

Der Aufwendungsersatzanspruch des Maklers

Einleitung

Der Vergütungsanspruch des Maklers ist nicht populär. Mag auch der Makler einen (für den Immobilienmarkt und andere Handelsgeschäfte wichtigen) Beruf ausüben und eine notwendige Dienstleistung erbringen, so wie andere Dienstleister auch: Gerade der Vergütungsanspruch des Maklers wird immer wieder in Zweifel gezogen, oder der Kunde versucht sich seiner Zahlungsverpflichtung zu entziehen; kurz: die Rechnung des Maklers wird nicht beglichen, und nicht selten landet die Sache irgendwann vor Gericht. Auf dieser Welle einer (tatsächlich oder vermeintlich) unpopulären Maklervergütung reitet gern auch die Presse, so vor einiger Zeit DER SPIEGEL (Heft 44/2010 S. 95) mit dem Aufmacher

„Ortsüblicher Unfug. Makler haben einen schlechten Ruf“

Umso wichtiger ist es für den Makler, rechtssichere Vereinbarungen zu treffen. Damit befasst sich dieser Beitrag.

Die wichtigste Vorschrift des Maklerrechts - § 652 BGB – regelt nicht nur die Provision, sondern auch den Aufwendungsersatzanspruch des Maklers. Die Erstattung von Aufwendungen ist von nicht geringer praktischer Bedeutung. Dabei geht es zum einen um bare Auslagen für Exposés, Anzeigen, Objektfahrten, Porto, EDV, Schreivarbeiten u.v.m. Darüber hinaus steht hier der Aufwendungsersatz im weiteren Sinne, also Abgeltung der allgemeinen Kosten für Büro und Personal sowie Vergütung des eigenen Zeitaufwandes in Rede. Besondere Bedeutung erlangt diese Fragestellung, wenn anspruchsvolle und aufwändige Recherchen (Kataster, Grundbuch, Erbenermittlung, Bauplanungsrecht, Bewertung von Gebäuden usw.) erforderlich sind, um ein Objekt überhaupt erst verkehrsfähig und veräußerbar zu machen. Nicht zuletzt geht es in der Praxis um Reservierungsgebühren, die ihre Begründung in dem zeitweiligen Verzicht auf anderweitige Verkaufsbemühungen und den anderweitigen Vermittlungserfolg finden.

Das Gesetz sieht den Aufwendungsersatzanspruch des Maklers ausdrücklich vor (§ 652 Abs. 2 BGB). Vereinbarungen zwischen den Beteiligten über die Vergütung der verschiedenartigen Maklerleistungen – dies betrifft auch die Art der Vergütung nach Zeitaufwand, pauschal oder fallbezogen – sind grundsätzlich zulässig und gültig.

Einschränkungen ergeben sich im Wesentlichen aus vorformulierten Vertragsbedingungen unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes sowie in Fällen, in denen aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten eine erfolgsunabhängige Provision vereinbart ist; ferner auch dann, wenn die Entschließungsfreiheit des Grundeigentümers im Lichte der Rechtsprechung berührt ist. Es kommt - wie immer im Zivilrecht – auf die sachgerechte Ausgestaltung der Vereinbarungen im Einzelfall an. Dies zeigen zwei neue obergerichtliche Entscheidungen, die sich mit dem Aufwendungsersatzanspruch des Maklers befassen haben.

BGH III ZR 21/10 (Inhaltskontrolle eines Maklervertrages; Reservierungsentgelt u.a.)

Der BGH hatte über die „Wirksamkeit einer Klausel betreffend ein vom Kaufinteressenten auch bei Nichtzustandekommen zu zahlendes Reservierungsentgelt zu entscheiden“. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kunde hatte ein Formular des Maklers unterzeichnet. Darin war geregelt:

Auftrag und Zahlungsverpflichtung

Der Kaufinteressent beauftragt hiermit ... im Einzelnen zu folgenden Tätigkeiten:

- a) die Beurkundung des Kaufvertrages vorzubereiten;
- b) die Finanzierungsunterlagen des Kaufinteressenten zu bearbeiten;
- c) mit Unterzeichnung dieses Auftrages das Objekt reserviert zu halten.

Als Vergütung vereinbarten die Parteien je 750,00 € (a und b) bzw. (c). Der Kunde zahlte den Betrag, der Makler reservierte das Objekt. 14 Tage später teilte der Interessent mit, dass er nicht mehr interessiert sei. Der Makler erstattete von den gezahlten 1.500,00 € die Hälfte. Wegen der anderen Hälfte kam es zum Rechtsstreit. Der Makler wurde in allen Instanzen zur Zahlung verurteilt.

Zur Begründung führte das Landgericht aus, es handele sich um eine „*erfolgsunabhängige Provision*“, die nicht wirksam vereinbart werden könne. Das Reservierungsentgelt sei eine Vergütung „*für bloßes Nichtstun*“, soweit es sich um die übrigen Tätigkeiten handele, fehle ein Bezug zu den „*tatsächlich ersatzfähigen Aufwendungen*“. Insgesamt sei der vereinbarte Aufwendungsersatz unangemessen. Dem folgte der BGH mit folgender Begründung:

„Die streitgegenständliche Klausel stellt letztlich den Versuch (des Maklers) dar, sich für den Fall des Scheiterns (seiner) - die Hauptleistung darstellenden – Vermittlungsbemühungen gleichwohl eine (erfolgsunabhängige) Vergütung zu sichern, ohne dass dabei gewährleistet ist, dass sich aus dieser entgeltspflichtigen Reservierungsvereinbarung für den Kunden nennenswerte Vorteile ergeben oder seitens (des Maklers) eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist.“ Der BGH fügte hinzu, dass der Makler durch die zugesagte Reservierung „*keine ins Gewicht fallende Verzichtleistung*“ erbringe. Dies gelte jedenfalls, solange eine anderweitige Veräußerungschance bestehe.

