

Das zweite Kapitel dieses *essentials* soll einen grundlegenden Einblick in das Maklerwesen und seine verschiedenen Ausprägungen gewähren. Neben einer Skizzierung der Geschichte des Maklers und der Erörterung der unterschiedlichen Maklertypen sollen auch die nötigen Vorbedingungen zur Aufnahme des Maklerberufs präsentiert werden.

2.1 Historie des Maklers und Entwicklung des Berufsfeldes

Wie bereits einleitend erwähnt, gilt die Zusammenführung von Angebot und Nachfrage seit jeher als wichtige Grundvoraussetzung funktionierenden Handels. Der Makler, der diese Aufgabe als Kern seiner Tätigkeit versteht, ist trotz alledem nicht selten Gegenstand von Kritik und gesellschaftlicher Geringschätzung. Zum besseren Verständnis der Arbeit eines Maklers, seiner rechtlichen Rahmenbedingungen sowie seiner gesellschaftlichen Stellung ist es unverzichtbar, die Wurzeln des Maklerwesens zu ergründen und dabei die verschiedenen Entwicklungsstufen dieses Berufsfeldes zu durchleuchten. Hierbei ist nicht zuletzt zu erforschen, welche Prozesse dazu führten, dass der Makler bis heute nicht das Ansehen genießt, das er bei seriöser und gewissenhafter Ausführung seines Berufs verdienen würde. Ebenso ist fraglich, wie es zu der für dieses komplexe Rechtsgebiet eher spärlichen Gesetzesauskleidung gekommen ist. Zu prüfen ist also, ob das Maklerrecht – heute größtenteils Richterrecht – bereits in der Vergangenheit durch einen Mangel an gesetzlichen Vorschriften gekennzeichnet war.

2.1.1 Makler im Altertum

Erste Maklertätigkeiten werden bereits im Altertum vermutet. Die Anzahl historischer Quellen ist hier jedoch sehr gering. Es wird davon ausgegangen, dass zu dieser Zeit noch keine rechtliche Grundlage für den Beruf des Maklers bestand. Ansätze von Maklertätigkeiten, also die Zusammenführung von Angebot und Nachfrage insbesondere für ortsfremde Handeltreibende, sind jedoch bereits im antiken Griechenland zu finden. So gab es schon damals Personen, von den Griechen als *Proxenoï* bezeichnet, bei denen davon ausgegangen wird, Maklerbeziehungsweise Mittlertätigkeiten vollzogen zu haben (Fröber 1997, S. 27 f.). Obschon mitunter bereits die *Proxenoï* als qualifizierte Makler dargestellt werden (Heymann 1926, S. 323), bleibt die Ausprägung dieser Dienste und vor allem ihr entgeltlicher Charakter fraglich (Fröber 1997, S. 28; Voß 1966, S. 16 f.).

Erst im römischen Recht, genauer gesagt im *corpus iuris civilis*¹, werden erste deutliche Ansätze einer gesetzlichen Regelung des Maklergewerbes sichtbar (Fröber 1997, S. 28; Voß 1966, S. 17). Nicht zuletzt ist dies durch den Umstand zu erklären, dass die Maklertätigkeit in dieser Zeit ein florierendes Gewerbe darstellte, das es in irgendeiner Form zu sichern und zu regeln galt (Fröber 1997, S. 29; Grünfeld 1904, S. 9 f.). Der Makler, damals bekannt als *proxeneta*, erhielt wie auch in heutiger Zeit einen Maklerlohn ähnlich der Provision, das sogenannte *proxeneticum* (Grünfeld 1904, S. 17). Der Provisionscharakter des *proxeneticums* ist insbesondere dadurch begründet, dass die Zahlung schon damals nur im Erfolgsfall, also bei Abschluss des vermittelten Geschäfts, zu tätigen war (Grünfeld 1904, S. 21; Heymann 1926, S. 324). Das Grundprinzip der Maklervergütung fand also bereits dort seinen Ursprung und ist im Kern über die Jahrtausende erhalten geblieben. Ebenso wie die Vergütung ähneln sich damalige und heutige gesellschaftliche Wahrnehmung des Maklerberufs. So galt das Maklergewerbe trotz seiner Relevanz für den Handel zuweilen als bedenklich und anstößig (Fröber 1997, S. 31; Grünfeld 1904, S. 10). Wie auch heute waren es einige schwarze Schafe, die schon damals den gesamten Berufszweig durch unehrenhaftes Verhalten in Misskredit brachten (Grünfeld 1904, S. 16 f.).

Im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des Maklers im römischen Recht ist die vertragliche Eigenständigkeit des Maklervertrags augenfällig. Versuche einer rechtlichen Einordnung in die bekannten Vertragsgebilde von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag scheiterten in der Analyse aufgrund von

¹Römisches Gesetzeswerk.

Inkonsistenzen. Der Maklervertrag wurde daher als atypischer Vertrag, als sogenannter Innominatvertrag, behandelt (Grünfeld 1904, S. 18; Heymann 1926, S. 324). Die bisweilen scharfen Abgrenzungen der Verträge untereinander sollen an dieser Stelle nicht vorgenommen werden. Nur kurz sei jedoch angeführt, dass die Einordnung des Maklervertrags zum Werkvertrag wegen einer nicht vorhandenen materiellen Herstellung und die Möglichkeit der Zuordnung zum Auftrag aufgrund dessen zwingender Unentgeltlichkeit scheiterten. Da der Dienstvertrag der damaligen Definition nach nur „Dienste niederer, mechanischer Art“ (Grünfeld 1904, S. 18) als Vertragsgegenstand kannte, scheiterte auch diese Zuordnung (Grünfeld 1904, S. 18; Laband 1861, S. 4–11).

Insgesamt ist festzustellen, dass viele Charakteristika des Maklerwesens der heutigen Zeit bereits im römischen Recht ihre Wurzeln haben. Hier sind insbesondere die Regelungen der erfolgsabhängigen Provision als auch die Parallelen in der juristischen Behandlung des Maklers hervorzuheben. So war das Maklerrecht aufgrund seiner nicht umfassenden und nicht abschließenden Gesetzgebung größtenteils Magistratsrecht, was in Ansätzen mit dem heutigen Verständnis des Maklerrechts als Richterrecht zu vergleichen ist. Im Gegensatz zur heutigen Rechtsprechung war es zwar nicht möglich, Forderungen gerichtlich einzuklagen, allerdings konnte der Anspruch auf Zahlung des Maklerlohns in einem außerordentlichen Verfahren, der *extraordinaria cognitio*, geltend gemacht werden (Fröber 1997, S. 30 f.; Laband 1861, S. 7). In diesem Rahmen vermochte der Makler sodann seiner Lohnforderung gegenüber einem hohen Beamten, dem sogenannten Magistraten, Ausdruck zu verleihen, der sich daraufhin, ähnlich der Funktion eines Richters, der Entscheidung über den dem Makler zustehenden Lohn annahm.²

2.1.2 Makler im Mittelalter

Eine Analyse des Maklerwesens ist aufgrund lückenhafter historischer Belege erst wieder im fortgeschrittenen Mittelalter möglich. Zwischenzeitliche Maklertätigkeiten stehen zwar außer Frage, können jedoch wissenschaftlich nicht hinreichend untersucht und belegt werden, wofür sich nicht zuletzt die damalige Völkerwanderung als maßgeblich verantwortlich zeigt (Heymann 1926, S. 324).

²Durchaus differierend zur Entscheidungsfunktion und -kompetenz des Magistraten vgl. Fröber 1997, S. 31; Löden 1966, S. 30 f.; Heymann 1926, S. 324; Grünfeld 1904, S. 22 f.

Neben der Dokumentationsproblematik hatte die Völkerwanderung auch negative Auswirkungen auf die Entstehung einer qualifizierten Handelsstruktur. Der Geldverfall in der Spätantike tat sein Übriges, um den Handel in Westeuropa nahezu brachliegen zu lassen (Voß 1966, S. 18).

