

I. Einleitung

1. Überblick

Das zivilrechtliche Maklerrecht hat nicht nur seinen Niederschlag im *Bürgerlichen Gesetzbuch* gefunden, sondern erfährt durch Bestimmungen des *Handelsrechts* – insbesondere zum Recht des Handelsmaklers – sowie des verbraucherchutzorientierten *Wohnungsvermittlungsgesetzes* (WoVermittG) nicht unerhebliche Modifikationen und Ergänzungen. Ferner sind im Bereich der Arbeitsvermittlung Bestimmungen des Sozialgesetzbuchs III (SGB III) und für den Versicherungsmakler Regelungen aus dem Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) zu beachten. Die nachfolgenden Ausführungen sind schwerpunktmäßig auf das Recht des *Immobilienmaklers* einschließlich des *Wohnungsvermittlers* ausgerichtet. Dies ist in der Praxis der Hauptanwendungsbereich des Maklerrechts.¹ Berücksichtigt werden aber auch die übrigen Bereiche dieses Rechtsgebiets.

2. Zur geschichtlichen Entwicklung des Maklerrechts²

a) Ursprünge und Anfänge

Der Nachweis und die Vermittlung einer geeigneten Vertragsgelegenheit, mithin die provisionsauslösenden Dienstleistungen eines Maklers nach gegenwärtigem Recht (§ 652 Abs. 1 BGB), werden zu den ältesten gewerblichen Tätigkeiten in der Geschichte gerechnet. Im Vordergrund stand die Vermittlung von Waren, sei es als Kauf oder Tausch, und die Ehevermittlung. Bei alten Handelsvölkern, wie etwa den Chinesen und Indern, waren sie bereits bekannt. In der europäischen Rechtsgeschichte ist es die griechische Antike, die als *proxenoi* Personen bezeichnete, die auswärtige Kaufleute aufnahmen und ihre Interessen vertraten. Diese Vermittler standen meist in enger Verbindung mit Gastwirten und erbrachten auch Dolmetscherdienste. Es überrascht nicht, dass das Römische Recht bereits spezifische maklerrechtliche Regelungen kannte. Neben der beschränkten Einklagbarkeit des Maklerlohns gehörte hierzu auch schon der Grundsatz der Erfolgsabhängigkeit des Lohnanspruchs. Danach steht dem Makler eine Vergütung nur dann

1 MünchKomm-BGB/H. Roth, 8. Aufl. 2020; § 652 Rn. 2, 10; Soergel/Engel, BGB, 13. Aufl. 2012, Vor § 652 Rn. 2.

2 Der folgende Überblick zur geschichtlichen Entwicklung des Maklerrechts folgt meiner Darstellung in FS Gehrlein, 2022, S. 143–161 mit weiteren Nachweisen.

Kap. I Einleitung

zu, wenn der von ihm nachzuweisende oder zu vermittelnde Vertrag³ auch tatsächlich zustande kommt. Dies entspricht auch der Konzeption des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zählt die Abhängigkeit des Maklerlohns vom Zustandekommen des Hauptvertrags zu den Grundgedanken des heutigen gesetzlichen Maklerrechts.⁴ Aufgrund der Völkerwanderung und des damit verbundenen Rechtsverlusts sind die römischen Rechtsätze in der Folgezeit zunächst unbeachtet geblieben.

