

IVD IMMOBILIEN-  
RECHTSKONGRESS

„GRENZBEREICH DER PROVISIONS-  
GESTALTUNG: PROVISIONSHÖHE,  
ÜBERERLÖSPROVISION & CO.“

BADEN-BADEN, 14.04.2016



- 1. Festlegung der Provisionshöhe**
- 2. Grenzen der Vertragsfreiheit**
- 3. Sonderfall Übererlösprovision**
- 4. Beispielfälle: Provisionen im Grenzbereich**

# 1. Provisionshöhe -1-



## 1.1. Gesetzliche Regelungen, § 652 BGB

- Im Verkauf: Keine Regelung zur Provisionshöhe;
- In der Vermietung von Wohnraum: § 2 Abs. 2 WoVermRG: Begrenzung Mieterprovision auf 2,38 Monatsmieten;
- Keine Regelungen zur Provisionspflichtigkeit. Zulässig:
  - Reine Innenprovision: Vom Verkäufer zu bezahlen;
  - Reine Außenprovision: Vom Erwerber zu bezahlen;
  - Doppelte Provisionspflicht: Verkäufer und Käufer jeweils provisionspflichtig.

# 1. Provisionshöhe -2-



## 1.2. Vereinbarungen zur Provision

Außerhalb WoVermRG richten sich die Fragen,

- welche Vertragspartei provisionspflichtig ist und
- in welcher Höhe Provision geschuldet wird

nach den vom Makler zu treffenden Vereinbarungen.

**MERKE:** Ohne Vereinbarung keine Provision!

**Grenze:** Sittenwidrigkeit, § 138 BGB (nachfolgend Ziff. 2)

2/5

# 1. Provisionshöhe -3-



## 1.3. Übliche Vergütung, § 653 BGB

Versäumt Makler klare Provisionsvereinbarung, hilft § 653 BGB nur im Ausnahmefall:

### ***§ 653 Mäklerlohn***

*„Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“*

*Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen.“*

3/5

# 1. Provisionshöhe -4-



## 1.3.1. Voraussetzung: Bestehender Maklervertrag

- § 653 BGB enthält keine Vermutung, dass Makler Provisionsanspruch zusteht;
- Übliche Vergütung nur, wenn Maklervertrag (+) und nur Vergütungshöhe nicht geregelt.

## 1.3.2. Ermittlung der üblichen Provision

- Keine „Taxe“ (= hoheitlich festgelegter Preis);
- Ermittlung der **üblichen Provision** durch amtliche Auskünfte der IHK + Anhörung Maklerverband (+ ggf. Sachverständigengutachten).

4/5

# 1. Provisionshöhe -5-



## 1.4. Darlegungs- und Beweislast

Makler ist beweispflichtig für

- Vorliegen eines entgeltlichen Maklervertrages und
- geforderte Provision als üblichen bzw. dem konkreten Fall (noch) angemessenen Provisionssatz.

5/5

## 2. Grenzen der Vertragsfreiheit -1-



### 2.1. Sittenwidrigkeit im engeren Sinn, § 138 Abs. 1 BGB

- Bei Annahme verdeckter Schmiergelder etc.

### 2.2. Wucher/wucherähnliches Rechtsgeschäft, § 138 Abs. 2 BGB

#### ***§ 138 Abs. 2 BGB***

*„Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“*

1/3



## 2. Grenzen der Vertragsfreiheit -2-



Wucherische Überhöhung der Provision führt grundsätzlich nur dann zur Sittenwidrigkeit, wenn mehrere Faktoren **kumulativ** erfüllt sind:

- Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Faustregel: Vereinbarte Provision mehr als 100% der üblichen Provision)
- Ausnutzen einer Zwangslage, Unerfahrenheit, mangelndem Urteilsvermögen oder erheblicher Willensschwäche des Vertragspartners.

**MERKE 1:** Es gibt keine festen Grenzen für die Sittenwidrigkeit. Entscheidend stets Einzelfallbetrachtung unter Gesamtschau aller Umstände des Geschäfts.

**MERKE 2:** Provision unterhalb des Doppelten der üblichen Provision erfüllen Wuchermerkmal in der Regel nicht.

2/3

## 2. Grenzen der Vertragsfreiheit -3-



### 2.3. Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit

- Provisionsvereinbarung insgesamt nichtig, § 138 BGB
- Wegfall jeglichen Provisionsanspruchs!  
Keine Reduzierung auf die übliche Provision möglich!

**MERKE:** Ist Provisionsvereinbarung sittenwidrig überhöht, entfällt jeglicher Vergütungsanspruch des Maklers!

- Vorsicht bei Provisionsgestaltung im Grenzbereich!

