

**Autor:** Joachim Wichert  
**Anmerkung zu:** BGH v. 24.01.2019 I ZR 160/17  
**Quelle:**   
Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln  
**Fundstelle:** MietRB 2019, 135  
**Normen:** § 280 BGB, § 652 BGB  
**Zitiervorschlag:** MietRB 2019, 135

---

### **Titelzeile**

### **Provisionsanspruch bei Erwerb des Grundstücks durch Verkäufermakler und einen Dritten?**

### **Vorinstanz**

zu I ZR 160/17, OLG Celle - 16 U 154/16

### **Leitsatz**

Erwirbt der Makler in Käufergemeinschaft mit einer weiteren Person das Grundstück, so entsteht mangels Nachweis- oder Vermittlungsleistung kein Provisionsanspruch gegen den Verkäufer.

**Das Problem** Die Eigentümerin eines Hofes mit landwirtschaftlicher Nutzfläche erteilt einem Makler den Alleinauftrag zum Nachweis oder zur Vermittlung von Kaufinteressenten. In dem Alleinauftrag ist für den Hof ein Kaufpreis von 80.000 € vorgesehen, die Nutzfläche soll höchstbietend verkauft werden. Im weiteren Verlauf erwirbt der Makler mit einer weiteren Person selbst die Immobilie zu einem Kaufpreis von 280.000 €. Die Eigentümerin zahlt dem Makler dafür eine Provision i.H.v. 9.996 €. Später tritt die Eigentümerin ihre Ansprüche aus dem Kauf- und dem Maklervertrag ab. Der Zessionar verlangt u.a. die Rückzahlung der Maklerprovision.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Der BGH gibt der Eigentümerin (bzw. dem Zessionar) Recht. Der Makler müsse die Provision zurückzahlen, weil dem Kaufvertrag keine provisionspflichtige Nachweis- oder Vermittlungsleistung zugrunde liege, er also insofern ungerechtfertigt bereichert sei (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 oder S. 2 Fall 2 BGB).

Jede Maklertätigkeit setze das Zusammenwirken dreier Personen voraus, nämlich der Parteien des Hauptvertrages und des Maklers. Von einer Vermittlung könne nur gesprochen werden, wenn der Vermittler „in der Mitte“ zwischen beiden Hauptvertragsparteien stehe, also nicht mit einer von ihnen identisch sei. Für einen Nachweismakler gelte im Wesentlichen das gleiche. Wenn der Gesetzgeber in § 652 BGB vom Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages spreche, so meine er damit ersichtlich den Vertragsabschluss mit einem vom Makler verschiedenen Dritten. Wer sich gegenüber seinem Auftraggeber zum Abschluss eines Vertrages bereit erkläre, erbringe keinen Nachweis.

Von einem – nicht provisionspflichtigen – Eigengeschäft des Maklers sei auch dann auszugehen, wenn zwar nicht der Makler selbst das Geschäft mit seinem Auftraggeber abschließe, aber ein mit ihm als

identisch anzusehender Dritter. Komme der Hauptvertrag mit einer Person zustande, mit welcher der Makler gesellschaftsrechtlich oder auf sonstige Weise verflochten sei, liege ebenfalls keine provisionspflichtige Maklertätigkeit vor.

Bei der Prüfung der Identität sei nicht auf die formelle gesellschaftsrechtliche Gestaltung, sondern auf die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen. Entscheidend sei, ob der Makler und der Dritte die Fähigkeit zur selbständigen unabhängigen Willensbildung habe. Dies sei auch in Fällen, in denen der Makler zum Vertragsgegner seines Kunden in einer solchen Beziehung stehe, dass er sich im Streitfall bei regelmäßigem Verlauf auf die Seite des Vertragsgegners stellen werde, nicht gewährleistet, so dass ein Provisionsanspruch ebenfalls entfalle (sog. unechte Verflechtung).

Nach diesen Maßstäben habe der Immobilienmakler dadurch, dass er zusammen mit einer dritten Person das Objekt erwarb, keinen Provisionsanspruch erwerben können. Es komme dabei nicht darauf an, ob er im Verhältnis zu dieser dritten Person die Handlungen der Käufergemeinschaft maßgeblich mitbestimmt habe. Jedenfalls sei er mit einer hälftigen Beteiligung am Erwerbsvorgang in einer solchen Weise selbst an dem abgeschlossenen Geschäft beteiligt, dass er sich im Streitfall nicht auf die Seite der Eigentümerin stellen würde. Es liege damit eine für Verflechtungsfälle typische Interessenkollision beim Makler vor, bei der ein Provisionsanspruch entfällt.

Dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung könne schließlich nicht entgegengehalten werden, dass sich der Eigentümer im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs eine fiktive Provision als Vorteilsausgleichung hätte anrechnen lassen müssen.

**Konsequenzen für die Praxis** Der Entscheidung ist zuzustimmen. Sie liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung (vgl. NK-BGB/*Wichert*, 3. Aufl. 2016, § 652 Rz. 65 ff.).

**Beraterhinweis** Die Parteien können vereinbaren, dass eine Provision auch im Falle der Verflechtung eintritt. Es handelt sich dann um ein sog. selbstständiges Provisionsversprechen (dazu BeckOGK/*Meyer*, Stand: 1.10.2018, § 652 Rz. 204 ff.). Dies geht allerdings nicht mittels AGB, erforderlich ist eine Individualvereinbarung.

RA Dr. *Joachim Wichert*, aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt/M./Berlin, [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de)

### **Mehr zum Thema:**

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2019, 136 (nachstehend).