b) Entwicklung im Mittelalter

- 3 Aus dem Arabischen wird die im Mittelalter als Synonym für Makler insbesondere in Italien verwendete Bezeichnung *Sensal* abgeleitet, nämlich aus dem Wort *simsâr*. Bald wird der Begriff *Sensal* auch in Süddeutschland heimisch. Noch die erste große gemeindeutsche Kodifikation aus dem Jahre 1861, das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, verwendet die Bezeichnungen *Handelsmäkler* und *Sensalen* nebeneinander. Demgegenüber wird der Begriff *Makler* bzw. *Mäkler*, aus dem Mittelniederländischen stammend, ab dem 13. Jahrhundert genannt. Mit der Hanse wird er bald im nord- und mitteldeutschen Raum gebräuchlich. Ende des 16. Jahrhundert gelangt der Begriff *Makler* auch in den süddeutschen Rechtsraum und verdrängt die bis dahin vorherrschende Bezeichnung *Unterverkäufer* und den bereits genannten Begriff *Sensal*. Das Wort *Mäkler* wird von *maken*, im Sinne von *Geschäfte machen*, abgeleitet. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch wie das kurz zuvor verabschiedete Handelsgesetzbuch übernahmen die Begriffe *Mäkler*, *Mäklervertrag*, *Mäklerlohn* und *Handelsmäkler*. Erst durch die Maklerkostenreform⁵ im Jahre 2020 erfolgte im Bürgerlichen Gesetzbuch die überfällige sprachliche Angleichung durch die längst in der Alltags- und Rechtsprache vorherrschenden Bezeichnungen *Makler*, *Maklervertrag* und *Maklerlohn*.
- 4 Seit dem 13. Jahrhundert finden sich in zahlreichen süd- und mitteldeutschen Stadtrechten Bestimmungen, die offensichtlich auf entsprechende Regelungen italienischer Handelsstädte, wie Venedig, Pisa, Genua und Florenz, beruhen. Übereinstimmendes Merkmal dieses Maklerrechts war, dass der Makler die Eigenschaft eines städtischen Beamten besaß. Der Maklerlohn wurde als städtische Gebühr verstanden, so dass die Makler verpflichtet

3 Im Maklerrecht ist hierfür die Bezeichnung Hauptvertrag üblich, vgl. *Dehner*, Maklerrecht, 2001, Rn. 1.

4 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 Rn. 20.

5 BGBl. I, S. 1245; hierzu im Einzelnen Kap. XII.

waren, einen Teil hiervon an die Stadtkasse auszukehren. Der Makler war zur absoluten Neutralität bei der Ausübung seiner Tätigkeit verpflichtet. Er handelte als Doppelmakler, mithin für beide Seiten des zu vermittelnden Kaufvertrages. Die einvernehmliche Doppeltätigkeit des Maklers ist auch heute noch bei Immobiliengeschäften weitgehend üblich.⁶ Aus der Doppeltätigkeit des Maklers folgte auch für das mittelalterliche Recht, dass die Vergütung hälftig von den Parteien des vermittelten Vertrages zu tragen war. Dieser Halbteilungsgrundsatz wurde später im dispositiven Handelsmaklerrecht (§ 99 HGB) verankert⁷ und ist neuerdings, eingeführt durch die Maklerkostenreform von 2020, zwingend für Maklerverträge hinsichtlich des Erwerbs von Wohnimmobilien, soweit die Maklerkunden Verbraucher sind, zu beachten (§ 656c BGB).⁸ Für das süddeutsche Maklerrecht war, dem italienischen Recht folgend, ferner kennzeichnend, dass der Makler handelspolizeiliche Befugnisse ausübte, wie etwa die Prüfung der Vertragsmäßigkeit der Handelsgüter oder die Kontrolle der Maße und Gewichte.

Anders verlief dagegen zunächst die Entwicklung in Norddeutschland. Ausgehend von der niederländischen Handelsmetropole Brügge entwickelte sich das Maklergewerbe in den norddeutschen (Hanse-)Städten nach anderen Leitlinien, die sich nicht auf die oberitalienischen Maklerrechte zurückführen lassen. Der Makler besaß keinen amtlichen Status und versah auch keine handelspolizeilichen Aufgaben. Als Makler traten vielmehr Gastwirte (Hosteliers) auf, die fremde Handelsgüter in ihren Häusern aufnahmen und die jeweiligen Händler zusammenführten. Im Gegensatz zum süddeutschen Recht waren die norddeutschen Makler auch berechtigt, Geschäfte unter stadtfremden Kaufleuten zu vermitteln. **5**

