



Der Makleralleinauftrag

Kurzvortrag

**Börsensitzung der WIB 24
29. November 2006**

Referent

Dr. Ralf Stark

Rechtsanwalt

u n d

Dozent für Öffentliches Recht,
Verwaltungsrecht und Zivilprozessrecht

Dr. Stark, Niedeggen & Kollegen

Rechtsanwälte Steuerberater

Breite Straße 147 - 151, D-50667 Köln

Tel. +49 (0)221 / 27 24 7-0

Fax +49 (0)221 / 27 24 7-77

Mail kanzlei@drstark.de

Web www.drstark.de





Überblick*

I.

Wesen und Arten des Alleinauftrages

- 1.) Wesen des Makleralleinauftrages
- 2.) Arten des Makleralleinauftrages

II.

Zustandekommen des Makleralleinauftrages

- 1.) „schlichter“ Makleralleinauftrag
 - a) Schriftform
 - b) Befristung
 - aa) Angemessene Vertragsdauer
 - bb) Verlängerungsklauseln
 - c) Allgemeine Geschäftsbedingungen
- 2.) Der qualifizierte Makleralleinauftrag
 - a) Schriftform
 - b) Befristung
 - c) Allgemeine Geschäftsbedingungen
 - d) Qualifizierter Makleralleinauftrag mit Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel sowie gesonderte Provisionsvereinbarung
 - aa) Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel
 - bb) Gesonderte Provisionsvereinbarung

III.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

- 1.) Grundsätzliches
- 2.) Einzelfälle

IV.

Das Haustürwiderrufungsgeschäft

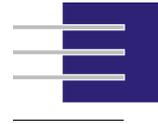
V.

Kooperation von Maklern

- 1.) Gemeinschaftsgeschäfte
- 2.) Sonstige kooperative Geschäfte
 - a) Mitmakler
 - b) Untermakler
 - c) Zubringergeschäft
- 3.) Rechtsfolgen des Untermaklers- und Zubringergeschäfts
hier: Erfordernis der Einverständniserklärung zur Weitergabe persönlicher oder objektsbezogener Daten

*) Dieser Beitrag ist über die Website des Referenten (www.drstark.de) , hier unter der Rubrik „Information“ abrufbar.





Der Makleralleinauftrag

I.

Wesen und Arten des Makleralleinauftrages

1.) Wesen des Makleralleinauftrages

Der Makleralleinauftrag, der auch unter den Begriff „Alleinverkauf“, „Festauftrag“ oder mit der Formulierung „Fest an die Hand“ umschrieben wird, ist ein besonderer Vertragstyp, der zu weitergehenden Pflichten für Makler und Kunden führt. Hier-nach darf der Auftraggeber keinen anderen Makler einschalten, der Makler ist dem-gegenüber im Unterschied zum einfachen Maklerauftrag verpflichtet im Interesse des Auftraggebers tätig zu werden, d.h. er ist gehalten sich intensiv und zügig um einen raschen und angemessenen Verkauf des Objekts zu bemühen.

2.) Arten des Makleralleinauftrages

Es gibt zwei Arten des Makleralleinauftrages:

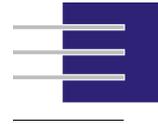
Beim „**einfachen**“ oder „**schlichten**“ Makleralleinauftrag ist der Auftraggeber „nur“ verpflichtet keinen weiteren Makler mit dem Nachweis oder der Vermittlung zu be-auftragen. Der **qualifizierte** Makleralleinauftrag unterscheidet sich hiervon insoweit, als dem Auftraggeber Eigengeschäfte untersagt werden. Dabei wird des Weiteren noch zwischen qualifizierten Alleinaufträgen mit **Zuziehungs- und Verweisungs-klausel** und/oder der **gesonderten Provisionsvereinbarung** unterschieden.

II.

Zustandekommen des Makleralleinauftrages

Da die Rechtsfolgen für den Auftraggeber und den Makler unterschiedlich sind, ob es sich um einen „schlichten“ oder um einen „qualifizierten“ Makleralleinauftrag handelt, sind die Voraussetzungen gesondert auf zu zeigen.





