

Über- bzw. Mehrerlösvereinbarungen im Maklerrecht

I. Einführung

1. Üblicherweise berechnet sich die Courtage nach einem Prozentsatz vom Kaufpreis.

2. Allerdings können auch andere Vergütungsmodelle vereinbart werden – wie z.B. eine Übererlös- oder Mehrerlösvereinbarung. Bei einer solchen wird mit dem Auftraggeber kein Prozentsatz des Kaufpreises als Provision vereinbart. Stattdessen erhält der Makler erst ab einem bestimmten Preis eine Provision, die sich allein aus dem „überschießenden“ Preisanteil berechnet. Hierzu ein Beispiel:

- der Makler soll ein Objekt verkaufen. Vereinbart wird, dass
- der Makler bis zu einem Verkaufserlös von € 680.000 keine Provision bekommt, aber
- von dem darüber hinausgehenden Erlös eine Provision i.H.v. 50 % inkl. Umsatzsteuer.
- Das Objekt wird für € 720.000 verkauft.
- Dann berechnet sich die Courtage wie folgt: Differenz € 720.000 - € 680.000 = € 40.000 als „überschießender“ Preisanteil,
- davon 50 % = € 20.000 inkl. Umsatzsteuer (= netto € 16.806,72 zzgl. Umsatzsteuer).

Vergleichsrechnung: hätte man eine Courtage von brutto 3,57 % des Verkaufspreises vereinbart, würde die Provision € 25.704,00 inkl. Umsatzsteuer (d.h. netto € 21.600,00) betragen.

3. Eine Übererlösvereinbarung kann (wie die vorstehenden Beispiele zeigen) für beide Seiten Vor- und Nachteile haben. Der Hauptvorteil für den Verkäufer liegt darin, dass er ziemlich genau kalkulieren und von einem bestimmten, ihm in voller Höhe zustehenden Verkaufspreisanteil ausgehen kann. Denn erst ab einer bestimmten Schwelle beginnt die Courtagepflicht. Der Makler kann ggfs. lukrative Courtagen generieren (die oft deutlich über das hinausgehen, was im Rahmen einer Prozentregelung zu generieren wäre).

Im Prinzip beruhen entsprechende Regelungen also auf einer „Wette“. Entscheidend ist dabei, welche Grundparameter vereinbart werden: der (voraussichtliche) Wert des Grundstücks bzw. Kaufpreises, die Höhe des Courtagefreien Kaufpreisanteils und der Prozentsatz des überschießenden, für die Provision relevanten Kaufpreisanteils.

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Individuell sind entsprechende Vereinbarungen grundsätzlich zulässig.

2. Üblicherweise werden Übererlösklauseln aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen = AGB vereinbart – also durch vom Makler vorgegebene Regelungen im Maklervertrag. Auch dies ist grundsätzlich zulässig,

vgl. seit BGH NJW 69,1628 z.B. BGH NJW 94,1475; OLG Düsseldorf NJW-RR 99,1140; OLG Brandenburg, Urt.v. 06.08.2008 – 4 U 174/07; LG Berlin IMR 14,305 = ZMR 14,419; Palandt, 74. Auflage 2015, § 652 Rdn. 53; MüKo, 6. Auflage, § 652 Rdn. 68; Mutschler, Maklerrecht, 2013, Ziff. 10.2.

3. Soweit dies (in der Literatur) kritisch gesehen wird, liegen durchweg Konstellationen zu Grunde, bei denen es sich beim Vertragspartner des Maklers um geschäftlich unerfahrene Personen handelt,

vgl. Hamm/Schwertner, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rdn. 772.

Dann treffen den Makler zumindest erhöhte Aufklärungspflichten (aus den genannten Gründen: die „Wette“ ist keine – denn der Makler weiß eher um die entscheidenden Parameter und kann diese in seinem Sinne „beeinflussen“, s.o. S. 1 unten, Ziff. 1.3.),

vgl. Mutschler, Maklerrecht, 2013, Ziff. 10.2. m.H.a. OLG Schleswig NJW-RR 02,419 und OLG Düsseldorf NJW-RR 97,1278; so auch Palandt, 74. Auflage 2015, § 652 Rdn. 53; Hamm/ Schwertner, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rdn. 774 + 779: „Die Unsicherheitslage muss bei beiden Vertragsparteien gleichermaßen gegeben sein“.

4. Allerdings kommen Übererlösklauseln gegenüber Verbrauchern nur selten zum Einsatz. Stattdessen sind diese meist nur in Verträgen enthalten, die Makler bei gewerblich tätigen Auftraggebern (Projektentwickler; Immobilienfonds;) verwenden.

