



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 38/17

Verkündet am:  
22. Februar 2018  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

WoVermittG § 2 Abs. 2, § 2 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2, § 5 Abs. 1 Halbs. 1; BGB § 652 Abs. 1 Satz 1

Nach der Zielsetzung des Wohnungsvermittlungsgesetzes verliert der Wohnungsvermittler seinen Provisionsanspruch nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 WoVermittG in der Regel auch dann, wenn er selbst oder - wenn es sich bei ihm um eine juristische Person handelt - sein Organ zum Zeitpunkt der Vermittlung oder des Nachweises der Gelegenheit zum Abschluss des Mietvertrags oder beim Abschluss des Mietvertrags Gehilfe des Verwalters der vermittelten Wohnung ist (Ergänzung zu BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - III ZR 5/03, NJW 2004, 286, 287).

BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - I ZR 38/17 - LG Lübeck  
AG Ratzeburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 2018 durch die Richter Prof. Dr. Koch, Prof. Dr. Schaffert, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck vom 27. Januar 2017 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger waren von August 2013 bis Juli 2014 Mieter eines Reihenhauses, das Teil einer im Jahr 2013 fertiggestellten Reihenanlage ist. Die Errichtung der Anlage erfolgte für die O. I. K. GmbH (im Weiteren: Eigentümerin) durch die Projektmanagement S. GmbH als Bauträgerin. Die Eigentümerin beauftragte die Projektmanagement S. GmbH im Zusammenhang mit der Fertigstellung der Projekte auch mit der Hausverwaltung, wobei der Aufgabenbereich der Projektmanagement S. GmbH die Vereinnahmung der Miete und der Nebenkosten mitumfasste. Die vor und bei der Bauausführung erforderlichen Architektenleistungen einschließlich der Bauleitung und Bauaufsicht erbrachte die Planungsbüro S. GmbH (im Weiteren: Planungsbüro).

2 Die Eigentümerin hatte die beklagte Immobilien GmbH im Februar 2012 mit der Suche von Mietern für die neu errichteten Reihenhäuser beauftragt, ohne dass dabei eine Provisionsvereinbarung zwischen ihr und der Beklagten getroffen wurde. Die Beklagte bot die Reihenhäuser unter Hinweis auf die bei Abschluss eines Mietvertrags vom Mieter an sie zu zahlende Provision im Internet, in Zeitungsannoncen und durch entsprechende Schilder auf der Baustelle zur Vermietung an.

3 Auf eine der Anzeigen meldeten sich die Kläger als Mietinteressenten bei der Beklagten und vereinbarten einen Besichtigungstermin. Am 22. Juli 2013 schlossen sie mit der dabei von der Projektmanagement S. GmbH vertretenen Eigentümerin einen schriftlichen Mietvertrag. In § 21 Nr. 8 des Mietvertrags war bestimmt, dass dieser Vertrag durch die Beklagte vermittelt wurde und die Kläger mit seinem Abschluss eine Vermittlungsprovision in Höhe von zwei Kaltmieten zuzüglich Mehrwertsteuer an die Beklagte zu zahlen hatten.

4 Am 23. Juli 2013 stellte die Beklagte den Klägern für die Vermittlung des von diesen angemieteten Reihenhauses eine Maklercourtage in Höhe von 3.332 € (zwei Nettokaltmieten à 1.400 € zuzüglich 532 € Mehrwertsteuer) in Rechnung. Die Kläger bezahlten diesen Betrag nachfolgend an die Beklagte.

5 Mit Anwaltsschreiben vom 18. September 2014 forderten die Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 26. September 2014 auf, die geleistete Maklerprovision zurückzuzahlen sowie außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 503,61 € zu erstatten. Dazu führten sie aus, ein Maklerlohnanspruch entstehe nicht, wenn der Vertrag mit dem Makler selbst oder mit einem Dritten zustande komme, der wirtschaftlich, organisatorisch oder personell mit dem Makler eng verbunden sei. Letzteres sei hier der Fall.

