

Doppeltätigkeit des Maklers

I. Einführung

1. Provisionsalternativen

In Berlin und Brandenburg wird überwiegend **Käuferprovision** („Außenprovision“) vereinbart. Eher selten und auf bestimmte Fälle zugeschnitten ist die **Verkäuferprovision** („Innenprovision“), z. B. bei schwierig zu vermarktenden Objekten und bei Vertriebsverträgen im Bauträgerbereich. In anderen Bundesländern findet sich als häufigste Provisionsart die **Verkäufer- und Käuferprovision**, also eine Aufteilung der gesamten Provision auf Verkäufer und Käufer. Diese Provision kann man auch als **Doppelprovision** bezeichnen, wobei der Begriff nichts über die Höhe der Provision aussagt (nicht notwendiger Weise eine Verdopplung), sondern über die Inanspruchnahme von Verkäufer und Käufer gleichzeitig für den gleichen Geschäftsvorgang. Die Doppelprovision kann in jeweils gleicher Höhe vereinbart werden (z. B. 3% zzgl. MwSt vom Verkäufer, 3% zzgl. MwSt vom Käufer), aber natürlich auch in unterschiedlicher Höhe. Die Provisionen können nebeneinander stehen aber auch als **Ausfallprovision** vereinbart werden.

Beispiel:

Bei Auftragserteilung durch den Verkäufer vereinbart der Makler mit ihm, dass grundsätzlich die Provision in voller Höhe vom Käufer zu zahlen ist (6% zzgl. MwSt). Für den Fall jedoch, dass der Käufer die Provision nicht zahlt oder nicht zahlen muss, weil die rechtlichen Voraussetzungen fehlen, verpflichtet sich der Verkäufer zur Zahlung einer Ausfallprovision von 3% zzgl. MwSt.

Schließlich können Verkäufer- und Käuferprovision an den Kaufpreis anknüpfen (z. B. jeweils 3% vom Kaufpreis zzgl. MwSt), aber auch als **absolute Beträge** vereinbart werden (z. B. bei einem Angebotspreis von 200.000,00 € jeweils 6.000,00 € von Verkäufer und Käufer zzgl. MwSt. Im letztgenannten Fall sinkt die Provision dann nicht mit dem Kaufpreis, sondern bleibt in gleicher Höhe bestehen.

2. Nachweis und Vermittlung

Die Tätigkeit des Maklers, die zu einer Provision führt, ist gesetzlich umschrieben mit **Nachweis**

oder **Vermittlung**. Es handelt sich um unterschiedliche Tätigkeiten des Maklers, obwohl umgangssprachlich fast durchgängig der Begriff „Vermittlung“ Verwendung findet.

Der **Nachweismakler** erbringt seine Maklerleistung bereits dadurch, dass er der Partei, die Provision zahlen soll, die **Vertragsgelegenheit verschafft**. Dies bedeutet, dass er ein reiner Informationsmakler ist und durch die Erteilung bestimmter Informationen die Provision schon verdient. Gegenüber dem Käufer hat der Nachweismakler die Provision verdient, wenn er Objekt und Verhandlungspartner benennt, beim Verkäufer hat er die Nachweisprovision verdient, wenn er den Käufer benennt. Weitere Tätigkeiten schuldet der Makler nicht, auch wenn in der Praxis die Makler üblicher Weise sehr viel weitergehendere Serviceleistungen gegenüber Käufer und Verkäufer erbringen. Die Provision ist aber bereits jeweils verdient mit dem Verschaffen der Vertragsgelegenheit.

Dagegen schuldet der **Vermittlungsmakler** ein **erfolgreiches Einwirken auf die andere Vertragsseite**. Er muss dementsprechend die Vorstellungen seines Kunden, der ihm Provision zahlen soll, vollständig durch Verhandlungen mit dem Vertragsgegner erreichen.

Beispiel:

Der Käufer bittet den Makler, den vom Verkäufer begehrten Kaufpreis von 230.000,00 € auf 210.000,00 € herunter zu handeln. Dem Makler gelingt dies. Er hat Vermittlungsprovision verdient.

Alternative:

Dem Makler gelingt dies nicht ganz, er kann lediglich 220.000,00 € vereinbaren. In diesem Fall ist eine Vermittlungsprovision nicht verdient.

Wenn sowohl die Voraussetzungen des Nachweises als auch die Voraussetzungen der Vermittlung erfüllt sind, verdient der Makler dennoch nur einmal Provision, es sei denn, er hat im Maklervertrag mit dem Kunden ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

Die Vermittlungsprovision wird in der Praxis wichtig, wenn die Nachweisprovision an bestehender Vorkenntnis des Kunden scheitert. In diesen Fällen kann eine Vermittlungsprovision noch verdient werden.

Praxistipp: Die Begriffe Nachweis und Vermittlung sollte ein Makler auseinander halten. Dies gilt zum einen für das Exposé, in der beide Alternativen genannt sein sollten oder der Oberbegriff („Courtage, Provision“). Dies gilt aber auch für sonstige Schriftstücke wie z. B. die Rechnung des Maklers nach erfolgreichem Tätigwerden (keine Rechnung für Vermittlungsprovision, wenn nur Nachweisprovision verwirklicht ist). Schwierigkeiten bei der Provisionsdurchsetzung sind sonst vorprogrammiert.

3. Das Problem

Wenn ein Makler Doppelprovision geltend macht, d. h., sowohl vom Verkäufer als auch vom Käufer, vom Vermieter und vom Mieter, vom Verpächter und vom Pächter, bezahlt wird, stellt sich sofort die Frage ob dies zulässig ist oder ob es jedenfalls eines Hinweises an den Vertragspartner bedarf, dass auch die andere Vertragsseite den Makler bezahlt. Es erscheint nämlich zunächst merkwürdig, dass ein Makler, der Mittler zwischen den Parteien sein soll, diese Mittlertätigkeit noch unparteiisch ausüben kann, wenn er von beiden Parteien bezahlt wird. Verkäufer und Käufer bspw. haben in der Praxis durchaus divergierende Interessen und jede Partei bezahlt den Makler auch deshalb, damit seine Interessen durchgesetzt werden.

