

Maklerrecht

Hamm

8. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78087-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

eine Geheimhaltungspflicht vorsieht.⁹⁴ Der BGH hat in seinem Urteil vom 4.10.1995⁹⁵ festgestellt, dass für die fehlende wirtschaftliche Identität der Auftraggeber darlegungsbelastet sei. Allerdings hat der BGH in seinem Urteil vom 3.7.2015 dem Makler nur eine Darlegungs- und Beweiserleichterung im Sinne einer so genannten sekundären Behauptungslast des Auftraggebers zugebilligt.⁹⁶

cc) Erwerb durch Dritte (persönliche Kongruenz)

Die wirtschaftliche Identität kann auch zu bejahen sein, wenn der tatsächlich realisierte Vertrag in **persönlicher Hinsicht** von dem beabsichtigten Vertrag **abweicht**.⁹⁷ 515

Die Rspr.⁹⁸ gewährt dem Makler auch dann einen Provisionsanspruch gegen den Auftraggeber, wenn der Hauptvertrag nicht, wie beabsichtigt, mit dem Auftraggeber des Maklers, sondern mit einem Dritten geschlossen wird, der Auftraggeber aber zu dem Dritten in einer **festen, auf Dauer angelegten, in der Regel familien- oder gesellschaftsrechtlichen Beziehung** (persönliche Kongruenz) steht.⁹⁹ 516

Maßgeblich für die Bejahung eines Provisionsanspruchs ist in diesen Fällen der persönlichen Kongruenz,¹⁰⁰ dass der Maklerkunde im Hinblick auf seine Beziehung zu dem Erwerber gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er sich darauf beriefe, der ursprünglich von ihm erstrebte Vertrag sei nicht von ihm, sondern von einem Dritten abgeschlossen worden.¹⁰¹ 517

Das Problem der persönlichen Kongruenz ist nicht angesprochen, wenn der Auftraggeber ein Objekt für einen Dritten suchte und darüber ein Maklervertrag abgeschlossen hat.¹⁰² Provisionspflichtig ist auch hier unstreitig nur der Auftraggeber. 518

Der Provisionsanspruch muss dann entfallen, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages die familien- oder gesellschaftsrechtliche Bindung nicht mehr besteht.¹⁰³ 519
Beim Erwerb durch einen Dritten ist die Entstehung eines Provisionsanspruches deshalb zu bejahen, weil der Auftraggeber an dem tatsächlich zustande gekommenen Hauptvertrag persönlich oder wirtschaftlich interessiert ist.

Der Rspr. des BGH¹⁰⁴ ist zu entnehmen, dass der Provisionsanspruch in diesen Fällen des Dritterwerbes Bestand hat, weil der Auftraggeber an dem Abschluss mit dem Dritten ein wirtschaftliches oder persönliches Interesse hat. Diese Betrachtung setzt aber voraus, dass Maklerkunde und Dritter im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages mit dem Dritten in solcher Weise verbunden ist, dass wegen besonders enger persönlicher oder 520

⁹⁴ BGH NJW 1998, 2277.

⁹⁵ NJW-RR 1996, 113.

⁹⁶ BGH NJW-RR 2014, 1272; so bereits mit Urteil vom 7.5.1998 der BGH NJW 1998, 2277 = EWiR 1998, 729 mAnm Bethge.

⁹⁷ Engel, MDR 2009, 1090.

⁹⁸ BGH NJW 2008, 651; BGH NJW-RR 2004, 851 = EWiR 2004, 839 mAnm Bethge; BGH NJW-RR 1998, 411; BGH NJW-RR 1997, 1276; BGH NJW 1995, 3311; BGH NJW 1991, 490; BGH NJW 1984, 358; BGH NJW 1976, 1844; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2000, 434; LG Karlsruhe NJW-RR 2003, 1495; Seyderhelm S. 416 f.

⁹⁹ BGH NJW-RR 2018, 435; BGH NJW-RR 2016, 175; BGH NJW-RR 2014, 1272; BGH NJW 2008, 651; OLG Schleswig ZMR 2017, 776; Vgl. dazu Scheibe BB 1988, 849; Vollkommer EWiR 1987, 881; Langemaack NZM 2008, 679.

¹⁰⁰ Fischer NJW 2014, 3281.

¹⁰¹ BGH NJW-RR 2014, 1272; Büchner ZfIR 2005, 310.

¹⁰² BGH NJW 1998, 62; BGH WM 1996, 722; BGH NJW-RR 1996, 1459; OLG Koblenz NJW-RR 1991, 881.

¹⁰³ Staudinger/Arnold BGB §§ 652, 653 Rn. 85; MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 171.