3/3

# 3. Sonderfall Übererlösprovision -1-



## Übererlösvereinbarung ohne Mindestprovision:

*„Aus dem Verkauf des Objektes soll für den Veräußerer ein Kaufpreis von 300.000,00 € erwirtschaftet werden. Der über diesen Kaufpreis hinausgehende Erlös steht dem Makler als Provision zu (alternativ: Steht dem Makler zu 50% als Provision zu).*

*Außer einem etwaigen Übererlös hat der Makler keinen Anspruch auf Provision oder Aufwendungsersatz gegen seinen Auftraggeber.“*

## Übererlösvereinbarung mit Mindestprovision:

*„Aus dem Verkauf des Objektes soll für den Verkäufer ein Kaufpreis von 300.000,00 € erwirtschaftet werden. Ein etwaig darüber hinausgehender Übererlös steht dem Makler zu 25/50% als Provision zu.*

*Sollte sich ein Übererlös nicht ergeben, hat der Makler Anspruch auf 3,57% Provision (inkl. Mehrwertsteuer) aus dem beurkundeten Kaufpreis.“*

# 3. Sonderfall Übererlösprovision -2-



## 3.1. Rechtsbeziehung Makler-Verkäufer

Übererlösprovision = Innenprovision in Sonderkonstellation, bei der

- Veräußerer mit definiertem Mindestertrag zufrieden und
- besondere Maklerleistung erforderlich ist.

**Risiko:** Übervorteilung eines geschäftlich unerfahrenen Verkäufers.

**Deshalb:** Erhöhte Sorgfalts- und Aufklärungspflichten des Maklers!

# 3. Sonderfall Übererlösprovision -3-



## 3.1.1. Rechtsbeziehung Makler-Verkäufer

Ordnungsgemäße Unterrichtung des Verkäufers über **objektiv erzielbaren Verkaufspreis** zwingend erforderlich.

Makler muss erforderlichenfalls notwendige Fachkenntnis einholen, sonst droht Nichtigkeit (OLG Düsseldorf, Az. 7 U 50/95).

**MERKE:** Grundvoraussetzung wirksamer Übererlösabrede ist wahrheitsgemäße Aufklärung des Veräußerers über objektiv erzielbaren Verkaufspreis.  
Rechnet Makler Verkaufspreis klein oder klärt er Irrtum des Veräußerers über erzielbaren Verkaufspreis nicht auf, droht Nichtigkeit der Provisionsabrede!

# 3. Sonderfall Übererlösprovision -4-



## 3.1.2. Transparente Vertragsgestaltung notwendig

- Dringend zu empfehlen: Individualvereinbarung (= Vertragsgestaltung wird inhaltlich voll zur Disposition gestellt und mit Auftraggeber frei und ergebnisoffen verhandelt);
- Vereinbarung in AGB nicht ausgeschlossen, aber erhöhten Transparenz-erfordernissen (§§ 305 ff. BGB) unterworfen.  
Maßgeblich: Die theoretisch mögliche kundenfeindlichste Auslegung (vgl. OLG Frankfurt, Az. 19 U 120/06).

**MERKE:** Die Vereinbarung jeder Übererlösprovision unterliegt strengen Wirksamkeitskriterien. Ist eine Auslegung der Provisionsvereinbarung denkbar, die intransparent ist oder eine mögliche sittenwidrige Erhöhung der Provision begründet, führt dies zur Nichtigkeit der Provisionsabrede.

4/6

# 3. Sonderfall Übererlösprovision -5-



## 3.1.3. Höhe der Übererlösprovision/Prüfungsmaßstab der Gerichte

Keine absolute Grenze, sondern Überprüfung nach allen Kriterien des Einzelfalles ob „*auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung*“ vorliegt. Wertungsmaßstab des BGH (16.02.1994, Az. IV ZR 35/93):

Erreicht oder übersteigt vereinbarte Provision die übliche Provision um ein Mehrfaches, engt dies Entscheidungsfreiheit und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verkäufers immer mehr ein.

Dadurch wird Makler auf Kosten des Geschäftspartners zum „*eigentlichen Herren des Geschäfts*“ obwohl Makler nicht die mit dem Verkauf verbundenen Risiken übernimmt.

- „*Angemessene Ausgewogenheit*“ von versprochener Vergütung einerseits und zu erbringender Leistung andererseits erforderlich.
- Sehr hoher Provisionsanspruch kann zulässig sein, wenn besondere Gründe diesen im Einzelfall (noch) angemessen erscheinen lassen.

5/6

# 3. Sonderfall Übererlösprovision -6-



## 3.1. Rechtsbeziehung Makler-Käufer

Ziel der Übererlösprovision:

Möglichst hoher Verkaufspreis ↔ schließt ein Tätigwerden im Interesse des Käufers praktisch aus.

- Im Sinne der Transparenz muss bei Übererlösvereinbarung mit Verkäufer auf zusätzliche Erwerberprovision (auch für Nachweistätigkeit) verzichtet werden)

6/6



# 4. Beispielsfälle: Provisionen im Grenzbereich -1-



## 4.1. 11% Provision bei Bauerwartungsland zulässig (OLG Nürnberg 16.11.2000, Az. 2 U 2117/00)

Feststellungen des OLG Nürnberg:

- Übliche Verkäuferprovision: Zwischen 3% und 5% zzgl. Mehrwertsteuer;
- Provisionsabrede mit 11% nicht sittenwidrig, weil
  - klare, laienverständliche Provisionsabrede und
  - keine geschäftliche Unerfahrenheit des Auftraggebers.