II. Zulässigkeit der Doppeltätigkeit

Die Doppeltätigkeit des Maklers, also das Tätigwerden sowohl für Verkäufer als auch für Käufer, ist unproblematisch zulässig, wenn der Makler **Provision nur von einer Seite** erhalten soll. Diese Fallkonstellation ist bei der reinen Käuferprovision – in Berlin und Brandenburg nach wie vor üblich – sogar der Regelfall: Der Makler wird zunächst vom Verkäufer mit der Vermarktung der Immobilie beauftragt, soll also für diesen tätig werden und sucht dann nach einem Käufer, mit dem er einen provisionspflichtigen Maklervertrag abschließt. Gelegentlich wird in dieser Fallkonstellation vom Käufer gegen die Provision eingewendet, der Makler habe die Provision ihm – dem Käufer gegenüber – verwirkt, weil er zugleich für den Verkäufer tätig geworden sei. Der Einwand trägt allerdings nicht, weil der Makler für beide Vertragsparteien ohne Weiteres tätig sein darf, solange er nur von einer Seite bezahlt wird.

Kritischer ist zu sehen sind die Fälle, in denen der Makler **Provision von beiden Seiten** erhält (Doppelprovision) und in diesem Rahmen auch für beide Parteien tätig wird. Hier scheint zunächst

einschlägig § 654 BGB zu sein, der Folgendes bestimmt:

„Der Anspruch auf den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“

Diese vom Wortlaut her an sich eindeutige Vorschrift hat die Rechtsprechung aber aufgeweicht und abgewandelt und zwar zu Gunsten der Makler. Nicht jede Form der Maklertätigkeit soll § 654 BGB unterfallen. Zu unterscheiden sind vielmehr zwei Fallgruppen wie nachstehend beschrieben:

1. Fallgruppe: Unproblematische Maklertätigkeiten

Wer für beide Seiten nur als Nachweismakler tätig ist, unterliegt keinen gesetzlichen Beschränkungen. Auch wer für den Verkäufer als Nachweismakler und für den Käufer als Vermittlungsmakler tätig ist, läuft keine Gefahr die Provision zu verlieren. Dies gilt auch für den Makler, der für den Verkäufer vermittelnd und für den Käufer nachweisend tätig ist.

Sämtliche drei Fälle sind ohne Weiteres zulässig und zwar auch dann, wenn der Makler den jeweils anderen Vertragsteil nicht darauf hingewiesen hat, dass er eine zusätzliche Provision vom Vertragspartner erhält. Die Erkennbarkeit für den jeweiligen Vertragspartner ist unerheblich.

Grundlage der Rechtsprechung ist, dass in diesen Fällen eine echte Interessenskollision nicht auftreten kann. Dies wird besonders deutlich beim beiderseitigen Nachweismakler, der ja nur jeweilige Informationen übermittelt und hierfür die Provision verdient. Dies ist aber auch deutlich in der Fallgruppe, in der der Makler für eine Vertragspartei lediglich Informationsmakler (Nachweismakler) und für die andere Partei Vermittlungsmakler (Verhandlungsmakler) ist. Auch hier ist eine Interessenskollision ausgeschlossen, da eine der beiden Parteien die Provision ja nur für die Übermittlung von Informationen zahlt.

2. Fallgruppe: Vermittlung/Vermittlung

Nur die Fallgruppe, in der der Makler vermittelnd sowohl für Verkäufer als auch für Käufer, für Vermieter und für Mieter, für Verpächter und Pächter, tätig wird, ist nach § 654 BGB nach der Rechtsprechung unzulässig. Es ist nämlich schlicht nicht vorstellbar, dass ein Makler ohne eine Interessenskollision zu verwirklichen beispielsweise sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer

vermittelnd tätig ist bei dem Aushandeln des Kaufpreises. Man kann für den Käufer nicht erfolgreich auf die andere Vertragsseite – den Verkäufer – einwirken, wenn man gleichzeitig vom Verkäufer dafür bezahlt wird, auf den Käufer erfolgreich einzuwirken. Verstößt der Makler gegen das Verbot, sowohl für Verkäufer als auch für Käufer vermittelnd tätig zu sein, **verliert er beide Provisionen.**

Ausnahmsweise ist die Doppelprovision auch in dieser Fallgruppe zulässig, wenn der Makler einen eindeutigen Hinweis an die Parteien gegeben hat. Diesen Hinweis muss der Makler gegebenenfalls im Prozess beweisen. Ob ein Hinweis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausreichend ist, ist in der Rechtsprechung umstritten. Ein sicherer Weg ist dies dementsprechend nicht. Zum Teil wird in der Rechtsprechung auch vertreten, es sei ausreichend, wenn jede Partei die Doppelprovision eindeutig erkennen oder absehen könne. Auch auf diese Ausnahme kann man sich in der Praxis aber nicht verlassen, so dass letztlich nur ein eindeutiger Hinweis an Verkäufer und Käufer die doppelte Vermittlungsprovision sichert.

Bei der Abgrenzung zur 1. Fallgruppe sind allerdings nicht die vertraglichen Vereinbarungen entscheidend, sondern die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit. Wer also faktisch für beide Verhandlungspartner als Vermittlungsmakler tätig wird, unterliegt der hier geschilderten problematischen Fallgruppe auch dann, wenn es keine ausdrückliche Vereinbarung mit den Parteien gibt, dass der Makler vermittelnd tätig sein soll.

3. Sonderfall: Vertrauensmakler

Der Vertrauensmakler ist ein Makler, der für eine Partei Vermittlungsmakler ist und zusätzlich eine besondere Treuebindung an diese Vertragsseite hat. Ein Verkäufer-Vertrauensmakler liegt beispielsweise vor, wenn er vom Verkäufer einen Alleinauftrag erhalten hat und als Tätigkeit „Vermittlung“ schuldet. Ein Käufer-Vertrauensmakler liegt beispielsweise vor, wenn er einen Beratungsvertrag mit dem Käufer geschlossen hat und dementsprechend vermittelnd für ihn tätig sein soll.

