden Interessenten, der sich unmittelbar an ihn wendet, an den allein beauftragten Immobilienmakler zu verweisen.

Im Rahmen des qualifizierten Alleinauftrages besteht für den Maklerkunden grundsätzlich die Verpflichtung, auch solche Interessenten an den Immobilienmakler zu verweisen, zu denen der Maklerkunde in besonders enger Beziehung steht. Allerdings besteht die Möglichkeit, durch vertragliche Vereinbarung bestimmte Personengruppen wie beispielsweise den Ehegatten, nahe Verwandte, Nachbarn oder Arbeitskollegen von dieser Vereinbarung auszunehmen.

### 1.1.2.2 Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers

Im Gegensatz zum einfachen Maklervertrag hat der Immobilienmakler beim Alleinauftrag eine **Tätigkeitspflicht**. Der Grund hierfür ist, dass dem Maklerkunden beim einfachen Alleinauftrag die Beauftragung weiterer Immobilienmakler verboten ist und er beim qualifizierten Alleinauftrag zusätzlich zur Weiterverweisung von Interessenten an den Immobilienmakler verpflichtet ist. Da hierdurch die Handlungsfähigkeit des Maklerkunden erheblich eingeschränkt wird, ist dieser darauf angewiesen, dass der von ihm beauftragte Immobilienmakler auch tätig wird.

Zum Umfang der Tätigkeitspflicht hat der BGH klargestellt, dass der Immobilienmakler sich rege und intensiv für die Interessen des Auftraggebers einsetzen muss<sup>27</sup> bzw. in angemessener Weise tätig werden muss<sup>28</sup>.

### 1.1.2.3 Form des Alleinauftrages

Die Erteilung eines Alleinauftrages bedarf keiner besonderen **Form** und ist deshalb auch mündlich wirksam. Allerdings ist es insbesondere beim Alleinauftrag aus Beweisgründen ratsam, die Schriftform zu wählen. Dabei sollten neben der Klarstellung eines Alleinauftrages und der Art des Alleinauftrages auch die wesentlichen Pflichten der Vertragsparteien schriftlich niedergelegt werden. Hierbei ist insbesondere klarzustellen, dass sich der Immobilienmakler im Zusammenhang mit dem Ziel des Abschlusses eines Hauptvertrages zu einer intensiven Nachweis- und/oder Vermittlungstätigkeit verpflichtet<sup>29</sup>. Im Gegenzug ist beim einfachen Alleinauftrag aufzuführen, dass sich der Maklerkunde verpflichtet, während der vereinbarten Laufzeit keine weiteren Immobilienmakler einzuschalten. Beim qualifizierten Alleinauftrag ist außerdem klarzustellen, dass der Maklerkunde sich dazu verpflichtet, jeden Interessenten, der sich während der Laufzeit des Maklervertrages unmittelbar an ihn wendet, an den allein beauftragten Makler zu verweisen.

### 1.1.2.4 Laufzeit des Alleinauftrages

In der Praxis wird der Alleinauftrag überwiegend für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossen. Dabei wird bei Grundstücksgeschäften üblicherweise ein Zeitraum von sechs Monaten vereinbart<sup>30</sup>. Handelt es sich um größere oder schwierigere Objekte, wird häufig eine längere Laufzeit vereinbart. Dabei hat der BGH sogar eine Laufzeit von fünf Jahren für zulässig erachtet<sup>31</sup>.

Bindet ein Alleinauftrag den Maklerkunden zeitlich unbegrenzt und unbegrenzt an den Immobilienmakler, handelt es sich um einen sittenwidrigen **Knebelungsvertrag**, der nach § 138 BGB nichtig ist<sup>32</sup>. Für die Wirksamkeit eines Alleinauftrages ist es deshalb erforderlich, dass dieser entweder befristet oder kündbar ist<sup>33</sup>. Der Grund hierfür ist, dass der Maklerkunde ansonsten über Gebühr in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt wird<sup>34</sup>.

