

# HERBSTFACHTAGUNG

**IVD MITTE-OST 06.09.2018** MAKLERRECHT

Neue Leipziger Messe, Messehaus

I.

## URTEIL OLG NAUMBURG VOM 01.06.2018, AZ.: 7 U 13/18

Widerrufsbelehrung von ImmobilienScout24 für Makler nutzlos. Es fehlt der Bezug zum konkreten Maklervertrag.

Während bislang vorliegende Urteile zu der Widerrufsbelehrung von ImmoScout sich an fehlerhaften Formulierungen der Widerrufsbelehrungen und der äußeren Darstellung in den Kontaktmails von ImmoScout24 abgearbeitet haben, stellt das nunmehr vorliegende Urteil klar, dass schon der Bezug zu dem jeweilig zwischen Makler und Kunde geschlossenen Vertrag fehlt.

# I. URTEIL OLG NAUMBURG VOM 01.06.2018, AZ.: 7 U 13/18

Daher gilt nach wie vor:

Der Makler selbst muss zur Provisionsabsicherung zwingend dafür sorgen, dass er im Falle des Abschlusses eines Vertrages mit Verbrauchern dem Kunden eine korrekt formulierte Widerrufsbelehrung zukommen lässt. In der Praxis ist es ferner zwingend erforderlich, dass der Makler den Zugang seiner eigenen Widerrufsbelehrung auch im Streitfalle beweisen kann.

Die seit vier Jahren andauernde Diskussion in rechtlicher Theorie und maklerischer Praxis dürfte sich auch unter Berücksichtigung des Urteils des OLG Naumburg nunmehr dem Ende zuneigen.

## II.

# HAFTUNGSFALLE FÜR MAKLER: FALSCHANGABEN IM EXPOSÉ

Urteil des BGH vom 19.01.2018, Az. II ZR 256/16

Sachverhalt:

Folgende Angaben werden in einem Maklerexposé gemacht:

„ ... es stammt aus den fünfziger Jahren und wurde 2005 bis 2007 komplett saniert. D. h. Fenster, Türen, Bad und Gäste WC, Leitungen und Böden wurden erneuert, das Dachgeschoß wurde ausgebaut, das Dach wurde -wie die Hohlschicht des Hauses- gedämmt. Das Gebäude ist technisch und optisch auf dem neuesten Stand ... . Zudem ist das Haus unterkellert (trocken).“

## II. HAFTUNGSFALLE FÜR MAKLER: FALSCHANGABEN IM EXPOSÉ

Die Kellerwände waren vor Besichtigung weiß überstrichen worden, offensichtlich handelte es sich um eine „Verkaufslackierung“.

Das Haus wird verkauft. Nachdem der Käufer Feuchtigkeit im Keller feststellt, klagt er auf Rückabwicklung des Kaufvertrages.

In diesen Fällen gilt grundsätzlich:

Sofern die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung im notariellen Kaufvertrag getroffen haben, kommt ein Mangel im Sinne des Kaufrechts (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht in Betracht. Dass der Keller trocken sein sollte, hat in dem notariellen Kaufvertrag keinen Ausdruck gefunden. Damit scheidet die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung grundsätzlich aus (hierzu auch BGH, Urteil vom 08.11.2016, Az.: V ZR 78/17).

## II.

# HAFTUNGSFALLE FÜR MAKLER: FALSCHANGABEN IM EXPOSÉ

## 2.

Das Grundstück, insbesondere der Keller weist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (im Prozess wurde hierüber ein Sachverständigengutachten erstellt) eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich sind und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Der Keller war in den fünfziger Jahren errichtet worden, als Kellerabdichtungen noch nicht zum Stand der Technik gehörten. Ein Mangel liegt auch insoweit nicht vor.