Die rechtlichen Folgen des Status des Vertrauensmaklers sind erheblich:

- Die Doppelprovision ist dem Makler nur dann erlaubt, wenn sie ausdrücklich gestattet ist. Zu beachten ist, dass diese Einschränkung nur bei der doppelten Vermittlungstätigkeit gilt, nicht in der 1. Fallgruppe (vgl. oben).

- Die Haftung des Vertrauensmaklers ist deutlich verschärft gegenüber dem normalen Makler, da er eine besondere Treuebindung an eine Vertragsseite hat.

III. Grenzen der Doppelprovision

Für alle der vorgenannten Fallgruppen gelten gemeinsame Grenzen, die der Makler bei der Vereinbarung von Doppelprovision einhalten muss. Diese Grenzen gelten nicht nur für die doppelte Vermittlungstätigkeit, sondern beispielsweise auch für die doppelte Nachweistätigkeit und natürlich in besonderem Maße für den Vertrauensmakler.

1. Grenze: Angemessene Höhe

Bei der Doppelprovision kann es zu der Situation kommen, dass der eine Vertragspartner nicht weiß, dass der Makler auch vom anderen Vertragspartner bezahlt wird. Diese Information ist in der unproblematischen Fallgruppe (vgl. oben) vom Makler auch nicht geschuldet und rechtlich legitim. Dementsprechend liegt es nahe, in diesen Fällen der Doppelprovision an eine Erhöhung der Gesamtprovision zu denken (z. B. 4% vom Käufer, 4% vom Verkäufer). Es stellt sich also bei der Doppeltätigkeit in besonderem Maße die Frage, in welcher Höhe Maklerprovisionen überhaupt rechtlich zulässig vereinbart werden können.

Der Grundsatz: Provisionshöhe ist frei vereinbar

Die in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich verwendeten Provisionsätze sind keine gesetzlichen Vorgaben. Die Provisionshöhe ist **grundsätzlich frei vereinbar** und die Höhe der Provision ist unbeschränkt. Auch können Provisionen von mehreren Personen für den gleichen Geschäftsvorgang geschuldet sein. Die Festsetzung der Provisionshöhe unterliegt der Vertragsfreiheit, so dass in Berlin und Brandenburg ohne Weiteres eine 8%tige Käuferprovision zzgl. MwSt vereinbart werden kann.

Erste Ausnahme: Sittenwidrigkeit/ Wucher

Wann nach der Rechtsprechung eine wucherische oder sittenwidrige Provision anzunehmen ist, ist schwierig zu ermitteln. Die Rechtsprechung ist eher tolerant, es gibt keine klare Grenze. Bei sonstigen Verträgen zeigt sich aber in der Rechtsprechung fast durchgehend, dass Sittenwidrigkeit bei der „Grenze des Doppelten“ einsetzt. Dies bedeutet, dass das Doppelte der üblichen Provision schon kritisch sein kann, bleibt man etwas darunter, wäre dies unschädlich.

Beispiel:

Eine Käuferprovision von 11,5% zzgl. MwSt müsste in Berlin nach der vorgenannten Rechtsprechung unproblematisch sein. Eine Aufteilung dieser Provision von 11,5% auf den Käufer mit 5,5% und den Verkäufer mit 6% dürfte ebenfalls keine Probleme bereiten.

Man sollte daher in jedem Fall immer etwas unter der Verdoppelung der üblichen Provision bleiben. Es stellt sich dann natürlich gleich die Anschlussfrage, wie hoch wohl die „übliche“ Provision als Anknüpfungspunkt ist. Derzeit noch nicht entschiedene Fragen sind:

- Ist bei geringeren Kaufpreisen die übliche Provision höher als 6% (mit der Folge, dass die Grenze der Sittenwidrigkeit dann auch höher liegt)?
- Ist bei sehr hohen Kaufpreisen die übliche Provision niedriger als 6% (mit der Folge, dass die Sittenwidrigkeitsgrenze vielleicht schon bei 8% überschritten ist)?

Verstößt der Makler gegen die Grenze der Sittenwidrigkeit, **verliert er die gesamte Provision**. Bei Aufteilung der Provision auf Verkäufer und Käufer werden dementsprechend sowohl der Verkäufer als auch der Käufer von der Provisionszahlung frei.

Die Auswirkungen der Überschreitung der Sittenwidrigkeitsgrenze sind daher für den Makler dramatisch.

Zweite Ausnahme: Wohnungsvermietung

Auf Grund einer spezialgesetzlichen Regelung (Wohnungsvermittlungsgesetz) ist die Maklerprovision bei der Vermietung von Wohnraum der Höhe nach begrenzt auf zwei Monatsmieten zzgl. MwSt. Darüber hinaus darf in diesen Fällen nur mit Auftrag des Berechtigten vermarktet werden. Schließlich darf die Provision nicht als absoluter Betrag genannt werden, sondern muss immer anknüpfen an die Monatsmiete. Zu beachten ist, dass diese Grenze **nicht bei Gewerbemietverträgen oder Pachtverträgen** gilt. Hier greift nur die Grenze der Sittenwidrigkeit und des Wuchers (vgl. erste Ausnahme), so dass der freien Gestaltung der Maklerprovision in diesen Fällen keine Grenzen gesetzt sind.

Beispiel:

Für den Nachweis eines Restaurants vereinbart der Makler mit dem zukünftigen Pächter eine Provision von drei Brutto-Warmmieten für den Pachtvertrag und

daneben eine Provision von 8% vom Kaufpreis für den Restaurantbetrieb.

Zweite Grenze: Pflicht zu wahrheitsgemäßen Angaben über Doppeltätigkeit auf Nachfrage.