Da die Dienste eines Maklers jedoch größtenteils in Zeiten florierenden Handels zum Tragen kommen, sind ein geordnetes Maklerwesen und Maklerrecht erst wieder im 12. und 13. Jahrhundert zur Zeit des erstarkten südeuropäischen und hanseatischen Handels erkennbar (Heymann 1926, S. 324). Kaufleute bedienten sich der Dienste der Makler nun sehr häufig, da sie ortsfremden Handeltreibenden eine schnelle Zusammenführung von Angebot und Nachfrage ermöglichten, wobei sie nebenher Warenprüfungen durchführten, Preise verhandelten und so im Ganzen einen reibungslosen Ablauf garantierten (Laband 1861, S. 12). Schnell wurde dem Makler sogar eine amtliche Stellung zuteil. Interessanterweise wurde dies durch das pflicht- und sittenwidrige Verhalten Einzelner ausgelöst. Dem Leitbild eines ehrbaren Kaufmanns diametral entgegenstehend (Gerbaulet 2016, S. 50 ff.), wurden die ortsfremden Handeltreibenden, die auf die Hilfe von Maklern angewiesen waren, von diesen sehr häufig ausgebeutet; der Ruf nach einer amtlichen Regelung des Maklerberufs wurde lauter (Laband 1861, S. 13 f.; Leisau 1967, S. 3 f.). Darüber hinaus erforderte der sich intensivierende Handelsverkehr Kontrollinstanzen, die für den regelkonformen und flüssigen Ablauf Sorge tragen sollten. Als Konsequenz wurden Makler nun amtlich bestellt, und es kam zu einer Trennung zwischen dem amtlichen und dem privaten Makler; letzterer wurde anschließend häufig als *Pfuschmakler* titulierte. Dem Privatmakler waren fortan lediglich noch Tätigkeiten, die sich im Rahmen des Individual- und Familienlebens bewegten, erlaubt.³ Während der Privatmakler durch Einführung dieser Trennung in den gesellschaftlichen Untergrund gedrängt und von seinem Wesen mehr und mehr der Halbwelt zugeschrieben wurde, gelangte der amtliche Makler zu hohem gesellschaftlichen Ansehen (Leisau 1967, S. 4).

Dem amtlichen Makler wurde neben der amtlichen Bestellung und Vereidigung auch das Vermittlungsmonopol zuteil. Vielerorts bestand sogar der Zwang zur Inanspruchnahme der Dienste von Maklern durch die Kaufleute. Den Privatmaklern wurde so gewissermaßen der Garaus gemacht, und es gelang lange Zeit, sie in den Hintergrund zu verdrängen. Die Aufgaben der amtlichen Makler, die fortan als Organisatoren des Handels fungierten, wuchsen in dieser Zeit stetig. Ihre Kernaufgabe, das unparteiische Vermitteln zwischen den am Handel

³Dazu und zur tiefschürfenden Aufarbeitung der Historie vgl. Axmann 2004, S. 23 ff.

beteiligten Personen, weitete sich schnell zu einer amtlich legitimierten Kontroll- und Aufsichtsfunktion aus. Der Makler wurde gleichsam zum *Handelspolizisten*. Um Überparteilichkeit zu gewährleisten, waren ihnen Kommissionshandel, Beteiligungen jedweder Art oder gar Eigenhandel streng untersagt. Zur weiteren Verdeutlichung der neutralen Position des Maklers war der Maklerlohn üblicherweise von beiden Parteien zu gleichen Teilen zu zahlen (Heymann 1926, S. 325).

2.1.3 Makler in der Neuzeit

Die im Mittelalter erfolgte Trennung in amtliche und private Makler sollte noch lange erhalten bleiben. Zunächst verstärkte sich sogar der amtliche Charakter ab dem 16. Jahrhundert im liberaleren Norden noch einmal deutlich, und auch die Monopolstellung des amtlichen Maklers wurde betont und untermauert. So wurde beispielsweise zur Wahrung und zur weiteren Stabilisierung des Monopols die Inanspruchnahme privater Makler unter schwere Strafe gestellt und derartig geschlossene Verträge mitunter für ungültig erklärt (Heymann 1926, S. 333 f.). All dieser Maßnahmen zum Trotz waren bereits erste Risse im Statut des amtlichen Maklers erkennbar, die allerdings erst im 19. Jahrhundert zu seiner Abschaffung führen sollten (Heymann 1926, S. 338 u. 340). Der Privatmakler gewann aufgrund seiner Ungebundenheit und seines schnelleren Adaptionsvermögens an die Begebenheiten der sich verändernden wirtschaftlichen Verhältnisse immer mehr an Popularität. Zwar agierte er noch immer im Schatten der Gesellschaft, doch wurden seine Dienste von den Handeltreibenden mehr und mehr in Anspruch genommen (Heymann 1926, S. 335). Der Handel im Mittelalter, der von den Kaufleuten an den Handelsplätzen persönlich abgewickelt wurde, wich mehr und mehr dem sogenannten Kommissionshandel. Die Kommissionäre, die auf eigene Rechnung Geschäfte schlossen, übernahmen so vielfach auch die Dienste der ortsansässigen Makler. Mit dem Aufkommen des Kapitalismus und der fortschreitenden Industrialisierung im 19. Jahrhundert änderten sich auch die Bedürfnisse an den Wirtschaftsverkehr.

Ebenfalls in dieser Zeit begann sich auch das Berufsfeld des Immobilienmaklers zu etablieren. Die durch die Industrialisierung und durch die Bauernbefreiung im 19. Jahrhundert bedingte einsetzende Landflucht sowie die Konzentration auf wirtschaftlich attraktive Ballungsräume brachten viele bis dato nicht gekannte Probleme mit sich. Vorherige Betätigungen im Bereich des Immobilienhandels waren lediglich rudimentärer Natur. Grundstücke befanden sich zumeist im Eigentum der Kirche oder der Landesherren und wurden nur selten verkauft (Voß 1966, S. 18; Wegener, Sailer und Raab 1997, Rn. 2). Ohnehin war der Markt für

Grundstücke und Immobilien sehr übersichtlich. Angebot und Nachfrage waren zumeist hinlänglich bekannt und Vermittlungstätigkeiten in diesem Bereich somit nahezu überflüssig (Voß 1966, S. 18). Mit zunehmender Nachfrage nach Wohnraum in Ballungsgebieten und mit wachsender Unübersichtlichkeit des Immobilienmarktes war den Diensten des Immobilienmaklers fortan ein ideales Betätigungsfeld geboten, was sich nicht zuletzt durch die zahlreichen Gründungen von Maklerunternehmen in dieser Zeit untermauern lässt (Axmann 2004, S. 40).

Sowohl der Handel an der Börse und der damit verbundene spekulative Charakter als auch die Fortschritte in der Informationstechnologie und die sich verstärkenden internationalen Verflechtungen erforderten neue Strukturen im Wirtschaftsleben. Dem amtlichen Makler wurde es aufgrund seines strengen Regelkorsetts nahezu unmöglich gemacht, den Ansprüchen der Kaufleute gerecht zu werden, und so nahmen die Kommissionäre, die in kürzester Zeit Entscheidungen treffen und Waren auf eigene Rechnung abnehmen konnten, immer mehr ihren Platz ein (Heymann 1926, S. 337). Es erscheint daher wenig verwunderlich, dass sich die amtlichen Makler infolge dieser Entwicklung immer weniger an ihre Regeln hielten und fortan auch ihnen untersagte Geschäfte tätigten; der Eigenhandel hielt so auch Einzug in die Berufssphäre des amtlichen Maklers (Heymann 1926, S. 338). Auch den Privatmaklern, oft als *Bönhasen* und *Pfuschmakler* verhöhnt, gelang es, sich von den bestehenden Vorurteilen in Ansätzen zu lösen und die amtlichen Makler durch bessere Kenntnisse, größeren Ehrgeiz und höhere Flexibilität auszustechen (Laband 1861, S. 45). Die damalige Monopolstellung der amtlichen Makler, zum Schutz vor Betrügern in Kraft gesetzt, drohte zu zerfallen. Hierfür maßgeblich verantwortlich war neben der besseren Berufsausübung der Privatmakler auch der im 19. Jahrhundert aufkommende Freiheitsgedanke, der sich gegen Monopole und für die Bedeutung von Konkurrenz im Handel aussprach (Heymann 1926, S. 339; Laband 1861, S. 45). Nach einigen Wirren und zahlreichen unterschiedlichen Ansätzen zur Regelung der Stellung des amtlichen Maklers begann die Einführung des „Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs“, kurz ADHGB genannt, im Jahr 1861. Das Monopol, das die Vermittlung von Handelsgeschäften auf den amtlichen Makler reduzierte, wurde abgeschafft (Axmann 2004, S. 85). Ein jeder konnte nun als Makler tätig werden. Nach Abschaffung des Vermittlungsmonopols traf die amtlichen Handelsmakler im Jahr 1879 ein weiterer schwerer Schlag. Die ihnen mit den Artikeln 77–78 ADHGB zuvor zugesprochene verstärkte Beweiskraft vermittelter Handelsabschlüsse durch Schlussnoten und Maklerbücher wurde ihnen aberkannt und so auch der letzte Wettbewerbsvorteil gegenüber den Privathandelsmaklern entzogen (Axmann 2004, S. 103). Mit dem Börsengesetz von 1896 wurde nun

auch begonnen, die mit Einführung des ADHGB beschlossene amtliche Bestellung der Handelsmakler aufzulösen. Die bis dato vereidigten Börsenmakler verloren ihren exponierten Status und wurden zu Kursmaklern mit besonderen Rechten und Pflichten (Heymann 1926, S. 341). Der ursprünglich amtlich vereidigte Makler und mit Ausnahme des Kursmaklers auch dessen amtliche Bestellung wurden 1897 mit Erscheinen des noch heute gültigen Handelsgesetzbuchs, kurz HGB genannt, vollständig abgeschafft (Heymann 1926, S. 342); das HGB trat am 1.1.1900 schlussendlich in Kraft. Das Berufsfeld wurde nun in Handelsmakler, vormals als Privathandelsmakler bekannt, und Zivilmakler getrennt. Wer also fortan „gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren (...) oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt“ (§ 93 Abs. 1 HGB), ist Handelsmakler im Sinne des HGB. Die gesetzlichen Regelungen des Zivilmaklers sind hingegen nicht im HGB, sondern im BGB, dem „Bürgerlichen Gesetzbuch“, zu finden. Die Vorschriften für Zivilmakler, wie zum Beispiel für den Immobilienmakler, sind folglich scharf von denen der Handelsmakler getrennt. Eine detaillierte Darstellung der verschiedenen Maklertypen erfolgt im nachfolgenden Unterkapitel.