## II.

# HAFTUNGSFALLE FÜR MAKLER: FALSCHANGABEN IM EXPOSÉ

### 3.

Aber: Zur Beschaffenheit im kaufrechtlichen Sinne gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder seines Gehilfen erwarten darf. Dazu zählen auch Angaben in einem Exposé. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein von dem Verkäufer selbst erstelltes Exposé oder um ein Maklerexposé handelt. In dem Verkaufsexposé des Maklers fand sich der ausdrückliche Hinweis darauf, dass der Keller trocken sei. Diese Beschaffenheit durfte der Käufer auf dieser Grundlage auch erwarten. In diesem Falle kommt es auch nicht darauf an, ob die Angabe über den Zustand des Kellers Eingang in den Notarvertrag gefunden hat. Tatsächlich war der Keller jedoch feucht. Ein Sachmangel liegt nach Auffassung des BGH vor.

II.

## HAFTUNGSFALLE FÜR MAKLER: FALSCHANGABEN IM EXPOSÉ

Exkurs außerhalb dieses Urteils:

Wann wird das Verhalten eines Immobilienmaklers dem Auftraggeber zugerechnet, d. h. wann ist der Makler sogenannter Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, was wiederum auch den Verkäufer in schuldrechtlicher Hinsicht in seinem Verhältnis gegenüber dem Käufer rechtlich bindet?



## II.

# HAFTUNGSFALLE FÜR MAKLER: FALSCHANGABEN IM EXPOSÉ

Grundsätzlich:

Der Makler ist Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, sofern er mit Wissen und Wollen des Auftragsgebers im Rahmen der Erfüllung von Aufgaben tätig wird, die typischerweise diesem obliegen, z. B. als dessen Repräsentant auftritt oder Verhandlungen (auch ohne Spielraum) führt. Erklärungen des Maklers in diesem Rahmen sind dem Auftraggeber (in der Regel Verkäufer) zuzurechnen, insbesondere falls er sie selbst veranlasst oder dem Makler freie Hand gelassen hat. Die Erklärungen des Maklers binden den Auftraggeber, sofern er sich nicht bis zum Abschluss des Hauptvertrages hiervon distanziert.

Im Ergebnis haftet in diesen Fällen der Auftraggeber für das schuldhafte Verhalten des Maklers. Entsteht dem Auftraggeber durch das schuldhafte Verhalten des Maklers ein Schaden, haftet der Makler wiederum dem Auftraggeber auf Schadenersatz.

**III.**

**MUSS NOTAR DIE BEURKUNDUNG EINER ERFOLGSUNABHÄNGIGEN  
PROVISION VERWEIGERN?**

Beschluss des Landgerichts Aachen vom 18.07.2017, Az.: 2 T 255/16

Zum Fall (Auszug):

Ein Bauträger beauftragt als Verkäufer einen Notar, einen Bauträgenervertrag über eine Eigentumswohnung zu beurkunden, in dem sich der Käufer des Objekts im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter, zugunsten des Maklers verpflichten soll, eine Provision zu zahlen.

### III.

## MUSS NOTAR DIE BEURKUNDUNG EINER ERFOLGSUNABHÄNGIGEN PROVISION VERWEIGERN?

Die vorgesehene Klausel enthält unter anderem folgende Regelung:

„Der entstandene Anspruch des Maklers wird nicht dadurch hinfällig, dass der Kaufvertrag aufgehoben, angefochten oder sonst irgendwie rückgängig gemacht wird.“

Der Notar klärt den Kaufinteressenten darüber auf, dass es sich um eine erfolgsunabhängige Provisionsvereinbarung handelt, die den Käufer benachteiligt. Der Vertrag verstöße im übrigen gegen das Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen, da die Klausel von dem Grundgedanken des Maklervertrages insoweit abweicht, dass Voraussetzung eines Provisionsanspruchs stets ein wirksamer Hauptvertrag ist. Der Käufer will die Immobilie dennoch erwerben.

Der Notar lehnt die Beurkundung gleichwohl ab. Dies wird im wesentlichen damit begründet, dass die Klausel, wie ausgeführt, materiell-rechtlich unwirksam ist.

### III. MUSS NOTAR DIE BEURKUNDUNG EINER ERFOLGSUNABHÄNGIGEN PROVISION VERWEIGERN?

Gegen diese Weigerung der Beurkundung erhebt der Verkäufer der Immobilie Beschwerde. Die Beschwerde wird im wesentlichen damit begründet, dass der Notar die Beurkundung der Maklerklausel nicht gegen den ausdrücklichen Willen der Vertragsparteien verweigern darf. Eine Befugnis, die Beurkundung von Klauseln gegen den Willen der Beteiligten zu verweigern, besteht auch nicht bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Klausel.

