

## **AGB's – Der erklärte Feind des Maklerprovisionsanspruchs**

**Dieser Artikel wurde uns freundlicherweise zu Verfügung gestellt von Herrn Rechtsanwalt Dr. Ralf Stark, Kanzlei Dr. Stark, Niedeggen & Kollegen, Breite Straße 147-151, 50667 Köln, Telefon: (0221) 272470, Telefax: (0221) 27247-77, eMail: [kanzlei@drstark.de](mailto:kanzlei@drstark.de); Internet: <http://www.drstark.de/>**

Der juristisch unerfahrene Makler hat oftmals die Qual der Wahl: Entweder er verwendet in seinem Vertragsformular Vertragsbedingungen, welche seinen Maklerprovisionsanspruch im Streitfalle sichern, dann sind diese Klauseln überwiegend wegen Verstoß gegen die AGB-Regeln der §§ 305 ff BGB unwirksam oder aber er verwendet Vertragsbedingungen, welche juristisch wirksam sind, dann sind diese Formulierungen regelmäßig „wertlos“. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, wann AGB-Regeln vorliegen und wie für den Makler günstige Bedingungen wirksam individualvertraglich vereinbart werden können.

Die ganzüberwiegende Anzahl der Makler verwenden in der Praxis Vertragsformulare in welchen Vereinbarungen über einem Makleralleinauftrag (mit Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel), Regelungen über Aufwendungsersatzansprüchen und/oder Vertragsstrafen geregelt sind. Dies gibt dem Makler ein Gefühl der Sicherheit. Dieses Gefühl ist jedoch trügerisch und sogar doppelt gefährlich: Zum einem deshalb, weil diesbezügliche Vereinbarungen in vorformulierten Vertragsbedingungen schlichtweg unwirksam sind, zum anderen, weil der sie verwendende Makler auf sie vertraut hat und es deshalb häufig unterlässt, die gewünschten Vereinbarungen wirksam zu vereinbaren. Dabei muss der Makler nolens volens zur Kenntnis nehmen, dass die Vereinbarungen, die für ihn vorteilhaft sind (namentlich der Abschluss eines qualifizierten Makleralleinauftrages mit Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel, Verlängerungsklauseln, Aufwendungs- und Schadensersatz sowie Vertragsstrafvereinbarungen, Vorkennntisklauseln, erfolgsabhängige Provisionsklauseln und Reservierungsvereinbarungen) nur individual vertraglich wirksam vereinbart werden können. Um dieses Problem zu erkennen und im Sinne der Sicherung des Maklerprovisionsanspruchs zu beherrschen, soll nachfolgend zunächst aufgezeigt werden, was allgemeine Geschäftsbedingungen im Rechtsinne sind und wie die vorgenannten - für den Makler günstigen - Vereinbarungen wirksam individual vertraglich geschlossen werden können.

### **1. Definition der allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Unerheblich hierfür ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in der Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Ebenso bedeutungslos ist, ob bereits eine schriftliche Fixierung erfolgte oder die vorherige einseitige Festlegung nur aus dem Gedächtnis heraus erfolgt. Nicht selten finden sich in Maklerverträgen sog. Aushandelsbestätigungen, welche bestätigen sollen, dass die in Rede stehenden Vereinbarungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind und damit keine allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellen. Derartige Versuche stellen jedoch nicht mehr und nicht weniger dar als einen untauglichen Versuch über diesen Umweg zu einer Individualvereinbarung zu gelangen. Zwar muss derjenige, der den Schutz des Gesetztes (§ 305 ff BGB) in An-

spruch nehmen will, beweisen, dass es sich um allgemeine Geschäftsbedingung handelt, dem Verwender der Vertragsklauseln obliegt es jedoch ein Aushandeln im Sinne des Gesetzes (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) darzulegen und zu beweisen.

Festzustellen ist demnach, dass immer dann, wenn ein Makler Vordrucke (Formulare) verwendet, die für mindestens eine Anwendung gedacht sind, allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen. Vereinfacht lässt sich daher konstatieren, dass alles das, was in einem Vertragsformular vordruckt ist, allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen. Dies hat zur Folge, dass die diesbezüglichen Vereinbarungen sodann auf Grundlage der AGB-Regeln des BGBs dahingehend zu überprüfen sind, ob die andere Partei (der /Kunde) nicht unangemessen benachteiligt wird. Dies ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel immer der Fall, wenn eine Bestimmung

- mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
- wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Diese Inhaltskontrolle wird in keinem anderen Rechtsgebiet so rigoros (besser „gnadenlos“) angewendet wie Maklerrecht. Allgemeine Geschäftsbedingungen können sich grundsätzlich wirksam nur im Rahmen des gesetzlichen Leitbildes des Maklervertrages gemäß § 652 BGB bewegen. Ist dies nicht der Fall, sind entsprechende Bestimmungen schlichtweg unwirksam.

Im Gegensatz zu AGB-Vereinbarungen, kann in Individualverträgen grundsätzlich auch von dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages abgewichen und so Vereinbarungen geschlossen werden, welche den Maklerprovisionsanspruch wirksam sichern. Demgemäß kann individualvertraglich alles vereinbart werden, bis zur Grenze des gesetzlich Zulässigen nämlich

- Rechtsgeschäfte, welche gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. § 138 BGB) und
- Rechtsgeschäfte, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen (vgl. § 134 BGB) und
- Rechtsgeschäfte, die gegen Treue und Glauben verstoßen (§ 242 BGB)
- 

Demgemäß muss der Makler im Eigeninteresse dafür sorgen, dass alles das, was für ihn vorteilhaft ist (vgl. die obenstehende Aufzählung), durch einen Individualvertrag vereinbart wird.

