

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäusern (fortan GE), BT-Drucks. 19/15827

I. Grundsätzliches zum Regelungsziel

Es ist zu begrüßen, dass für die Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, das - bislang dispositive - Leitbild der hälftigen Tragung der Maklerkosten bei einer Doppeltätigkeit des Maklers (vgl. auch § 99 HGB für den Handelsmakler) in eine zwingende Regelung übergeleitet wird. Damit wird die in den norddeutschen Ländern Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg,¹ Schleswig-Holstein² sowie im Land Hessen, insbesondere in den dortigen Ballungszentren, praktizierte Verlagerung der Maklerkosten allein auf den Käufer beseitigt und zur hälftigen Tragung der Kosten (Halbteilungsprinzip) zurückgefunden.

Ferner verdient Zustimmung, dass beabsichtigt ist, die Novellierung des Maklerrechts zum Anlaß zu nehmen, die längst überfällige Angleichung³ der in den §§ 652-656 BGB verwendeten Bezeichnungen Mäkler, Mäklervertrag und Mäklerlohn an die seit langem im allgemeinen Sprachgebrauch sowie in der Judikatur und der Rechtswissenschaft üblichen Bezeichnungen Makler, Maklervertrag und Maklerlohn vorzunehmen. Dies

¹ BT-Drucks. 19/15827, S. 1.

² Vgl. hierzu OLG Schleswig, Urt. v. 22.1.2015 – 16 U 89/14, ZMR 2016, 4129.

³ Die Schuldrechtsmodernisierung hat sich bekanntlich darauf beschränkt, das Maklerrecht in Untertitel aufzugliedern und den einzelnen Bestimmungen amtliche Überschriften voranzustellen, vgl. D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. I Rn. 4.

gilt auch hinsichtlich des in den §§ 385 und 1221 BGB verwendeten Begriffs Handelsmäkler, worauf der Bundesrat in seiner Stellungnahme⁴ zu Recht hingewiesen hat, zumal die Umstellung im HGB vom Handelsmäkler zum Handelsmakler bereits wesentlich früher erfolgt ist.⁵

II. Zu den einzelnen Regelungen

1. § 656a GE Textform

a) Textform

Die Einführung der Textform für Vermittlungsverträge ist grundsätzlich zu begrüßen. Sie dient der Rechtssicherheit und ist geeignet, die vielfältige Beweisproblematik bei mündlich, insbesondere konkudent abgeschlossenen Immobilienmaklerverträge abzuschwächen.⁶ Sie entspricht auch einer im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wiederholt erhobenen Forderung.⁷ Eine Entlastung der Gerichte von umfangreichen Beweisaufnahmen zur Frage eines mündlichen Vertragsabschlusses durch Einführung der Textform ist daher zu erwarten und positiv zu vermerken.

Die vorgeschlagene Regelung ist nicht auf den besonders schutzwürdigen Kreis der Verbraucher beschränkt, sondern erfasst auch den reinen unternehmerischen bzw. kaufmännischen Rechtsverkehr. Dies erscheint zu weitgehend. Der Rechtsverkehr zwischen Unternehmen muss nicht selten schnell und ohne formbedingte Hemmnisse handeln und entscheiden (vgl. § 350 HGB), so dass hier die Formfreiheit vorzugswürdig ist.⁸

b) Sachlicher Anwendungsbereich

⁴ BT-Drucks. 19/15827, S. 26.

⁵ Vgl. hierzu Staub/Brüggemann, HGB, 4. Aufl. 1995, Vor § 93 Fn. 1.

⁶ Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 20; D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. II Rn. 27f.

⁷ Würdinger, JZ 2009, 349, 350; Bethge, AIZ 2013, 14, 15; Koch, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, 2. Aufl. 2014, S. 55; vgl. auch Wichert, MDR 2020, 6, 7.

⁸ D. Fischer, NZM 2014, 449, 450.

Der sachliche Anwendungsbereich wird mit den Begriffen Kaufvertrag über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus hinreichend umschrieben. Die in der Gesetzesbegründung⁹ aufgeführten Beispiele sind aussagekräftige Anknüpfungspunkte, um die beiden Begriffe Wohnung und Einfamilienhaus in der Rechtsprechung gegebenenfalls zu konkretisieren.