c) Neuzeitliche Konturen

Die in Süddeutschland vorherrschende Ausrichtung auf eine amtliche, monopolisierte und einheitliche Ausgestaltung der Maklertätigkeit durch städtische Makler wurde schließlich auch für den norddeutschen Raum kennzeichnend. In verschiedenen Territorien wurden eigenständige maklerrechtliche Regelungen erlassen, so 1642 die Hamburger Maklerordnung, 1685 für die freie Reichsstadt Frankfurt am Main die Frankfurter Maklerordnung, 1765 für Preußen und 1785 in Bayern. Charakteristisch für diese Pe- **6**

⁶ BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 318/02, NJW-RR 2003, 991; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9.2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58; *D. Fischer*, NJW 2020, 3553 Rn. 20.

⁷ Vgl. Hopt/*M. Roth*, HGB, 41. Aufl. 2022, § 93 Rn. 32 f.; *D. Fischer*, NJW 2020, 3553 Rn. 3.

⁸ Hierzu nachfolgend Kap. XII.

Kap. I Einleitung

riode ist es, dass die Maklertätigkeit einen öffentlich-rechtlichen Status erhielt. Durch Strafsanktionen wurde unterbunden, dass private Makler das öffentliche Maklermonopol durchbrachen. Auch war es den öffentlichen Maklern untersagt, Eigengeschäfte (Properhandel) zu tätigen.

- 7 Diese für den öffentlichen Makler charakteristischen Beschränkungen führten dazu, dass, trotz Verbote, der Rechtsverkehr sich zunehmend privater Makler bediente. Die Betrauung eines privaten Maklers erwies sich als kostengünstiger, einfacher, insbesondere weniger zeitaufwendig. Am Ende dieser Entwicklung steht die Differenzierung zwischen Handels- und Zivilmakler, wobei die Vermittlung von Grundstücken aus historischen Gründen nicht als Handelsgeschäft qualifiziert wurde. Damit wurde der Immobilienmakler der Kategorie der Zivilmakler zugeordnet. Im Zeichen der aufkommenden Gewerbefreiheit entfällt schließlich der bisherige Amtscharakter des Maklers völlig. In den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts durchläuft das Maklerrecht eine imposante Entwicklung, es wandelt sich hin zum modernen Maklerrecht der Industriegesellschaft.

3. Rudimentärer Normenbestand des Maklerrechts

a) Maklerrecht als Richterrecht

- 8 Das Maklerrecht gilt zu Recht als Rechtsgebiet, dessen eigentliche Konturen sich nicht aus dem Gesetzestext, sondern erst durch die zu diesem Vertragstyp im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Rechtsgrundsätze verlässlich erschließen lassen.⁹ Maklerrecht ist mithin in seinen wesentlichen Zügen Richterrecht.¹⁰ Dies liegt in erster Linie daran, dass der historische Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, zum Maklervertragsrecht lediglich drei allgemeingültige Bestimmungen aufzustellen, die ein allzu weitmaschiges Regelungsnetz darstellen.¹¹ *Peter Schwerdtner* hat in diesem Zusammenhang anschaulich von einer embryonalen Ausgestaltung in den §§ 652 bis 654 BGB gesprochen.¹² *Hans Reichel* hat zu diesem Befund in seinem Grundlagenwerk *Die Mäklerprovision* bereits vor mehr als 100 Jahren tref-

9 MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 2; Soergel/Engel, BGB, Vor § 652 Rn. 2; D. Fischer, NZM 2011, 529.

10 Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 8; Würdinger, JZ 2009, 349; D. Fischer, FS Bamberg, 2017, S. 35.