Wie bereits ausgeführt, ist der Makler grundsätzlich nicht verpflichtet, die Vertragspartei darauf hinzuweisen, dass er Provision auch vom anderen Vertragspartner erhält. Fragt allerdings ein Vertragspartner, ob der Makler auch vom anderen bezahlt wird, muss er wahrheitsgemäße Angaben machen. Teilt der Makler dann wahrheitswidrig mit, er werde nicht vom anderen Vertragsteil bezahlt, verliert er die Provision gegenüber der Partei, der gegenüber er die Unwahrheit sagt.

Dritte Grenze: Pflicht zur Unparteilichkeit.

Der Makler ist in jeder Variante „Mittler“ zwischen den Parteien. Er ist stets der Partei gegenüber, die ihn bezahlt, zur Unparteilichkeit verpflichtet. Diese Grenze gilt dementsprechend nicht nur bei provisionspflichtiger Doppeltätigkeit, sondern auch bei ausschließlicher Verkäuferprovision oder bei ausschließlicher Käuferprovision. Der Makler verwirkt seine Provision nach § 654 BGB, wenn er seine Unparteilichkeit zu Lasten der Partei verletzt, die ihn bezahlt.

In der Praxis ist die Unparteilichkeit bei Verhandlungen zwischen Verkäufer und Käufer oft sehr schwierig zu wahren.

Entschiedene Fälle**Erster Fall: Kombination Provision – erfolgsunabhängige Provision.**

Die Rechtsprechung sieht es als unzulässig an, wenn der Makler eine normale Verkäuferprovision (Provision für den Fall des Verkaufs eines Objekts) mit einer erfolgsunabhängigen Käuferprovision (Provision auch dann, wenn der Erwerber nicht kauft) kombiniert. Dies ist allerdings zugegeben ein sehr exotischer Fall.

Zweiter Fall: Zwangsversteigerungs-Objekt.

Die Rechtsprechung sieht den Makler gegenüber dem provisionspflichtigen Käufer aufklärungspflichtig, wenn sich das Objekt nach seiner Kenntnis in der Zwangsversteigerung befindet. Der Makler darf seinem Kunden daher diese Tatsache nicht verschweigen, sondern muss sie offenbaren. Offenbart er diese Tatsache nicht, verletzt er seine Pflicht zur Unparteilichkeit, weil er mit dem Verschweigen dieses Umstandes sich auf die Seite des Verkäufers stellt. Diese Fälle sind in

der Praxis schwierig zu handhaben, weil der Verkäufer den Makler oft anweist, über die Tatsache der Zwangsversteigerung Stillschweigen zu bewahren, um nicht mögliche Kaufpreiseinbußen und Verhandlungs Nachteile zu erleiden.

Dritter Fall: Einseitige Interessenwahrnehmung für Verkäufer oder Käufer.

Der Makler muss stets ausgleichend wirken. Er darf sich nicht einseitig für die Interessen des Verkäufers oder die Interessen des Käufers einsetzen, wenn er von der anderen Vertragsseite bezahlt wird.

Beispiel:

Ein Vermietungsmakler erhält Innenprovision. Als Interessenten akquiriert er einen Käufer mit nur unzureichenden deutschen Sprachkenntnissen und nur unzureichender Bildung, der Gefahr läuft, vom sehr professionellen Vermieter „über den Tisch gezogen“ zu werden. Der Makler nimmt seine soziale Verantwortung wahr und berät den Käufer bei den Verhandlungen mit dem Vermieter. Als eine bestimmte Bedingung durch den Vermieter nicht akzeptiert wird, rät er dem Käufer, nicht anzumieten. Der Käufer mietet dennoch. Der Verkäufer versagt die Provision mit Hinweis auf eine einseitige Interessenwahrnehmung des Mieters, obwohl der Vermieter ihn bezahlt.

Die Grenzen in diesem Fall sind fließend. Selbstverständlich hat der Makler das Recht, auch die Partei zu begleiten und zu beraten, die ihn nicht bezahlt und vor Übervorteilung zu schützen. Das Abraten vom Vertragsschluss geht allerdings eindeutig zu weit und führt zur Verwirkung der Provision, die er vom Vermieter erhalten soll.

Vierter Fall: Unzulässiger Druck auf eine Vertragspartei.

Jedweder unzulässiger Druck auf die Vertragspartei, die Provision zahlen soll, führt zur Verwirkung der Provision bei dieser.

Beispiel:

Der Makler drängt auf den Notarvertrag, weil – angeblich – ein zweiter Notartermin mit anderen Interessenten unmittelbar bevorsteht. Zulässig wäre natürlich eine Aufklärung über einen tatsächlich bevorstehenden zweiten Notartermin, dies ist kein unzulässiger sondern zulässiger Druck.

Fünfter Fall: Verstoß gegen Aufklärungspflicht.

Sehr häufig kommt der Makler in Interessenkollision, wenn er zwischen Verkäufer und Käufer in Verhandlungen eingeschaltet ist.

Beispiel:

Von Kaufinteressenten, die mit einem Gutachter das Objekt geprüft haben, erfährt der Makler vom Schwammbefall. Diese Kaufinteressenten erwerben letztlich nicht. Der Verkäufer drängt den Makler, den Umstand des vorhandenen Schwamms gegenüber weiteren Kaufinteressenten zu verschweigen, da sonst das Objekt nicht verkäuflich ist.

Gerade bei auftretenden Mängeln des Objekts liegt häufig ein Spannungsverhältnis vor: Der Verkäufer verlangt Verschwiegenheit, gegenüber dem Käufer wäre Aufklärung wichtig. Hier hat die Rechtsprechung eindeutig Stellung bezogen: Die Aufklärung des provisionspflichtigen Käufers geht der Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber dem Verkäufer vor. Wenn der Makler nicht beide Interessen bedienen kann, muss er sich aus dem Geschäft zurückziehen und das Objekt abgeben.

Sechster Fall: Preisverhandlungen.

