Der makelnde Verwalter und/oder der verwaltende Makler

I. Einleitung

Da es weder für den Makler noch für den Verwalter gesetzliche Berufsbilder gibt, fehlen bis auf bestimmte Sachverhalte (Wohnungsvermittlung) eindeutige gesetzliche Vorgaben, die dem Verwalter eine Maklertätigkeit oder dem Makler die Übernahme einer Verwaltung grundsätzlich verwehren würde. Deshalb sind in der Praxis auch häufig Verbindungen beider Tätigkeitsbereiche festzustellen. Hieraus ergeben sich allzu häufig auch Probleme, da die Grundlagen und Grenzen der Maklertätigkeit vielfach nicht hinreichend bekannt sind.

II. Maklerprovision

1. Kein Provisionsanspruch ohne Maklervertrag
Abweichen von der gesetzlichen Vermutung des § 653 BGB für stillschweigende Einigung und Entgeltlichkeit der Tätigkeit des Maklers
Ein Maklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Unklarheitenregel der Rechtsprechung
Reines Gefallenlassen oder Entgegennahme von Maklerdienstleistungen rechtfertigt nicht in jedem Fall und nicht ohne Weiteres die Annahme eines stillschweigenden Vertragsabschlusses

Unklarheiten gehen zu Lasten des Maklers mit voller Darlegungs- und Beweislast für Zustandekommen des Maklervertrages

2. deutliches Provisionsverlangen (= Maklervertrag) zur Vermeidung von Missverständnissen und je nach Verkehrskreisen (Verbraucher, Unternehmer) frühzeitig (Anzeige, Expose, Objektnachweis etc.) ausbringen.
Ohne klare Regelung weder vertragl. noch sonstiger Anspruch

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen (= wirksamer Vertrag)
Regelmäßig erforderlich, wenn
- Ausgestaltung und Abweichung vom gesetzlichen Leitbild
- Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert

Individualvereinbarung
Nur, wenn für den Einzelfall und mit dem Kunden ausgehandelt, also „der gesetzesfremde Kern der AGB inhaltlich und ernsthaft zur Diskussion gestellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen mit der realen Möglichkeit eingeräumt wird, die inhaltliche Ausgestaltung zu beeinflussen."

Nicht ausreichend:
- Aufklärung über die Abweichung vom Gesetz
- Bestätigung des Aushandelns
- Disposition der Provisionshöhe
- Handschriftliche Regelung, wenn vorformuliert und mehrfach verwendbar

Leitbild
- Abschlussfreiheit des Kunden
- Erfolgsabhängigkeit der Provision
- Ursächlichkeit der Maklertätigkeit
- Keine Leistungspflicht des Maklers, wenn nicht ausdrücklich oder konkludent vereinbart

Reservierungsvereinbarung
- wenn das Objekt für bestimmte Zeit keinem Dritten angeboten wird
- Entgelt geringer als Maklergebühr; auf die Provision anrechenbar
- Problematisch, da Kunde in der Entschlussfreiheit beeinflusst wird
- Kein Schutz vor Veräußerung an Dritte

Alleinauftrag
- Recht des Maklers, allein für den Kunden tätig zu werden
- Pflicht des Maklers, sich regelmäßig und intensiv für den Auftraggeber einzusetzen
- Eigengeschäft möglich ohne Provision

Erweiterter Alleinauftrag
- Kunde muss jeden Interessenten an den Makler verweisen
- Kein Eigengeschäft möglich
- Hohe Anforderungen an eine wirksame Vereinbarung

4. Nachweis
Zu bejahen, wenn der Makler den Interessenten auf die Gelegenheit hingewiesen hat, ein konkret bezeichnetes Objekt von dem konkret bezeichneten verkaufsbereiten Erwerber zu dem konkret bezeichneten Preis zu erwerben.

5. Kausalität
Der Hauptvertrag muss Folge einer dem Maklervertrag entsprechenden auf den Hauptvertrag abzielenden Maklertätigkeit sein (BGH, WM 1976, 118 = NJW 1976, 1844); nicht ausreichend ein Zufallserfolg (z. B. Notar kauft statt Maklerkunde)
Schluss auf den Zusammenhang, wenn der Makler die Gelegenheit nachgewiesen hat und der Vertragsschluss in angemessenem Zeitabstand nachfolgt (BGH, NJW 1980, 123);
Vorkenntnis ist gegeben, wenn Kunde die Gelegenheit und die Bereitschaft kennt, Mitursächlichkeit reicht

6. Zustandekommen eines wirksamen Hauptvertrages
Nur ein **rechtswirksam** zustande gekommener Hauptvertrag löst Provisionspflicht aus