¹⁰⁴ BGH NJW-RR 2016, 175; BGH NJW-RR 2014, 1272; BGH NJW-RR 2004, 851 mwN; BGH NJW 1998, 62.

wirtschaftlicher Bindungen der Vertragsschluss dem Maklerkunden im wirtschaftlichen Erfolg ähnlich zugute kommt wie ein eigener.

- 521 Der Auffassung, dass grundsätzlich die enge persönliche und wirtschaftliche Bindung bereits im Zeitpunkt der Maklerleistung – Nachweis und/oder Vermittlung – bestehen muss¹⁰⁵, kann nicht gefolgt werden.¹⁰⁶ Auf diese Weise würden die Fälle, in denen der Kunde zunächst erwägt, selbst den Hauptvertrag abzuschließen, es dann aber doch für günstiger erachtet, wenn eine persönlich und wirtschaftlich eng verbundene Person an seiner Stelle erwirbt, den Makler leer ausgehen lassen, weil dieser seine Leistung dem Kunden gegenüber erbracht hat. Dies entspricht der Sachverhaltskonstellation, wie sie der BGH in seinem Urteil vom 8.4.2004¹⁰⁷ zu entscheiden hatte, so dass der BGH dahin verstanden werden kann, dass es genügt, wenn die enge persönliche und wirtschaftliche Bindung im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages bestand.¹⁰⁸
- 522 Der BGH nimmt die Provisionspflicht des Maklerkunden in einer neueren Entscheidung an, wenn die neugegründete, erwerbende Gesellschaft dieselbe Anschrift und denselben Geschäftsführer hat wie der ursprüngliche Maklerkunde.¹⁰⁹
- 523 Das OLG Koblenz¹¹⁰ hat die Provisionspflicht in einem Fall bejaht, in dem der Maklerkunde und Grundstückserwerber Familienunternehmen waren, die die gleichen Gesellschafter hatten. Der BGH¹¹¹ geht von einer Provisionspflicht aus, wenn das einer GmbH nachgewiesene Grundstück von einer anderen GmbH erworben wird, die von denselben Gesellschaftern mit demselben Gesellschaftszweck später gegründet worden ist. Dies verdient Zustimmung. Auf die Identität des Gesellschaftszwecks kann es nicht ankommen. Rechtlich unerheblich ist es, dass die erwerbende GmbH erst später gegründet worden ist.¹¹²
- 524 Liegt diese Beziehung in der Identität der beiden juristischen Personen angehörenden natürlichen Personen, so kann es auf jeden Fall auf den Entstehungszeitpunkt der zweiten juristischen Person nicht ankommen,¹¹³ anderenfalls könnten sich natürliche Personen durch Gründung einer weiteren juristischen Person von der Provisionspflicht befreien. Weist deshalb ein Makler den Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft eine Gelegenheit zum Kauf eines Grundstücks nach, dann schulden diese auch dann Provision, wenn das Grundstück von einer von diesen Gesellschaftern gegründeten GmbH erworben wird.¹¹⁴
- 525 In der Rspr.¹¹⁵ können **zwei höchst verschiedenartige Fallgruppen** nicht erkennbar klar abgeschichtet werden. Die erste Fallgruppe betrifft Sachverhalte, bei denen der Makler vom Auftraggeber auf der Anbieterseite beauftragt wird und anschließend nicht der nachgewiesene oder vermittelte Interessent, sondern ein Dritter, der notwendigerweise eingeschaltet war, das Objekt erwirbt. Hier ist der Erfolg der maklerischen Bemühungen eingetreten.¹¹⁶
- 526 Bei der zweiten Fallgruppe wird der Makler von der Nachfrageseite beauftragt und es erwirbt nicht der Auftraggeber, sondern ein Dritter. Hier ist in der Person dessen, der die Provision zahlen soll, ein „Erfolg“ nur in einem weiteren Sinne eingetreten.

¹⁰⁵ So Büchner ZfIR 2005, 310.

¹⁰⁶ So auch OLG Karlsruhe NZM 2002, 829; MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 171.

¹⁰⁷ BGH NJW-RR 2004, 851.

¹⁰⁸ Fischer, DB 2009, 887.

¹⁰⁹ BGH NJW-RR 2014, 1272.

¹¹⁰ OLG Koblenz WM 1984, 1191.

¹¹¹ BGH NJW 1995, 3311 = WiB 1996, 83 mAnm Kurz; LG Dresden NJW-RR 1996, 307.

¹¹² OLG Karlsruhe NJW 1995, 1136 = WiB 1995, 916 mkritAnm v. Seipen.

¹¹³ BGH NJW 1984, 358.

¹¹⁴ OLG Frankfurt ZMR 2005, 373; LG Dresden NJW-RR 1996, 307.

¹¹⁵ BGH NJW 1976, 1844; OLG Hamm WM 1984, 906.

¹¹⁶ AA OLG Karlsruhe, NZM 2008, 534.