2.2 Analyse der verschiedenen Maklertypen

Der Gliederungspunkt 2.2 dieses *essentials* beleuchtet die verschiedenen Maklertypen. In diesem Rahmen findet zunächst eine allgemeine Unterscheidung der Maklertypen anhand der jeweils im Zentrum stehenden Vertragsgegenstände statt.⁴ Im späteren Verlauf erfolgt eine Differenzierung des Maklers nach der jeweils ausgeübten Tätigkeit.⁵ Im letzten Gliederungspunkt des Kapitels wird abschließend noch der Typus des sogenannten Doppelmaklers vorgestellt.

2.2.1 Handelsmakler

Die gesetzlichen Vorschriften des Handelsmaklers sind im achten Abschnitt des Handelsgesetzbuchs zu finden und umfassen die §§ 93 bis 104. Handelsmakler im Sinne des § 93 HGB ist, wer gewerbsmäßig für andere Personen Verträge

⁴Siehe Abschn. 2.2.1 „Der Handelsmakler“ und Abschn. 2.2.2 „Der Zivilmakler“.

⁵Siehe Abschn. 2.2.3 „Der Vermittlungsmakler“ und Abschn. 2.2.4 „Der Nachweismakler“.

vermittelt, ohne jedoch aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein (§ 93 Abs. 1 HGB). Dies unterscheidet den Handelsmakler klar vom sogenannten Handelsvertreter, der in einem *Dauerschuldverhältnis* zu seinem Auftraggeber steht (v. Hoyningen-Huene 2016, § 84 Rn. 54 u. § 93 Rn. 4, Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 17). Die vom Handelsmakler vermittelten Verträge müssen stets über Gegenstände des Handelsverkehrs geschlossen sein.⁶

Die wohl prominentesten Unterformen des Handelsmaklers sind der Versicherungsmakler, der Warenmakler, der Börsen- und Wertpapiermakler sowie der Schiffsmakler (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 7 ff.). Der Versicherungsmakler findet hier aufgrund seiner Bekanntheit als ein Vertreter der Handelsmakler kurz exemplarisch Erwähnung. Gegenstand des Versicherungsmaklers ist die Vermittlung von Aufträgen zwischen Versicherungsnehmern und Versicherern, wobei auch hier eine scharfe Trennung zum Versicherungsvertreter vollzogen werden muss. Der Versicherungsvertreter steht wie auch schon der Handelsvertreter in einem engen Verhältnis zum Versicherer; der Versicherungsmakler ist hingegen eben nicht an einen konkreten Versicherer gebunden (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 9).

Der Handelsmakler kann Kaufmann sein, muss es jedoch nicht;⁷ die Vorschriften des Handelsmaklers sind folglich unabhängig von der Kaufmannseigenschaft anzuwenden (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 6). Kaufmann ist der Handelsmakler also nur bei Vorliegen eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebs oder der Eintragung ins Handelsregister (§§ 1 u. 2 HGB).

Im Hinblick auf die Berufsausübung des Handelsmaklers ist festzuhalten, dass dieser nie Geschäfte unter seinem Namen oder dem seines Auftraggebers abschließt; kennzeichnend für die Tätigkeit des Handelsmaklers ist die bloße Zusammenführung der zum Handel entschlossenen Parteien (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 4). Üblich ist hier eine sogenannte Doppeltätigkeit.⁸ Der

⁶Gemeint sind u. a. Waren, Wertpapiere, Versicherungen, Güterbeförderungen und Schiffsmiete; siehe dazu § 93 Abs. 1 HGB. Immobilien sind hingegen nicht den Handelsgegenständen zuzuordnen.

⁷Vor HRefG vom 22.6.1998 „war der Handelsmakler bereits gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 7 aF sog. Muss-Kaufmann“ (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 6).

⁸Doppeltätigkeit wird stets vermutet; siehe dazu § 99 HGB, vgl. auch v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 49 f.

Handelsmakler steht also in der Regel im Verhältnis zu beiden am Geschäft beteiligten Parteien (Reiner 2014, § 93 Rn. 38). Strikte Neutralität und Überparteilichkeit des Handelsmaklers sind hierfür zwingende Voraussetzungen. Im Fall der Doppeltätigkeit besteht dann gegen beide Parteien ein Anspruch auf einen Teil der Provision (Reiner 2014, § 93 Rn. 38).

Die bis dato vielfach erwähnte Vermittlungsleistung des Handelsmaklers ist im Folgenden genauer zu betrachten. Bei der Vermittlung durch den Handelsmakler genügt nicht der bloße Nachweis zur Gelegenheit eines möglichen Vertragsschlusses; vielmehr ist die echte Vermittlung durch aktive Zusammenführung beider Parteien erforderlich (Roth 2016, § 93 Rn. 13). Die Unterschiede zwischen dem Nachweis- und dem Vermittlungsmakler werden im weiteren Verlauf noch eingehend erörtert. Angeführt sei jedoch schon jetzt, dass der Handelsmakler im Gegensatz zum Zivilmakler niemals Nachweis-, sondern stets Vermittlungsmakler sein muss. Allerdings ist er auch als Vermittlungsmakler in seiner Tätigkeit frei. Er ist somit weder dazu verpflichtet, überhaupt tätig zu werden, noch schuldet er dem Auftraggeber grundsätzlich Erfolg (Roth 2016, § 93 Rn. 23).

Wie für den Zivilmakler sind auch für den Handelsmakler die im BGB festgeschriebenen allgemeinen Vorschriften des Maklers maßgeblich.⁹ Die Vorschriften des HGB sind gleichsam ergänzender Natur für die Sonderstellung des Handelsmaklers (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 5). Der Handelsmakler unterliegt wesentlich strengeren Richtlinien als der Zivilmakler. So ist der Handelsmakler neben der Pflicht zur Anfertigung von Schlussnoten (§ 94 HGB) und der Pflicht zur Aufbewahrung von Proben (§ 96 HGB) auch dazu verpflichtet, Tagebuch über geschlossene Geschäfte zu führen (§ 100 HGB). Alle angeführten Pflichten des Handelsmaklers dienen der möglichst lückenlosen Dokumentation der Geschäfte. So fungiert die Schlussnote, die vom Handelsmakler nach Abschluss des Handelsgeschäfts den am Geschäft beteiligten Personen übergeben wird, nicht zuletzt als eine Art Beweismittel über Inhalt und Abschluss des Geschäfts; sie ist allerdings nicht maßgeblich für die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrags (v. Hoyningen-Huene 2016, § 94 Rn. 3). In ihr sind die am Geschäft beteiligten Parteien, der Vertragsgegenstand und die Bedingungen des Geschäfts aufgeführt. Bei Waren oder Wertpapieren als Gegenstand des Vertrags sind überdies deren Gattung und Menge sowie der Preis und die Zeit der Lieferung aufzuführen (§ 94 Abs. 1 HGB). Sofern beide Parteien den Handelsmakler von der Pflicht zur Erstellung der Schlussnote entbinden oder ihn der Ortsgebrauch im Hinblick auf die Art der Ware davon entbindet, kann der Handelsmakler auf die

⁹Siehe §§ 652 ff. BGB.

Anfertigung einer Schlussnote verzichten. Hierbei ist zu beachten, dass nur beide Parteien zusammen den Handelsmakler von seiner Pflicht entbinden können. Dies lässt sich damit begründen, dass jede Partei für sich ein berechtigtes Interesse an der Ausstellung einer Schlussnote haben kann (v. Hoyningen-Huene 2016, § 94 Rn. 5 u. 6).