Enthält der Alleinauftrag keine oder eine unangemessen lange Bindungsfrist, führt dies nicht zu dessen Nichtigkeit. Vielmehr ist dann die angemessene Laufzeit des Vertrages durch eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB festzusetzen. Dabei sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen<sup>35</sup>.

Wurde die Laufzeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen festgelegt, ergibt sich aus § 309 Nr. 9 BGB, dass eine Klausel von mehr als zwei Jah-

ren unwirksam ist. Weiter ergibt sich daraus, dass sowohl eine stillschweigende Verlängerung um jeweils mehr als ein Jahr als auch eine Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer unwirksam ist<sup>36</sup>. Allerdings kann daraus nicht geschlossen werden, dass Laufzeiten bis zu zwei Jahren beim Maklervertrag generell zulässig sind. Der Grund hierfür ist, dass der Maklervertrag in Form des Alleinauftrages nach überwiegender Meinung nicht unter § 309 Nr. 9 BGB fällt. Dies wird damit begründet, dass der § 309 Nr. 9 BGB sich auf regelmäßige Dienstleistungen bezieht und es sich beim Maklervertrag um keine regelmäßige Dienstleistung handelt<sup>37</sup>.

Während der Laufzeit des Alleinauftrages kann der Maklerkunde diesen nicht willkürlich beenden. Vielmehr ist der Immobilienmakler in einem solchen Fall weiterhin befugt, für den Maklerkunden tätig zu sein, indem er diesem beispielsweise Interessenten zuführt<sup>38</sup>. Allerdings ist der Maklerkunde auch während der Laufzeit des Alleinauftrages nicht verpflichtet, mit Interessenten, die ihm von dem Immobilienmakler zugeführt werden, einen zum Entstehen eines Provisionsanspruches führenden Hauptvertrag abzuschließen.

Unabhängig von der konkret eingegangenen oder durch eine ergänzende Vertragsauslegung festzulegenden Laufzeit des Alleinauftrages kann der Maklerkunde diesen vorzeitig kündigen, wenn hierfür ein wichtiger Grund besteht. Ein solcher besteht beispielsweise bei einer Untätigkeit des Immobilienmaklers<sup>39</sup>. Allerdings ist es dem Maklerkunden praktisch kaum möglich, dem Immobilienmakler ein Untätigsein nachzuweisen.

**TIPP 2:**

Bei der Vereinbarung eines Alleinauftrages ist auf eine angemessene Laufzeit zu achten.

### **1.1.2.5 Vereinbarung eines Alleinauftrages durch Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Nachdem es dem Maklerkunden beim einfachen Alleinauftrag nicht erlaubt ist, weitere Immobilienmakler zu beauftragen, liegt insoweit eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

Dennoch wird die Vereinbarung eines einfachen Alleinauftrages durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz überwiegend als zulässig erach-

tet<sup>40</sup>. Dies wird damit begründet, dass der einfache Alleinauftrag nicht uneingeschränkt am gesetzlichen Leitbild des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB gemessen werden kann und deshalb insoweit auch eine Vereinbarung durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** möglich ist<sup>41</sup>.

Allerdings soll dies nur gelten, wenn aus dem Alleinauftrag die Pflichtenstruktur dieses Rechtsgeschäftstyps deutlich hervorgeht<sup>42</sup>. Dabei müssen sich aus der formularmäßigen Festlegung die Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers, das Verbot der Einschaltung anderer Immobilienmakler und die provisionsfreie Möglichkeit eines Eigengeschäftes ergeben<sup>43</sup>.

Unterlässt es der Immobilienmakler, den Maklerkunden über die Pflichtenstruktur des einfachen Alleinauftrages aufzuklären, muss von einem einfachen Maklervertrag ausgegangen werden<sup>44</sup>.

### **TIPP 3:**

Da die Vereinbarung eines Alleinauftrages ein legitimes Mittel ist, um die zu Lasten des Immobilienmaklers gehenden erheblichen Provisionsrisiken wenigstens teilweise reduzieren zu können, sollte dieser grundsätzlich nur aufgrund eines Alleinauftrages tätig werden.