6 Soweit für die Revision von Interesse, haben die Kläger mit ihrer nach Nichterfüllung ihres Zahlungsbegehrens erhobenen Klage beantragt, die Be-

klagte zu verurteilen, an die Kläger als Gesamtgläubiger 3.332 € nebst Zinsen zu zahlen.

7

Das Amtsgericht hat der Klage insoweit stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt.

8

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils. Die ordnungsgemäß geladene Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht vertreten. Die Kläger haben beantragt, über ihr Rechtsmittel durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

#### Entscheidungsgründe:

9

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht den Klägern gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Maklerprovision und auf Erstattung von Anwaltskosten weder unter dem Gesichtspunkt einer ungerichtfertigten Bereicherung noch im Hinblick auf den von den Klägern mit Schreiben vom 10. Mai 2016 erklärten Widerruf ihrer Willenserklärungen zu. Dazu hat es ausgeführt:

10

Der Provisionsanspruch, den die Beklagte aus dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Nachweismaklervertrag nach Erbringung des geschuldeten Nachweises und Abschluss des Mietvertrags geltend gemacht habe, sei nicht nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermittG) ausgeschlossen. Der dort geregelte Ausschluss betreffe Fälle, in denen der Wohnungsvermittler wirtschaftlich gesehen keine echte Maklerleistung erbracht habe. Vorliegend seien weder die Beklagte selbst noch einer ihrer geschäftsführenden Gesellschafter Eigentümer, Verwalter oder Ver-

mieter des von den Klägern angemieteten Reihenhauses oder Geschäftsführer der betreffenden juristischen Personen gewesen. Zwar verliere ein Wohnungsvermittler den Provisionsanspruch auch dann, wenn nicht er selbst, sondern ein Gehilfe die vermietete Wohnung verwalte oder ein Mitarbeiter des Maklers Vermieter oder Mieter der vermittelten Wohnung sei. Auch sei für die Einordnung als Verwalter oder dessen Gehilfe maßgeblich, wie sich das Verhältnis des Maklers zum Vermieter aus der Sicht des Wohnungssuchenden darstelle und sei die Bestimmung des § 2 WoVermittG nach ihrem Sinn und Zweck auch anzuwenden, wenn der Makler ohne vertragliche Grundlage im Verhältnis zum Vermieter tatsächlich Verwalteraufgaben wahrnehme. Eine provisionsschädliche Gehilfentätigkeit der damaligen geschäftsführenden Gesellschafterin der Beklagten G. E. könne aber jedenfalls für den dafür maßgeblichen Zeitpunkt der Vermittlung oder beim Abschluss des Mietvertrags nicht festgestellt werden. Die in zeitlicher Hinsicht allein verbleibende, an die Projektmanagement S. GmbH zu Händen von Frau E. adressierte Rechnung vom 21. März 2013 über eine am 29. Dezember 2012 bestellte Küche beweise deren Stellung als Gehilfin der Projektmanagement S. GmbH nicht, weil Frau E. die Küche nach dem Vortrag der Beklagten als Angestellte des Planungsbüros auf Rechnung der Projektmanagement S. GmbH bestellt und die Bestellung zudem keine Verwaltungstätigkeit dargestellt habe.

11 Eine provisionsschädliche Gehilfenstellung von Frau E. ergebe sich auch nicht daraus, dass diese bei dem Planungsbüro angestellt gewesen sei und dieses für die Projektmanagement S. GmbH Planungs- und Architektenleistungen erbracht habe. Frau E. sei damit noch nicht zur Gehilfin der Projektmanagement S. GmbH in Bezug auf deren Verwaltungstätigkeit geworden.

