

Provisionen im Maklerrecht

Das Abwälzen der Provisionslast auf Dritte

von

Dr. iur. Randolph Ohnesorge
Rechtsanwalt



RICHARD BOORBERG VERLAG

Stuttgart · München · Hannover · Berlin · Weimar · Dresden

Inhaltsübersicht

| | |
|----------------------------|----|
| Geleitwort | 13 |
| Literaturverzeichnis | 15 |

Teil 1

Einleitung

| | |
|--|----|
| Kapitel 1: Vorbemerkung | 19 |
| Kapitel 2: Das Problem Abwälzen der Provisionspflicht | 20 |
| 1. Die Ausgangslage nach den §§ 652 ff. BGB | 20 |
| 2. Das Abwälzen der Provisionspflicht | 21 |
| 3. Teilweises Abwälzen | 22 |
| 4. Rechtliche Grenzen des Abwälzens der Provisionspflicht | 22 |
| Kapitel 3: Das Problem der unentgeltlichen Maklerleistung | 23 |
| 1. Anwendbarkeit der §§ 652 ff. BGB | 23 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 25 |
| 2. Auftrag | 25 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 26 |
| 3. Schenkung | 26 |
| a) Die Maklerleistung als Schenkungsgegenstand | 26 |
| b) Erlaßvertrag über die Provisionsschuld als Schenkungsgegenstand | 28 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 29 |
| 4. Eigene Auffassung | 29 |
| a) Keine Haftungsbeschränkung auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten | 29 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 30 |
| b) Sonstiger Inhalt des unentgeltlichen Maklerverhältnisses | 30 |
| aa) Anwendung der §§ 652 Abs. 1, 653, 655, 656 BGB | 30 |
| bb) Aufwendungsersatzanspruch und Nebenpflichten | 30 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 31 |
| cc) Analogie zu § 654 BGB | 32 |
| (1) Analogie zugunsten des Auftraggebers | 32 |
| (2) Analogie zugunsten des Dritten | 33 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 34 |

Teil 2

Vereinbarungen zwischen Makler und Auftraggeber

| | |
|--|----|
| Kapitel 1: Einführung | 35 |
| Kapitel 2: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision, wird aber von der Provisionspflicht durch Eintritt eines späteren Ereignisses frei | 36 |
| 1. Allgemeines | 36 |
| a) Erlöschen der Provisionsschuld | 36 |
| b) Stundung | 37 |
| c) Bemühenspflicht | 38 |
| d) Ausschluß einer Bemühenspflicht | 39 |
| 2. Der Dritte übernimmt die Provisionsschuld des Auftraggebers schuldbefreiend | 39 |
| a) Schuldübernahme | 39 |
| b) Vertragsübernahme | 40 |
| c) Schuld- oder Vertragsübernahme | 41 |
| d) Verpflichtung zur Abgabe der Vertragsübernahmeerklärung oder Zustimmungserklärung zur Schuldübernahme | 41 |
| e) Verlagerung des Insolvenzrisikos vom Makler auf den Dritten | 41 |
| 3. Der Dritte schuldet dem Makler ein Entgelt und die Provisionsschuld des Auftraggebers erlischt bei Entstehen der Verpflichtung des Dritten oder bei Zahlung aus dieser | 42 |
| a) Grundsatz | 42 |
| b) Erlöschensabrede | 43 |
| c) Verpflichtung zu einer Erlöschensabrede | 44 |
| 4. Die Provisionsschuld des Auftraggebers erlischt durch Zahlung des Dritten an den Makler oder der Dritte erstattet dem Auftraggeber die von diesem gezahlte oder zu zahlende Provision | 44 |
| a) Grundsatz | 44 |
| b) Stundung | 45 |
| c) Zahlung des Dritten an den Makler nach Ablauf der Stundung | 45 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 46 |
| Kapitel 3: Der Auftraggeber schuldet dem Makler zu keiner Zeit Provision | 47 |
| 1. Dem Makler ist ein anderweitiger Entgelterwerb untersagt | 47 |
| a) Grundsatz | 47 |
| b) Inhalt der Vereinbarung | 48 |