Allerdings sollte ein Immobilienmakler die Variante eines einfachen Alleinauftrages bevorzugen, die sogar über Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden kann.

Hierbei ist es sinnvoll, gegenüber dem Maklerkunden klarzustellen, dass der Alleinauftrag aufgrund des damit verbundenen erheblichen Zeit- und Kostenaufwandes die einzige angemessene Vertragsvariante ist.

Nachdem der **qualifizierte Alleinauftrag**, bei dem der Maklerkunde auch selbst gefundene Interessenten an den Immobilienmakler verweisen muss, vom gesetzlichen Leitbild des Maklervertrags erheblich abweicht, kann eine solche Vereinbarung nicht mehr durch Allgemeine Geschäftsbedingungen getroffen werden. Vielmehr ist hier eine Vereinbarung durch Individualvertrag erforderlich, wobei der Maklerkunde über die Abänderung der gesetzlichen Regelung aufgeklärt werden muss<sup>45</sup>.

Strittig ist bei der Vereinbarung eines qualifizierten Alleinauftrags durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, ob lediglich diese Klausel unwirksam ist<sup>46</sup> oder ob durch die als allgemeine Geschäftsbedingung aufgenommene Klausel, dass der Maklerkunde selbst gefundene Interessenten an den Immobilienmakler zu verweisen hat, von einer Täuschung des Maklerkunden auszugehen ist, die zu einer Verwirkung des Provisionsanspruchs nach § 654 BGB führt<sup>47</sup>.



**TIPP 4:**

Nachdem die Vereinbarung eines qualifizierten Alleinauftrages durch Allgemeine Geschäftsbedingungen unzulässig ist und die Rechtsprechung bei einer solchen Vereinbarung teilweise sogar von einer Verwirkung des Provisionsanspruchs ausgeht, ist hiervon unbedingt Abstand zu nehmen.

### 1.1.2.6 Sanktionen

Beauftragt der Maklerkunde während der Laufzeit eines Alleinauftrages andere Immobilienmakler, macht er sich gegenüber dem allein beauftragten Immobilienmakler schadensersatzpflichtig. Dabei kann der Immobilienmakler den Ersatz seiner Auslagen und eine angemessene Entschädigung für den von ihm nutzlos erbrachten Arbeitsaufwand verlangen<sup>48</sup>. Will der Immobilienmakler darüber hinaus die ihm entgangene Provision ersetzt haben, muss er nach der ganz überwiegenden Ansicht den meist schwierigen Nachweis erbringen, dass er während der Laufzeit des Alleinauftrages einen Interessenten ausfindig gemacht hätte, der den Hauptvertrag zu den gleichen Konditionen abgeschlossen hätte<sup>49</sup>.

Um dem Problem des Nachweises eines Schadens und des Verschuldens des Maklerkunden zu entgehen, vereinbaren die Vertragsparteien des Maklervertrages teilweise durch ein so genanntes **erweitertes Provisionsversprechen**, dass beim Abschluss eines Hauptvertrages unter Verletzung der vereinbarten Hinzuziehungspflicht des allein beauftragten Immobilienmaklers oder der vertraglich bestimmten Verweisungspflicht an diesen der Maklerkunde die volle Provision übernimmt<sup>50</sup>.

Da auch eine solche Vereinbarung von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages erheblich abweicht, kann diese nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Formularverträge getroffen werden<sup>51</sup>. Vielmehr bedarf es hierzu einer Individualvereinbarung.

### 1.1.3 Abgrenzung des Maklervertrages zu anderen Vertragstypen

Der Maklervertrag hat Ähnlichkeiten mit anderen Verträgen des BGB. Es bedarf deshalb im Einzelfall einer Klärung, ob die Vertragsparteien tatsächlich einen Maklervertrag oder einen anderen im BGB geregelten Vertrag bzw. eine Mischform zwischen verschiedenen Vertragstypen abgeschlossen haben. Dabei ist die von den Vertragsparteien gewählte Bezeichnung für den Vertrag nicht entscheidend.