Erwirbt also etwa statt des Auftraggebers dessen **Ehepartner** oder Sohn das vom Makler nachgewiesene Objekt, so steht dem Makler grundsätzlich ein Anspruch auf Provision gegen den ursprünglichen Auftraggeber zu.¹¹⁷ Gegen den Dritten, der erwirbt, besteht weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf Maklerprovision.¹¹⁸ Allerdings kommt ein Handeln des Maklerkunden als Vertreter in Betracht, wenn dieser zB ständig für einen Dritten tätig wird und auch seine Büroräume in den Betriebsräumen des Dritten unterhält.¹¹⁹ 527

Ein Sinnzusammenhang zwischen dem Beschluss des BVerfG vom 30.6.1997¹²⁰ und der Provisionspflicht des Auftraggebers beim Erwerb durch den Ehegatten besteht nicht.¹²¹ Einmal ist nämlich das Problem der persönlichen Kongruenz und zum anderen das **Problem der wirtschaftlichen Verflechtung** angesprochen. Die Grundsätze zur persönlichen Kongruenz gelten nicht, wenn der Ehegatte, der das Objekt erworben hat, seit Jahren von seinem Ehepartner getrennt lebt und die Information über einen anderen Makler erlangt hat.¹²² 528

Problematisch ist jedoch, wie weit in diesem Zusammenhang der **Kreis der Angehörigen und Verwandten** zu ziehen ist. Eine persönliche Kongruenz wurde bei familienrechtlichen Beziehungen in folgenden Fällen bejaht: Ehefrau,¹²³ minderjähriges Kind,¹²⁴ Mutter,¹²⁵ Vater,¹²⁶ Witwe und Alleinerbin,¹²⁷ Bruder,¹²⁸ Schwester,¹²⁹ Schwiegervater/Schwiegertochter,¹³⁰ Wohngemeinschaftspartner.¹³¹ 529

Der BGH¹³² hat einem Verkäufermakler den Provisionsanspruch versagt, nachdem der Verkäufer den angestrebten Kaufvertrag nicht mit der vom Makler nachgewiesenen GmbH, sondern mit deren alleinigem geschäftsführenden Gesellschafter abgeschlossen hat. Würdinger¹³³ ist darin zuzustimmen, dass diese Rechtsauffassung des BGH im konkreten Fall wenig überzeugt, denn wirtschaftlich betrachtet hat der Makler einen Hauptvertrag zustande gebracht, der für den Käufer als alleinigem Gesellschafter der als Kaufinteressent benannten GmbH einen wirtschaftlich vergleichbaren Erfolg bedeutete. Offenbar will der BGH aber die für den Käufermakler bei Identität des Dritten als Käufer mit dem Maklerkunden nicht auf den Verkäufermakler ausweiten. 530

Eine Bekannte des Angebotsempfängers, die das Objekt aufgrund der unbefugten Weitergabe der Verkaufsangaben erwirbt, ist nach der Rspr.¹³⁴ der Rechts- und Interessensphäre des Maklerkunden nicht so verbunden, dass der Kauf durch sie zur Begrün- 531

¹¹⁷ BGH NJW 1991, 490; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 414; Seydewitz S. 417.

¹¹⁸ BGH NJW-RR 1997, 1276; BGH NJW 1995, 3311; OLG Koblenz NJW-RR 1991, 881.

¹¹⁹ BGH NJW-RR 1997, 1276; OLG Hamburg BeckRS 2014, 08084; und dazu K. Schmidt JuS 1998, 81.

¹²⁰ BVerfG NJW 1987, 2733.

¹²¹ OLG Frankfurt a. M. RDM Slg. A 145 Bl. 29; aA OLG Hamm NJW-RR 1988, 685: Einzelrichterentscheidung in Abweichung von der Senatsrechtsprechung.

¹²² So zutreffend OLG Hamm NJW-RR 1988, 685.

¹²³ OLG München BeckRS 2016, 20902; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 414; OLG Koblenz NJW-RR 1994, 824.

¹²⁴ BGH WM 1984, 60.

¹²⁵ OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2018, 14374; OLG Hamm RDM Slg. A 133 Bl. 22.

¹²⁶ BGH NJW-RR 2004, 851; OLG München NZM 2005, 71.

¹²⁷ OLG Köln RDM Slg. A 110 Bl. 54.

¹²⁸ BGH NJW 2008, 651; BGH NJW-RR 2004, 851; OLG München NZM 2005, 71; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2000, 434; aA OLG Hamburg NZM 2003, 160.

¹²⁹ OLG Schleswig ZMR 2017, 776.

¹³⁰ OLG Frankfurt a. M. RDM Slg. A 133 Bl. 22.

¹³¹ OLG Jena NJW-RR 2005, 1509.

¹³² BGH NJW 2019, 1803.

¹³³ BGH NJW 2019, 1803.