Also unproblematisch (trotz)
- Kündigung, Rücktritt

Nicht zu bejahen bei
- Nichtigkeit wegen §§ 134, 138 oder Anfechtung wegen §§ 119, 123 BGB, Unmöglichkeit
- aufschiebende/auflösende Bedingung tritt ein

III. Hinweispflichten

- Doppelmakler
- Gemeinschaftsgeschäft
- steuerliche Auskünfte müssen richtig sein, wenn sie erteilt werden
- Mängel/Mängelgutachten
- Wohnraumnutzung

IV. Einschränkungen der Provisionspflicht

1. Wohnungsvermittlung § 3 Abs. 2 S. 1 WoVermitt G

Ist der Makler für den Eigentümer bei der Vermittlung einer Mietwohnung tätig, hat er Anspruch auf Entgelt nur, wenn durch seine Vermittlung ein Wohnraummietvertrag zustande kommt. Dieser Anspruch besteht gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 WoVermittG nicht, wenn

- durch den Mietvertrag ein Mietverhältnis fortgesetzt, verlängert oder erneuert wird, Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Eigentümer, Verwalter, Mieter oder Vermieter der Wohnungsvermittler ist.
- Der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Eigentümer, Verwalter oder Vermieter eine juristische Person ist, an der der Wohnungsvermittler rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist.

Abweichende Vereinbarungen hiervon sind unzulässig.

2. Verflechtungslage
angesichts derer dem Makler die Unabhängigkeit gegenüber den Parteien des Hauptvertrages fehlt.

a) echte Verflechtung
wirtschaftliche oder rechtliche Verbindung oder Beteiligung mit dem Vermieter/Verkäufer

b) unechte Verflechtung (vgl. BGH, NZM 2005, 633)

- Vermittlung durch die Schwester des Vermieters[1],
- den künftigen Wohnungsverwalter[2],
- den im Hause wohnenden Hausmeister des Gebäudes[3].
- Makler, der für den Eigentümer während der Sanierung des Gebäudes den Mietvertrag aushandelt und insgesamt wie ein Verwalter tätig wird[4].

Keine Verflechtung hingegen,

* wenn lediglich gewisse Serviceleistungen bei der Vermietung (Vertretung beim Vertragsschluss, Aushändigung des Vertrages, Durchführung der Wohnungsabnahme und von Kleinreparaturen, Entgegennahme der Kaution) erbracht werden, ohne zugleich Verwalter zu sein oder Verwalterentgelt zu bekommen.[5]
* wenn es an einem Beherrschungsverhältnis fehlt, auf Grund dessen der Makler und die Hauptvertragsparteien keine Fähigkeit mehr zur selbstständigen voneinander unabhängigen Willensbildung haben.

Aber:

* Ist der Makler mit dem Vertragspartner seines Auftraggebers so verbunden, dass sich der Makler in einem „institutionalisierten Interessenskonflikt", befindet, der ihn zur sachgerechten Wahrnehmung der Interessen seines Auftraggebers ungeeignet erscheinen lässt, liegt eine **„unechte Verflechtung"** vor. Voraussetzung ist hierbei, dass der Konflikt eine normale Maklertätigkeit ausschließt, weil sich der Makler wegen dieser Interessenlage im Streitfall regelmäßig auf die Seite des Vertragsgegners stellen wird.[6]

Praxistipp

Der Makler sollte seine Tätigkeit nur dann entgeltlich anbieten, wenn er guten Gewissens eine dem gesetzlichen Leitbild des Maklers entsprechende Arbeit gewährleisten kann. Nur dann steht ihm eine Provision zu.
Der Auftraggeber sollte die angebotene Vermittlung dann kritisch überprüfen, wenn er konkrete Anhaltspunkte für eine Verflechtung oder Interessenkollision hat. Alleine die Indizien reichen aber nicht aus, um die geltend gemachte Provision zu verweigern.

3. Sonderfall WEG-Verwalter

Ob der WEG-Verwalter als Verwalter i. S. d. § 2 WoVermittG anzusehen ist, dem bei Vermittlung einer Mietwohnung keine Maklerprovision zusteht, war bisher umstritten. Die Entscheidungen gegen eine Provision[7] bzw. für eine Provision mit Differenzierung mit Bewilligung des Provisionsanspruches[8] hielten sich die Waage. Seit der BGH-Entscheidung vom 13.03.2003[9] ist geklärt, dass der **WEG-Verwalter nicht zugleich Verwalter der Wohnräume i. S. d. § 2 WoVermittG ist** und er deshalb Maklerprovision für die Vermittlung oder den Nachweis zum Abschluss von Mietverträgen beanspruchen kann.