Zur Entscheidung:

Die Weigerung des Notars, die Beurkundung vorzunehmen, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

### III.

## MUSS NOTAR DIE BEURKUNDUNG EINER ERFOLGSUNABHÄNGIGEN PROVISION VERWEIGERN?

Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO darf der Notar seine Beurkundungstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Ein Recht zur Weigerung besteht nur dann, wenn die Amtstätigkeit des Notars mit den Amtspflichten nicht vereinbar ist, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Ein ausreichender Grund liegt vor, wenn eine zu beurkundende Klausel unwirksam ist, insbesondere im Formularvertrag nach Maßgabe der §§ 305 ff BGB.

Die Verwendung der Klausel ist unangemessen, da der Verkäufer durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht. Die Belange des Käufers hingegen werden nicht hinreichend berücksichtigt.

### III.

## MUSS NOTAR DIE BEURKUNDUNG EINER ERFOLGSUNABHÄNGIGEN PROVISION VERWEIGERN?

Der Käufer der Immobilie wird jedenfalls unangemessen benachteiligt, da er zur Zahlung des Provisionsanspruchs an den Makler auch dann verpflichtet ist, wenn der Kaufvertrag aufgehoben, angefochten oder auf sonstige Weise rückgängig gemacht wird. Der Käufer übernimmt die Maklerprovision in dem Kaufvertrag lediglich als Nebenleistung zum Kaufvertrag, um von dem Verkäufer das Kaufobjekt erwerben zu können. Der Käufer hat keine Veranlassung, Verpflichtungen zugunsten des Maklers für den Fall einzugehen, dass der Kaufvertrag rückgängig gemacht wird. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass dem Käufer gegenüber keine Maklerleistung erbracht werden.

### III. MUSS NOTAR DIE BEURKUNDUNG EINER ERFOLGSUNABHÄNGIGEN PROVISION VERWEIGERN?

Anmerkung:

Diese Entscheidung ist zu unterscheiden von dem zulässigen Fall der Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Provision. Voraussetzung der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung,

1. dass in dem Vertrag festgehalten wird, für welche Leistungen der Makler ein Entgelt erhalten soll, auch wenn der Hauptvertrag nicht zustande kommt

und

2. dass dieser Vertrag notariell beurkundet wird.

## IV. PROVISIONSANSPRUCH AUCH BEI UNVOLLSTÄNDIGER NACHWEISTÄTIGKEIT?

OLG Frankfurt / Main, Urteil vom 28.03.2018, Az: 19 U 179/17

Zum Sachverhalt:

Ein Kaufinteressent ruft bei dem Makler an, der ihm nach Hinweis auf die zu zahlende Provision die Objektdaten bekannt gibt. Bezüglich der Eigentümerdaten teilt der Makler dem Kaufinteressenten ungefragt mit, dass er Namen und Anschrift des Verkäufers nicht nennen könne. Eine Reaktion des Interessenten hierauf erfolgt nicht.

Die Zahlung der Provision nach Erwerb des Objekts durch den Kaufinteressenten wird mit der Begründung verweigert, der Makler habe keinen vollständigen Nachweis im Sinne des § 652 BGB erbracht.



## IV. PROVISIONSANSPRUCH AUCH BEI UNVOLLSTÄNDIGER NACHWEISTÄTIGKEIT?

Begründung:

Nachweis ist die Mitteilung des Maklers an seinen Kunden, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den angestrebten Hauptvertrag einzutreten.

Da diese Verhandlungen nur möglich sind, wenn der Kunde auch erfährt, an wen er sich wegen des angestrebten Vertrages wenden muss, ist im allgemeinen nicht nur das konkrete Grundstück, sondern auch der mögliche Verkäufer zu benennen.

Dabei ist es regelmäßig notwendig, dass der vollständige Name und die Anschrift derjenigen Personen, die als Vertragspartner in Betracht kommen und mit der die erforderlichen Verhandlungen geführt werden können, genannt werden.