| | |
|---|----|
| c) Schadensersatzanspruch des Auftraggebers bei Verletzung der Unentgeltlichkeitsabrede durch den Makler | 49 |
| d) Schadensersatzanspruch des Dritten bei Verletzung der Unentgeltlichkeitsabrede durch den Makler | 50 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 51 |
| 2. Dem Makler ist ein anderweitiger Entgelterwerb gestattet | 52 |
| a) Der Auftraggeber will sich an der Herbeiführung einer Entgeltspflicht des Dritten in keiner Form beteiligen | 52 |
| aa) Grundsatz | 52 |
| bb) Das Problem des Doppelauftrages | 52 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 55 |
| b) Der Auftraggeber ist bereit, sich an der Herbeiführung einer Entgeltspflicht des Dritten zu beteiligen | 55 |
| aa) Lage des Auftraggebers | 55 |
| (1) Mitwirkung des Auftraggebers durch einen Vertrag zugunsten Dritter | 55 |
| (2) Sonstige aktive Mitwirkung des Auftraggebers | 56 |
| (3) Passive Mitwirkung des Auftraggebers | 56 |
| bb) Lage des Maklers | 57 |
| (1) Aktive Mitwirkung des Auftraggebers | 57 |
| (2) Passive Mitwirkung des Auftraggebers | 57 |
| cc) Inhalte der Vereinbarungen des Maklers mit dem Dritten | 58 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 58 |
| Kapitel 4: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich keine Provision, haftet dem Makler aber im Rückgriff | 59 |
| 1. Rückgriff über eine Bedingung | 59 |
| 2. Rückgriff über Sicherungsinstrumente des Bürgerlichen Gesetzbuches ... | 60 |
| a) Bürgschaft | 60 |
| b) Garantie | 61 |
| c) Schuldmitübernahme | 61 |
| 3. Rückgriff über einen Schadensersatzanspruch | 61 |
| 4. Übernahme einer Rückgriffsschuld | 62 |
| 5. Treuwidriges Verhalten des Maklers | 63 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 63 |
| Kapitel 5: Auftraggeber und Makler schließen keinen Vertrag | 64 |

Teil 3

Vereinbarungen zwischen Makler und Dritten

| | |
|---|----|
| Kapitel 1: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision und der Dritte übernimmt die Provisionsschuld des Auftraggebers schuldbefreiend | 65 |
| 1. Befreiende Schuldübernahme | 65 |
| a) Inhalt der Schuldübernahmevereinbarung | 65 |
| b) Die Genehmigung des Maklers zur befreienden Schuldübernahme ... | 66 |
| c) Die Genehmigung zur Schuldübernahme im AGB | 67 |
| d) Wirtschaftliche Sicherung des Maklers im Falle einer Einwilligung ... | 68 |
| 2. Vertragsübernahme | 68 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 69 |
| Kapitel 2: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision; die Schuld erlischt jedoch, wenn sich der Dritte dem Makler zur Zahlung eines Entgeltes in Höhe der Provision verpflichtet oder aus dieser Schuld an den Makler zahlt | 70 |
| 1. Vertrag zugunsten Dritter | 70 |
| 2. Maklervertrag | 70 |
| a) Ausgangslage | 70 |
| b) Beweislast | 70 |
| 3. Abstraktes Schuldversprechen | 71 |
| a) Grundform | 71 |
| b) Ähnliche Gestaltungen | 72 |
| aa) Bürgschaft auf erstes Anfordern | 72 |
| bb) Garantie | 72 |
| cc) Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) | 73 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 73 |
| 4. Deklaratorisches Schuldanerkennnis | 73 |
| a) Grundsatz | 73 |
| b) Besonderheiten beim Abwälzen | 74 |
| c) Kritik der Entscheidungen zum Abwälzen | 75 |
| d) Beweislast bei der Vereinbarung eines deklaratorischen Schuldanerkennnisses | 76 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 77 |