Die gleiche Regelung lässt sich auch auf die in § 96 HGB bestimmte Pflicht zur Aufbewahrung von Warenproben anwenden. Auch hier kann der Handelsmakler von dieser Pflicht entbunden werden. Wie bei der Schlussnote können ihn beide Parteien oder der Ortsgebrauch im Hinblick auf die Art der Ware davon entbinden. Andernfalls endet die Pflicht zur Aufbewahrung, wenn keine Einwendungen gegen den Zustand der Ware mehr zu erwarten sind oder wenn das Geschäft als erledigt gilt.¹⁰

Die schon erwähnte Verpflichtung des Handelsmaklers zur Führung eines Tagebuchs nach § 100 HGB ist ein weiteres wichtiges Instrument zur Dokumentation der vermittelten Geschäfte. Alle abgeschlossenen Geschäfte sind täglich durch den Handelsmakler einzutragen. Der Inhalt entspricht im Wesentlichen dem der Schlussnote. So sind auch im Tagebuch die am Geschäft beteiligten Parteien, der Vertragsgegenstand, die Bedingungen sowie ferner bei Geschäften über Waren oder Wertpapiere die Gattung, Menge, Preis und Zeitpunkt der Lieferung zu dokumentieren (Ibold 2015, Rn. 10).

Insgesamt wird deutlich, dass die Dokumentation der Geschäfte, sei es durch die Erstellung von Schlussnoten, durch die Aufbewahrung von Proben oder durch die Führung eines Tagebuchs, eine zentrale Rolle bei der Berufsausübung des Handelsmaklers spielt. Das Regelkorsett des Handelsmaklers ist ohne Zweifel sehr viel enger geschnürt als das des Zivilmaklers; ersichtlich wird dies bei der Analyse des Zivilmaklers im nächsten Gliederungspunkt.

2.2.2 Zivilmakler

Wie bereits erörtert, handelt es sich bei dem uns heute bekannten Zivilmakler um eine rechtsgeschichtlich relativ junge Maklerform. Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahr 1900 war dem Zivilmakler eine rechtliche Grundlage geschaffen, die sich streng genommen aus lediglich drei Bestimmungen, der §§ 652 bis 654 BGB, zusammensetzt (Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 4).

¹⁰Siehe § 96 HGB. Zum Beispiel der Fall, wenn der Käufer die Ware klaglos in Empfang nimmt; vgl. dazu Roth 2016, § 96 Rn. 1. Für weitere Umstände vgl. auch v. Hoyningen-Huene 2016, § 96 Rn. 2.

Gleichwohl wurden mit Erscheinen des BGB auch dessen §§ 655 und 656 den Maklervorschriften zugeordnet; ihre praktische Relevanz ist aber für den klassischen Zivilmakler zunächst von sekundärer Natur (Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 4).

Im Gegensatz zur Tätigkeit des Handelsmaklers ist der Zivilmakler nicht mit der Vermittlung von Gegenständen des Handelsverkehrs betraut (Roth 2016, § 93 Rn. 1). Zwar kann auch er Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermitteln, allerdings nur dann, wenn ebendiese Vermittlung keinen gewerbsmäßigen Charakter aufweist (Arnold 2016, Vorbem. zu §§ 652 ff. Rn. 29). Die Eingrenzung der Vermittlungsgegenstände eines Zivilmaklers kann im Rückgriff auf die Definition des Handelsmaklers und seiner Vertragsgegenstände erfolgen. Dem folgend ist alles, was nicht Gegenstand des Handelsverkehrs ist, dem Tätigkeitsbereich des Zivilmaklers auf Grundlage der §§ 652 ff. BGB zuzurechnen (Ibold 2015, Rn. 9).

Der Zivilmakler ist wie der Handelsmakler zumeist Kaufmann, da bei gewerbsmäßiger Betreibung des Maklerberufs gewöhnlich ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb vorliegt, der den Betreiber gemäß § 1 HGB zum Kaufmann macht (Hamm 2016, § 24 Rn. 5). Ist der Zivilmakler also auch Kaufmann, finden neben den Maklervorschriften aus §§ 652 ff. BGB auch die handelsrechtlichen Normen der §§ 343 ff. HGB Anwendung (Roth 2017, § 652 Rn. 11). Die Vorschriften der §§ 93 ff. HGB und mit ihnen die für den Handelsmakler strengen Dokumentationsinstrumente sind hingegen nicht auf den Zivilmakler anwendbar, sondern ausschließlich auf den Handelsmakler gemünzt.

Im Gegensatz zum Handelsmakler ist der Zivilmakler nicht ohne weiteres zur sogenannten Doppeltätigkeit berechtigt, sondern bedarf hierzu in der Regel einer ausdrücklichen Erlaubnis des jeweiligen Vertragsgegners (Reiner 2014, § 93 Rn. 38). Erklären lässt sich diese Regelung durch die unterschiedlichen Vertragsgegenstände von Handels- und Zivilmaklern. Während die Vermittlung des Handelsmaklers über Handelsgegenstände erfolgt, bei denen davon ausgegangen wird, dass ein Marktpreis dem Gegenstand immanent oder zumindest objektiv bestimmbar ist, würden die Vertragsgegenstände eines Zivilmaklers zwangsläufig zu Preisverhandlungen führen und so einen Interessenkonflikt verursachen (Reiner 2014, § 93 Rn. 38). Die Wahrung völliger Überparteilichkeit und strenger Neutralität wäre bei Preisverhandlungen über die Vertragsgegenstände eines Zivilmaklers nicht gegeben, da der Käufer einen möglichst niedrigen und der Verkäufer einen möglichst hohen Kaufpreis realisieren möchte, beide aber durch den Makler vertreten werden (v. Hoyningen-Huene 2016, § 93 Rn. 48). Der Handelsmakler hingegen ist i. d. R. keinem Interessenkonflikt ausgesetzt, da das Preisgefüge der Handelsgegenstände hinlänglich bekannt und weitestgehend von beiden Parteien

akzeptiert ist. Ungeachtet dessen ist – wie später noch zu sehen sein wird – auch beim Zivilmakler die Doppeltätigkeit in der Praxis durchaus üblich.

Der Immobilienmakler ist zweifellos der wohl bekannteste Zivilmakler und soll deshalb im Zentrum der nachfolgenden Analyse stehen.¹¹ Die für ihn relevanten Bestimmungen konzentrieren sich auf die den Provisionsanspruch betreffenden §§ 652 bis 654 BGB. Warum der Immobilienmakler, seinem Wesen nach hauptsächlich mit der Vermittlung von Grundstücken und Immobilien betraut, den Zivilmaklern und nicht den Handelsmaklern zugeordnet wird, ist eine noch genauer geschuldete Erklärung und soll im Folgenden kurz erörtert werden, um noch einmal den Unterschied zwischen Handels- und Zivilmaklern offenzulegen. Hierbei ist abermals ins Gedächtnis zu rufen, dass die vom Handelsmakler vermittelten Gegenstände ausschließlich Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Die Zuordnung des Immobilienmaklers zur Gattung der Handelsmakler würde also voraussetzen, dass Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Immobilien als Gegenstände des Handels zu definieren wären. Warum dies nicht der Fall ist, wird in der Analyse der Historie offengelegt.

Der Grundstein für die Zuordnung des Immobilienmaklers zum Zivil- und nicht zum Handelsmakler wurde lange vor Erscheinen des HGB und des BGB gelegt. Bereits im „Frankfurter Entwurf“¹² aus dem Jahr 1849 ist eine Definition der Handelsgegenstände zu finden; per Definition sollten diese frei und beweglich sein. Unbewegliche Sachen wurden also schon damals als Handelsgegenstand ausgeschlossen. Die im „Frankfurter Entwurf“ in Artikel 6 niedergeschriebene Definition: „Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte“, wurde in gleicher Form auch in den „Preußischen Entwurf“, aus dem das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, kurz ADHGB genannt, hervorging (Leisau 1967, S. 6), mit seinem Artikel 211 Abs. 4 übernommen (Axmann 2004, S. 63). Immobilien waren demnach auch im „Preußischen Entwurf“ weiterhin keine Gegenstände des Handels und somit auch nicht dem Vermittlungsbereich des Handelsmaklers zugehörig. Als Grund hierfür wurde die Unvereinbarkeit von Verträgen über Immobilien mit dem Handelsrecht ins Feld geführt; bei Verträgen

¹¹Die Besonderheiten der Darlehens- und Ehevermittlung (§§ 655 und 656 BGB) werden hier bewusst ausgespart, da der Grundgedanke des Makelns am einprägsamsten anhand des Immobilienmaklers illustriert werden kann.

¹²Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849; vgl. dazu Axmann 2004, S. 46.

über Grundstücke etc. seien ganz einfach größere Förmlichkeiten vonnöten.¹³ So kam es, dass sich die ursprüngliche Definition der Handelsgeschäfte („Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte“) weiter manifestierte und letztlich auch in das finale ADHGB Einzug hielt.¹⁴

Nicht übernommen wurde die im ADHGB durch den Artikel 275 bekannt gewordene Definition der Handelsgeschäfte von dem noch heute gültigen HGB (Axmann 2004, S. 151). Die Marschroute blieb allerdings dieselbe, und so gelang es dem Immobilienmakler auch im HGB nicht, dem Stand der Handelsmakler zugerechnet zu werden. Schließlich wurde die Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen durch den § 93 Abs. 2 HGB von den für die Handelsmakler relevanten Vorschriften (§§ 93 ff. HGB) ausgeschlossen.