1.) „schlichter“ Makleralleinauftrag

a) Schriftform

Der „schlichte“ Makleralleinauftrag bedarf nach heute gängiger Rechtsprechung der Schriftform. Danach muss der gesamte Inhalt des Vertrages schriftlich fixiert werden. Ein Verstoß hiergegen macht den gesamten Vertrag nichtig.

b) Befristung

aa) Angemessene Vertragsdauer

Des Weiteren darf auch der „schlichte“ Makleralleinauftrag nur „**angemessen**“ befristet abgeschlossen werden. Ein Verstoß hiergegen hat indes nicht die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Vielmehr führt die zu einer nach den Umständen des Einzelfalles angemessenen Laufzeit des Vertrages. Was „angemessen“ ist, ist durch Auslegung zu ermitteln und von der Art des Objekts abhängig. Hiernach gelten nach der gängigen Rechtsprechung folgenden Fristen:

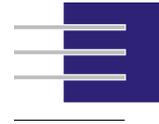
- Für eine gängige Eigentumswohnung oder ein Grundstück in guter Lage und normaler Größe gilt eine Frist von **6** maximal **9** Monaten als angemessen.
- Für eine Gewerbeanlage oder Luxusvilla **ein Jahr**
- Im Ausnahmefall hat die Rechtsprechung auch Laufzeiten von bis zu **5 Jahren** als angemessen gewertet.

bb) Verlängerungsklauseln

Ob sog. Verlängerungsklauseln zulässig sind, wird unterschiedlich beurteilt. Die Rechtsprechung tendiert eher zu der Ansicht, dass Verlängerungsklauseln zulässig sind, **solange dies nicht durch ABG's erfolgt.**

Hinweis: Ein nach wie vor ungeklärtes Problem in diesem Zusammenhang ist die Auswirkung der Dauer des Alleinauftrages auf den Provisionsanspruch des Maklers. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann der Makler bei einer Dauer des Alleinauftrages von 15 Monaten die Stellung eines **Vertrauensmaklers** erreichen, mit der Folge, dass er seinen Provisionsanspruch verwirkt, wenn er mit dem Kaufinteressenten ohne Genehmigung des Auftraggebers gleichfalls einen provisionspflichtigen Maklervertrag abschließt. Begründet wird dies mit einem evidenten Interessenkonflikt.





c) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Anwendbarkeit der Regeln des AGB's auf den „schlichten“ Alleinauftrag ist noch nicht endgültig geklärt. Die Rechtsprechung geht jedoch ganz überwiegend davon aus, dass der schlichte Alleinauftrag mit kurzer zeitlicher Bindung (6-9 Monate maximal) noch durch AGB-Vertrag wirksam vereinbart werden kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Besonderheiten des Alleinauftrages deutlich in den AGB's hervorgehoben werden. Jede weitere Beschränkung des Auftraggebers (längere Bindungsfristen, Verlängerungsklausel) kann jedoch nur durch Individualvereinbarung geschlossen werden.

2.) Der qualifizierte Makleralleinauftrag

a) Schriftform

Ebenso wie der „schlichte“ Makleralleinauftrag ist auch der qualifizierte Makleralleinauftrag in jedem Fall schriftlich zu vereinbaren.

b) Befristung

Für die Befristung des qualifizierten Makleralleinauftrages gilt das unter Pkt. 1, b. Gesagte. Insbesondere ist hier zu beachten, dass eine **Verlängerungsklausel durch AGB's nicht möglich** ist.

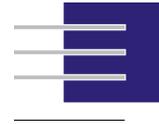
c) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Da der qualifizierte Makleralleinauftrag erheblich von dem gesetzlichen Bild des Maklers abweicht, kann dieser Vertrag nur individualvertraglich und **niemals in AGB's** vereinbart werden.

d) Qualifizierter Makleralleinauftrag mit Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel so wie gesonderte Provisionsvereinbarung

aa) Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel

Während der qualifizierte Makleralleinauftrag „nur“ zur Folge hat, dass der Makler gegenüber dem Auftraggeber einen Unterlassungsanspruch dahingehend hat, weitere Makler mit der Verwertung des Objekts zu beauftragen, begründet die Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel eine positive Pflicht des Auftraggebers den



Makler zu allen Verhandlungen und zur Verweisung aller Interessenten an den Makler hinzuziehen. Eine derartige Verpflichtung kann gleichfalls **nur individualvertraglich** vereinbart werden.

bb) Gesonderte Provisionsvereinbarung

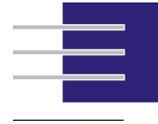
Um dem Makler den in der Praxis oft schwierigen Nachweis des Schadens zu erleichtern, empfiehlt es sich in jedem Fall mit einer gesonderten Provisionsvereinbarung den Anspruch auf Maklerprovision auf einer einfacheren gesetzlichen Grundlage zu stellen. Dabei wird der Auftraggeber verpflichtet bei Verstoß gegen das Eigenverkaufsverbot oder gegen die Vereinbarung zur Hinzuziehung respektive dem Verweis die Provision des Maklers zu übernehmen. Es versteht sich von selbst, dass auch eine derartige Vereinbarung ausschließlich individualvertraglich möglich ist. Dies kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass der Auftraggeber für den Fall des Eigenverkaufs provisionsfrei gestellt wird, wenn er den Käufer verpflichtet die Maklerprovision zu zahlen.