¹³⁴ OLG Schleswig RDM Slg. A 118 Bl. 4 = AIZ 4/82.

derung des Provisionsanspruchs des Maklers gegen den Auftraggeber führt. Eine Grenzziehung ist hier schwer zu leisten. Zu fragen ist stets, wann der Erwerb durch den Dritten dem Erwerb durch den Auftraggeber gleichzustellen ist. Sind in dem vom Maklerkunden unterzeichneten Maklervertrag sowohl der Kunde als auch seine Lebensgefährtin als Interessenten aufgeführt, so hat der Kunde die versprochene Provision auch dann zu zahlen, wenn allein seine Lebensgefährtin das Objekt erwirbt.¹³⁵ Ungeachtet aller Beweisschwierigkeiten bzgl. der „familienrechtlichen“ Qualität einer Beziehung¹³⁶ ist uneingeschränkt davon auszugehen, dass beim Erwerb durch den Lebensgefährten die Provision geschuldet ist.¹³⁷

- 532 Soweit vorgeschlagen wird, dass sich der Makler vor den Unsicherheiten bei der Bestimmung der persönlichen Kongruenz dadurch sichern könne, dass die dritte Person als Zweitinteressent in den Maklervertrag aufgeführt werde,¹³⁸ hilft dies nur in eingeschränktem Umfang, da der Makler nicht immer sicher ausmachen kann, wer als Zweitinteressent in Betracht kommen könnte.
- 533 Erwirbt ein Gesellschafter anstelle der Gesellschaft, so berührt dies den Provisionsanspruch gegen die Gesellschaft nicht.¹³⁹ Gleiches gilt, wenn anstelle einer GmbH eine BGB-Gesellschaft bestehend aus dem Geschäftsführer der GmbH und dessen Kindern erwirbt.¹⁴⁰ Wird einer natürlichen Person ein Mietobjekt vom Makler nachgewiesen und wird das Objekt von einer GmbH angemietet, deren Geschäftsführer und Hauptgesellschafter der Maklerkunde ist, so bleibt die natürliche Person provisionspflichtig.¹⁴¹
- 534 Wirtschaftliche Gleichwertigkeit ist auch dann gegeben, wenn nicht der Auftraggeber des Maklers allein, sondern eine Personengesellschaft, an der er beteiligt ist, den Hauptvertrag abschließt.¹⁴² Die Provisionspflicht scheidet wegen der gesellschaftsrechtlichen Verbindung nicht daran, dass nicht etwa die auftraggebende GmbH, sondern deren Besitzgesellschaft das Objekt erwirbt.¹⁴³ Führt ein Maklerangebot gegenüber einer GmbH zum Kauf des angebotenen Objektes durch den Geschäftsführer dieser GmbH, so soll dieser auch dann nicht zur Provisionszahlung verpflichtet sein, wenn der Makler den Kaufvertrag mit dem Geschäftsführer vorbereitet hat.¹⁴⁴ Dies erscheint als zu weitgehend. Zumindest wenn der Makler vom Geschäftsführer beauftragt wurde, den Kaufvertrag vorzubereiten, kommt ein Maklervertrag zwischen dem Makler und dem Geschäftsführer in Betracht. Es scheint zu formal, hier den Provisionsanspruch an einem fehlenden Nachweis oder an einer fehlenden Vermittlung scheitern zu lassen. Die Berufung auf die Vorkenntnis ist hier rechtsmissbräuchlich.
- 535 Eine Provisionszahlungspflicht soll auch dann entfallen, wenn der Makler das Objekt einer Aktiengesellschaft angeboten hat, dieses aber vom Aufsichtsratsvorsitzenden zusammen mit dessen Sohn und anderen Personen erworben wird.¹⁴⁵ Der Makler kann sich dagegen nicht dadurch sichern, dass er das Exposé nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Personen zuschickt, von denen er weiß, dass sie im Geschäftsgang davon

¹³⁵ BGH NJW 1991, 490.

¹³⁶ Vgl. in anderem Zusammenhang: BVerfGE 87, 234; BSG EzA § 144 SGB III Nr. 1.

¹³⁷ BGH NJW 1991, 490; OLG Hamm NZM 1998, 271; Grüneberg/Sprau BGB § 652 Rn. 44; OLG Jena NJW-RR 2005, 1509 jedenfalls, wenn das Objekt dann (auch) vom Maklerkunden genutzt wird; aA MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 170; Staudinger/Arnold BGB §§ 652, 653 Rn. 85.

¹³⁸ So Kühnapfel/Jesse ZfIR 1998, 122 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 1991, 99.

¹³⁹ OLG Koblenz NJW-RR 1991, 881; vgl. auch BGH NJW 1984, 358; OLG Hamm WM 1984, 906.

¹⁴⁰ OLG Frankfurt a. M. ZMR 2005, 373.