**MERKE:** Wird mit einem verständigen Auftraggeber klare, transparente Provisionsabrede getroffen, ist Überschreitung um das 1,9-fache des Üblichen zulässig.

# 4. Beispielsfälle: Provisionen im Grenzbereich -2-



## 4.2. Provision von 12% mit erfolgsunabhängiger Vergütung, (OLG Frankfurt, 05.02.2008, Az. 18 O 759/07)

Feststellungen des OLG Frankfurt:

- Ortsüblich Verkäuferprovision zwischen 3% und 5% zzgl. Mehrwertsteuer;
- Maklerdienstvertrag mit erfolgsunabhängiger Festvergütung in Höhe von 13.340,00 €;
- Zusätzlich: Erfolgsabhängige Provision in Höhe von 12% des Verkaufspreises zzgl. Mehrwertsteuer.

**MERKE:** OLG Frankfurt lässt offen, ob erfolgsabhängige Provision von 12% + Mehrwertsteuer zulässig ist. Die Kombination mit zusätzlich zu bezahlender erfolgsunabhängiger Festvergütung macht Provisionsabrede insgesamt nichtig, § 139 BGB.  
Deshalb hier: Rückerstattungsanspruch des Veräußerers auf Zahlung der bereits bezahlten erfolgsunabhängigen Vergütung.

2/5

# 4. Beispielsfälle: Provisionen im Grenzbereich -3-



## 4.3. Provision von mehr als 20% des Kaufpreises nichtig, (LG Berlin, 30.05.2013, Az. 9 O 540/11)

Feststellungen des LG Berlin:

- Übliche Brutto-Provision des Verkäufers in Berlin: 7,14% des Kaufpreises;
- Noch zulässig: Überschreitung um 100% = Provision bis zu 14,28% des Kaufpreises;
- Hier: Provision für sechzehn verkaufte Wohnungen zwischen 16,47% und 34,61% des Kaufpreises.

**MERKE:** Wenn Provision mehr als 20% des Kaufpreises ausmacht, ist Provisionsabrede sittenwidrig überhöht.

# 4. Beispielsfälle: Provisionen im Grenzbereich -4-



## 4.4. Erhöhte Aufklärungspflicht des Maklers (BGH 16.02.1994, Az. IV ZR 35/93)

Feststellungen des BGH:

- Verkäufer beanspruchte Kaufpreiserlös von 200.000,00 DM;
- Tatsächlicher Verkaufspreis: 355.000,00 DM;
- Makler beansprucht aus Übererlösabrede Provision in Höhe von 64.125,00 DM = 27,7% des tatsächlichen Kaufpreises.  
Sittenwidrig, nicht wegen Provisionshöhe, sondern wegen Verschweigen des bei Abschluss des Maklervertrages bereits bekannten Ankaufsinteressen und dessen (hoher) Zahlungsbereitschaft.

**MERKE:** Hat Makler Sonderwissen über Vermarktungsmöglichkeiten, muss er diese bei Abschluss des Maklervertrages mit Übererlösprovision offenlegen. Anderenfalls führt Treuepflichtverletzung zum Verlust des gesamten Provisionsanspruchs.

4/5

# 4. Beispielsfälle: Provisionen im Grenzbereich -5-



## 4.5. Verwirkung der Provision (BGH 25.06.1996, Az. IV ZR 793/68)

Feststellungen des BGH:

- Übererlösabrede grundsätzlich zulässig;
- Aber: Makler ist verpflichtet, Auftraggeber vor Abschluss Kaufvertrag über den erzielten Gesamtkaufpreis (einschließlich Übererlösprovision) zu unterrichten.
- Sonst: Schwerste Pflichtverletzung, Sanktion Verwirkung Provision, § 654 BGB.

**MERKE:** Übererlös ist Teil des Kaufpreises und muss gegenüber beiden Kaufvertragsparteien offengelegt und beurkundet werden. Sonst drohen Formnichtigkeit Kaufvertrag + Steuerhinterziehung. Schwere Treuepflichtverletzung des Maklers mit Verwirkung Provisionsanspruch insgesamt.

5/5



Rechtlicher Hinweis:  
Diese Präsentation ersetzt keine Prüfung des Einzelfalls.  
Für Richtigkeit und Vollständigkeit wird außerhalb  
erteilter Mandate keine Haftung übernommen.

Referent: Markus Kilb, Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht  
Seelbergstr. 7, 70372 Stuttgart  
Tel. 0711/561172 Fax: 0711/564190  
[post@kanzlei-kilb.de](mailto:post@kanzlei-kilb.de) [www.kanzlei-kilb.de](http://www.kanzlei-kilb.de)