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1.) Grundsätzliches

Wie bereits ausgeführt sind sämtliche Vereinbarungen, welche dem Makler spürbar bevorteilen, also insbesondere der qualifizierte Makleralleinauftrag, nur individualvertraglich und nicht durch AGB's abzuschließen. Dies führt in einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwingend dazu, dass der Makler stets die Darlegungs- und Beweislast hat, dass die Vereinbarung individuell ausgehandelt wurde. Da der Makler, als Partei des Rechtsstreits, regelmäßig kein Zeuge ist, sollte deshalb darauf geachtet werden, dass ein Zeuge bei Abschluss des Maklervertrages zugegen ist. Dies gilt um so mehr, als auf der Seite des Auftraggebers nicht selten Zeugen beim Vertragsschluss zugegeben sind (Ehefrau, Verwandte, pp). Der kardinale Gesichtspunkt ist jedoch, dass die Vereinbarung dem äußeren Erscheinungsbild nach nicht die Anwendbarkeit der für den Makler ungünstigen AGB-Regeln auslösen.





Dies ist zuvörderst dann der Fall, wenn der Alleinauftrag einschließlich der nur individualvertraglich zu vereinbarenden Regeln sich wie ein Formular darstellt. Keinerlei Diskussionsbedarf über die Anwendung der AGB-Regeln besteht, wenn das Formular irgendwelche Lücken (Adresse, Laufzeit, Verlängerungsklausel pp.) enthält, welche handschriftlich ergänzt wurden. In diesem Fall besteht eine tatsächliche (vom Makler de facto nicht zu widerlegende !) Vermutung, dass alles, was nicht handschriftlich eingefügt wurde, Formulartext und damit AGB ist !

Aus diesem Grund sollte bei der Vertragsanbahnung und Vertragsgestaltung folgendes beachtet werden:

- Der Vertrag sollte einen maschinenschriftlichen Vertragstext enthalten, in dem alles, was in AGB's vereinbart werden kann (vgl. hierzu die Ausführungen unter Pkt. II.) aufgeführt ist.
- Hierunter sollten sich nahtlos die Unterschriftenfelder anschließen.
- Darunter sollte eine maschinenschriftliche Überschrift „Sonstige Vereinbarungen“ enthalten sein. In dem darunter liegenden freien Raum sollten sodann die Vereinbarungen getroffen werden, welche nur individualvertraglich möglich sind (vgl. Pkt. II.2).
- Sodann sollte sich noch ein Unterschriftenfeld anschließen.

Der Anwendbarkeit des AGG kann der Makler nicht dadurch entgehen, dass er sich bestätigen lässt, dass die jeweiligen Klauseln individuell ausgehandelt wurden.

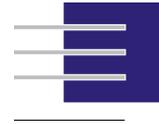
Hinweis: Die vorstehenden Ausführungen bedingen es, dass der Makler die Formulierungen, die nur individuell vereinbar sind (also sämtliche Spielarten des qualifizierten Makleraleinauftrages) schlichtweg auswendig lernen muss, damit er diese Vereinbarungen „zusammen“ mit dem Auftraggeber schriftlich fixieren und ohne Fehler zum Vertragsbestandteil machen kann.

2.) Einzelfälle

Durch AGB's können insbesondere nicht vereinbart werden

- jedwede Vereinbarung einer Provisionszahlungspflicht unabhängig vom Zustandekommen des Hauptvertrages
- jedwede Vertragsstrafe
- Reuegeld
- Reservierungsgebühr
- Aufwendungs- oder pauschalisierter Schadensersatz





Betreffend dem Ersatz von etwaigen Aufwendungen ist es durch AGB's nur möglich den Ersatz von tatsächlichen Aufwendungen zu vereinbaren (Reisekosten, Post-, Schreib- und Anzeigenkosten). Diese müssen jedoch im Einzelnen aufgeführt und im Bestreitensfall bewiesen werden.

IV. Das Haustürwiderrufungsgeschäft

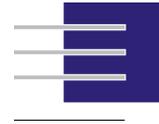
Der Auftraggeber, der Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist, kann eine auf den Abschluss eines entgeltlichen Vertrages gerichtete Willenserklärung widerrufen, wenn er durch mündliche Verhandlung mit dem Makler an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich seiner Privatwohnung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden ist. Dies gilt (nur) dann nicht, wenn die zum Abschluss des Vertrages führende mündliche Verhandlung auf eine vorhergehende Bestellung des Auftraggebers erfolgte. Das bedeutet, dass der Kunde, den Makler aufgefordert hat, zum Zwecke von Vertragsverhandlungen in die Wohnung zu kommen. Bittet der Kunde allerdings den Makler um einen Hausbesuch, weil er sich „allgemein“ informieren möchte, behält er sein Widerrufsrecht.