¹⁴¹ OLG Koblenz RDM Slg. A 133 Bl. 29; siehe hierzu auch BGH NJW-RR 2014, 1272.

¹⁴² OLG Köln RDM Slg. A 145 Bl. 41.

¹⁴³ OLG Koblenz WM 1984, 1091, 1093; vgl. auch Glaser-Warncke S. 242.

¹⁴⁴ OLG München RDM Slg. A 120 Bl. 6.

¹⁴⁵ OLG Hamburg RDM Slg. 120 Bl. 7; vgl. auch Breiholdt AIZ 1984, 24.

Kenntnis erhalten. Auf diesem Wege kann nämlich der Makler nicht den Abschluss eines (weit gefassten) Maklervertrages erzwingen. Überträgt ein Kaufmann sein Geschäft auf einen anderen, der es unter der bisherigen Firma fortführt, so hat er einen versprochenen Maklerlohn auch dann zu zahlen, wenn erst der neue Geschäftsinhaber den Nachweis der Gelegenheit zu einem Vertragsschluss ausnutzt.¹⁴⁶ Bietet ein Makler einem Interessenten ein Grundstück an, dass später von einer Genossenschaft gekauft wird, dessen Aufsichtsrat der Interessent angehört, so soll ein Maklerlohnanspruch nicht gegeben sein.¹⁴⁷

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Rspr.¹⁴⁸ bezüglich der engen gesellschaftsrechtlichen Verbindung vorrangig die Fälle im Auge hat, dass die hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Personen von der Tätigkeit des Maklers für die auftraggebende Gesellschaft profitieren.¹⁴⁹ 536

dd) Abweichungen in zeitlicher Hinsicht

In **zeitlicher Hinsicht** ist zu beachten, dass ein Maklervertrag, der auf die Vermittlung oder den Nachweis eines Hausgrundstücks abzielt, nicht die Vermittlung oder den Nachweis eines Grundstücks voraussetzt, das sofort bezogen werden kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Maklervertrag ausdrücklich auf sofortige Bezugsfertigkeit ausgerichtet war oder sich diese Absicht aus den Umständen ergibt. Auf längerfristige Nutzungshindernisse muss der Makler aber hinweisen (→ Rn. 416). Zweifelhaft ist nicht nur die Kausalität der Nachweistätigkeit eines Maklers, sondern auch die wirtschaftliche Identität, wenn das Grundstück im Zeitpunkt des Nachweises aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen der beabsichtigten Nutzung (Bauland, gewerbliche Nutzung) nicht zugänglich ist, der Auftraggeber jedoch nach Jahren anlässlich einer Änderung der Bebauungsvorschriften das Grundstück erwirbt und nunmehr entsprechend seinen ursprünglichen Absichten nutzen kann. Das Reichsgericht¹⁵⁰ hat in diesen Fällen die Provisionszahlungspflicht bejaht.¹⁵¹ 537

ee) Wirtschaftliche Gleichwertigkeit und Kaufpreis

Hat der Auftraggeber bei Erteilung des Maklerauftrages **bestimmte Vertragsbedingungen** genannt, so handelt es sich dabei im Regelfall um Wünsche oder Punkte für eine Verhandlungsbasis, die den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg nicht verbindlich festlegen.¹⁵² Der Kaufpreis ist nämlich im Regelfall verhandelbar. Der Auftraggeber ist aber nicht gehindert, detaillierte wirtschaftliche Vorstellungen zu entwickeln und diese als für ihn wesentlich in den Maklervertrag einzubringen.¹⁵³ 538

Abweichungen von Preisvorstellungen können also die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nur begrenzt ausschließen. Deshalb rechtfertigen zB **Abweichungen bei Preisvorstellungen** nur dann die Bejahung der fehlenden wirtschaftlichen Gleichartigkeit, wenn sich aus den Vereinbarungen zwischen dem Auftraggeber und dem Makler klar und eindeutig ergibt, dass nur zu diesem Preis verkauft oder gekauft bzw. vermietet oder 539

¹⁴⁶ BGH NJW 1974, 1081.

¹⁴⁷ LG Freiburg NJW-RR 1990, 373.

¹⁴⁸ BGH NJW-RR 2014, 1272; BGH NJW 1995, 3311; BGH NJW 1984, 358; OLG Koblenz NJW-RR 1994, 180.

¹⁴⁹ Fischer DB 2009, 887.

¹⁵⁰ RG SeuffA 88 Nr. 138.

¹⁵¹ Vgl. dazu auch OLG Hamm 23.10.1980, 18 U 5/80.

¹⁵² Dehner Maklerrecht Rn. 113; BGH BB 1999, 815; OLG Hamm NZM 1998, 271; Seyderhelm S. 415; Breiholdt MDR 1990, 173.