12 Einer Verwalter- oder Gehilfenstellung des geschäftsführenden Gesellschafters der Beklagten J. S. stehe entgegen, dass dieser im maßgebli-

chen Zeitraum tatsächlich weder für die Verwaltung noch als Vermittler tätig gewesen sei. Der Umstand, dass das Planungsbüro, dessen alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter J. S. sei, von der Projektmanagement S. GmbH Aufträge zur Planung des Objekts erhalten habe, reiche nicht aus, da diese Aufträge nicht im Rahmen der Verwaltungstätigkeit der Projektmanagement S. GmbH erteilt worden seien. Die Stellung des J. S. als Prokurist der Projektmanagement S. GmbH begründe ebenfalls nicht seine Gehilfenstellung, da sich seine Tätigkeit insoweit auf Fälle beschränkt habe, in denen die Geschäftsführerin der Projektmanagement S. GmbH W. S. verhindert gewesen sei.

13 Ein Provisionsausschluss folge auch nicht aus § 2 Abs. 2 Nr. 3 WoVermittG. Nach den dazu entwickelten Maßstäben sei eine rechtliche Beteiligung der Beklagten selbst oder einer ihrer Gesellschafter weder an der vermietenden Eigentümerin noch an der die Verwaltung besorgenden Projektmanagement S. GmbH gegeben und auch keine wirtschaftliche Beteiligung vorgetragen.

14 Zwar sei auch eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 WoVermittG nach den von der Rechtsprechung für das bürgerliche Maklerrecht zum Eigengeschäft und zur Verflechtung entwickelten Grundsätzen zu prüfen. Im Streitfall liege aber keine echte Verflechtung vor und sei auch keine unechte Verflechtung festzustellen. Ebenso wenig könne hier anhand einer Gesamtbeurteilung angenommen werden, dass ein Firmengeflecht zur Umgehung des § 2 Abs. 2 WoVermittG vorliege.

15 II. Die Revision der Kläger erweist sich auf der Grundlage des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet. Über sie ist daher, obwohl die Beklagte im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten war, durch streitiges Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2015 - II ZR 403/13, BGHZ 207, 54 Rn. 5;

Urteil vom 19. Januar 2016 - XI ZR 103/15, BGHZ 208, 278 Rn. 13; Urteil vom 28. Januar 2016 - IX ZR 185/13, NJW 2016, 2115 Rn. 5; Urteil vom 25. Oktober 2016 - X ZR 27/15, GRUR 2017, 296 Rn. 8 - Scarlett, jeweils mwN).

16 III. Den Klägern steht der gegenüber der Beklagten geltend gemachte, auf § 5 Abs. 1 Halbsatz 1 des Wohnungsvermittlungsgesetzes (WoVermittG) in Verbindung mit § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu stützende Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Vermittlungsprovision nebst Zinsen nicht zu, weil der Anspruch der Beklagten auf diese Provision nicht nach den dafür geltenden rechtlichen Bestimmungen ausgeschlossen war.

17 1. Nach dem im Streitfall noch anzuwendenden § 2 Abs. 1 des Wohnungsvermittlungsgesetzes in der bis zum 31. Mai 2015 geltenden Fassung (WoVermittG aF; die dortige Regelung entspricht dem seither geltenden § 2 Abs. 1 Satz 1 WoVermittG) hat der Wohnungsvermittler einen Anspruch auf Entgelt für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume, wenn infolge seiner Vermittlung oder infolge seines Nachweises ein Mietvertrag zustande kommt. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Die Beklagte hat den Klägern den mit der Eigentümerin über das Reihenhaus abgeschlossenen Mietvertrag vermittelt.

18 2. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der danach grundsätzlich gegebene Anspruch der Beklagten aus § 2 Abs. 1 WoVermittG aF weder nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 WoVermittG (dazu unter III 2 a) noch nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 WoVermittG (dazu unter III 2 b) noch im Übrigen in entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 2 WoVermittG unter Heranziehung der Grundsätze ausgeschlossen war, die die Rechtsprechung im Maklerrecht zur provisionsschädlichen Verflechtung entwickelt hat (dazu unter III 2 c).

19 a) Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 WoVermittG ist der Anspruch des Wohnungsvermittlers ausgeschlossen, wenn der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Verwalter der Wohnungsvermittler ist. Dies war vorliegend nicht der Fall.