Entgegen aller Vermutungen waren also nicht eine möglicherweise zweifelhafte Natur des Immobilienmaklers oder gar eine geringschätzige gesellschaftliche Stellung für die Ausgrenzung aus dem Stand der Handelsmakler verantwortlich, sondern sie erfolgte, wie gesehen, aus rein definitorischen Gründen.

Ob diese Entwicklung bei einer stärkeren Lobby der Immobilienmakler zur damaligen Zeit anders verlaufen wäre und sich die Definition der Handelsgeschäfte auch auf das Tätigkeitsfeld der Immobilienmakler erstreckt hätte, bleibt fraglich. Die Notwendigkeit einer berufsspezifischen Interessenvertretung der Immobilienmakler wurde nämlich erst zum Ende des 19. Jahrhunderts erkannt und fand ihren Ausdruck in der Gründung des *Vereins deutscher Immobilienmakler* in Frankfurt a. M., 1893 (Axmann 2004, S. 106). Fortan war auch den Immobilienmaklern ein politisches Sprachrohr gegeben; wie sich zeigen sollte jedoch zu spät, um begonnene Prozesse nachhaltig zu beeinflussen.

Die definitorische Ausgrenzung der Immobilienmakler aus dem Handelsgesetz, die sich über Jahrzehnte entwickelte und forttrug, konnte nicht mehr rückwirkend beeinflusst werden. Überdies war auch die Chance auf Einflussnahme auf die Gesetzgebung des Bürgerlichen Rechts vertan oder blieb zumindest ungenutzt. Die Vorkommission zum Bürgerlichen Gesetzbuch nahm bereits 1874 ihre Arbeit auf und der erste Entwurf des BGB wurde 1887 eingereicht (Axmann 2004, S. 115 u. 125). Der im Jahr 1893 gegründete *Verein deutscher Immobilienmakler* konnte darauf aus nachvollziehbaren Gründen nicht mehr einwirken. Auch nach seiner Gründung ist eine Einflussnahme des Vereins auf die Erstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht nachweisbar (Axmann 2004, S. 148).

¹³Vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten (1857), S. 103; vgl. dazu auch Leisau 1967, S. 6; Axmann 2004, S. 63 f.

¹⁴Siehe Art. 275 ADHGB: „Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte“.

In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die heute recht spärlich anmutende Gesetzgebung der Makler im BGB einzugehen. Hierbei darf jedoch nicht vergessen werden, dass die damalige Regelung im Bereich des Zivilmaklerrechts einen großen Fortschritt bedeutete, die den damaligen Bedürfnissen genügte. Im Gegensatz zu den heutigen Anforderungen vermochten die §§ 652 bis 656 BGB den zentralen Belangen zur Zeit ihrer Veröffentlichung gerecht zu werden (Axmann 2004, S. 146).

2.2.3 Vermittlungsmakler

Während die Maklertypen zuvor nach dem zu vermittelnden Vertragsgegenstand unterschieden wurden, erfolgt die Trennung nunmehr in Abhängigkeit der ausgeführten provisionspflichtigen Tätigkeit.

Die Entstehung des Lohnanspruchs eines Maklers kann durch den bloßen Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluss oder durch die echte Vermittlung eines Vertrags begründet sein (§ 652 Abs. 1 BGB). Gleichwohl könnten auch noch andere Umstände zu einem Provisionsanspruch führen, doch sollen hier nur die *Vermittlung* und der *Nachweis* als zentrale provisionsbegründende Tätigkeiten des Maklers näher beleuchtet werden.¹⁵

Die Vermittlung eines Vertrags und der Nachweis einer Gelegenheit dazu stellen die wichtigsten zu unterscheidenden Anspruchsgrundlagen einer Provisionszahlung dar. In der Praxis gehen diese häufig Hand in Hand, da sich die Makler die Provision in vielen Fällen direkt für beide Szenarien versprechen lassen. Der Anspruch auf Provision entsteht sodann ganz gleich ob durch Vermittlung oder durch Nachweis erbracht. Diese Möglichkeit der Vertragsgestaltung ist jedoch nur für den Zivil-, nicht aber für den Handelsmakler anwendbar. Im Gegensatz zum Zivilmakler, der Nachweis- und/oder Vermittlungsmakler sein kann, ist der Handelsmakler stets Vermittlungsmakler (Roth 2015, § 93 Rn. 2). Der bloße Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluss ist mit der Konzeption des Handelsmaklerberufs nicht vereinbar.¹⁶

¹⁵Für andersartige Provisionsansprüche vgl. exemplarisch Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 213–220.

¹⁶Vgl. dazu abermals Gliederungspunkt 2.2.1 „Der Handelsmakler“.

Die folgende analytische Trennung in Vermittlung und Nachweis ist zweifellos mehr von theoretischer und definitorischer als von praktischer Bedeutung. Die Leistung des Vermittlungsmaklers besteht in der aktiven Herbeiführung eines Vertragsabschlusses. Der Tatbestand der Vermittlung gilt als erfüllt, wenn das Bemühen des Maklers den Willen des Interessenten zum Vertragsabschluss herbeigeführt oder zumindest gefördert hat (Kotzian-Marggraf 2017, § 652 Rn. 25). Das finale Ziel des Maklers muss also sein, die Vorstellungen und Präferenzen des Verkäufers und des Käufers während der Verhandlungen einander anzugleichen und über deren letztendliche Übereinstimmung oder über das Erreichen eines Kompromisses den Schluss des Hauptvertrags zu generieren (Dyckerhoff und Brandt 2003, S. 15). Die bloße Zusendung eines Exposés oder das Ermöglichen eines Besichtigungstermins einer Immobilie sind nicht hinreichend, um von einer Vermittlungsleistung sprechen zu können; sie dienen allenfalls als Impuls für darauf folgende Verhandlungen. Der Eintritt des Maklers in Vertragsverhandlungen ist also Voraussetzung für die Erbringung einer Vermittlungsleistung (Mutschler 2010, S. 51). Die Anwesenheit des Vermittlungsmaklers bei Vertragsschluss ist hingegen nicht vonnöten (Kotzian-Marggraf 2017, § 652 Rn. 25). Ebenso wenig bedarf es einer direkten und unmittelbaren Einwirkung auf den Interessenten. Ausreichend ist die Einwirkung des Maklers auf eine dem potentiellen Vertragspartner nahestehende Person, die zum Zeitpunkt der Vermittlungstätigkeit zum Vertragschließenden in einer auf Dauer angelegten Beziehung familiärer oder gesellschaftsrechtlicher Qualität stand (Fehrenbacher 2016, § 652 Rn. 31). Sofern diese Einwirkung letztlich die Bereitschaft des Vertragspartners zum Vertragsschluss herbeigeführt oder gefördert hat, gilt ein Provisionsanspruch des Vermittlungsmaklers als begründet.¹⁷

Das reine Zusammenführen von bloßen Interessenten ist, wie gesehen, also nicht ausreichend, um von einer Vermittlungsleistung des Maklers zu sprechen. Es ist also stets eine aktive Beeinflussung des künftigen Vertragspartners oder seines engen Angehörigen durch den Makler notwendig. Sind sich die Vertragsparteien von vornherein einig, gibt es also zwischen ihnen nichts zu vermitteln, so kann auch nicht von einer Vermittlungsleistung des Maklers gesprochen werden.

In diesem Fall bliebe jedoch zu prüfen, ob ein Anspruch auf Provisionszahlung aus Nachweistätigkeit infrage käme.

¹⁷Es wird „als ausreichend angesehen, wenn der Makler mit dem Ehemann (sic!) verhandelt und damit die Verkaufsbereitschaft der Ehefrau gefördert hat“ (Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 241).

2.2.4 Nachweismakler

Die begriffliche Bestimmung der Nachweistätigkeit ist ähnlich einfach wie die der zuvor erörterten Vermittlungstätigkeit. Allerdings ist die Reichweite der Definition des Nachweises in der Praxis durch verschiedene Gerichtsurteile auf eine Vielzahl von Fallkonstellationen anwendbar, die einen Provisionsanspruch begründen können. Die hier vorgenommene Analyse soll sich auf die rein begriffliche Bestimmung und auf die wichtigsten den Provisionsanspruch aus Nachweistätigkeit begründenden Fallbeispiele beschränken.

Die Leistung des Nachweismaklers besteht, wie § 652 BGB ausführt, in dem wörtlich zu verstehenden „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags“ (§ 652 Abs. 1 BGB). Gemeint ist hier der sogenannte Hauptvertrag, der den zu vermittelnden Gegenstand zur Grundlage hat. Ganz allgemein heißt es: Der Makler muss seinem Kunden ermöglichen, in „konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten“ (Roth 2017, § 652 Rn. 96). Eine über dies hinausgehende Maklertätigkeit ist im Fall der Nachweistätigkeit nicht erforderlich, um die Provision als verdient zu betrachten (Kotzian-Marggraf 2017, § 652 Rn. 24). Vertragsverhandlungen oder etwaige andere Einwirkungen auf den Vertragspartner sind dem Vermittlungsmakler zuzurechnen und haben für die Erbringung eines bloßen Nachweises und des daraus resultierenden Provisionsanspruchs keine Relevanz.