Der Anregung des Bundesrats¹⁰, die Anwendung auf Grundstücke, die der Wohnbau dienen oder ihr dienen sollen, auszudehnen, sollte aus den Gründen der Gegenäußerung der Bundesregierung¹¹ nicht gefolgt werden. Eine Erstreckung der gesetzlichen Regelung auf den Kauf von Gewerbeimmobilien oder auf den Kauf von Mehrfamilienhäusern ist, wie die Entwurfsbegründung darlegt,¹² nicht geboten.

2. § 656b GE, Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d GE

a) Anknüpfung an den Makler als Unternehmer, Einbezug von Gelegenheitsmaklern

Entgegen dem Gesetzentwurf¹³ sollte der Anwendungsbereich nicht auf Makler, die Unternehmer sind, beschränkt werden. Den vom Bundesrat vorgetragenen Erwägungen¹⁴ ist beizupflichten.

Im Immobilienbereich sind vielfach auch Gelegenheitsmakler tätig. Sie treten im Hinblick auf ihre nur eingeschränkte berufliche Sachkompetenz sowohl im Marktgeschehen wie auch bei maklerrechtlichen Streitigkeiten nicht selten negativ in Erscheinung. Ein wirksamer Schutz der Wohnungskäufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage kann nur gewährleistet werden, wenn alle als Immobilienmakler tätige Personen dem Halbteilungsprinzip unterworfen werden. Dies entspricht auch dem Wohnungsvermittlungsrecht (WoVermittG), das hinsichtlich der Schutzbestimmungen zu Gunsten des Wohnungssuchenden, insbesondere in Bezug auf das Bestellerprinzip, nicht danach unterscheidet, ob der Wohnungsvermittler gewerbsmäßig handelt

⁹ BT-Drucks. 19/15827, S. 17.

¹⁰ BT-Drucks. 19/15827, S. 26f.

¹¹ BT-Drucks. 19/15827, S. 35f.

¹² BT-Drucks. 19/15827, S. 17.

¹³ BT-Drucks. 19/15827, S. 17.

¹⁴ BT-Drucks. 19/15827, S. 27f.

oder nur gelegentlich tätig ist.¹⁵ Bei einer Beschränkung des Anwendungsbereichs auf gewerblich tätige Immobilienmakler müsste zudem befürchtet werden, dass Unternehmer Gelegenheitsmakler vorschieben, um dem Halbtteilungsgrundsatz zu entgehen.

b) Anknüpfung an den Käufer als natürliche Person

Die Anknüpfung an den Käufer als natürliche Person erfasst auch den wiederholten Ankauf von Wohnimmobilien. Hier ist zu fragen, ob eine Anbindung an den Verbraucherstatus nicht ausreichend ist, um den Gesetzeszweck, den Käufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage zu bewahren, zu verwirklichen. Das Ziel, auch den Wunsch nach einer sicheren Altersvorsorge abzusichern,¹⁶ könnte auch bei einer Anknüpfung an den Verbraucherstatus gewährleistet werden. Nach der Rechtsprechung ist eine Verbrauchereigenschaft auch bei der Verwaltung eines eigenen (Immobilien-)Vermögens noch anzunehmen, wenn hierfür kein planmäßiger Geschäftsbetrieb notwendig ist.¹⁷

3. § 656c GE, Lohnanspruch bei Tätigkeit für beide Parteien

a) Doppeltätigkeit des Maklers

Diese Regelung betrifft die Tätigkeit des Maklers, wenn er aufgrund eigenständiger Maklerverträge sowohl für den Käufer als auch für den Verkäufer Makler ist, mithin eine Doppeltätigkeit ausübt (Doppelmakler). Der Doppelmakler ist eine im Maklerrecht vielfach praktizierte Rechtsfigur; sie wird vom allgemeinen Maklerrecht mit der Sonderbestimmung des § 654 BGB ausdrücklich angesprochen. Seinem Wortlaut und Regelungsgehalt ist zu entnehmen, dass eine Doppeltätigkeit für beide Seiten grundsätzlich zulässig ist.¹⁸ Für das Handelsmaklerrecht, zu der das Immobilienmaklerrecht nicht gehört (§ 93 Abs. 2 HGB), ist sie in §§ 98, 99 HGB ausdrücklich als (dispositives)

¹⁵ D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. X Rn. 4, mit Ausnahme der Regelungen in § 3 Abs. 1 und § 6 WoVermittG.