| | |
|--|----|
| Kapitel 3: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision, und die Provisionsschuld des Auftraggebers erlischt durch Zahlung des Dritten an den Makler oder durch Erstattung des Provisionsbetrages an den Auftraggeber | 77 |
| Kapitel 4: Der Auftraggeber schuldet dem Makler zu keiner Zeit Provision, und dem Makler ist ein anderweitiger Entgelterwerb untersagt .. | 78 |
| Kapitel 5: Der Auftraggeber schuldet dem Makler zu keiner Zeit Provision, und dem Makler ist ein anderweitiger Entgelterwerb gestattet .. | 78 |
| Kapitel 6: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich keine Provision, haftet ihm aber im Rückgriff, wenn der Makler vom Dritten ein Entgelt nicht erhält | 79 |
| Kapitel 7: Auftraggeber und Makler schließen keinen Vertrag | 79 |

Teil 4

Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Drittem

| | |
|---|----|
| Kapitel 1: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision und der Dritte übernimmt die Provisionsschuld des Auftraggebers schuldbefreiend | 80 |
| 1. Schuldübernahme | 80 |
| 2. Vertragsübernahme | 82 |
| Kapitel 2: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision, die Schuld erlischt jedoch, wenn sich der Dritte dem Makler zur Zahlung eines Entgeltes in Höhe der Provision verpflichtet oder aus dieser Schuld an den Makler zahlt | 83 |
| 1. Vertrag zugunsten Dritter | 83 |
| a) Allgemeines zum Abwälzen mittels eines Vertrages zugunsten Dritter .. | 83 |
| aa) Inhalt und Struktur | 83 |
| bb) Die Leistung aus dem Vertrag zugunsten Dritter als Bestandteil des Hauptvertrages | 84 |
| cc) Vertragsschluß | 85 |
| dd) Klauseln | 86 |
| b) Der Vertrag zugunsten Dritter ist kein Maklervertrag | 86 |
| c) Das Verhältnis von Vertrag zugunsten Dritter und deklaratorischem Schuldanerkenntnis | 87 |
| d) Kondiktion nach den §§ 812 ff. BGB beim Vertrag zugunsten Dritter .. | 88 |
| e) Gleichzeitigkeit von Maklervertrag und Vertrag zugunsten Dritter | 89 |
| f) Anwendbarkeit des § 654 BGB | 90 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 90 |

| | |
|---|----|
| 2. Maklervertrag | 91 |
| 3. Sonstige Verpflichtungstatbestände des Dritten gegenüber dem Makler ... | 91 |
| a) Deklaratorisches Schuldanerkennnis | 91 |
| b) Garantie, Bürgschaft, Schuldversprechen nach § 780 BGB und Schuldbetritt | 92 |
| Kapitel 3: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich Provision, und die Provisionsschuld des Auftraggebers erlischt durch Zahlung des Dritten an den Makler oder durch Erstattung des Provisions- betrages an den Auftraggeber | 92 |
| Kapitel 4: Der Auftraggeber schuldet dem Makler zu keiner Zeit Provision, und dem Makler ist ein anderweitiger Entgelterwerb untersagt .. | 94 |
| Kapitel 5: Der Auftraggeber schuldet dem Makler zu keiner Zeit Provision, und dem Makler ist ein anderweitiger Entgelterwerb gestattet .. | 94 |
| Kapitel 6: Der Auftraggeber schuldet dem Makler anfänglich keine Provision, haftet ihm aber im Rückgriff, wenn der Makler vom Dritten ein Entgelt nicht erhält | 95 |
| Kapitel 7: Auftraggeber und Makler schließen keinen Vertrag | 95 |