Besondere Bedeutung hat in der Praxis die Abgrenzung des Maklervertrages vom Auftrag sowie vom Dienst- und Werkvertrag.

### 1.1.3.1 Auftrag

Das Wesen des in den §§ 662 ff. BGB geregelten Auftrages besteht darin, dass der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber unentgeltlich tätig wird. Im Gegensatz hierzu verpflichtet sich der Maklerkunde beim Maklervertrag für den Fall einer zum Abschluss eines Hauptvertrages führenden Tätigkeit des Immobilienmaklers zu einer Provisionszahlung.

### 1.1.3.2 Dienstvertrag

Bei dem in den §§ 611 ff. BGB geregelten Dienstvertrag besteht eine Tätigkeitspflicht des Dienstverpflichteten. Dagegen ist der Immobilienmakler beim Abschluss eines einfachen Maklervertrages zu keiner Tätigkeit verpflichtet.

Vereinbaren die Maklervertragsparteien eine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers, handelt es sich um einen so genannten **Maklerdienstvertrag**<sup>52</sup>. Der in der Praxis wichtigste Fall des Maklerdienstvertrages, bei dem eine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers entsteht, ist der **Alleinauftrag**. Dabei steht dem Immobilienmakler auch beim Alleinauftrag eine Vergütung grundsätzlich nur zu, wenn es aufgrund seiner Tätigkeit zu einem erfolgreichen Abschluss eines Hauptvertrages kommt. Allerdings können die Vertragsparteien durch eine Individualvereinbarung eine erfolgsunabhängige Tätigkeitsvergütung vereinbaren<sup>53</sup>. Dagegen kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine vom Erfolg unabhängige Vergütung für die Tätigkeit des Immobilienmaklers nicht vereinbart werden<sup>54</sup>.

### 1.1.3.3 Werkvertrag

Bei dem in den §§ 631 ff. BGB geregelten Werkvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer zu einem bestimmten Erfolg. Da der Immobilienmakler beim Abschluss des Maklervertrages in der Regel nicht weiß, ob durch seine Tätigkeit der von dem Maklerkunden gewünschte Hauptvertrag herbeigeführt werden kann, wird er sich zu einem solchen Erfolg grundsätzlich nicht verpflichten. Geht der Immobilienmakler ausnahmsweise eine solche Verpflichtung ein, handelt es sich um einen Maklerwerkvertrag.

### 1.1.4 Zustandekommen des Maklervertrages

Bei Rechtsstreitigkeiten über Provisionsforderungen von Immobilienmaklern geht es häufig um die Frage, ob zwischen einem Immobilienmakler und der Person, gegenüber der ein Provisionsanspruch geltend gemacht wird, überhaupt ein gültiger Maklervertrag zustande gekommen ist.

#### 1.1.4.1 Regelungen des allgemeinen Teils des BGB

Das **Zustandekommen** des Maklervertrages richtet sich nach den im allgemeinen Teil des BGB aufgeführten Vorschriften der §§ 145 ff. BGB. Es bedarf also der **übereinstimmenden Willenserklärungen** von mindestens zwei Personen. Diese werden als Angebot bzw. Antrag und Annahme bezeichnet.

Eine Besonderheit ergibt sich beim Maklervertrag daraus, dass hier der Gegenstand der Leistung ein Gut ist, das einer anderen Person als dem Immobilienmakler zugeordnet ist<sup>55</sup>. Deshalb kommt ein Maklervertrag nicht bereits dadurch zustande, dass ein Maklerkunde beispielsweise ein Kaufangebot über ein Grundstück, das Gegenstand des Maklervertrages ist, annimmt. Der Grund hierfür ist, dass der zwischen dem Immobilienmakler und dem Maklerkunden abzuschließende Maklervertrag und der für den Provisionsanspruch erforderliche Hauptvertrag zwischen dem Maklerkunden und dessen Vertragspartner strikt auseinanderzuhalten sind. Die Annahme eines Kaufangebotes stellt deshalb eine Willenserklärung gegenüber dem Verkäufer des gegenständlichen Objektes und nicht gegenüber dem Immobilienmakler im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Maklervertrages dar.