Überraschend ist, dass die Rechtsprechung vom Makler verlangt, sich in Preisverhandlungen nur sehr zurückhaltend einzuschalten.

Zulässig sind Preisverhandlungen durch den Makler in folgenden Situationen:

- Preisberatung des Verkäufers zu einem Zeitpunkt, zu dem noch kein Käufer gefunden ist (also bei Aufnahme des Objekts).
- Beide Parteien beauftragen den Makler in einer festgefahrenen Situation mit den weiteren Preisverhandlungen unter ihnen.

Unzulässig sind Preisverhandlungen, die der Makler führt in praktisch allen anderen Fällen, insbesondere in folgenden:

- Der Makler hat bei Aufnahme des Objekts zunächst den Verkäufer über den Preis beraten und berät jetzt den provisionspflichtigen Käufer über eine Senkung des Kaufpreises (Verwirkung der Provision gegenüber dem Verkäufer).
- Der Makler teilt dem Käufer mit, die Kaufpreisvorstellung des Verkäufers sei „völlig überhöht“, der Käufer müsse hier nur abwarten

bis der Kaufpreis sinkt (Verwirkung der Provision gegenüber dem Verkäufer).

- Der Käufer will den vom Makler ausgehandelten Kaufpreis nicht akzeptieren. Obwohl eine Chance zur Einigung zwischen Verkäufer und Käufer besteht, schaltet der Makler von sich aus weitere Interessenten ein und versucht den Kaufpreis hochzutreiben (Verwirkung der Provision gegenüber dem Käufer).
- Bei den Kaufpreisverhandlungen verwendet der Makler Taktiken gegenüber Verkäufer und Käufer. Nach der sehr engen Rechtsprechung ist jede Taktik unzulässig, weil sie die Pflicht zur Unparteilichkeit verletzt. Wer dementsprechend taktische Maßnahmen zu Lasten der Partei einsetzt, die ihn letztlich bezahlen soll, verwirkt dort seine Provision.
- Falsche Angaben über die jeweils andere Verhandlungsposition. Wer die Taktik so weit treibt, mit falschen Angaben zu arbeiten, verwirkt ebenfalls die Provision gegenüber der Partei, zu deren Lasten die Taktik geht.

Im Ergebnis sollte der Makler bei Preisverhandlungen äußerst zurückhaltend sein, weil die Rechtsprechung überraschend zurückhaltend bei der Zulässigkeit ist und relativ schnell eine Verletzung der Pflicht zur Unparteilichkeit annimmt.

Hinweise

1. Hinweis: Die doppelte Pflichtenanspannung entsteht erst mit dem zweiten Treueverhältnis. So ist es zulässig, den Verkäufer über den Kaufpreis zu beraten, wenn noch kein Käufer gefunden ist, weil noch kein zweites Treueverhältnis besteht.

2. Hinweis: Verweisung auf anderweitige Beratung. Wenn der Makler erkennt, dass eine Interessenkollision droht und damit ein Verstoß gegen die Unparteilichkeit, kann er die Parteien bitten, zu diesem Punkt des Vertrages entweder selbst und direkt zu verhandeln oder einen anderen Berater aufzusuchen und sich von diesem beraten zu lassen. Bitten dann beide Parteien den Makler, trotz der möglichen Interessenkollision für sie weiter zu verhandeln, liegt ein Verstoß gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit nicht vor (vgl. dritter Hinweis).

3. Hinweis: Ausdrückliche Gestattung zum Kollisionsgrund. Weist der Makler die Parteien darauf hin, dass er bei den konkreten Verhandlungspunkt in Interessenkollision gerät und daher droht, dass er seine Pflicht zur

Unparteilichkeit verletzt und beauftragen die Parteien den Makler dennoch zu weiteren Verhandlungen über ihn, hat der Makler kein Problem mehr mit seiner Pflicht zur Unparteilichkeit. Aus Beweisgründen sollte sich der Makler diese Anweisung allerdings schriftlich geben lassen.

4. Hinweis: Einstellung der Tätigkeit bei unlösbarem Konflikt. Manchmal sind die Konflikte nicht lösbar. Der Makler kann unter den Parteien nicht weiter mitteln ohne Verstoß gegen die Verpflichtung zur Unparteilichkeit. Auch der Vorstoß des Maklers, beide Parteien dazu zu bewegen, ihn als Verhandler zwischen den Parteien zuzulassen, kann scheitern.

Beispiel:

Der Makler erlangt im Rahmen der Vermakelung der Immobilie Kenntnis von bestehenden Mängeln. Der Verkäufer verlangt von ihm Verschwiegenheit, dem Käufer gegenüber schuldet er Aufklärung.

Ist der Konflikt unlösbar, gibt es nur einen Ausweg: Der Makler muss seine weitere Tätigkeit ablehnen. Bei einem Fortführen der Tätigkeit droht nämlich in diesen Fällen nicht nur Provisionsverlust, sondern auch Schadenersatz derjenigen Partei, die sich später auf die Pflicht zur Unparteilichkeit beruft.

Beispiel:

Der Käufer erlangt nach Abschluss des Kaufvertrages Kenntnis von Mängeln und von dem Umstand, dass der Makler diese Mängel kannte. Er nimmt Makler und Verkäufer auf Schadenersatz in Anspruch.

IV. 7 Tipps zur Doppeltätigkeit

Vorab sei darauf hingewiesen, dass die nachstehenden Tipps nur relevant sind bei **provisionspflichtiger Tätigkeit** für beide Vertragsparteien. Wird der Makler zwar für beide Parteien tätig (Doppeltätigkeit), aber nur für eine Partei provisionspflichtig, ist diese Tätigkeit unproblematisch zulässig (vgl. oben).