## **2. Voraussetzungen einer Individualvereinbarung**

Der Bundesgerichtshof verlangt für eine Individualabrede, dass der Verwender den gesetzestremden Kerngehalt „ernsthaft“ zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt und zwar zumindest mit der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingung zu beeinflussen. Das entscheidende Kriterium ist daher das des „freien Aushandelns“. Ein solches freies Aushandeln setzt voraus, dass die Vertragsparteien eigene Interessen und Vorstellungen haben, die unterschiedlich sein können und die im Einzelnen und ohne Bindung durch vorformulierte Klauseln so lange ausgehandelt werden, bis eine Einigung erzielt wird. Unverzichtbare Voraussetzung dafür ist, dass jede der Parteien wirklich bereit ist, von ihren Vorstellungen auch abzurücken und Kompromisse einzugehen.

Diese Bereitschaft, eigene Standpunkte aufzugeben, muss der anderen Partei kenntlich gemacht werden. Alle Beteiligten müssen also wissen, dass die andere Partei bereit ist zu verhandeln, Kompromisse einzugehen und nachzugeben. Dies erfordert regelmäßig, dass sich ein Aushandeln in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes niederschlagen muss. Unter engen Voraussetzungen soll es nach Ansicht des Bundesgerichtshofs auch bei einer Individualvereinbarung verbleiben, wenn es nach gründlicher Erörterung und Verhandeln jeder einzelnen Vertragsklausel bei dem gewünschten Entwurf bleibt. Voraussetzung hierfür ist, dass der Makler dem Kunden das Formular nicht nur erläutert, sondern eindeutig und unmissverständlich zum Ausdruck

bringt, dass der Kunde die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen real beeinflussen kann. Diese hohen Hürden wird der Makler jedoch nur dann nehmen können, wenn er vorstehende Voraussetzungen beweisen kann, was regelmäßig einen „aussagesicheren Zeugen“ voraussetzt.

### 3. Negativkriterien

Kein freies Aushandeln und damit keine Individualvereinbarung, sondern allgemeine Geschäftsbedingungen werden von der Rechtsprechung in folgenden Fällen angenommen:

- Der Makler überlässt dem Kunden seine vorformulierten Geschäftsbedingungen zum Lesen, wobei es unerheblich ist, wie viel Zeit dem Kunden hierfür zur Verfügung gestellt wird. Der Kunde weiß dann nur, welche Bedingungen der Makler ihm stellt und kann von diesen Kenntnis nehmen, er hat aber keine Möglichkeit über diese vorformulierten Bedingungen zu Verhandeln.
- Der Makler geht mit seinem Kunden lediglich die allgemeinen Geschäftsbedingungen Punkt für Punkt durch und erläutert diese. Dies verschafft dem Kunden nur die Kenntnis von den Vertragsklauseln, er hat aber nach wie vor die Möglichkeit, diese auszuhandeln und in seinem Interesse geltend zu machen.
- Ebenso wenig reicht es aus, wenn der Makler dem Kunden zwei (oder sogar mehrere) Alternativen zur Wahl stellt. Auch dies stellt kein freies Aushandeln dar, weil dem Kunden nur die Möglichkeit gegeben wird, zwischen mehreren Vorschlägen des Maklers zu wählen, er aber nicht die Möglichkeit hat, seine eigenen Vorstellungen durchzusetzen.
- Nicht ausreichend ist auch, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen **oder/und** lediglich erläutert werden.

#### Praxishinweis:

Da der Makler in einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Darlegungs- und Beweislast dafür hat, dass die Vereinbarung individual vertraglich ausgehandelt wurde und er als Partei des Rechtsstreits regelmäßig kein Zeuge ist, sollte darauf geachtet werden, dass ein Zeuge bei Abschluss des Maklervertrages zugegen ist (Zeugenqualität haben auch Mitarbeiter, Ehefrauen und Freunde...). Die gilt umso mehr als auf der Seite des Auftraggebers nicht selten Zeugen beim Vertragsschluss zugegen sind (regelmäßig Ehefrauen, Kinder pp). Der kardinale Gesichtspunkt ist jedoch, dass die Vereinbarung dem äußeren Erscheinungsbild nach nicht die Anwendbarkeit der für den Makler ungünstigen AGB-Regeln auslösen sollte. Dies ist zuvörderst dann der Fall, wenn die für den Makler günstigen Vertragsbedingungen formularmäßig vereinbart werden. Dies auch und gerade, wenn das Formular diesbezüglich Lücken (Adresse, Laufzeit, Verlängerungsklauseln pp) enthält, welche handschriftlich ergänzt wurden. In diesem Fall besteht eine tatsächliche vom Makler (schwerlich zu widerlegend!) 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 AGBs vereinbart werden kann, aufgeführt ist;
- Hierunter sollten sich nahtlos die Unterschriftenfelder anschließen;
- Darunter sollte eine maschinenschriftliche Überschrift „sonstige Vereinbarung“ enthalten sein. In dem darunter liegenden freiem Raum sollten sodann die Vereinbarungen getroffen werden, welche nur individualvertraglich möglich sind;
- Sodann sollte sich noch ein weiteres Unterschriftenfeld anschließen.
- 

Die vorstehenden Ausführungen bedingen es, dass der Makler die Formulierungen, die nur individuell vertraglich möglich sind (also beispielsweise sämtliche Spielarten des qualifizierten Maklerallein-auftrages) schlichtweg auswendig lernen muss, damit er diese Vereinbarung „zusammen“ mit dem Auftraggeber schriftlich fixieren und ohne Fehler zum Vertragsbestandteil machen kann.

RA Dr. Stark, 01.06.2012

**Rechtlicher Hinweis**

Dieser Fachartikel wurde nach bestem Wissen erstellt. Er ersetzt aber keine Beratung im Einzelfall. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden.