Der Widerruf muss gemäß § 355 Abs.1 S.2 BGB keine Begründung enthalten und ist in Textform binnen zwei Wochen gegenüber dem Makler möglich.

Die Zweiwochenfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Kunde eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform mitgeteilt wurde. Hierbei sind der Name und die Anschrift dessen, gegenüber dem der Widerruf zu erfolgen hat deutlich anzugeben. Ferner muss sich aus der Mitteilung ein Hinweis auf den Beginn der Zweiwochenfrist ergeben.

Macht der Kunde von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach dem gesetzlichen Rücktrittsrecht, d.h. die empfangenen Leistungen sind zurück zu gewähren. Ist eine Herausgabe nicht möglich (beispielsweise weil der Makler bereits Aufwendungen getätigt hat) ist Wertersatz zu leisten. Dies ist indes nur dann möglich, wenn der Kunde noch bereichert ist, was nur dann angenommen werden kann, wenn es zum Hauptvertragsabschluss kommt. Im Klartext





bedeutet das, dass der **Makler im Falle des Widerrufs regelmäßig keinen Aufwendungsersatz erhält.**

V. Kooperation von Maklern

Von zunehmender Bedeutung im Maklerrecht sind Kooperationen von Maklern. Hierbei wird herkömmlicher Weise zwischen Gemeinschaftsgeschäften auf der einen und sonstige kooperative Geschäfte auf der anderen Seite (insbesondere Mit- und Untermakler sowie dem Zubringergeschäft) differenziert.

1.) Gemeinschaftsgeschäfte

Ein Gemeinschaftsgeschäft liegt vor, wenn mehrere Makler auf entgegengesetzter Weise tätig werden, um für einen Interessenten ein geeignetes Objekt zu finden. Entscheidend hierbei ist, dass Makler auf Anbieter- und Nachfrageseite zusammenarbeiten, um den Hauptvertrag zustande zu bringen.

2.) Sonstige kooperative Geschäfte

Dem gegenüber handelt es sich nicht um Gemeinschaftsgeschäfte, sondern um ein sonstiges kooperatives Geschäft, wenn mehrere Makler auf der gleichen Vertragsseite tätig werden. Hierunter fallen Mitmakler, Untermakler und Zubringer.

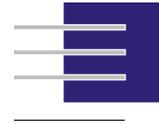
a) Mitmakler

Mitmakler sind mehrere Makler dann, wenn sie von einem Auftraggeber gemeinsam mit der Vermittlung oder dem Nachweis eines Geschäfts beauftragt werden. In diesem Fall gilt die Provisionszusage grundsätzlich als Versprechen einer einzigen Provision.

b) Untermakler

Beim Untermaklervertrag schließt sich der Hauptmakler zur Durchführung eines ihm erteilten Auftrages mit einem weiteren Makler zusammen und vereinbart mit





diesem eine Beteiligung an seiner Provision. Vertragliche Beziehungen bestehen in diesem Fall ausschließlich zwischen Auftraggeber und Hauptmakler sowie Haupt- und Untermakler. Der Untermaklervertrag ist insoweit kein Maklervertrag im Rechtssinne, weil die Vergütung nicht für den Nachweis einer Abschlussmöglichkeit oder die Vermittlung beim Vertragsschluss, sondern für die Hilfeleistung bei der dahingehenden Tätigkeit des Hauptmaklers erfolgt.

c) Zubringergeschäft

Beim bloßen Zubringergeschäft besteht keine Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten. Die Tätigkeit des Zubringers erschöpft sich in der bloßen Benennung eines Interessenten oder eines zum Verkauf stehenden Objekts. Diese Tätigkeit wird mit einem Anteil an der Provision des Hauptmaklers honoriert, wenn sie für das Zustandekommen des Hauptvertrages ursächlich ist.

Aufgrund des überwiegend vorliegenden Untermakler und Zubringergeschäfts ist im Verhältnis zu den Auftraggebern Folgendes zu beachten:

3.) Rechtsfolgen des Untermaklers – und Zubringergeschäfts

Zwar bestehen nur zwischen dem Auftraggeber und dem Hauptmakler vertragliche Beziehungen, dennoch haftet der Hauptmakler für das Verhalten des Untermaklers (als sein Erfüllungsgehilfe).

In dem Hauptmaklervertrag sollte deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Hauptmakler zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung der Hilfe von Untermaklern bedient. Hierbei ist der Fokus insbesondere auf die Werbung und Vermarktung im **Internet** zu richten. Demgemäß sollte sich der Hauptmakler das ausdrückliche Einverständnis des Auftraggebers geben lassen, dass sein Objekt auch durch Untermakler vertrieben werden darf und damit einhergehend auch **personen- oder objektsbezogene Daten** weitergegeben werden dürfen.