1. Tipp: Bei Verkäuferauftrag „Vermittlung“ streichen, dort nur „Nachweis“-Makler.

Nur die doppelte Vermittlungstätigkeit wird von der Rechtsprechung als kritisch angesehen. Um zu verhindern, dass eine solche doppelte Vermittlungstätigkeit entsteht, kann man bei einer der Vertragsparteien im Maklerauftrag die „Vermittlung“ als Alternative streichen. Es bietet

sich hier der Verkäufer an, weil beim Käufer die Vermittlungstätigkeit zusätzlich zur Nachweistätigkeit probates Mittel gegen den Einwand der Vorkenntnis sein kann. Dementsprechend empfiehlt es sich nicht, die Käuferprovision auf „Nachweis“ zu beschränken.

Hinzuweisen bleibt aber auch an dieser Stelle darauf, dass es nicht allein auf die vertragliche Vereinbarung ankommt, sondern vor allen Dingen auch auf die faktische Ausübung der Tätigkeit (vgl. oben).

2. Tipp: Keine Aufklärung über Doppeltätigkeit bei unproblematischer Fallgruppe.

Wenn der Fall für den Makler völlig unproblematisch ist (Nachweis/Nachweis oder Vermittlung/Nachweis) bedarf es keines Hinweises und keiner Aufklärung gegenüber den Parteien. Dementsprechend sollte eine solche Aufklärung auch unterbleiben, weil sie leicht den Eindruck erwecken kann, der Makler kläre auf, weil es sich bei seiner Vorgehensweise um etwas „Anstößiges“ handelt.

3. Tipp: Aufklärung über Doppeltätigkeit bei problematischer Fallgruppe.

Wird der Makler für beide Seiten als Vermittlungsmakler tätig, sollte er beide Parteien aufklären und zwar in deutlicher Form und außerhalb der AGB:

„Der Makler weist darauf hin, dass er auch für den Käufer provisionspflichtig tätig ist.“

„Der Makler weist darauf hin, dass er auch für den Verkäufer provisionspflichtig tätig ist.“

Ob eine Aufklärung dergestalt ausreicht, dass man nur auf die Tätigkeit auch auf die andere Vertragsseite hinweist (ohne Hinweis auf die Provisionspflicht) ist zweifelhaft. Sicherheitshalber sollten die vorgenannten Formulierungen verwendet werden.

4. Tipp: Bei Frage nach Doppeltätigkeit: Wahrheit sagen.

Ungefragt muss in der überwiegenden Anzahl der Fallalternativen der Makler nicht auf die Doppeltätigkeit hinweisen. Wird er allerdings gefragt, muss er die Wahrheit sagen.

5. Tipp: Summe der Provision muss unter der doppelten üblichen Provision bleiben.

Vergleiche hierzu die Ausführungen zur Höhe der Provision.

6. Tipp: Unparteilichkeit trainieren.

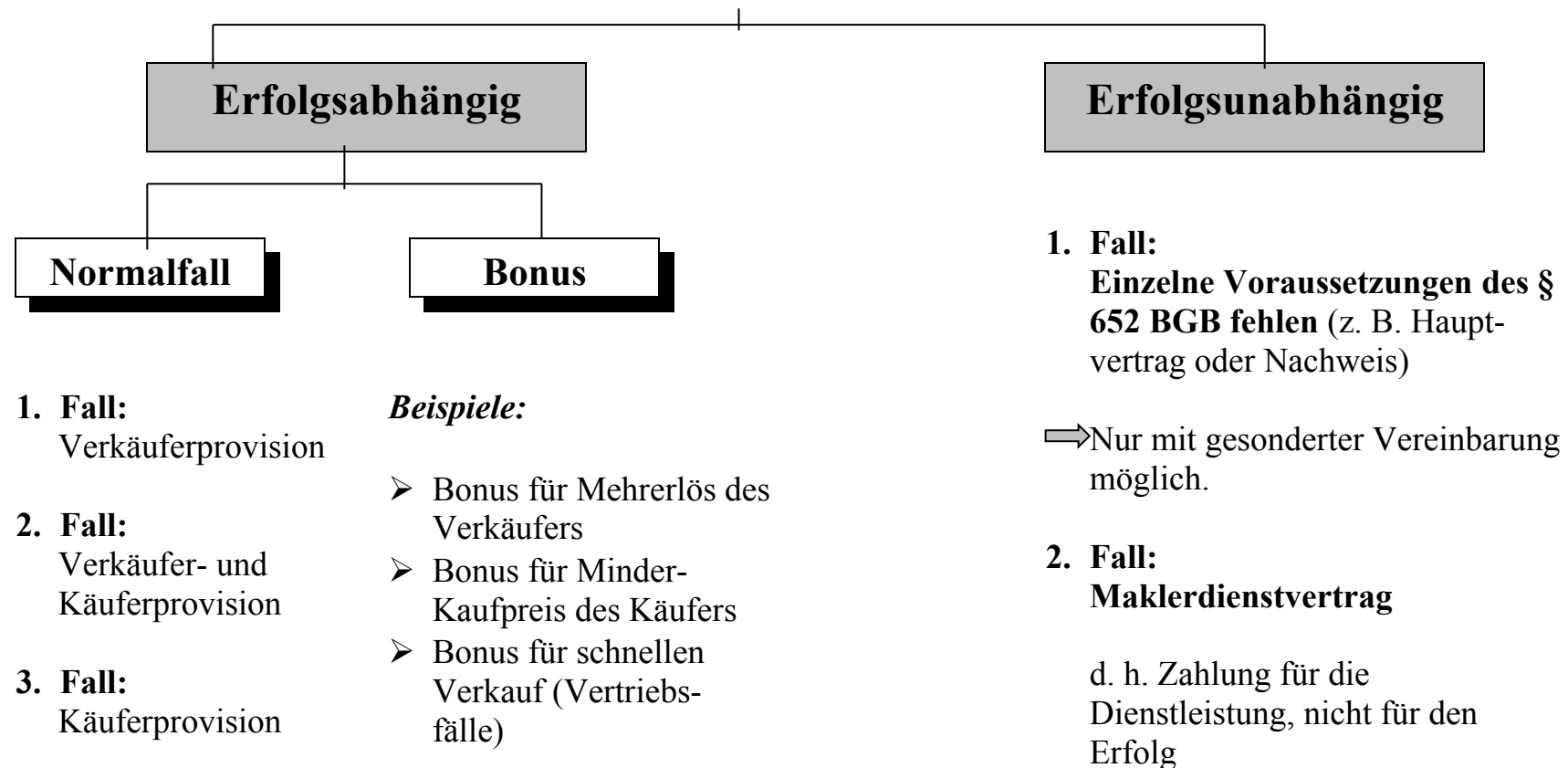
Die größten Fallstricke liegen bei einem Verstoß gegen die Unparteilichkeit des Maklers. Unparteilichkeit ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie alle Fälle der Maklertätigkeit erfasst und ein Verstoß stets zur Verwirkung der Provision und gegebenenfalls auch zum Schadenersatz verpflichten kann. Hier sollte man sich bei Verhandlungen mit den Parteien bewusst sein, was man in welcher Weise äußert und überlegen, ob man die Pflicht zur Unparteilichkeit bei dieser Äußerung noch wahr.