Teil 5
Sonderprobleme

| | |
|---|-----|
| Kapitel 1: Vorkaufsrecht | 96 |
| 1. Vertrag zugunsten Dritter | 97 |
| a) Der Verkäufer ist Auftraggeber des Maklers | 97 |
| aa) Der Vertrag zugunsten Dritter ist Bestandteil des Hauptvertrages .. | 97 |
| (1) Der Hauptvertrag ist für den Vorkaufsfall auflösend bedingt ... | 97 |
| (2) Der Hauptvertrag ist für den Vorkaufsfall nicht auflösend bedingt | 97 |
| bb) Der Vertrag zugunsten Dritter ist nicht Bestandteil des Hauptvertrages | 98 |
| (1) Der Hauptvertrag ist für den Vorkaufsfall auflösend bedingt ... | 98 |
| (2) Der Hauptvertrag ist für den Vorkaufsfall nicht auflösend bedingt | 99 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 99 |
| b) Der Käufer ist Auftraggeber des Maklers | 100 |
| aa) Der Vertrag zugunsten Dritter ist Bestandteil des Hauptvertrages .. | 100 |
| bb) Der Vertrag zugunsten Dritter ist nicht Bestandteil des Kaufvertrages | 100 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 100 |

| | |
|---|-----|
| 2. Maklervertrag mit dem Dritten | 101 |
| a) Der Verkäufer ist Auftraggeber des Maklers | 101 |
| aa) Der Kaufvertrag ist für den Vorkaufsfall auflösend bedingt | 101 |
| bb) Der Kaufvertrag ist für den Vorkaufsfall nicht auflösend bedingt .. | 103 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 103 |
| b) Der Käufer ist Auftraggeber des Maklers | 104 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 104 |
| 3. Vertragsübernahme | 104 |
| a) Der Verkäufer ist Auftraggeber des Maklers | 104 |
| b) Der Käufer ist Auftraggeber des Maklers | 105 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 105 |
| 4. Schuldübernahme, Schuldbeitritt | 105 |
| 5. Bürgschaft | 105 |
| Kapitel 2: Rücktritt vom Hauptvertrag | 106 |
| 1. Ein Maklervertrag ist Grundlage der Provisionsschuld | 106 |
| a) Grundsatz | 106 |
| b) Eigene Meinung | 107 |
| aa) Regelungslücke | 107 |
| bb) Ähnlichkeit | 108 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 109 |
| 2. Ein Vertrag zugunsten Dritter ist Grundlage des Maklerentgeltes | 109 |
| a) Der Vertrag zugunsten Dritter ist Bestandteil des Hauptvertrages | 109 |
| b) Der Vertrag zugunsten Dritter ist nicht Bestandteil des Hauptvertrages . | 110 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 110 |
| 3. Vertragsübernahme | 111 |
| 4. Schuldübernahme, Schuldbeitritt | 111 |
| 5. Bürgschaft | 111 |
| 6. Abstraktes Schuldversprechen | 111 |
| Kapitel 3: Aufhebung des Hauptvertrages | 111 |
| 1. Ein Maklervertrag ist Grundlage der Provisionsschuld | 112 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 112 |
| 2. Ein Vertrag zugunsten Dritter ist Grundlage des Maklerentgeltes | 113 |
| a) Der Vertrag zugunsten Dritter ist Bestandteil des Hauptvertrages | 113 |
| b) Der Vertrag zugunsten Dritter ist nicht Bestandteil des Hauptvertrages | 114 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 114 |
| 3. Sonstige Abwälzungsinstrumente | 114 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 4: Eintritt oder Ausfall einer Bedingung im Hauptvertrag | 115 |
| 1. Ein Maklervertrag ist Grundlage der Provisionsschuld | 115 |
| 2. Ein Vertrag zugunsten Dritter ist Grundlage des Maklerentgeltes | 115 |
| a) Der Vertrag zugunsten Dritter ist Bestandteil des Hauptvertrages | 115 |
| b) Der Vertrag zugunsten Dritter ist nicht Bestandteil des Hauptvertrages .. | 115 |
| 3. Sonstige Abwälzungsinstrumente | 116 |
| Kapitel 5: Grunderwerbsteuer | 116 |
| <i>Zwischenergebnis</i> | 118 |

Teil 6
Schluß

| | |
|---|-----|
| Kapitel 1: Der Begriff des Abwälzens | 119 |
| Kapitel 2: Die Abwälzungsvereinbarung | 120 |
| | |
| Anmerkungen (Fußnotenverzeichnis) | 123 |
| Stichwortverzeichnis | 133 |