Die Frage, welche Informationen nötig sind, um *konkrete* Verhandlungen führen zu können, die einen Nachweis begründen, bleibt zunächst unbeantwortet, ist aber mithilfe entsprechender Gerichtsurteile nachfolgend einzugrenzen.

Eine Nachweisleistung des Maklers gilt als hinreichend begründet, wenn dem Kunden ein Objekt bereits bekannt war, er aber erst durch den Makler von der Verkaufsbereitschaft des Eigentümers erfahren hat. Ausschlaggebend ist hier also die Unkenntnis des Kunden über die tatsächliche Möglichkeit zum Erwerb (Ibold 2015, Rn. 74). Nennt der Makler dem Kunden hingegen ein Objekt, bei dem Verkaufs- oder Vermietungsbereitschaft des Eigentümers zum Zeitpunkt der Bekanntmachung durch den Makler nicht vorlagen, ist ein Nachweis auch dann nicht erfolgt, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt zu einem Vertrag über das Objekt kommen sollte (Roth 2017, § 652 Rn. 101). Maßgeblich für diese Sichtweise sind die *veränderten Bedingungen*. Von einer Nachweisleistung ist auch dann nicht zu sprechen, wenn der zunächst zum Verkauf bereite Eigentümer seine Verkaufsbereitschaft aufgibt, aber zu einem späteren Zeitpunkt, unter veränderten

Bedingungen, doch noch verkauft.¹⁸ Die vom Kunden genutzte Vertragsgelegenheit muss also mit der von dem Makler nachgewiesenen übereinstimmen, und es genügt nicht, dass die Maklerleistung nur in irgendeiner Weise für den Vertragsschluss ursächlich war (Roth 2017, § 652 Rn. 98).

Auch die Weitergabe pauschaler Informationen über die Existenz eines Vertragsobjektes ist keineswegs hinreichend, eine Nachweisleistung des Maklers zu begründen. Muss der Kunde also in *unzumutbarer Weise* selber ermitteln, um einen Vertragsschluss zu erreichen, kann nicht mehr von einem Nachweis durch den Makler gesprochen werden (Fehrenbacher 2016, § 652 Rn. 28). Für gewöhnlich werden also neben der Benennung des Objekts auch die Daten des möglichen künftigen Vertragspartners angegeben, um einen Provisionsanspruch aus Nachweisleistung zu begründen. Bewusst wird hier zunächst nicht vom Eigentümer, sondern vom Vertragspartner gesprochen, da beispielsweise die Veräußerung eines Grundstücks auch durch einen Verkäufer erfolgen könnte, der noch nicht Eigentümer ist. Sofern der genannte Verkäufer zum Erwerb und zur Weiterveräußerung des Grundstücks gewillt und in der Lage ist, muss der Vertragspartner zum Zeitpunkt der Benennung durch den Makler nicht zwangsläufig auch Eigentümer gewesen sein (Roth 2017, § 652 Rn. 96).

Eine Nachweisleistung des Maklers kann in seltenen Fällen auch durch die bloße Objektangabe begründet sein. So ist die Angabe des Namens und der Anschrift des Eigentümers dann entbehrlich, wenn diese für den Kunden ohne größere Nachforschungen zu ermitteln sind. Dies kann der Fall sein, wenn das Objekt und mit ihm der Eigentümer allgemein bekannt sind oder wenn die Anschrift des Objekts mit der Anschrift des Eigentümers zusammenfällt (Mansel 2015, § 652 Rn. 8). Entscheidend ist ein für den Kunden einfacher Zugang zu derlei Informationen. Die Bekanntgabe der Daten des Eigentümers kann auch dann entfallen, wenn der Kunde an eben diesen nicht interessiert ist. Wenn der Makler Name und Anschrift des Eigentümers kennt und wenn er bereit ist, diese auch preiszugeben, dann ist ein Nachweis auch durch Angabe ausschließlich objektbezogener Daten erfolgt. Fragt der Kunde jedoch nach den Daten des Eigentümers und gibt der Makler diese nicht preis, kann im Fall eines Vertragsschlusses nicht von einer Nachweisleistung des Maklers die Rede sein. Woher der Makler seine

¹⁸Denkbar ist auch, dass der Kunde aufgrund eines zu hohen Preises vom Kauf Abstand nimmt, es aber später zu einem wesentlich geringeren Preis (i. d. R. ab 15 % Preisunterschied) erwirbt; auch dann ist in der Regel keine provisionspflichtige Nachweisleistung des Maklers erfolgt. Vgl. dazu genauer Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 263.

Informationen über die Objekte und Eigentümer erhält, auf die sich seine spätere Nachweisleistung bezieht, ist unerheblich.¹⁹

Auch wenn mehrere Makler an einem Vertragsabschluss beteiligt sind, bleibt die Provisionspflicht aus Nachweisleistung grundsätzlich bestehen. Wird die Leistung eines weiteren Maklers, beispielsweise eines Vermittlungsmaklers des Verkäufers, in Anspruch genommen, geschieht dies unabhängig vom Provisionsanspruch des Nachweismaklers (Roth 2017, § 652 Rn. 97). Der Makler hat hingegen keinen Anspruch auf Provisionszahlung aus Nachweistätigkeit, wenn er den Kunden lediglich an einen anderen Makler verweist und dieser dem Kunden ohne Zutun des ersten Maklers einen Vertrag vermittelt oder eine Gelegenheit zum Vertragsabschluss nachweist (Roth 2017, § 652 Rn. 104).

Es liegt auf der Hand, dass sich weit mehr als die hier vorgestellten Szenarien analysieren ließen, die dem Anspruch einer Nachweistätigkeit genügen und einen Anspruch auf Provision begründen. Dennoch soll sich durch die vorangegangene Vorstellung und Einordnung zentraler Fallbeispiele in Verbindung mit der begrifflichen Bestimmung der Nachweistätigkeit ein analytisches Denkmuster entwickelt haben: Es ist also in Summe zu prüfen, ob die Tätigkeit des Maklers den Anforderungen einer Nachweisleistung aus § 652 BGB genügt. Dies ist zutreffend, wenn die vom Makler im Rahmen der Nachweisleistung genannten Informationen mit der vom Kunden genutzten Vertragsmöglichkeit übereinstimmen und auch zu dieser geführt haben; es darf jedoch zwischen ihnen keine grobe zeitliche oder inhaltliche Zäsur zu finden sein. Ein Anspruch auf Provision aufgrund des Nachweises einer Gelegenheit zum Vertragsschluss sollte dementsprechend bestehen, bleibt jedoch im Einzelnen stets zu prüfen.

2.2.5 Doppelmakler

Gemeinhin wird von einem Doppelmakler gesprochen, wenn ein Makler für beide am Hauptvertrag beteiligten Parteien seine Maklertätigkeit entfaltet. War seine Doppeltätigkeit zulässig, so besteht gegenüber beiden Vertragsparteien ein Anspruch auf Provision. Wie schon in Abschn. 2.2.2, „Der Zivilmakler“, festgestellt, ist die Doppeltätigkeit dem Zivilmakler jedoch nicht ohne weiteres erlaubt. Gemäß § 654 BGB ist der Lohnanspruch des Maklers verwirkt, wenn er „dem

¹⁹Zum Beispiel durch eine Zeitungsanzeige; vgl. dazu Hamm und Schwerdtner 2016, Rn. 275.

Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist“ (§ 654 BGB). Im Gegensatz zum Handelsmakler, bei dem eine Doppeltätigkeit stets vermutet wird, gestaltet sich die Gesetzeslage bei dem Zivilmakler im Hinblick auf die Erlaubnis der Doppeltätigkeit deutlich schwieriger. In der Tat kann es in der Praxis von Fall zu Fall unterschiedlich sein, wann die Ausübung einer Doppeltätigkeit erlaubt und wann sie verboten ist. Ein grundsätzliches Verbot der Doppeltätigkeit besteht folglich nicht, sondern hängt im Einzelnen vom Vertrag und der vom Makler ausgeübten Tätigkeit ab (Kotzian-Marggraf 2017, § 654 Rn. 1). Eine pauschale Aussage kann daher nicht getätigt werden. Insgesamt kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Doppeltätigkeit des Zivilmaklers im besten Fall auf einer konkreten vertraglichen Gestattung beider Parteien gründet (Roth 2017, § 654 Rn. 8). Ziel dieser Regelung ist die Verhinderung von etwaigen Interessenkonflikten.