Praxistipp

Allein die Funktion der WEG-Verwaltung ist nach der neuesten Rechtsprechung kein Hindernis für den Provisionsanspruch für die Vermittlung eines Mietvertragsabschlusses. Ergibt sich bei der Vermittlung eines Kaufvertrages eine enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen Makler und WEG-Verwalter sollte hierauf im Rahmen des notariellen Kaufvertrages hingewiesen und ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen vereinbart und beurkundet werden.

Nach § 2 WoVermittG soll nur die echte Vermittlungstätigkeit einen Provisionsanspruch auslösen. Für den **Miet- oder Sondereigentumsverwalter schließt** sich bereits insofern eine **unabhängige Vermittlungstätigkeit aus**. Zum einen sucht er selber einen neuen Mieter, mit dem eine einen Vertrag abschließen kann, ohne hierfür Provision verlangen zu können. Darüber hinaus übernimmt er die Sorge und Obhut für das Mietobjekt in Vertretung des Eigentümers, mit dem er insofern auch wirtschaftlich eine Interesseneinheit bildet, da sich seine Vergütung üblicherweise nach einem Prozentsatz der Brutto-Mieteinnahmen richtet.

Der WEG-Verwalter ist nach dem Gesetz der Sachwalter des **Gemeinschaft**seigentums der Eigentümergemeinschaft. Als solcher führt er keine der für den Mietverwalter typischen Tätigkeiten aus. Vielmehr beschränkt sich sein detailliert beschriebener Aufgabenkatalog in §§ 20, 27, 28 WEG auf die Sorge um das Gemeinschaftseigentum. So hat er beispielsweise auch die Interessen der Gemeinschaft gegenüber dem einzelnen Sondereigentümer durchzusetzen. Hält er sich hieran, kann er klar vom Miet- bzw. Sondereigentumsverwalter abgegrenzt werden. Eine Interessenidentität mit dem einzelnen Sondereigentümer ergibt sich dann nicht.

Der hiergegen vorgebrachte Einwand, dass die Vermarktung jeglicher Kenntnisse von Mietangelegenheiten ausgeschlossen und damit jede Verwaltertätigkeit erfasst sein soll, weitet den Gesetzeszweck der Vorschrift über den Wortlaut hinaus aus. Hierfür besteht zudem kein Anlass, da der WEG-Verwalter, sofern er nicht zugleich Mietverwalter des einzelnen Sondereigentums ist, von den Besonderheiten der einzelnen Wohnung nicht informiert ist. Die Interessen des einzelnen Sondereigentümers nimmt er nur dann und insofern wahr, als dessen Anteil am Gemeinschaftseigentum oder das Sondereigentum in Verbindung mit dem Gemeinschaftseigentum betroffen ist.

Praxistipp

Ist der Makler zugleich WEG-Verwalter, hängt die Frage seines Provisionsanspruches zunächst wesentlich davon ab, ob er die Verwaltungstätigkeit nur für die Gemeinschaft hat (dann Provisionsanspruch gegeben) oder auch gezielte Maßnahmen für den Sondereigentümer ergriffen bzw. zusätzlich die Mietverwaltung inne hat (dann kein Provisionsanspruch gegeben).

4. WEG-Verwalter wird vom Eigentümer mit dem Verkauf des Sondereigentums beauftragt

Grundsätzlich hat ein Verwalter, der als Makler den Kauf einer Wohnung aus einer von ihm verwalteten Wohnungseigentumsanlage vermittelt und den Käufer auf seine gleichzeitige Tätigkeit als Verwalter hingewiesen sowie diesen im Kaufvertrag zur Provisionszahlung verpflichtet hat, einen Anspruch auf die Vermittlungsprovision[10]. Ist der Verwalter dagegen nach der Teilungserklärung verpflichtet, die **Zustimmung zur Veräußerung** des Wohnungseigentums **zu erteilen**, kann er wegen des **dadurch bestehenden Konfliktes mit den Interessen des Käufers nicht für ihn als Makler tätig werden** und daher keinen Provisionsanspruch geltend machen[11]. Gegebenfalls kann hierin ein Grund zur Abberufung liegen. Der BGH hat hier durch Urteil vom 06.02.2003[12] klargestellt, dass auch bei enger wirtschaftlicher Verflechtung des Maklers mit dem Vertragsgegner seines Kunden (hier: des WEG-Verwalters) ein Provisionsanspruch bestehen kann, wenn ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB **un**abhängiges Provisionsversprechen vorliegt und der Kunde von den die wirtschaftliche Verflechtung begründenden Umständen tatsächliche Kenntnis hat.