III. Grenzen der Zulässigkeit

1. „Vertragswidriges Handeln“, insb. durch „Überlegenes Wissen“, „Ausnutzen einer Zwangslage des Auftraggebers“ oder „Intransparenz“

a. Soweit trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit von Übererlösklauseln (auch in AGB) ein Provisionsanspruch verneint wird, liegt regelmäßig die Konstellation zu Grunde, dass ein Makler seinem Auftraggeber gegenüber in „vertragswidriger“ Weise agiert und dies dazu nutzt, über eine entsprechende Regelung zu weit überhöhten Courtageansprüchen zu gelangen.

b. Wichtig ist dabei, dass eine Sittenwidrigkeit entsprechender Vereinbarungen nur vorliegen kann, wenn die vorg. Kombination vorhanden ist: das „widrige“ Handeln des Maklers einerseits – und das Ausnutzen desselben durch eine Übererlösklausel andererseits.

„Nur“ eine „überhöhte“ Courtage reicht dagegen nicht aus, um entsprechende Regelungen unwirksam zu machen. Denn wegen des „Wett-Charakters“ derselben billigt die Rechtsprechung dem Makler sehr hohe Spannen zu, die nicht zu beanstanden sind (so, wie der Makler ggfs. „leer“ ausgeht, wenn kein „überschießender“ Kaufpreis erzielt wird soll er auch in der Lage sein, eine hohe Courtage zu generieren), vgl. abermals

BGH NJW 94,1475.

c. Im dort entschiedenen Fall wusste der Makler, dass ein ganz bestimmter Kaufinteressent (ein Nachbar) bzgl. eines ganz bestimmten Grundstückes bereit war, einen bestimmten, sehr hohen Kaufpreis zu zahlen. Auf Basis dieses „überlegenen Wissens“ hatte der Makler mit dem Verkäufer eine Übererlös-Klausel vereinbart - von der er aufgrund der vorg. Parameter schon bei Vertragsschluss wusste, dass ein „überschießender“ Kaufpreisanteil in erheblicher Höhe anfallen würde. Konkret hatte der Makler den courtagefreien Kaufpreisanteil so niedrig angesetzt, dass sich aus der Übererlös-Regelung eine Provision i.H.v. 27,7 % des Kaufpreises ergab. Üblich war damals eine Provision von 3 % des Kaufpreises (zzgl. Umsatzsteuer). Infolge begehrte der Makler statt der damals üblichen netto DM 15.390,- eine Courtage i.H.v. netto DM 108.696,-; also mehr als das 7-fache des damals Üblichen.

d. Man kann daher von einer Art „Eingangsvoraussetzung“ sprechen, was die Prüfung einer Unwirksamkeit entsprechender Regelungen angeht: erst wenn ein „widriges“ Handeln des Maklers (insb. durch „überlegenes Wissen“) gegeben ist oder sonstige, gleichgewichtige Umstände vorliegen, spielt die konkret generierte Höhe der Provision eine Rolle (aus der sich die zur Sittenwidrigkeit führende „verwerfliche“ Gesinnung des Maklers ergeben kann).

e. Eine andere Konstellation lag der Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 06.08.2018 - 4 U 174/09 zu Grunde. Dort beruhte das „widrige“ Verhalten des Maklers auf der Tatsache, dass dieser Makler (neben dem Vereinbaren einer Übererlösregelung) eine Zwangslage seines Auftraggebers ausgenutzt hatte,

Brandenburgisches OLG, Urteil v. 06.08.2018 - 4 U 174/09, Rdn. 64 (zu finden bei www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de).

f. Schließlich wird verwiesen auf das Urteil des

LG Berlin vom 30.05.2013 - 9 O 540/11 = ZMR 14,419 (420) = IMR 14,305.

Dort war ebenfalls ein widriges Verhalten bejaht worden - weil die dort verwendete Regelung dem geschäftlich unerfahrenen Kunden gegenüber nicht hatte erkennen lassen, welchen Mehrerlös der Makler beabsichtige. Zudem war der provisionspflichtige Mehrerlös für den geschäftlich unerfahrenen Maklerkunden nicht hinreichend ermittelbar. In dieser Intransparenz lag nach Auffassung des LG Berlin der entscheidende „Wissensvorsprung“ bzw. das „widrige“ Handeln des Maklers gegenüber dem Verkäufer als seinem Auftraggeber.

2. Überhöhte Courtage

a. Wie erwähnt, manifestiert sich eine verwerfliche Gesinnung der Maklers darin, dass dieser eine überhöhte Provision aus einer Übererlösvereinbarung fordert – obwohl gleichzeitig ein vorhergehendes, „widriges“ Handeln gegeben ist.

b. So hatte auch der BGH NJW 94,1475 nicht nur auf die dortige Höhe von 27,7 % des Kaufpreises abgestellt – sondern darauf, dass die entsprechende Vereinbarung vor dem Hintergrund eines „überlegenen Wissens“ des Maklers getroffen worden war, dass dieser mit entsprechender Absicht gegen seinen Auftraggeber verwendet hatte. Deshalb –wegen dieser Kombination von „überlegenem Wissen“ und dem Ausnutzen desselben durch Verwendung einer Übererlösklausel, die zu mehr als dem 7-fachen der üblichen Courtage (s.o. S. 3 Ziff. III.1.c.) führte (und führen sollte !)- bejahte der BGH eine Sittenwidrigkeit.