20 aa) Die Beklagte war selbst zu keinem Zeitpunkt Verwalterin des Reihenhauses, dessen Anmietung sie den Klägern vermittelt hat. Die Eigentümerin hatte im Zusammenhang mit der Fertigstellung der Reihenanlage, zu der das von den Klägern angemietete Reihenhaus gehört, die Projektmanagement S. GmbH mit der Hausverwaltung beauftragt.

21 bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht es der Zielsetzung des Wohnungsvermittlungsgesetzes, dass der Wohnungsvermittler den Provisionsanspruch nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 WoVermittG in der Regel auch dann verliert, wenn nicht er selbst, sondern sein Gehilfe die vermittelte Wohnung verwaltete (BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - III ZR 5/03, NJW 2004, 286, 287 [juris Rn. 13 bis 16]). Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass dem der Fall gleichzustellen ist, dass der Wohnungsvermittler selbst oder - wenn es sich bei ihm wie im Streitfall um eine juristische Person handelt - sein Organ Gehilfe des Verwalters der vermittelten Wohnung ist. Maßgeblich sind dabei die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Vermittlung oder des Nachweises der Gelegenheit zum Abschluss des Mietvertrags (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - II ZR 41/03, NJW 2003, 3768 [juris Rn. 12]) oder aber beim Abschluss des Mietvertrags (Schulz, WoVermG, 2010, § 2 Rn. 61 mwN).

22 cc) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ein Wohnungsvermittler zugleich als Wohnungsverwalter tätig, wenn sich seine Tätigkeit über einen längeren Zeitraum erstreckt und einen Umfang hat, dass weder von einer maklertypischen Serviceleistung noch von einer gelegentlich ausgeführten Gefälligkeit gesprochen werden kann. Dafür genügt es etwa, wenn der Wohnungsvermittler über mehrere Monate hinweg ausdrücklich als ausschließlicher

Ansprechpartner auf Vermieterseite aufgetreten ist, in dieser Zeit mit den Mietern über Instandsetzungsmaßnahmen korrespondiert und deren Mängelrügen entgegengenommen und bearbeitet hat, dazu Mängellisten weitergeleitet oder an Ort und Stelle aufgenommen hat oder für den Vermieter bei Terminen mit Handwerkern zugegen war. Entsprechendes gilt, wenn der Wohnungsvermittler den Mietern bei der Vermietung und Übergabe der Wohnung mitteilt, sie sollten sich bei Fragen oder Problemen hinsichtlich der Wohnung ausschließlich an ihn wenden, und zu diesem Zweck ausschließlich in seinem Büro erreichbar ist (vgl. BGH, NJW 2004, 286, 287 [juris Rn. 12 und 16] mwN).

23            dd) Nach diesen Maßstäben waren weder die Geschäftsführerin der Beklagten E.        noch der Geschäftsführer der Beklagten S.        als Gehilfen der Projektmanagement S.        GmbH in deren Eigenschaft als Verwalterin des den Klägern von der Beklagten vermittelten Reihenhauses tätig.

24            (1) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Geschäftsführerin der Beklagten E.        in dem Parallelverfahren einer anderen Mieterin (C.        H. ) gegen die Beklagte in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, auch als Vertreterin der Projektmanagement S.        GmbH aufgetreten zu sein und für diese bereits am 24. April 2013 ein Übergabeprotokoll erstellt zu haben, und dass schon am 29. Dezember 2012 Möbelrechnungen an die Projektmanagement S.        GmbH zu Händen von Frau E.        adressiert gewesen seien. Das Berufungsgericht habe außerdem die Erklärung der Geschäftsführerin E.        im vorliegenden Rechtsstreit vor dem Amtsgericht unberücksichtigt gelassen, dass sie bereits in der Planungsphase bei dem Planungsbüro angestellt gewesen sei und in dem gemeinsamen Büro mit der Projektmanagement S.        GmbH auch deren Mitarbeiter für das Planungsbüro gearbeitet hätten. Damit hat die Revision keinen Erfolg.