11 MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 2; Soergel/Lorentz, BGB, 12. Aufl. 1999, Vor § 652 Rn. 2.

12 Vgl. Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 5. Aufl. 2008, S. 1.

fend bemerkt: „Das Meiste und Beste bleiben der Wissenschaft und der Praxis überlassen.“¹³

Der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu geschaffene Untertitel 1 „Allgemeine Vorschriften“ erfasst zwar auch die Vorschrift des § 655 BGB. Diese Bestimmung, welche die richterliche Herabsetzung des Maklerlohns bei unangemessener Höhe vorsieht, betrifft aber nach herrschender Ansicht nur die bislang seltenen Fälle der Vermittlung von Dienstverträgen.¹⁴ Daher besteht das allgemeine Maklerrecht des BGB nach wie vor nur aus drei Bestimmungen.¹⁵ Es kann daher nicht überraschen, dass sich das Maklerrecht zu einer „*Domaine der Rechtsprechung*“¹⁶ entwickelt hat. Sie hat im Maklerrecht außer dem unvollständigen Normenbestand noch einen anderen, vielfältigen Anknüpfungspunkt gefunden: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Für dieses Rechtsgebiet war und ist das Maklerrecht seit jeher eine überaus reichhaltige Fundgrube.¹⁷ So hat die höchstrichterliche Rechtsprechung zu maklerrechtlichen Geschäftsbedingungen das spätere AGB-Gesetz entscheidend beeinflusst, insbesondere auch zu allgemeinen Grundsatzfragen.¹⁸

Auch im Übrigen hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keine wesentlichen Abänderungen erbracht. Die Ergänzungen bestehen im Wesentlichen darin, die bisherigen §§ 15–18 des Verbraucherkreditgesetzes als Untertitel 2 „Vermittlung von Verbraucherdarlehensverträgen und entgeltlichen Finanzierungsleistungen“ in das BGB einzufügen. Abgesehen von der Aufnahme amtlicher gesetzlicher Überschriften hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform keine weiteren Eingriffe vorgenommen.¹⁹ Auf den ersten Blick

13 H. Reichel, Die Mäklerprovision, 1913, S. III.

14 BGH, Urt. v. 12.5.2016 – I ZR 5/15, NJW 2016, 3233 Rn. 19; OLG Naumburg, Urt. v. 29.6.2012 – 10 U 7/12, NJW-RR 2013, 564, 566; LG Hamburg, Urt. v. 22.1.2010 – 322 O 341/09, NZM 2011, 284, 286; Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl. 2022, § 655 Rn. 1; Soergel/Engel, BGB, Vor § 655 Rn. 2; Staudinger/Arnold, Neubearb. 2021, § 655 Rn. 15; für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Immobilienmaklerverträge dagegen MünchKomm-BGB/H. Roth, § 655 Rn. 10 (Alleinauftrag); Hamm/Schwerdiner, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 789 ff.; D. Fischer, NZM 2011, 529, 537; ders., WuB 2017, 211, 212.

15 MünchKomm-BGB/H. Roth, § 652 Rn. 2; D. Fischer, NZM 2014, 449 f.

16 Hopt/M. Roth, HGB, § 93 HGB Rn. 1; D. Fischer, FS Schlick, 2015, S. 135, 136.

17 Pops, Das Maklerrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl. 1996, Rn. 3a.

18 Vgl. BGH, Urt. v. 28.2.1973 – IV ZR 34/71, BGHZ 60, 243; F. Hauß, Anm. LM § 652 BGB Nr. 43 und neuerdings BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 40/19, BGHZ 226, 20 = NJW 2020, 3306 = WM 2020, 1356 Rn. 20 ff.

19 Die bemerkenswerte Zurückhaltung des Gesetzgebers ging sogar so weit, dass – wohl unbeabsichtigt – die überholten, ursprünglich aus dem niederdeutschen Sprachge-

Kap. I Einleitung

erstaunt dies, weil bekanntlich die Reform des Maklerrechts in der 8., 9. und 10. Legislaturperiode eine breite rechtspolitische Diskussion ausgelöst hatte.²⁰ Aber auch der in der 10. Periode eingebrachte Gesetzentwurf vom 16.2.1984²¹ wurde nicht verabschiedet.²² Mit Ausnahme des Postulats der konstitutiven Erfolgsabhängigkeit der Maklerprovision als zwingendes Recht erschöpfte sich dieser Entwurf überwiegend in einer Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung, so dass für den Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Transparenz Reformbedarf bestand.