7. Tipp: Weg von Doppelprovision oder Käuferprovision, hinarbeiten zur ausschließlichen Verkäuferprovision.

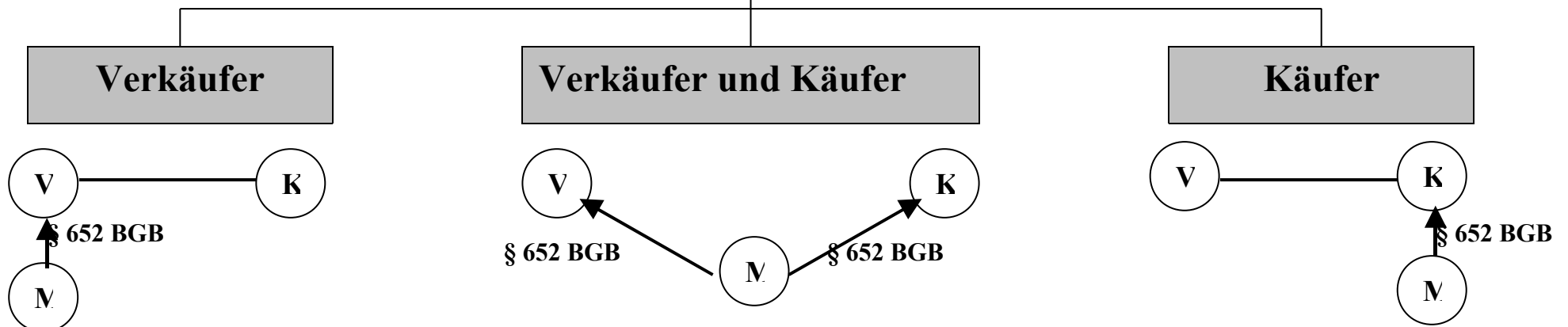
Die Doppelprovision von Verkäufer und Käufer ist immer ein Spagat zwischen Verschwiegenheitspflicht und Aufklärungspflicht. Verhandlungen mit den Parteien sind – will man die Pflicht zur Unparteilichkeit wahren – äußerst schwierig. Auch die reine Käuferprovision hat den Nachteil, dass der Makler regelmäßig doppelt rechtsgeschäftlich verpflichtet ist, nämlich gegenüber dem Verkäufer aus dem erteilten Auftrag zur Vermarktung der Immobilie und gegenüber dem Käufer aus dem provisionspflichtigen Maklervertrag. Nur die Verkäuferprovision ist klar und eindeutig:

- ❖ Der Verkäufer beauftragt den Makler mit der Vermarktung des Objekts zeitlich als erster und er zahlt letztlich auch die Provision und nicht der Käufer, den der Makler noch finden muss.
- ❖ Der Makler berät ausschließlich den Verkäufer als denjenigen, der ihn bezahlt. Der Käufer kann nicht damit rechnen, einen guten Ratschlag vom Makler zu erhalten, weil er erkennt, dass der Makler ausschließlich die Interessen des Verkäufers vertritt.
- ❖ Interessenkollisionen sind kaum vorstellbar, da der Makler dem Käufer gegenüber keine Beratung schuldet und auch keine Beratung erbringt.
- ❖ Schadenersatzrisiken reduzieren sich deshalb deutlich, weil der Makler nur in einer vertraglichen Verbindung steht, nämlich zum Verkäufer.

Vergütung des Maklers



Provisionsalternativen



- 1. Fall: Teilung der Provision zwischen Verkäufer und Käufer
- 2. Fall: Ausfallprovision

Maklervertrag

In der Regel unproblematisch, weil schriftlich

Nachweis/ Vermittlung

Vermittlung unproblematisch, keine Interessenkollision, Nachweis: Käufername und Anschrift genügt, mehr ist nicht erforderlich

Hauptvertrag

Kausalität

Vorkenntnisprobleme selten

Haftungssituation

Haftung ggü. V, nicht gegenüber K

Maklervertrag

Teils problematisch (Käufer), teils unproblematisch (Verkäufer)

Nachweis/ Vermittlung

Problematik der zulässigen Doppelprovision

Hauptvertrag

Kausalität

Vorkenntnisproblem häufig bei Käuferprovision

Haftungssituation

Haftung ggü. Verkäufer und Käufer

Maklervertrag

Sehr problematisch wegen Beweisproblemen, aber Vorteil: Der Maklervertrag kommt unbemerkt zu Stande und Verpflichtung zur Zahlung von Provision. U. U. neues Problem: Fernabgabegesetz

Nachweis/ Vermittlung

Hauptvertrag

Kausalität

Vorkenntnisproblem ist in der Praxis erheblich, nachweisen kann auch Makler, der keinen Auftrag vom Verkäufer hat.