## IV. PROVISIONSANSPRUCH AUCH BEI UNVOLLSTÄNDIGER NACHWEISTÄTIGKEIT?

Grundsätzlich sind hiervon zwei Ausnahmen denkbar:

- a)  
Die Namhaftmachung des Verkäufers ist entbehrlich, wenn bei der Mitteilung der Angaben über das Objekt keine weiteren Nachforschungen erforderlich sind, etwa weil die Anschrift des Verkäufers mit der örtlichen Bezeichnung des Grundstücks übereinstimmt.
  
- b)  
Die unterbliebene Angabe des Eigentümers kann den Provisionsanspruch nicht zu Fall bringen, wenn es dem Maklerkunden nicht auf die Person des Eigentümers ankommt, weil er sich zunächst einmal über die Geeignetheit des Grundstückes schlüssig werden will.

## IV.

# PROVISIONSANSPRUCH AUCH BEI UNVOLLSTÄNDIGER NACHWEISTÄTIGKEIT?

Hierzu OLG Frankfurt:

Dafür, dass trotz unvollständiger Maklerleistung ein Fall gegeben ist, in dem eine Provisionspflicht ausnahmsweise besteht, trägt der Makler die Darlegungs- und Beweislast.

Aus dem Inhalt des ersten Telefonats lässt sich jedenfalls nicht schließen, dass der Kaufinteressent mit einer unvollkommenen Maklerleistung im Sinne der zitierten Rechtsprechung vollumfänglich befriedigt wurde. Allein die Hinnahme der Auskunft des Maklers gibt keinen Anlass zu einer solchen Annahme.

## IV.

# PROVISIONSANSPRUCH AUCH BEI UNVOLLSTÄNDIGER NACHWEISTÄTIGKEIT?

Folge für die Praxis:

In rechtlicher Hinsicht ist es stets mit Provisionsrisiken verbunden, wenn einem Kaufinteressenten zunächst lediglich die Objektdaten mitgeteilt werden. Ermittelt der Kunde die Verkäuferdaten am Makler vorbei, so hat der Makler im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass der Kunde tatsächlich zunächst kein Interesse an den Verkäuferdaten hatte und die Benennung des Verkäufers allein aus diesem Grunde unterblieben ist.

Gelingt der Beweis im Prozess nicht, läuft der Makler große Gefahr, seinen Provisionsanspruch allein aus dem Grunde zu verlieren, wenn er es aus welchen Gründen auch immer unterlassen hat, die Verkäuferdaten nicht bekannt zu geben.

V.

**DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFSRECHT),  
PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI  
RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG**

Beschluss des OLG Frankfurt / Main vom 04.06.2018, Az.: 19 U  
191/17

Zum Sachverhalt:

Ein Makler bietet ein Objekt mit Hinweis auf Provisionspflicht für den Käufer zu einem Kaufpreis in Höhe von T€ 2.950 an. Mit einem interessierten Kunden kommt der Maklervertrag zustande.

Der Maklerkunde ist bereits Eigentümer eines Objekts mit 14 Wohneinheiten und 2 Gewerbeeinheiten. Darüber hinaus firmiert er auf einem Werbeschild unter „X Liegenschaftsverwaltung“. Er behauptet, er verfüge über kein eigenständiges Büro. Die Verwaltung erfordere keinen planmäßigen Geschäftsbetrieb.

## V.

### DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFSRECHT), PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG

Es wird ein Kaufvertrag über den Erwerb eines Miteigentumsanteils von 80% zwischen dem Sohn des Maklerkunden und dem Verkäufer geschlossen. Hinsichtlich eines weiteren Miteigentumsanteils von 20% wird dem Maklerkunden direkt vom Verkäufer ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Der Miteigentumsanteil von 80% war dem Maklerkunden zuletzt zu einem Kaufpreis in Höhe von T€ 2.350 angeboten worden. Abgeschlossen wurde der Kaufvertrag zu einem Preis von T€ 2.000.

Im weiteren widerruft der Maklerkunde fristgerecht den Maklervertrag.