Fehlt ein entsprechend „widriges“ Handeln des Maklers, hat der BGH auch eine Provision für zulässig erachtet, die 29 % des Kaufpreises ausmachte, vgl.

BGH NJW 69,1628 – sowie nachfolgend KG NZM 01,481.

c. Demnach gereicht dem Makler die „bloße Absicht“ nicht zum Nachteil, einen möglichst hohen Mehrerlös zu erzielen - sofern sich die letztlich generierte Courtage noch im „üblichen Rahmen“ hält. Denn aus dem „Wett-Charakter“ entsprechender Vereinbarungen folgt, dass der Makler mit einem Mehrerlös rechnen und einen solchen anstreben darf. Andernfalls würde schon aus der Tatsache, dass sich aus einer Übererlösklausel „überhaupt“ ein Courtageanspruch ergibt, die Unwirksamkeit einer entsprechenden Vereinbarung folgen.

Dem ist aber nicht so. Der BGH hat mehrfach darauf hingewiesen, dass es quasi zur Geschäftsgrundlage einer Übererlös-Klausel gehört, dass bei Abschluss des Maklervertrages nicht übersehen werden kann, ob überhaupt und ggf. in welcher Höhe ein Mehrerlös erzielbar ist. Wenn der Makler damit rechnen muss, ggfs. gar keine Provision aus einer Übererlösklausel zu bekommen, darf er im Umkehrschluss auch eine „umso höhere“ Provision anstreben und generieren. Gerade aus diesem Grunde hatte der BGH selbst bei einer Courtage von 29 % des Kaufpreises kein zur Unwirksamkeit des Maklervertrages führendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen, vgl. abermals

BGH NJW 69,1628.

Nur wenn diese „Wette“ ausnahmsweise aufgrund eines „auch ansonsten vertragswidrigen“ Handelns des Maklers („überlegenes Wissen“) „von vornherein“ nicht aufgehen kann (weil klar ist, dass „überhaupt“ und zudem in „ungebührlicher Höhe“ ein Mehrerlös erzielt werden wird), kann Sittenwidrigkeit gegeben sein,

BGH NJW 94,1475 (1476 rechte Spalte Ziff. 3.).

d. Vorstehendes hat das Brandenburgische Oberlandesgericht in seinem schon zitierten Urteil vom 06.08.2008 - 4 U 174/07 (dort Rdn. 50 – s.o. S. 4 oben, Ziff. III.1.e.) sehr prägnant und wörtlich wie folgt zusammengefasst:

„Aus dem Umstand, dass in dem vorerwähnten Fall des Bundesgerichtshofes (gemeint ist BGH NJW 69,1628) wegen nicht bzw. der Höhe nach nicht feststehenden Mehrerlöses die Sittenwidrigkeit verneint wurde, kann nicht etwa im Umkehrschluss gefolgert werden, dass bei -wie hier- bereits feststehender Höhe des Mehrerlöses die Sittenwidrigkeit gegeben ist.“

e. Demnach darf der Makler einen Mehrerlös anstreben und auch von einem solchen ausgehen. Allerdings darf dieser nicht unangemessen hoch sein und zudem auf einem vertragswidrigen Handeln des Maklers (bei Abschluss des Maklervertrages) beruhen (wg. „überlegenem Wissen“; „Ausnutzung einer Zwangslage“ der „Intransparenz“).

3. Abgleich der zitierten Rechtsprechung mit dem Beispielfall

a. Im hier diskutierten Beispielfall (s.o. Seite 1) wird die Verwerflichkeitsgrenze nicht ansatzweise erreicht:

- Wie dargestellt hatte der Makler eine Provision von brutto € 20.000,00 (netto € 16.806,72 zzgl. 19 % Umsatzsteuer) generiert. Dieser Betrag entspricht einer Courtage von brutto 2,78 % bzw. netto 2,33 % des im Beispiel genannten Kaufspreises von € 720.000.
- Zudem wurde eine „übliche Provision auf Prozentbasis“ von brutto 3,57 % unterstellt. Folglich wäre bei dem Kaufspreis von € 720.000,- eine „übliche“ Courtage von brutto 3,57 % = brutto € 25.704,- angefallen.
- Demnach lag die hier diskutierte Mehrerlös-Provision von € 20.000,- noch unter dem Betrag von € 25.704,-, der im Rahmen einer Prozent-Regelung angefallen wäre.
- Infolge kann im Beispiel keine Sittenwidrigkeit gegeben sein. Auf ein etwa „überlegenes“ Wissen des Maklers käme es nicht an. Denn entweder war dieses gar nicht „überlegen“ – oder der Makler hat dieses im Rahmen der vertraglichen Regelung nicht eingesetzt.