Sofern allerdings kein vertragswidriger Interessenkonflikt besteht, könnte die Doppeltätigkeit auch ohne ausdrückliche vertragliche Gestattung erlaubt sein (Scheuch und Ebert 2017, § 654 Rn. 2). Vornehmlich Usus ist dies bei Immobiliengeschäften. Wird ein Immobilienmakler für beide Parteien als Nachweis- und für die andere eine Vermittlungsleistung, so ist ihm die Doppeltätigkeit auch ohne vertragliche Gestattung grundsätzlich erlaubt. Ob die Parteien von der Doppeltätigkeit des Maklers Kenntnis hatten, ist in diesem Fall irrelevant. Eine Offenlegung der Doppeltätigkeit oder zumindest deren eindeutige Erkennbarkeit sind Voraussetzung, sofern der Immobilienmakler für beide Seiten eine Vermittlungsleistung erbringen möchte.²⁰ In diesem Fall wären Interessenkonflikte zu erwarten, da Käufer und Verkäufer unterschiedliche Zielvorstellungen bezüglich des Kaufpreises hegen könnten. Es erscheint daher nur fair, die Vertragsparteien von diesem Umstand in Kenntnis zu setzen, auch wenn der Doppelmakler gegenüber seinen Auftraggebern ohnehin zu strenger Überparteilichkeit verpflichtet ist (Mutschler 2010, S. 57).

²⁰Eine doppelte Vermittlungstätigkeit ist im Immobiliensektor trotz möglicher Interessenkollision möglich; vgl. dazu genauer Roth 2017, § 654 Rn. 9.

2.3 Rechtliche Voraussetzungen zur Ausübung des Maklerberufs

Wer in Deutschland als Makler tätig werden will, hat einige vom Gesetzgeber festgeschriebene Vorschriften zu beachten. Welche damit gemeint sind und ob sie ein gewisses Maß an berufsständischer Qualität zu erreichen vermögen, sei Gegenstand der nun folgenden Analyse.²¹

2.3.1 Gewerbeerlaubnis des Maklers

Um gewerbsmäßig als Makler in Deutschland tätig zu sein, bedarf es grundsätzlich einer Erlaubnis. Überdies ist der Makler nach § 14 Abs. 1 GewO zur Anmeldung seines Gewerbes verpflichtet (Weiss 2017, S. 541). Der von einer Erlaubnispflicht betroffene Personenkreis ist dem ersten Abschnitt des § 34c der Gewerbeordnung, kurz GewO genannt, zu entnehmen. So sind neben den gewerbsmäßigen Maklern (§ 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO) auch Darlehensvermittler (§ 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO) sowie Bauträger und Baubetreuer (§ 34c Abs. 1 Nr. 3 GewO) erlaubnispflichtig. Von der Erlaubnispflicht ausgenommen sind all jene, die schon aufgrund von Spezialgesetzen einer Zulassungsregelung unterliegen (§ 34c Abs. 5 GewO).²²

Im Zentrum dieses Gliederungspunktes soll der nach § 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO tätige und erlaubnispflichtige Makler stehen. Die einzelnen Besonderheiten der Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer sollen hier nicht näher erörtert werden, da sie für das Kernthema dieses *essentials* nicht ausreichend relevant sind.

Die Pflicht zur Beantragung einer Erlaubnis ist mit dem gewerblichen Charakter der ausgeübten Tätigkeit verknüpft. Wer also selbstständig, nachhaltig und mit der Absicht, Gewinne zu erzielen, tätig wird, handelt gewerblich und bedarf einer Genehmigung gemäß § 34c GewO (Marcks 2014, § 34c Rn. 7). Angestellte, die in den entsprechenden Berufsfeldern tätig sind, unterliegen mangels Selbstständigkeit nicht der Erlaubnispflicht. Betätigen sich diese jedoch auch neben ihrem Angestelltenverhältnis in diesem Gewerbe, ist der Tatbestand der Selbstständigkeit erfüllt und eine Erlaubnis vonnöten (Geser 2016, S. 15). Bei freien Mitarbeitern ist im Einzelfall zu prüfen, ob sie einer Genehmigung bedürfen. Hierbei ist

²¹Die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) wird in diesem Kontext nicht behandelt.

²²Zur Vertiefung und weiteren Erläuterung siehe Marcks 2014, § 34c Rn. 51 ff. Immobilienverwalter unterliegen zukünftig ebenfalls der Erlaubnispflicht; vgl. dazu genauer Immobilienverband Deutschland IVD 2017.

die tatsächliche Selbstständigkeit des Mitarbeiters zu untersuchen, also der Frage nachzugehen, ob der Mitarbeiter in seiner Arbeitszeit und Ausübung der Tätigkeit frei oder doch weisungsgebunden ist (Weiss 2017, S. 543). Wenn sie, wie in der Regel der Fall, einem eigenen Gewerbe nachgehen, besteht auch bei ihnen die Pflicht zur Beantragung einer Erlaubnis (Geser 2016, S. 16).

Bei der Ausübung freier Berufe (z. B. Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater) kann grundsätzlich nicht von einer gewerblichen Tätigkeit gesprochen werden (§ 6 GewO). Soweit mit den Statuten ihrer Berufe vereinbar, benötigen sie für gelegentliches, nicht gewerbsmäßiges Makeln keine Erlaubnis. Wird der Freiberufler jedoch gewerblich als Makler tätig, unterliegt selbstverständlich auch er der Erlaubnispflicht nach § 34c GewO (Weiss 2017, S. 544). Nicht die Berufsbezeichnung, sondern vielmehr die ausgeübten Tätigkeiten führen also zu einer Erlaubnispflicht (Will 2016, § 34c Rn. 3). Zu beachten gilt, dass die ausgeübten Maklertätigkeiten stets mit dem Berufsbild des Freiberuflers vereinbar sein müssen. Das Standesrecht der meisten Freiberufler steht der gewerbsmäßigen Maklertätigkeit entgegen.²³ Eine Ausnahme hierzu bildet der Architekt. Ihm ist die Ausübung von Maklertätigkeiten nicht verboten (Dehner 2001, Rn. 25). Es ist allerdings zu differenzieren, wann er für seine Maklertätigkeit einer ausdrücklichen Erlaubnis gemäß § 34c GewO bedarf. Im Allgemeinen ist hier zwischen den dem Berufsbild eines Architekten entsprechenden Leistungen und den darüber hinausgehenden zu unterscheiden. Letztere könnten dann einer Erlaubnispflicht unterliegen, wohingegen Leistungen, die für einen Architekten typisch sind, dieser nicht bedürfen (Marcks 2014, § 34c Rn. 47). Im Einzelnen bleibt dies stets zu prüfen.

Die Beantragung der Erlaubnis kann durch natürliche oder juristische Personen geschehen. Natürliche Personen sind alle Gewerbetreibenden, die in eigener Person oder in einer Personengesellschaft (z. B. GbR, OHG, KG) gewerblich tätig werden. Im Hinblick auf Personengesellschaften ist überdies für jeden zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter eine eigene Erlaubnis zu beantragen; Gleiches gilt auch für Kommanditisten, die zur Geschäftsführung befugt sind (Geser 2016, S. 19).

Bei juristischen Personen, wie zum Beispiel einer GmbH oder einer AG, ist die Erlaubnis auch nur für diese gültig. Die juristische Person wird durch Geschäftsführer beziehungsweise durch den Vorstand vertreten. Werden diese

²³So ist zum Beispiel für Rechtsanwälte und Steuerberater die nachhaltige Betätigung als Makler verboten bzw. gilt als unvereinbar mit dem originären Berufsbild. Vgl. dazu Weiss 2017, S. 543 f.

unter eigenem Namen und nicht unter dem der juristischen Person tätig, bedürfen sie einer gesonderten Erlaubnis (Geser 2016, S. 19).

Die erteilte Erlaubnis ist nicht übertragbar, sondern ausschließlich personenbezogen. Darüber hinaus ist für jede erlaubnispflichtige Tätigkeit eine eigene Erlaubnis zu beantragen. Die Erlaubnis ist zeitlich nicht limitiert, sondern wird auf Lebenszeit erteilt. Sie endet folglich erst mit dem Ableben des Erlaubnisberechtigten, mit einem ausdrücklichen Verzicht, mit der Aufgabe des Betriebs oder der Auflösung bzw. dem Erlöschen der juristischen Person (Will 2016, § 34c Rn. 80). Die unbefristete Erteilungsdauer ist grundsätzlich damit begründet, dass die gewerbsmäßige Ausübung einer Tätigkeit stets auch Kosten für dessen Einrichtung mit sich bringt und es dem tätig werdenden Wirtschaftssubjekt nicht zuzumuten sei, seine Erlaubnis zeitlich zu begrenzen (Marcks 2014, § 34c Rn. 71). Die Einrichtung und der Betrieb eines eigenen Maklerbüros sind jedoch keine Voraussetzung für die Erlaubnispflicht; es genügt bereits die Betätigung im stehenden Gewerbe, um einer Genehmigung zu bedürfen (Marcks 2014, § 34c Rn. 14).