25            Das Berufungsgericht hat dieses von der Revision als übergangen gerügte Vorbringen der Beklagten bei seiner Entscheidung durchaus berücksich-

tigt. Es hat allerdings weder die Objektübergabe an Frau H. samt Unterzeichnung des Übergabeprotokolls durch die Geschäftsführerin E. noch die zu deren Händen erfolgte Adressierung der Rechnung über eine am 21. März 2013 gelieferte Küche an die Projektmanagement S. GmbH als ausreichend angesehen, um eine Stellung der Geschäftsführerin E. als Gehilfin der Projektmanagement S. GmbH zu begründen. Seine tatrichterliche Beurteilung, diese Tätigkeiten stellten branchenübliche Serviceleistungen eines Maklers und keine oder allenfalls geringfügige Verwaltungstätigkeiten dar, lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

26 (2) In Bezug auf den Geschäftsführer der Beklagten S. hat das Berufungsgericht eine Gehilfenstellung mit der Begründung verneint, er sei zwar zum maßgeblichen Zeitpunkt Prokurist der Projektmanagement S. GmbH gewesen, für diese seinerzeit aber nicht tätig geworden. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Der Umstand allein, dass der Geschäftsführer der Beklagten zugleich Prokurist der Hausverwalterin war, bedeutet nicht, dass er tatsächlich als Gehilfe für diese tätig geworden ist.

27 b) Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 WoVermG steht dem Wohnungsvermittler ein Anspruch auf Entgelt nicht zu, wenn der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Verwalter oder Vermieter eine juristische Person ist, an der der Wohnungsvermittler rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist.

28 Das Berufungsgericht hat im Blick auf diese Regelung angenommen, die Beklagte und ihre Gesellschafter seien weder an der Verwalterin noch an der Vermieterin rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt. Rechtlich beteiligt sei an einer juristischen Person nur, wer aufgrund seiner mitgliedschaftlichen Rechtsstellung auf deren Willensbildung unmittelbar Einfluss nehmen könne. Bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung seien das die Gesellschafter, nicht aber Prokuristen oder sonstige Bevollmächtigte. Danach sei der Geschäftsführer der Beklagten S. nicht deshalb an der Verwalterin beteiligt, weil er deren Prokurist

sei. Für eine wirtschaftliche Beteiligung sei nichts vorgetragen. Auch diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

29 c) Die Revision meint schließlich, der Umstand, dass der Geschäftsführer der Beklagten J. S. mit der Geschäftsführerin der Wohnungsverwalterin W. S. verheiratet sei, stelle eine persönliche und wirtschaftliche Verflechtung von Makler und Verwalter dar, die eine entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 2 WoVermittG rechtfertige. Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

30 Der Bundesgerichtshof hat allerdings mit Urteil vom 3. Dezember 1986 ausgesprochen, dass ein Makler ohne besondere Absprache keinen Provisionsanspruch gegen seinen Auftraggeber hat, wenn er das beabsichtigte Geschäft mit seinem eigenen Ehegatten als Vertragspartner des Auftraggebers zustande bringt (IVa ZR 87/85, NJW 1987, 1008 f. [juris Rn. 6 bis 11]). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es demgegenüber nicht auf das Bestehen einer Ehe an sich, sondern darauf an, ob sich daraus eine Interessenkollision ergibt (vgl. BVerfGE 76, 126, 129 [juris Rn. 7]; 78, 128, 130 bis 132 [juris Rn. 4 bis 7]; Schulz aaO § 2 Rn. 102 bis 104). Eine Interessenkollision, die den Ausschluss des Provisionsanspruchs rechtfertigt, hat das Berufungsgericht für den Streitfall mit der Begründung verneint, der Geschäftsführer der Beklagten sei nicht mit der Vermittlung des von den Klägern angemieteten Reihenhauses befasst gewesen. Diese Beurteilung lässt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen.

31 IV. Danach ist die Revision der Kläger mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Koch

Schaffert

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

AG Ratzeburg, Entscheidung vom 09.07.2015 - 23 C 659/14 -

LG Lübeck, Entscheidung vom 27.01.2017 - 1 S 97/15 -