Praxistipp

Der WEG-Verwalter sollte vor Übernahme eines Maklerauftrages prüfen, ob eine Interessenkollision vorliegt und in diesem Fall die Vermittlung ablehnen. Sofern er über die Gemeinschaftsverwaltung keine besonderen Verwaltungsleistungen für diesen Sondereigentümer im Rahmen der Mietverwaltung erbringt, kann er eine Maklerprovision beanspruchen und durchsetzen. In besonderen Fällen kann er trotz bestehender Verflechtung eine Provision beanspruchen, wenn er über die Umstände nachweisbar informiert und ein **eigenständiges** Provisionsversprechen vereinbart und beurkundet wird.

V. Maklerangaben im Wettbewerb

Mit dem Konkurrenzdruck kommt auch der Wettbewerb mit zum ▸

Teil unlauteren Werbemethoden immer stärker zum Tragen. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, die Grundsätze und Grenzen der Werbung zu kennen.

1. Anzeigeninhalt
Grundsätzlich besteht eine Verpflichtung für Makler und Gewerbetreibende in ihrer Werbung erkennen zu lassen, dass es sich um eine gewerbliche Veräußerung handelt. Die Angebote des Maklers müssen sich darüber hinaus aber auch von der Werbung des gewerblichen Veräußerers unterscheiden, damit klar wird, dass hier eine Maklerprovision entsteht. Begriffe wie Makler, Vermittler, Immobilien, Grundstücksverwertung, Immobilienbüro reichen zur Kenntlichmachung aus. Bei der Vermittlung von Wohnraum ist die Bezeichnung als Wohnungsvermittlung erforderlich (§ 6 WohnungsvermittlungG), wobei auch hier die genannten Begriffe ausreichen. Unzulässig sind missverständliche Abkürzungen. Allein der Hinweis auf einen Berufsverband reicht nach der überwiegenden Rechtsprechung nicht aus. Unzulässig sind Anzeigen nur mit einer Chiffreangabe oder Telefonnummer des Maklers, da hierdurch der Eindruck entsteht, dass es sich um ein privates Angebot handelt.

2. Namensangaben
Unter einer Firma dürfen nur Vollkaufleute auftreten (§§ 17, 18, 30 HGB), so dass andere Gewerbetreibende sich keinen eigenen kaufmännischen Namen zulegen dürfen. Beim Makler darf der Zusatz „Immobilien" somit nur als Hinweis auf den betriebenen Geschäftsbetrieb erfolgen, nicht aber den Eindruck eines vollkaufmännischen Immobilienunternehmens erwecken. Bestandteile von Namen (Hinweis auf Gesellschaftsverhältnisse, persönliche Verhältnisse, akademische Grade, Diplome, Auszeichnungen, etc.) müssen die Rechtslage wiedergeben und wahrheitsgemäß sein.
Unzulässig sind schließlich Angaben, die eine bestimmte örtliche Ausdehnung andeuten, wenn diese nicht zutreffend ist. Auch die Behauptung einer unzulässigen Alleinstellung (größte, älteste etc.) ist wettbewerbswidrig.

3. Objektinformationen
Auch die Angaben zum Objekt müssen insgesamt wahrheitsgemäß und zutreffend sein. Irreführend ist z. B. der Hinweis auf einen käuflichen Erwerb, wenn tatsächlich einer Bauherrengemeinschaft beigetreten werden muss, das Objekt nicht „zentral gelegen" sondern erheblich vom Stadtkern entfernt ist, das ohne Hinweis beworbene Objekt noch nicht fertig gestellt bzw. nicht einmal begonnen wurde. Die Angaben zu Wohn- und Nutzflächen sind gesondert auszuweisen, da sie sonst nicht mit den Angaben der Konkurrenzobjekte verglichen werden können. Die Preisangaben müssen zutreffend und so aufgeschlüsselt sein, dass der Leser sämtliche von ihm zu zahlenden Beträge erkennen kann.

4. Tätigkeitsangaben
Soweit der Makler für eine kostenlose Tätigkeit wirbt, wonach die jeweils andere Seite Provision zu zahlen hat (kostenloser Nachweis), wird dies von der Rechtsprechung[13] für zulässig erachtet. Hierdurch werde nicht der irreführende Eindruck erweckt, dass der Makler kostenlos arbeitet; die betroffenen Verkehrskreise gingen vielmehr davon aus, dass er seine Vergütung von einer der beiden Seiten oder einem Dritten erhalte. Allerdings wird dies von einer Literaturmeinung[14] anders gesehen, da der Verbraucher bei Formulierungen „keine Maklerprovision" oder „provisionsfrei" vermute, dass die Maklertätigkeit unentgeltlich sei. Da niemand unentgeltlich arbeite, müsse der Käufer vermuten, dass der Verkäufer die Provision zahle und sich dies in der Preisbildung niederschlage oder aber der Erwerb unmittelbar vom Verkäufer erfolge. Aus diesem Grund enthalten die Wettbewerbsregeln des RDM und des VDM entsprechende Verbote.