#### **TIPP 5:**

Will ein Immobilienmakler verhindern, dass er trotz seiner zum Abschluss eines Hauptvertrages führenden Tätigkeit keine Provision erhält, muss er darauf achten, dass in einem möglichst frühen Stadium ein Maklervertrag zustande kommt.

#### 1.1.4.2 Ausdrückliches oder stillschweigendes Provisionsversprechen

Neben der **ausdrücklichen** Abgabe einer Willenserklärung, mit der seitens des Maklerkunden eine Provision versprochen wird, kann eine solche Willenserklärung beim Maklervertrag auch **stillschweigend** durch ein schlüssiges Handeln abgegeben werden.

Für ein Provisionsversprechen in Form einer stillschweigenden Erklärung ist erforderlich, dass die Person, von der die Maklerdienste entgegengenommen werden, weiß oder wissen muss, dass der Immobilienmakler von ihr beim Zustandekommen eines Hauptvertrages eine Vergütung verlangt<sup>56</sup>. Hierbei besteht weitgehend Einigkeit, dass im Allgemeinen davon auszugehen ist, dass ein gewerbsmäßiger Immobilienmakler seine Dienste grundsätzlich nur gegen ein **Entgelt** erbringt<sup>57</sup>. Eine Ausnahme hiervon kommt beim Vorliegen besonderer Umstände wie beispielsweise nahen verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Beziehungen in Betracht<sup>58</sup>.

Allerdings kann nicht von einem stillschweigenden Provisionsversprechen ausgegangen werden, wenn ein Kaufinteressent sich die Tätigkeit eines Immobilienmaklers **gefallen lässt**, der vom Verkäufer beauftragt war oder den der Käufer für den Makler des Verkäufers halten durfte<sup>59</sup>.

Nimmt der Kaufinteressent dagegen nach einem eindeutigen und unmissverständlichen Provisionsverlangen weitere Maklerdienste des Immobilienmaklers in Anspruch, ist hierin eine stillschweigende Annahme durch **schlüssiges Handeln** des von dem Immobilienmakler unterbreiteten Angebots zum Abschluss eines Maklervertrages zu sehen<sup>60</sup>.

Bietet ein Immobilienmakler im geschäftlichen Verkehr zum Verkauf stehende Objekte an, darf der Kaufinteressent zunächst davon ausgehen, dass der Makler für den Verkäufer tätig wird und mit der Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Verkäufer erbringt<sup>61</sup>. Setzt sich der Kaufinteressent daraufhin mit dem Immobilienmakler in Verbindung und erkundigt er sich nach einem Objekt, stellt dies nur dann ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages dar, wenn der Immobilienmakler bereits in der Zeitungsanzeige oder anschließend auf andere Weise gegenüber dem Kaufinteressenten seine Provisionserwartung eindeutig zum Ausdruck gebracht hat<sup>62</sup>.

Nimmt dagegen ein **Interessent** von sich aus mit einem Immobilienmakler, der beispielsweise seine Dienste in einer Tageszeitung allgemein, also nicht auf ein bestimmtes Objekt bezogen, anbietet, mit der Bitte **Kontakt auf**, ihm ein geeignetes Objekt zu benennen, muss er davon ausgehen, dass der Makler seine Anfrage als Angebot zum Abschluss eines Maklervertrages ansieht<sup>63</sup>. Das Gleiche gilt, wenn der Interessent sich wegen des Nachweises eines Kaufinteressenten mit dem Immobilienmakler in Verbindung setzt<sup>64</sup>. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Kenntnis, dass gewerblich tätige Makler keine unentgeltliche Tätigkeit ausüben<sup>65</sup>.