¹⁶ BT-Drucks. 19/15827, S. 9.

¹⁷ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 20.10.2016 – 18 U 152/15, BeckRS 2016, 20371; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 4.6.2018 – 19 U 191/17, BeckRS 2018, 14374 i. V. m. Beschl. v. 22.3.2018 – 19 U 191/17, IBRS 2018, 2256; D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. III Rn. 111.

¹⁸ BGH, Urt. v. 25.10.1967 – VIII ZR 215/66, BGHZ 48, 344, 346; BGH, Beschl. v. 26.3.1998 – III ZR 206/97, NJW-RR 1998, 992; Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 140.

Leitbild normiert.¹⁹ Im Immobilienbereich ist das Tätigwerden für beide Seiten weitgehend üblich.²⁰ Die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Provisionsverwirkung stellt in der Praxis sicher, dass Verstöße gegen das Prinzip des ehrlichen Maklers im Rahmen der Doppeltätigkeit sanktioniert werden.²¹

Zu befürworten ist die vorgeschlagene Regelung, dass der Halbteilungsgrundsatz als zwingendes Recht ausgestaltet ist (§ 656c Abs. 2 S. 1 GE). Die anschließenden Regelungen in § 656c Abs. 1 S. 2 und S. 3 GE dienen der Durchsetzung des Halbteilungsgrundsatzes. Wird hiervon zu Gunsten einer Seite des Hauptvertrages durch eine unentgeltliche Abrede oder einen (späteren) Erlass abgewichen, muss dies zwingend auch für die andere Seite gelten.

Eine weitere Differenzierung der vorgeschlagenen Regelung, wie sie in der Stellungnahme des Bundesrats unter Ziffer 5²² hinsichtlich der Wirksamkeit des ersten und zweiten Maklervertrages angesprochen wird, ist m.E. nicht geboten. Die Regelung ist hinreichend klar.²³ Ein Verstoß gegen § 656c GE führt auch zur Nichtigkeit des zuerst abgeschlossenen Vertrages und damit des dort vereinbarten Provisionsversprechens, so dass es im Eigeninteresse des Maklers liegt, im Einklang mit dem Halbteilungsgrundsatz stehende Provisionsabsprachen zu treffen.

b) Zusatz in § 656c Abs. 2 S. 2 GE

Der Zusatz in § 656c Abs. 2 S. 2 GE § 654 BGB bleibt unberührt, erscheint entbehrlich. Die Bestimmung des § 654 BGB, der nach der höchstrichterlichen Judikatur²⁴ nicht nur den im Wortlaut angesprochenen Fall der vertraglich unzulässigen Doppeltätigkeit betrifft, sondern jede schwerwiegende Treuepflichtverletzung des Maklers, soweit auch

¹⁹ Vgl. M. Roth, in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 93 Rn. 32f.

²⁰ BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 318/02, NJW-RR 2003, 991; OLG Rostock, Urte. v. 1.10.2008 – 1 U 98/08, MDR 2009, 194; OLG Saarbrücken, Urte. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58; MünchKomm-BGB/H. Roth, 8. Aufl. 2020, § 654 Rn. 7; D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. I Rn. 25, Kap. VIII Rn. 45; Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 140.

²¹ BGH, Urte. v. 31.10.1991 – IX ZR 303/90, NJW 1992, 681, 682; Urte. v. 11.11.1999 – III ZR 160/98, NJW-RR 2000, 430, 431; Urte. v. 8.6.2000 – III ZR 187/99, NJW-RR 2000, 1502, 1503; D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. VIII Rn. 46; ders. FS Kayser, 2019, S. 183, 190f.

²² BT-Drucks. 19/15827, S. 28f.

²³ Vgl. auch Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/15827, S. 36f.