¹⁵³ Staudinger/Arnold BGB §§ 652, 653 Rn. 88; Büchner ZfIR 2005, 310.

gemietet werden sollte.¹⁵⁴ Eine Provisionszahlungspflicht entfällt daher in diesen Fällen nur dann, wenn der Auftraggeber bestimmte Preisvorstellungen als **echte Grenze** setzt und der später abgeschlossene Hauptvertrag außerhalb dieser Grenze liegt.¹⁵⁵ Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es dann der Auftraggeber in der Hand habe, durch geringfügiges Nachgeben beim Kaufpreis den Makler um seine Provision zu bringen. Es ist nämlich allein Sache des Maklers, ob er sich bei Vertragsschluss auf einen bestimmten Mindestpreis einlässt. Tut er dies, so verdient er seine Provision nur, wenn der Preis tatsächlich erzielt wird.

540 Im Übrigen kommt es bei Grundstücksgeschäften häufig vor, dass die Vertragsschließenden ihre Vorstellungen nicht voll realisieren können, die sie bei Beginn der Vertragsverhandlungen und bei der Beauftragung des Maklers gehabt haben. Unerhebliche Abweichungen von der ursprünglichen Preisvorstellung schaden nicht.¹⁵⁶ Es ist deshalb für die Frage der Gleichwertigkeit immer eine wertende Betrachtung geboten.¹⁵⁷ Insbesondere dann, wenn ein Grundstück über längere Zeit angeboten wird, „bewegt“ sich nicht selten der Preis.

541 Selbst wenn keine Preisgrenze gesetzt war, kann die wirtschaftliche Gleichwertigkeit zu verneinen sein.¹⁵⁸ Es ist also zu eng, wenn festgestellt wird, dass die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nur dann angesprochen ist, wenn der Verkäufer zuvor erklärt hat, dass ein Kauf nur zu dem im Maklervertrag genannten Preis in Betracht kommt.¹⁵⁹

542 Ist etwa dem Makler vom **Verkäufer** ein Maklerauftrag zur Veräußerung zum Preis von 480.000 DM erteilt worden und werden nur 300.000 DM erzielt, so entfällt eine Provisionspflicht mangels Gleichwertigkeit. Ob insoweit von einer starren Grenze der Abweichung von 20 % ausgegangen werden kann, erscheint fragwürdig.¹⁶⁰ Bei der Verkäufer-/Vermieterprovision dürften Abweichungen von bis 15 % unschädlich sein,¹⁶¹ bei mehr als 50 % wird die wirtschaftliche Identität laut BGH regelmäßig zu verneinen sein.¹⁶²

543 Bezüglich der **Käuferprovision** wird vertreten, dass selbst dann, wenn der Kaufinteressent zu wirtschaftlich günstigeren Konditionen als angeboten abschließen kann, die Gleichwertigkeit nicht gegeben ist.¹⁶³ Diese Meinung nimmt eine formalistische Betrachtungsweise ein und stellt auch bei einem Preisnachlass darauf ab, ob die angebotene und die wahrgenommene Gelegenheit identisch sind.¹⁶⁴ Abweichungen von ca. 15 % (nach unten) sind auch hier grundsätzlich unschädlich.¹⁶⁵ Die wirtschaftliche Identität wurde in

¹⁵⁴ OLG Hamm 22.6.1989, 18 U 199/88; OLG Hamm 8.7.1991, 18 U 148/90; vgl. auch Breiholdt MDR 1990, 173.

¹⁵⁵ BGH AIZ 1960, 13; Mormann WM 1968, 954; Seyderhelm S. 415.

¹⁵⁶ BGH NJW 2019, 1226 mwN; BGH NJW 1988, 967; OLG Dresden NJW-RR 2009, 931; Fischer DB 2009, 887.

¹⁵⁷ BGH NJW 1987, 1628.

¹⁵⁸ Fischer Maklerrecht 3. A. S. 97.

¹⁵⁹ So aber OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1995, 198.

¹⁶⁰ Vgl. aber OLG Karlsruhe RDM Slg. A 133 Bl. 16.

¹⁶¹ BGH NJW 2019, 1226 mwN.; OLG Frankfurt a. M. NZM 2001, 908; OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1502; Büchner ZfIR 2005, 310; aA OLG Brandenburg BeckRS 2008, 288, welches eine Kaufpreisabweichung von 7 % als provisionsschädlich ansieht.

¹⁶² BGH NJW-RR 2014, 1272.

¹⁶³ OLG Hamburg GuT 2003, 227.

¹⁶⁴ Vgl. OLG Hamm BeckRS 2013, 06013 (Vorinstanz zu BGH NJW 2014, 2352); Büchner ZfIR 2005, 310; vgl. auch Pauly ZMR 2009, 662, der für eine Grenze von 6 % gleichermaßen für Käufer- und Verkäufermakler plädiert.