- 11 Die Sonderstellung des Maklervertragsrechts zu den sonstigen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertragstypen beruht zudem auf dem gewichtigen Umstand, dass es sich um ein *Drei-Personen-Verhältnis* handelt, bei dem der Makler gegen Entgelt zwischen zwei anderen Personen einen Vertragsabschluss (sog. *Hauptvertrag*) herbeiführen soll. Die Eigenart der Tätigkeit des Maklers liegt darin, dass seine Nachweis- oder Vermittlungsleistung objektiv beiden Parteien des beabsichtigten Hauptvertragsabschlusses zugutekommt.²³ Hierbei steht der Makler in der Mitte, so dass demnach anderweitige Pflichtenstrukturen notwendig sind, als in einem rein zweiseitigen Austauschverhältnis.²⁴ Hinzu kommt, dass der Makler sich vielfach als *Doppelmakler* betätigen will, dies aber dem potenziellen Maklerkunden mitunter nicht hinreichend deutlich zu erkennen gibt, so dass für den Kunden möglicherweise der Eindruck entsteht, die Gegenseite (des Hauptvertrages) habe die Provision zu entrichten.

brauch stammenden Bezeichnungen Mäkler, Mäklerlohn, Mäklervertrag beibehalten wurden. Erst die Maklerkostenrechtsnovelle im Jahre 2020 hat die Bezeichnungen an den allgemeinen Sprachgebrauch im Rechtsalltag angeglichen, BT-Drucks. 19/15827, S. 2.

20 Hierzu *Seidenberg*, Die notwendige Neuordnung des Wohnungs- und Immobilienmaklerrechts und seine Integration in das BGB, 2000, S. 213 ff.

21 BT-Drucks. 10/1014, abgedruckt auch in ZIP 1984, 379–386 einschließlich Stellungnahme des Bundesrats sowie Gegenäußerung der Bundesregierung.

22 *Dehner*, NJW 1991, 3254.

23 *Staudinger/Arnold*, §§ 652, 653 Rn. 2.

24 *Soergel/Lorentz*, BGB, § 654 Rn. 2. Deshalb kommt auch der Verwirkung des Lohnanspruches nach § 654 BGB eine tragende Bedeutung für das Maklerrecht zu, vgl. hierzu *D. Fischer*, NZM 2001, 873.

**b) Aufgabenstellung des Maklerrechtssenats
des Bundesgerichtshofs**

Das richterrechtlich geprägte Maklerrecht wird in erster Linie durch die Rechtsprechung des Maklerrechtssenats des Bundesgerichtshofs gestaltet. Aufgabe dieses Senats ist es, für die Wahrung der Rechtseinheit in der instanzgerichtlichen Judikatur zu sorgen, grundsätzliche Rechtsfragen zu klären und eine zeitgemäße Fortbildung des Maklerrechts in Deutschland zu gewährleisten.²⁵ Das Maklerrecht macht bekanntlich nur etwa 10–15 % des Geschäftsanfalls eines Zivilsenats aus.²⁶ Damit eignet es sich als Ausgleichsmasse, um einer Überlastung eines besonders stark betroffenen Zivilsenats im Bundesgerichtshof zu begegnen. Daher wurden für das Maklerrecht im Laufe der Jahrzehnte immer wieder andere Zivilsenate zuständig.²⁷ **12**