²⁴ BGH, Urte. v. 5.2.1962 – VII ZR 248/60, BGHZ 36, 323, 326; Urte. v. 18.10.2012 – III ZR 106/11, NJW 2012, 3718 Rn. 16: Strafcharakter.

subjektiv besonders vorwerfbar, mit dem Provisionsverlust sanktioniert, gilt ohne weitere Differenzierung für alle Maklerverträge. Damit sind auch die Vermittlungsverträge hinsichtlich des Erwerbs von Wohnimmobilien in den Anwendungsbereich des § 654 BGB einbezogen, ohne dass es hierzu eines besonderen Zusatzes bedarf.

4. § 656d GE, Vereinbarungen über die Maklerkosten

a) Allgemeine Regelung

Diese Bestimmung dient der Durchsetzung des Halbteilungsgrundsatz bei Vereinbarungen, die eine Überwälzung der nur auf einer Seite entstandenen Maklerkosten auf die andere Seite des Hauptvertrages vorsehen. Auch ihr ist zuzustimmen.

Die vom Bundesrat unter Ziffer 6²⁵ angesprochene Gefahr, dass die Regelungen der §§ 656c und 656d GE durch konstitutive Maklerklauseln umgangen werden könnten, sehe ich nicht. Die §§ 656c und 656d GE enthalten das Verbot, gegen den Halbteilungsgrundsatz verstoßende Provisionsabreden abzuschließen. Dieses Verbot kann als gesetzliches Verbot nach § 134 BGB verstanden werden, so dass auch konstitutive Maklerklauseln dagegen verstoßen würden und ein Notar eine derartige Beurkundung nicht vornehmen dürfte.

Obwohl bei einem im Wege des Vertrages zugunsten Dritter begründeten Provisionsanspruch kein eigenständiges vertragliches Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Makler entsteht, weil der Makler lediglich ein abgespaltetes Forderungsrecht erwirbt,²⁶ hat der Makler nach Ansicht des Bundesgerichtshofs gegenüber dem Versprechenden bestimmte Nebenpflichten einzuhalten. So ist ein Makler, für den im vorgenannten Sinne ein eigener Provisionsanspruch gegen den Vertragsgegner seines Kunden begründet wird, dem Vertragsgegner nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo gemäß § 311 Abs.2 BGB zur Aufklärung verpflichtet, wenn er Kenntnis davon hat, dass sein Kunde bei einem vereinbarten Mängelhaftungsausschluss unrichtige Angaben über den Zustand des Vertragsgegenstandes – etwa Hausbockbefall

²⁵ BT-Drucks. 19/15827, S. 29f.

²⁶ BGH, Urt. v. 9.4.1970 – KZR 7/69, BGHZ 54, 145, 147, Urt. v. 22.9.2005 – III ZR 295/04, NJW 2005, 3778.

einer alten Jugendstilvilla – macht.²⁷ Hieraus lässt sich auch ableiten, dass der Makler verpflichtet ist, über den zwingenden Charakter des Halbtteilungsgrundsatzes aufzuklären und insbesondere derartige Absprachen zu seinen Gunsten nicht hinzunehmen. Ein Verstoß hiergegen würde zudem eine Provisionsverwirkung nach § 654 BGB begründen.²⁸

b) Fälligkeitsregelung

Der Anregung des Bundesrats unter Ziffer 9,²⁹ eine Regelung für den Fall der Insolvenz des Maklerkunden zu treffen, stimme ich zu. Die Erwägung in der Gegenäußerung der Bundesregierung,³⁰ jeder Unternehmer trage das Risiko der Insolvenz seines Auftraggebers, wird der angesprochenen Problematik wohl nicht hinreichend gerecht. Der nicht nur auf den Unternehmer beschränkte Grundsatz, dass der Gläubiger das Risiko der Insolvenz seines Schuldners zu tragen hat, kommt hier nicht zum Zuge, weil der Halbtteilungsgrundsatz dem Makler grundsätzlich zwei Provisionsschuldner eröffnen kann. Das gilt auch für die hier im Raum stehende Möglichkeit der Provisionsübertragung nach § 656d GE.

²⁷ BGH, Urt. v. 22.9.2005 – III ZR 295/04, NJW 2005, 3778.

²⁸ Zur analogen Anwendung des § 654 BGB auf sonstige Maklerprovisionsansprüche D. Fischer, Maklerrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. VIII Rn. 79ff.

²⁹ BT-Drucks. 19/15827, S. 33.

³⁰ BT-Drucks. 19/15827, S. 38.