Haftungssituation

Haftung in der Praxis ggü. Verkäufer und Käufer, da im Verhältnis zwischen Makler und Verkäufer im Regelfall „Auftrag“ vorliegt

Doppeltätigkeit

Unproblematisch: Zulässig, wenn Provision nur von **einer** Seite gezahlt wird

Problematisch: Provision von **beiden** Seiten

1. Fallgruppe

Nachweis/Nachweis
Nachweis/Vermittlung
Vermittlung/Nachweis

Ohne weiteres zulässig
Erkennbarkeit unerheblich

Abgrenzung:

Vertraglich übernommene
Tätigkeit
oder
tatsächlich ausgeübte
Tätigkeit?

2. Fallgruppe

Vermittlung/Vermittlung

Grundsatz: Unzulässig, § 654 BGB
Bei Verstoß: Verlust **beider** Provisionen

Ausnahmen: Zulässig, wenn

- eindeutiger Hinweis an Parteien
- AGB-Hinweis (streitig)
- eindeutig erkennbar oder absehbar (streitig)

Sonderfall: Vertrauensmakler

Gemeinsame Grenzen

Angemessene Höhe

Bei Verstoß: Verlust **beider** Provisionen

Pflicht zur Unparteilichkeit

Bei Verstoß: Verlust **einer** Provision

Pflicht zu wahrheitsgemäßen Angaben
über Doppeltätigkeit auf Nachfrage

Bei Verstoß: Verlust **einer** Provision

8 Tipps zur Doppeltätigkeit

- 1. Tipp:** Die folgenden Tipps sind nur relevant beim **provisionspflichtiger** Tätigkeit für beide Vertragsparteien.
- 2. Tipp:** Bei Verkäufer-Auftrag **„Vermittlung“ streichen**, dort nur „Nachweis“-Makler.
- 3. Tipp:** **Keine Aufklärung** über Doppeltätigkeit bei unproblematischer Fallgruppe.
- 4. Tipp:** **Aufklärung** über Doppeltätigkeit bei problematischer Fallgruppe.
- 5. Tipp:** Bei Frage nach Doppeltätigkeit: **Wahrheit sagen**.
- 6. Tipp:** Summe der Provisionen muss **unter der doppelten üblichen Provision** bleiben.
- 7. Tipp:** **Unparteilichkeit** trainieren.
- 8. Tipp:** Weg von Doppelprovision oder Käuferprovision. Unparteilichkeit ist immer „Eiertanz“. Hinarbeiten zur ausschließlichen **Verkäuferprovision**.

Angemessene Höhe

Grundsatz

- Provisionshöhe ist frei vereinbar
- Auch Provision von mehreren Personen möglich

1. Ausnahme: Sittenwidrigkeit/Wucher

Rechtsprechung:

- Tolerant
- Keine klare Grenze
- Bei Sittenwidrigkeit: Gesamte Provision entfällt

Praxistipp:

Unter der Verdoppelung der üblichen Provision bleiben

Beispiel:

Käuferprovision in Berlin: 11,5 % zzgl. MwSt, nach der Rechtsprechung kein Problem

Problem: Wie hoch ist „übliche Provision“?

- Bei geringem Kaufpreis: höher als 6 %?
- Bei hohem Kaufpreis: niedriger als 6 %?

2. Ausnahme: Wohnung bei Vermietung

→ Höhe begrenzt: 2 MM + MwSt

→ Nur mit Auftrag

→ Provision nicht als Betrag, sondern anknüpfend an MM

Achtung:

Bei Gewerbemietverträgen gilt Ausnahme nicht, hier nur Grenze nach „1. Ausnahme“ (Sittenwidrigkeit/Wucher)

Vertrauensmakler

Begriff:

Vermittlungsmakler
+ besondere Treuebindung an eine Vertragsseite

Beispiel:

- ❖ Alleinauftrag bei Verkäufer
- ❖ Beratungsvertrag bei Käufer

Folgen:

Für Doppeltätigkeit

Zulässig nur bei ausdrücklicher
Gestattung
Achtung: Einschränkung gilt nur bei
„Vermittlung/Vermittlung“

Für Haftung

Strengere Haftungskriterien für
Makler

Pflicht zur Unparteilichkeit

- Bedeutung:** - Bei provisionspflichtiger Doppeltätigkeit
- Bei ausschließlicher Verkäufer- oder Käuferprovision als Verwirklichungsmöglichkeit

Entschiedene Fälle

- 1. Fall:** Kombination Provision – erfolgsunabhängige Provision
- 2. Fall:** Zwangsversteigerungs-Objekt
- 3. Fall:** Einseitige Interessenwahrnehmung für Verkäufer oder Käufer
- 4. Fall:** Unzulässiger Druck auf eine Vertragspartei
- 5. Fall:** Verstoß gegen Aufklärungspflicht
(Aufklärung geht Verschwiegenheit vor)
- 6. Fall:** Preisverhandlung (Rechtsprechung: nur zurückhaltende Einschaltung des Maklers)

Zulässig

- Preisberatung des Verkäufers zu Zeitpunkt, zu dem noch kein Käufer gefunden ist
- Beide Parteien beauftragen Makler bei festgefahrener Situation mit Preisverhandlung

Unzulässig

- Beratung des Käufers über Kaufpreis nach vorheriger Beratung des Verkäufers über Kaufpreis
- Mitteilung an Käufer, Kaufpreisvorstellung des Verkäufers sei „überhöht“
- Preistreiberei durch Einschaltung weiterer Interessenten, Verzögerung des Abschlusses
- Jede Taktik ggü. Verkäufer und Käufer
- Falsche Angaben über jeweils andere Verhandlungsposition

Tipps

- 1. Tipp:** Pflicht entsteht zeitlich erst mit zweiten Treueverhältnis
- 2. Tipp:** Verweisung auf anderweitige Beratung zum Kollisionsgrund (z. B. Kaufpreishöhe)
- 3. Tipp:** Ausdrücklich Gestattung zum Kollisionsgrund
- 4. Tipp:** Einstellung der Tätigkeit bei unlösbarem Konflikt

Beispiel:

Makler erlangt Kenntnis von Mängeln, Verkäufer verlangt Verschwiegenheit