Im Gegensatz dazu ist es dem Makler jedenfalls gestattet, durch die Angabe „keine Käuferprovision, keine Vermieterprovision" hinzuweisen, dass er von den geworbenen Interessenten keine Provision verlangen werde. Anders als bei der allgemeinen Provisionsfreiheit wird hier keine unentgeltliche Tätigkeit vorgespiegelt, sondern nur klar gestellt, wer die Provision zu zahlen hat. Anders ist dies nur, wenn dies in der Gegend üblich ist und deshalb mit einer Selbstverständlichkeit geworben wird, dies ist unzulässig.[15]

Sowohl die Werbung mit niedrigen Provisionssätzen als auch eine solche mit kostenlosen Nebenleistungen ist irreführend, sofern diese von dem üblichen Bild abweichen bzw. mit der Provision abgegolten sind. Sofern eine blickfangartige Hervorhebung des Preises vorgenommen wird, unterliegt dieser Teil einer selbstständigen Überprüfung auf seinen Wahrheitsgehalt.

5. Werbemaßnahmen
Die offene Maklerwerbung (z. B. „Informationsstandvermaklung"), wenn also Objekt- und Verkäuferangaben in der Werbung so offen dargelegt werden, dass es jedem Interessenten möglich ist, mit dem Verkäufer Kontakt aufzunehmen, wird grundsätzlich als unzulässig angesehen.[16] Der Interessent kann dann gegenüber anderen Maklern immer auf eine Vorkenntnis verweisen, selbst wenn diese eine ursächliche Maklertätigkeit erbracht haben. Diese anderen Makler werden auch kein Interesse an dem Objekt haben und nicht hierauf aufmerksam machen.

Telefonwerbung ist wettbewerbswidrig, weil der Angerufene hierdurch in unzulässiger Weise beeinflusst wird. Gleiches gilt für die Werbung über andere Kommunikationsmittel (Fernschreiber, Telex, Telefax, Teletext und BTX-Mitteilungsdienst).

Werbung im Internet ist als solches problemlos, wenn das „world wide web" lediglich als Präsentationsebene der eigenen Leistungsmöglichkeit genutzt wird. Sprechen darüber hinaus Makler den Interessenten unmittelbar per E-Mail an, handelt es sich um eine ähnliche Werbung wie über andere Kommunikationsmittel, die aus den genannten Gründen unzulässig ist.

Stellen Makler hohe Belohnungen für Informanten oder Zuträger zur Erbringung von Makleraufträgen in Aussicht, verstoßen sie ebenfalls gegen wettbewerbsrechtliche Regeln.[17]

Klaus Eichhorn[18]

[1] AG München, NZM 2002, 185
[2] LG Essen, NZM 2000, 150
[3] LG Paderborn, NZM 1999, 134
[4] AG Gotha, NZM 2003, 166
[5] AG Hamburg, NZM 2003, 165; LG Berlin, NZM 1998, 274
[6] OLG Frankfurt a. M., NZM 2001, 904
[7] LG München, NZM 2001, 487; LG Cottbus, NZM 2000, 150; LG München II, NZM 2001, 489
[8] LG Hamburg, NZM 2001, 486; AG Berlin-Mitte, NZM 2002, 184; LG Hamburg, NZM 2001, 489
[9] ZMR 2003, 431 ff.
[10] Hans. OLG, NZM 1998, 121
[11] BGH, ZMR 1991, 61;
[12] NZM 2003, 284
[13] OLG Stuttgart, RDM RSpr.E 650 Blatt 9
[14] Pause, Kapitel 214, Rdn 29
[15] OLG Düsseldorf, DB 1969, 1984
[16] OLG Frankfurt, BB 1973, 955
[17] OLG Stuttgart, GRUR 1990, 205
[18] Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Essen in Bürogemeinschaft mit KordtRechtsanwälte, Girardetstraße 2–38, 45131 Essen, Tel. 0201-872 620 Fax 0201-872 6252 eichhorn @kordt-law.de und Mitglied in der ARGE Miet- und WEG-Recht des DAV. Weiter betreut er die Rechtsberatungshotline des VdW-NRW.