Die Entscheidung des BGH vermag genau deshalb nicht zu überzeugen: Das Gericht verkennt m. E., dass die „*Verzichtsleistung*“ des Maklers oder – um es bildlich auszudrücken – das Anhalten der Vertriebsmaschine bei weiterhin laufenden Kosten selbstverständlich eine wirtschaftliche Einbuße darstellt und die Reservierung dem Kunden einen konkreten wirtschaftlichen Vorteil verschafft, nämlich ein Erwerbsrecht zu festgelegten Konditionen gesichert. Es liegt nicht völlig fern, dass der Makler sich mit Hinweis auf die Reservierung gezwungen sieht, sogar höhere Kaufgebote zurückzuweisen.

OLG Frankfurt 19 U 120/10 (Formunwirksamkeit des Maklervertrages)

Das OLG Frankfurt urteilte, dass

„in einem Maklervertrag ... die Vereinbarung einer pauschalen Aufwandsvergütung von mehr als 40 % des Erfolgshonorars für den Fall, dass der Auftraggeber von seiner Verkaufsabsicht Abstand nimmt, beurkundungsbedürftig (ist)“.

Der Entscheidung lag ein Vertrag unter Kaufleuten zu Grunde. Der Makler war insbesondere mit der Vorbereitung einer anspruchsvollen Transaktion und der Vermittlung von Kontakten zu potenziellen Investoren beauftragt. Letztendlich kam das Hauptgeschäft nicht zustande. Das Landgericht gab der Vergütungsklage des Maklers statt. In der 2. Instanz wies das OLG Frankfurt die Klage jedoch ab und begründete dies im Kern mit Formunwirksamkeit des Maklervertrages, der nach Auffassung des OLG ebenso wie ein Grundstückskaufvertrag hätte notariell beurkundet werden müssen. Zur Begründung führte das OLG aus:

„Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften gilt nach ständiger Rechtsprechung der Formzwang auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll oder wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern. Demgemäß kann der für einen Verkaufs- oder Erwerbsinteressenten tätige Makler sich für den Fall, dass der Hauptvertrag nicht zustande kommt, nicht ohne Beurkundung einen ins Gewicht fallenden Betrag zusagen lassen, der den Kunden erkennbar so in seiner Entschlussfreiheit beeinträchtigt, dass er unter Verkaufszwang oder Erwerbzwang steht (folgen Nachweise, auch zur Rechtsprechung des BGH)“.

Einen solchen mittelbaren Verkaufszwang betrachtete das OLG Frankfurt durch Vereinbarung einer Aufwandsvergütung von ca. 40 % des Erfolgshonorars (= der Provision) als gegeben; dies entspricht bei Annahme der hier ortsüblichen Courtage einem Wert von ca. 2,5 % des Immobilienpreises.

Die Tätigkeit des Maklers blieb also in beiden hier dargestellten Fällen unvergütet, von den zusätzlich entstandenen, erheblichen Prozess- und Verfahrenskosten nicht zu reden.

Schlussfolgerungen

Der Aufwendungsersatzanspruch bedarf ebenso wie der Provisionsanspruch des Maklers einer rechtssicheren und gerichtsfesten Ausgestaltung. Dabei lässt sich, um die Problematik zu veranschaulichen, eine „**Drei-Stufen-Theorie**“ nutzbar machen:

1. Stufe: bare Auslagen

Hierbei handelt es sich um konkrete und nachweisbare Kosten (bare Auslagen) wie eingangs beschrieben. Solche Kosten können auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen (AGB) auf einen Kunden abgewälzt werden, allerdings auch nur, soweit sie diesem Kunden konkret zuzuordnen sind.

2. Stufe: allgemeine Unkosten und Zeitaufwand

Hier geht es um die allgemeinen und laufenden Kosten des Maklerbüros und um eine Vergütung des Zeitaufwandes des Maklers selbst. Es empfiehlt sich, eine Vereinbarung wegen Übernahme dieser Kosten auf den Einzelfall zu beziehen und mit dem Kunden konkret zu verhandeln. Dies gilt auch für das Reservierungsentgelt; dem Makler ist zu empfehlen, dem Kunden individuell zu verdeutlichen, dass ein Verzicht auf konkrete Vermittlungsbemühungen und damit auf Verdienstmöglichkeiten nur entgeltlich möglich ist. Insgesamt gilt hier: Vereinbarungen schriftlich und im Einzelfall treffen!

3. Stufe: Vergütungsvereinbarungen

Diese Stufe betrifft umfassende Recherchen, Untersuchungen, Verhandlungen und andere Tätigkeiten; es geht um Vergütungen in der Größenordnung einer erfolgsabhängigen Provision. Grundsätzlich empfiehlt sich Schriftform und Vereinbarung im Einzelfall. Zusätzlich ist mit Hinweis auf die Entscheidung des OLG Frankfurt und einer längere Reihe gleichlautender Entscheidungen die notarielle Beurkundung des Auftrags und der Vergütungsvereinbarung zu prüfen, wenn sich der Auftrag auf Verkaufsvorbereitungen bezieht. Dieser Weg bietet auch den Vorzug der fachkundigen Beratung durch den Notar und einer etwaigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Auftraggebers.

Zu vermeiden sind Gestaltungen, die sich als „erfolgsunabhängige Provision“ ausdeuten lassen oder einen – auch mittelbaren – Veräußerungszwang begründen könnten. Alles, was über die bare Kostenerstattung hinaus geht, sollte nicht durch AGB, sondern im Einzelfall und mindestens schriftlich geregelt werden.

Berlin, im Januar 2011

Burkhard Weis Rechtsanwalt und Notar