Im Folgenden soll nun die Tätigkeit des Maklers, die überhaupt erst einer Erlaubnis bedarf, näher beleuchtet werden. Hierzu sind noch einmal die Vermittlung eines Vertrags und der Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluss ins Gedächtnis zu rufen. Ebendiese in den Gliederungspunkten zuvor analysierten Maklertätigkeiten sind es nämlich, die im Sinne des § 34c GewO erlaubnispflichtig sind.²⁴ Die hier im Zentrum der Analyse stehenden Verträge, die durch die Makler vermittelt oder deren Abschlussgelegenheit nachgewiesen werden, haben dabei Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, gewerbliche Räume und Wohnräume zum Vertragsgegenstand (§ 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO).

Dass nicht jede Vermittlungstätigkeit zwangsläufig auch einer Erlaubnis bedarf, soll am Beispiel des Hausverwalters verdeutlicht werden. Ist dieser allenfalls sporadisch mit der Vermittlung von Wohnraum betraut, die ansonsten nicht zu seinem Hauptaufgabenfeld gehört, kann von einer Erlaubnispflicht unter Umständen abgesehen werden. Die Grenzen sind hier jedoch eng gesteckt. Ab bereits drei Vermietungen per annum kann ein gewerbsmäßiges Handeln unterstellt werden, das so auch zu einer entsprechenden Erlaubnispflicht führen würde (Will 2016, § 34c Rn. 7). An diesem Beispiel wird wie schon bei den Freiberuflern noch einmal ersichtlich, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Berufsbezeichnung an sich, sondern vielmehr um die vollführte Tätigkeit geht, die eine Erlaubnispflicht begründet (Marcks 2014, § 34c Rn. 6).

²⁴Zum „Nachweis“ und zur „Vermittlung“ siehe die Gliederungspunkte 2.2.3 und 2.2.4 dieses *essentials*.

2.3.2 Versagungsgründe der Gewerbeerlaubnis

Mit Blick auf die zuvor erörterten Grundzüge der Regelung des § 34c GewO sollen nun auch die möglichen Versagungsgründe einer Erlaubnis ins Zentrum gerückt werden. Festzuhalten ist dabei zunächst, dass auf die Erteilung einer Erlaubnis grundsätzlich ein Rechtsanspruch besteht (Geser 2016, S. 22). Bei *Unzuverlässigkeit* oder *ungeordneten Vermögensverhältnissen* des Antragstellers ist die Erlaubnis jedoch nach § 34c Abs. 2 GewO zu versagen oder sogar zurückzunehmen. Unzuverlässigkeit liegt in der Regel dann vor, wenn der Antragsteller, wie in § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO ausgeführt, in den letzten fünf Jahren vor Antragstellung „wegen eines Verbrechens oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betruges, Untreue, Geldwäsche, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers oder einer Insolvenzstrafat rechtskräftig verurteilt worden ist“ (§ 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO). Sofern keine besonderen Umstände die Verlässlichkeit des Antragstellers trotz dessen rechtskräftiger Verurteilung begründen, ist eine Erlaubnis zu versagen.²⁵

Neben der Versagung der Erlaubnis aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung sind auch noch andere Gründe denkbar, die auf Unzuverlässigkeit des Antragstellers schließen lassen. Im Ganzen ist also die Zuverlässigkeit der Person immer dann infrage zu stellen, wenn gravierende Gründe vorliegen, die an der ordnungsgemäßen Führung des Gewerbes zweifeln lassen. So können zum Beispiel wiederholte gewerbebezogene Ordnungswidrigkeiten, Steuerschulden oder die Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Verpflichtungen hinreichend sein, eine Versagung aus Gründen der Unzuverlässigkeit zu begründen (Marcks 2014, § 34c Rn. 81 ff.).

Neben der Unzuverlässigkeit des Antragstellers können auch dessen ungeordnete Vermögensverhältnisse die Erteilung einer Erlaubnis verhindern. Nach § 34c Abs. 2 Nr. 2 GewO ist dies regelmäßig der Fall, „wenn über das Vermögen des Antragstellers das Insolvenzverfahren eröffnet worden oder er in das vom Vollstreckungsgericht zu führende Verzeichnis (§ 26 Abs. 2 Insolvenzordnung, § 882b Zivilprozessordnung) eingetragen ist“ (§ 34c Abs. 2 Nr. 2 GewO). Über die hier erwähnten, die ungeordneten Vermögensverhältnisse des Antragstellers begründenden Szenarien hinaus, können noch weitere Gründe hinreichend sein, eben diese Unordnung der Verhältnisse anzunehmen. Es sind jedoch, ähnlich wie bei der Unzuverlässigkeit, auch besondere Umstände zulässig, die trotz Vorliegen der

²⁵Zur Eingrenzung „besonderer Umstände“ siehe Marcks 2014, § 34c Rn. 78.

genannten Versagungsgründe geordnete Vermögensverhältnisse vermuten lassen können (Marcks 2014, § 34c Rn. 87).

Das zentrale Problem der in § 34c GewO getroffenen Berufszulassungsregelung ist zweifellos in der unzureichenden Ausgestaltung der Versagungsgründe zu sehen. Die eben erörterten Versagungen der Erlaubnis aus Gründen der Unzuverlässigkeit oder der ungeordneten Vermögensverhältnisse vermögen allenfalls eine Grobselektion der Antragsteller vorzunehmen. Eine Prüfung der fachlichen Qualifikation der angehenden Makler bleibt hingegen aus, obwohl diese bereits im Zuge der Beratungen zur Änderung der Gewerbeordnung vom 16.08.1972 von den Maklerverbänden explizit gefordert wurde (Marcks 2014, § 34c Rn. 74).

In der Tat lässt sich der oftmals schlechte Ruf des Maklers nicht nur auf unseriöse Geschäftspraktiken Einzelner zurückführen, sondern ist vielfach der fehlenden Fachkenntnis der Berufsangehörigen geschuldet. Eben aus diesem Wissen heraus und zum Schutz der Verbraucher scheint die Forderung nach einem Sachkundenachweis in höchstem Maße gerechtfertigt und ihr bisheriges stetiges Scheitern wenig verständlich. In diesem Kontext bleibt fraglich, warum die im Zuge einer EU-Richtlinienumsetzung im Jahr 2006 verabschiedete Neuregelung der Versicherungsvermittlung von Art und Inhalt nicht auch bereits auf andere Maklerformen Anwendung fand. Die Einführung des seither durch Versicherungsmakler gemäß § 34d Abs. 2 Nr. 4 GewO zu erbringenden Sachkundenachweises geschah hauptsächlich zur Angleichung an die EU-weit geltenden Vorschriften der Versicherungsvermittlung; ein weiterer Aspekt war jedoch auch die Stärkung des Verbraucherschutzes durch Prüfung fachspezifischer Kenntnisse des Maklers (Ambs 2017, § 34d Rn. 1 f.). Warum hierbei die Kunden der Versicherungsmakler als schützenswerter betrachtet wurden als beispielsweise die der Immobilienmakler, bleibt ungeklärt.

Hoffnung auf Änderung gab ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) aus dem Jahr 2015, der unter anderem den in Rede stehenden, längst fälligen Sachkundenachweis als Erlaubnisvoraussetzung vorsah (Will 2016, § 34c Rn. 59a). Nach erfolgter vielversprechender Zustimmung des Bundeskabinetts zu dem Gesetzesentwurf der Berufszulassungsregelung im August 2016²⁶ wurde der verpflichtende Sachkundenachweis jedoch im Juni 2017 unseligerweise wieder gestrichen und durch die Festsetzung einer lediglich alle drei Jahre nachzuweisenden 20-stündigen „Fortbildungsverpflichtung“ ersetzt.²⁷

²⁶Dazu und zur Notwendigkeit eines Sachkundenachweises vgl. Schick 2017.

²⁷Vgl. dazu Immobilienverband Deutschland IVD 2017.

Solange sich auch in Zukunft keine ernstzunehmende, die Sachkunde voraussetzende Berufszugangsregelung durchgesetzt hat, bleibt lediglich die Möglichkeit, fehlende Sachkenntnis als Tatbestand der „Unzuverlässigkeit“ im Sinne des § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO zu verbuchen. Allerdings kann dies nur durch ein Fehlen der elementarsten Kenntnisse zur Gewerbeausübung gerechtfertigt werden (Marcks 2014, § 34c Rn. 74). Da elementare Kenntnisse nicht im Ansatz mit einer grundsätzlichen fachlichen Qualifikation des Maklers gleichzusetzen sind, läuft auch diese Möglichkeit in Wahrheit ins Leere und ist nicht geeignet, die Qualität der Berufsangehörigen zu gewährleisten oder gar zu verbessern.

Der Berufsstand des Maklers

Ein einführender Überblick

Gerbaulet, D.

2017, VIII, 43 S., Softcover

ISBN: 978-3-658-18928-0