b. Hierzu ein kurzer Abgleich zu den vorgenannten Entscheidungen:

- In der Entscheidung BGH NJW 94,1475 machte der Makler über die dortige Übererlös-Regelung bei gegebenem „überlegenem“ Wissen mehr als das 7-fache der üblichen Provision geltend.
- In dem Urteil des Brandenburgischen OLG vom 06.08.2018 - 4 U 174/09 (dort Rdn. 53), war es vor dem Hintergrund einer vom Makler ausgenutzten Zwangslage des Auftraggebers

„das 3 ½- bis nahezu 6-fache der im Regelfall üblichen Provision. Selbst unter Berücksichtigung einer im Großraum Berlin üblichen Provision von bis zu 6 % be-

trägt die Provision, die sich die Beklagte hat versprechen lassen, noch nahezu das 3-fache der üblichen Vergütung.“

„Nur“ wegen der Provisionshöhe hätte das Brandenburgische OLG den Provisionsanspruch nicht versagt (vgl. Urteil vom 06.08.2018 - 4 U 174/09, Rdn. 50, 48, 49 und 64).

- Was schließlich das Urteil des LG Berlin vom 30.05.2013 - 9 O 540/11 = ZMR 14,419 (420) = IMR 14,305 angeht, hatte die Übererlösregelung dazu geführt, dass der Makler eine Provision begehrte, die exakt 34,61 % des erzielten Kaufpreises betrug. Wie schon ausgeführt, war diese Höhe aber nicht streitentscheidend – sondern die Tatsache, dass die Vereinbarung intransparent war und den geschäftsunerfahrenen Auftraggeber übervorteilte.

4. Wann wäre eine Übererlösregelung im Beispielfall sittenwidrig ?

Abschließend soll gezeigt werden, wann ein Mehrerlös im Beispielfall wohl sittenwidrig wäre.

Dazu wird hier ein „vertragswidriges“ Verhalten des Maklers unterstellt. Folglich geht es nur noch um die Höhe der Provision. Insoweit hätte die Übererlösklausel, um „in die Nähe“ der vom BGH diskutierten Werte (27,7 % bzw. 29 % vom Kaufpreis) zu kommen, z.B. ab einem Verkaufspreis von € 350.000,- „greifen“ müssen (und nicht erst ab € 680.000,- wie im Beispielfall). Dann ergäbe sich folgende Rechnung:

€ 720.000 Kaufpreis
- € 350.000 Courtagefreier Kaufpreisanteil
= € 370.000 Überschießender, d.h. provisionspflichtiger Kaufpreisanteil
davon 50 % gem. Vereinbarung
= € 185.000 Courtage - bezogen auf den Kaufpreis also 25,7 %

An diesem Beispiel zeigt sich, wie gravierend die Sachverhalte waren, die von den Gerichten zu entscheiden waren und insb. den Entscheidungen des BGH NJW 94,1475 und NJW 69,1628 zu Grunde lagen.

Selbst diese Provision wäre nach der zitierten Rechtsprechung nicht „per sé“ sittenwidrig – sondern nur dann, wenn der Makler (wie hier unterstellt) ein „überlegenes Wissen“ zum Nachteil seines Auftraggebers verwendet oder auf andere Weise „vertragswidrig“ gehandelt hätte.

IV. Fazit

Übererlösvereinbarungen sind ein zulässiges und „spannendes“ Instrument zur Generierung von Provisionen. Aufgrund ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit und der maklerfreundlichen Rechtsprechung bietet sich dem Makler die Chance, über dem Üblichen liegende Courtagen zu generieren.

Voraussetzung ist aber eine „faire“ Vereinbarung der Grundparameter, so insb. eine realistische Einschätzung des Grundstückswertes und des courtagefreien Kaufpreisanzeils. Dies gilt umso eher, je unerfahrener der Auftraggeber des Maklers ist und je schwieriger die genannten Parameter einzuschätzen sind.

Daher kann sich (insb. bei „teuren“ oder „besonderen“ Objekten) empfehlen, die Hilfe eines Sachverständigen für die Bewertung von Grundstücken in Anspruch zu nehmen (um dem Vorwurf eines „überlegenen Wissens“ vorzubeugen).

Hamburg, den 29.09.2015

Frank Noll

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dahlmann & Partner, Zippelhaus 5, 20457 Hamburg

fn@dahlmann-partner.de

www.dahlmann-partner.de