¹⁶⁵ BGH NJW 2020, 2792 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2019, 1226; BGH NJW-RR 2014, 1272; BGH NJW 2014, 2352; BGH NJW 2008, 651; OLG Hamburg ZMR 2004, 45; **beachte:** das OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 1505 hat bei einem Preisnachlass von unter 15 % die Gleichwertigkeit verneint.

dem Fall verneint, in dem der Mieter statt für die angebotenen DM 12,50/qm für DM 8,50/qm gemietet hat.¹⁶⁶ Bei einem Preisnachlass von 23,5 % anerkannte das OLG Bamberg,¹⁶⁷ bei 25 % das OLG Dresden,¹⁶⁸ während der BGH bei 25 % ausdrücklich unentschieden ließ und an das Berufungsgericht zurückverwies¹⁶⁹ und bei 38,7 % anerkannte das OLG München¹⁷⁰ keine Gleichwertigkeit mehr, hingegen das OLG Hamburg¹⁷¹ anerkannte bei annähernd 23 % Preisnachlass die Gleichwertigkeit. Bei Preisnachlässen von 50 % und mehr ist die wirtschaftliche Kongruenz regelmäßig zu verneinen.¹⁷² Das AG Hamburg Altona¹⁷³ sah einen Preisunterschied bei der Miete zwischen EUR 690,00 und EUR 760,00 noch als gleichwertig.

Der formalistischen Auffassung, ob die angebotene und die wahrgenommene Gelegenheit identisch sind, ist nicht zu folgen, denn für den Käufer/Mieter stellt sich die Frage der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit bei geringerem Miet-/Kaufpreis nicht; je günstiger die Konditionen desto höher ist der vom Makler herbeigeführte wirtschaftliche Erfolg.¹⁷⁴ In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob der Makler diese Vertragsgelegenheit nachgewiesen hat (vgl. dazu → Rn. 229 ff.), soweit der Käufer nicht bereit bzw. nicht in der Lage war, den ursprünglichen Kaufpreis zu akzeptieren. Inhaltliche Kongruenz wurde bei einem Mietvertrag über monatlich 50.000 DM statt der angestrebten 60.000 DM bejaht.¹⁷⁵ 544

Haben die Parteien für Teilleistungen (Kreditvermittlung, Nachweis von Mietern usw.) Einzelprovisionen vereinbart, so ist jeweils zu prüfen, ob diese Vergütungsform tatsächlich gewollt war oder nur aus steuerrechtlichen Gründen (Anerkennung durch Finanzverwaltungen bei Abschreibungsobjekten) gewählt wurde.¹⁷⁶ 545

Wird in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** festgelegt, dass die Provision auch beim **Abschluss eines wirtschaftlich andersartigen Geschäfts** geschuldet wird, so ist, falls nicht eine Abänderung des Maklervertrages erfolgt ist, eine derartige Allgemeine Geschäftsbedingung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.¹⁷⁷ Solche Klauseln sind jedoch wirksam, wenn sie lediglich festlegen, dass es für die Identität allein auf die Herbeiführung des gewünschten wirtschaftlichen Erfolges ankommt. Derartigen Klauseln kommt kein eigenständiger Regelungsgehalt zu. Sie geben nämlich nur die Rechtslage wieder.¹⁷⁸ 546

¹⁶⁶ OLG Hamburg GuT 2003, 227.

¹⁶⁷ OLG Bamberg NJW-RR 1998, 565.

¹⁶⁸ OLG Dresden NJW-RR 2009, 931.

¹⁶⁹ BGH NJW-RR 2014, 1272.

¹⁷⁰ OLG München MDR 2010, 615.

¹⁷¹ OLG Hamburg NZM 2001, 907.

¹⁷² BGH NJW 2014, 2352; BGH NJW-RR 2014, 1272.

¹⁷³ AG Hamburg-Altona ZMR 2008, 641.

¹⁷⁴ Mißverständlich OLG Hamm NJW-RR 1998, 1070, wenn es feststellt, dass bei einer Kaufpreisminderung von ca. 10 % **nicht von einer gänzlich anderen Kaufgelegenheit** gesprochen werden kann; Büchner ZfIR 2005, 310; wohl zustimmend: MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 161 f.; Dehner Maklerrecht Rn. 114; vgl. auch BGH NJW 1999, 1255.

¹⁷⁵ OLG München NJW-RR 1995, 1524.

¹⁷⁶ Vgl. zum Ganzen auch Bethge S. 103 f.

¹⁷⁷ BGH NJW 2014, 3252.

¹⁷⁸ Seydewitz S. 417; BGH NJW-RR 1986, 50 vgl. aber auch Wolf/Lindacher/Horn § 9 Rn. 112 unter fälschlicher Berufung auf BGH NJW 1982, 2662.