## V.

### DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFSRECHT), PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG

Nach Erwerb weigert sich der vormalige Maklerkunde, die Provision zu zahlen. Er führt zur Begründung an, der Maklervertrag sei fristgerecht widerrufen, er habe als Verbraucher gehandelt. Ferner habe nicht er, sondern sein Sohn den überwiegenden Anteil erworben. Mithin fehlt es an der persönlichen Kongruenz. Auch sei eine erhebliche Abweichung von Angebotspreis und Kaufpreis festzustellen. Auch die wirtschaftliche Kongruenz sei nicht gegeben. Ferner sei eine Aufhebungsvereinbarung zwischen den Kaufvertragsparteien geschlossen worden. Danach habe sich der Sohn verpflichtet, bei Zahlung eines Betrages in Höhe von € 10.000,00 den Rücktritt vom Kaufvertrag zu erklären.

Das OLG Frankfurt gibt der Provisionsklage statt. Zur Begründung führt es aus:



## V.

### DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFSRECHT), PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG

#### 1. Zur Verbrauchereigenschaft des Maklerkunden:

Grundsätzlich ist bei einem Maklervertragsschluß bei einer natürlichen Person von Verbraucherhandeln auszugehen. Die natürliche Person, die verbraucherschützende Vorschriften für sich in Anspruch nimmt, trägt für ihre Eigenschaft als Verbraucher die volle Darlegungs- und Beweislast.

Hingegen trägt der Makler die Darlegungs- und Beweislast, wenn aus seiner Sicht die Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Zwecke der natürlichen Person in Betracht kommt. Legt der Makler entsprechende Tatsachen dar, obliegt wiederum der Negativbeweis dem Verbraucher.



## V.

### DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFSRECHT), PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG

Für den Fall bedeutet dies:

Die Darlegung des Maklers, der Kunde besitze mehrere größere Immobilien und sei Inhaber einer Liegenschaftsverwaltung, reicht grundsätzlich zur Darlegung einer gewerblichen Tätigkeit aus. Unter Berücksichtigung der Tatsachen spricht vieles dafür, dass die Verwaltung der Immobilien einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert. Dies bildet ein erhebliches Indiz, das für die Verfolgung gewerblicher Zwecke auch bei Abschluss des Maklervertrages spricht. Dass dabei der Maklervertrag einer beabsichtigten gewerblichen Tätigkeit (im Hinblick auf die zu erwerbende Immobilie) zeitlich vorgelagert ist, bleibt für die Einordnung als gewerbliche Tätigkeit unerheblich.

## V.

### DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFSRECHT), PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG

2.

Auch die persönliche Kongruenz ist zu bejahen. Zunächst einmal ist der Maklerkunde an dem Vertrag nicht gänzlich unbeteiligt, als ihm ein Vorkaufsrecht über einen Miteigentumsanteil von 20% eingeräumt wird. Der Umstand, dass der Sohn 80% des Miteigentumsanteils erwirbt, belegt die engen persönlichen Bindungen, die es wiederum rechtfertigen, auch hier noch von einer persönlichen Kongruenz zu sprechen.

Auch wirtschaftliche Kongruenz ist gegeben. Es kann lediglich ein um 16,1% geringerer Kaufpreis als zum Ausgangspreis festgestellt werden. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls vermag eine geringfügig über dem Prozentsatz von 15% liegende Abweichung die wirtschaftliche Kongruenz der Verträge nicht ernsthaft in Frage stellen (der BGH geht bei Preislachnassen von bis zu 15% in der Regel von wirtschaftlicher Kongruenz aus).

## V.

### DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR VERBRAUCHEREIGENSCHAFT (WIDERRUFRECHT), PERSÖNLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE KONGRUENZ, PROVISIONSEINBEHALT AUCH BEI RÜCKTRITT VOM KAUFVERTRAG

#### 3.

Auch der erklärte Rücktritt lässt den Provisionsanspruch nicht entfallen. Unter Berücksichtigung der getroffenen Regelungen handelt es sich bei der Erklärung des Rücktritts nicht um eine konstitutive Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern lediglich um den Vollzug eines Aufhebungsvertrages, mit dem offensichtlich vergleichsweise Regelungen hinsichtlich etwaiger Schadenersatzansprüche getroffen werden sollte. Eine solche Verfahrensweise hat nicht den Verlust des Provisionsanspruchs zur Folge.

Für Ihre Aufmerksamkeit danken  
wir Ihnen!