3. Provisionsanspruch und unvollkommener Hauptvertrag

a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt

- 547 Der Makler erwirbt nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann einen Provisionsanspruch, wenn der angestrebte Vertrag **rechtswirksam** zustande kommt. Im Gegensatz zum Handelsvertreterrecht¹⁷⁹ kommt es auf die **Durchführung des Vertrages** nicht an.¹⁸⁰ Eine Ausnahme bildet insofern die Darlehensvermittlung (Verbraucherkredit); nach § 655c Satz 1 BGB entsteht der Provisionsanspruch erst, wenn das Darlehen an den Verbraucher ausbezahlt ist.¹⁸¹
- 548 Nach § 652 Abs. 1 BGB hängt der Anspruch des Käufermaklers daher ausschließlich vom **Zustandekommen des schuldrechtlichen Kaufvertrages**, nicht aber vom **Eigentumserwerb** des Käufers ab. Es ist deshalb allgemein anerkannt, dass einerseits dem Makler auch dann Provision zusteht, wenn der rechtswirksam zustandegekommene Kaufvertrag nicht vollzogen wird, dass er andererseits aber keinen Maklerlohn verlangen kann, wenn der abgeschlossene Kaufvertrag nichtig ist, das Eigentum aber infolge mangelfreier Auflassung und Grundbucheintragung übergeht (vgl. aber auch → Rn. 557 f.).¹⁸²
- 549 Der Provisionsanspruch des Maklers entfällt daher grundsätzlich nicht, wenn der Hauptvertrag nicht durchgeführt, aufgehoben oder wegen des Eintritts einer auflösenden Bedingung nicht erfüllt wird.¹⁸³ Für den Provisionsanspruch ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob auch das dingliche Erfüllungsgeschäft zustande kommt.¹⁸⁴
- 550 Ein Provisionsanspruch entsteht nicht, wenn die Durchführung des durch die Maklerleistung herbeigeführten Hauptvertrages entfällt, weil der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages einen „**Mangel**“ aufweist, der dem Vertrag **von Anfang an**¹⁸⁵ oder **rückwirkend** die Wirksamkeit nimmt¹⁸⁶ oder diesen in der Schwebe hält.¹⁸⁷ In einem solchen Fall fehlt von Anfang an ein vollwirksames Geschäft, das durch die Tätigkeit des Maklers zustande gekommen ist. Damit ist die Bedingung nicht eingetreten, an die das Gesetz das Entstehen eines Provisionsanspruchs knüpft.
- 551 Der BGH¹⁸⁸ weist in diesem Zusammenhang etwas missverständlich darauf hin, dass der Makler am Risiko der Nichtdurchführbarkeit des vermittelten Geschäftes ebensowenig teilnehme wie im Falle der Ausführung an dessen Erfolg. Das von dem Vertragspartner des Maklers mit dem Abschluss des Hauptvertrages erstrebte Ziel sei nicht Geschäftsgrundlage des Maklervertrages, sondern der Beweggrund, der zu dessen Abschluss geführt habe.¹⁸⁹

¹⁷⁹ Vgl. §§ 87, 87a HGB; vgl. MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 174; Fischer Maklerrecht S. 139.

¹⁸⁰ BGH NJW 2009, 2810; BGH NJW-RR 2005, 1506; BGH NJW-RR 1993, 248; BGH NZM 2001, 248; BGH NJW 1982, 2662.

¹⁸¹ Vgl. Weishaupt JuS 2003, 1166.

¹⁸² BGH NJW 1990, 2744; MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 174; 186.

¹⁸³ BGH NJW 2009, 2810; BGH NJW-RR 2005, 1506; BGH NJW-RR 2001, 562; BGH NJW 1982, 2662; OLG Thüringen ZMR 2007, 658; MüKoBGB/Althammer § 652 Rn. 187 – **Ausnahme:** § 655c Satz 1 BGB.

¹⁸⁴ BGH NJW-RR 1993, 248; Grüneberg/Retzlaff BGB § 652 Rn. 32.

¹⁸⁵ RGZ 25, 389.

¹⁸⁶ RGZ 76, 354.

¹⁸⁷ BGH NJW-RR 2008, 564; BGH NJW-RR 2005, 1506; BGH NJW-RR 2002, 50; BGH NJW-RR 1993, BGH NJW 1982, 2662; Bethge Grundbesitz 2005, 24; Würdinger NZM 2006, 167; Würdinger JZ 2009, 349.

¹⁸⁸ BGH NJW 1982, 2662; vgl. zum Ganzen auch umfassend: Kempen, Der Provisionsanspruch des Zivilmaklers bei fehlerhaftem Hauptvertrag, 1984.

¹⁸⁹ Der BGH hat in seinem Urteil vom 14.7.2005 (NJW-RR 2005, 1506) diesen Grundsatz bestätigt; vgl. Würdinger NZM 2006, 167.