Unmittelbar nach Errichtung des Bundesgerichtshofs zum 1.10.1950 wurde der erste Geschäftsverteilungsplan, in starker Anlehnung an den des Reichsgerichts, beschlossen.²⁸ Das Maklerrecht wurde dem II. Zivilsenat wie zuvor beim Reichsgericht zugewiesen.²⁹ Dieser Senat war seit jeher für bedeutsame Bereiche des privaten Wirtschaftsrechts zuständig.³⁰ Er wird als handels- und gesellschaftsrechtlicher Senat bezeichnet und befindet sich, jedenfalls teilweise, in der Nachfolge des am 5.8.1870 in Leipzig eröffneten Bundes- später Reichsoberhandelsgerichts und nach Errichtung des Reichsgerichts zum 1.10.1879 zu dessen I. Zivilsenat, später II. Zivilsenat.³¹ Die Zuordnung des Maklerrechts zum II. Zivilsenat kennzeichnete dessen Bedeutung als Teil des Wirtschaftsrechts.³² **13**

1959 wurden die Maklersachen an den zum 1.10.1956 errichteten VII. Zivilsenat abgegeben, der traditionell für das (Bau-)Werkvertragsrecht zuständig **14**

25 Vgl. *D. Fischer*, FS Kayser, 2019, S. 183, 184 ff.

26 Nach der Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2021 – Jahresstatistik, S. 7 – gingen beim I. Zivilsenat 179 Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden ein, hiervon 38 Maklerrechtssachen (2020: 30; 2019: 42; 2018: 40; 2017: 34; 2016: 37; 2015: 46; 2014: 29 Sachen); zuvor waren es beim III. Zivilsenat 42 (2013), 26 (2012), 23 (2011), 20 (2010), 34 (2009) und 19 (2008) Maklersachen, Jahresstatistik a. a. O., S. 20.

27 *D. Fischer*, FS Kayser, 2019, S. 183, 184 ff.

28 *D. Fischer*, JZ 2010, 1077, 1087.

29 *Haidinger*, DRiZ 1960, 309; *Keßler*, DRiZ 1975, 294, 298; zum Maklerrechtssenat des Reichsgerichts vgl. *D. Fischer*, FS Gehrlein, 2022, S. 143, 157.

30 *Stimpel*, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 13.

31 *Keßler*, DRiZ 1975, 294, 299; *Stimpel*, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 13.

32 *D. Fischer*, FS Kayser, 2019, S. 183, 185.

Kap. I Einleitung

ist. Bereits zum 1.1.1962 trat ein neuer Zuständigkeitswechsel ein. Der ebenfalls zum 1.10.1956 errichtete VIII. Zivilsenat, der seitdem schwerpunktmäßig für das Kaufvertragsrecht zuständig ist, erhielt zusätzlich die Maklerrechtssachen. Sechs Jahre später, zum 1.12.1968, übernahm der IV. Zivilsenat das Maklerrecht in seinen Zuständigkeitsbereich.³³ In diesem Senat verblieb es mehrere Jahrzehnte. Erst 1995 wechselten die Maklersachen zum III. Zivilsenat, der nicht nur für das Staatshaftungsrecht zuständig ist, sondern auch das gewichtige Geschäftsbesorgungsrecht betreut. Mit Wirkung zum 1.1.2014³⁴ ist die Zuständigkeit – bezogen auf Neueingänge – nunmehr auf den I. Zivilsenat übergegangen, der im Bundesgerichtshof für das Wettbewerbs- und Urheberrecht zuständig ist, aber mit dem Transportrecht auch wirtschaftsrechtliche Bezüge aufweist.³⁵ Wie die zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen belegen, wurde auch dieser Zuständigkeitswechsel im Sinne der Kontinuität der höchstrichterlichen Rechtsprechung vollzogen.³⁶

- 15** Zum Maklerrecht zählen neben dem gewichtigen Immobilienmaklerrecht auch weitere Rechtsgebiete, wie etwa das Recht des Versicherungsmaklers, das Ehe- und Partnervermittlungsrecht und die Arbeitsvermittlung. Entscheidungen hierzu können auch für das Immobilienmaklerrecht von Bedeutung sein, wenn sie allgemeine maklerrechtliche Fragen betreffen und die entwickelten Grundsätze auch auf andere Bereiche des Maklerrechts übertragbar sind.³⁷ Dies gilt insbesondere für das Versicherungsmaklerrecht. So haben etwa die Grundsatzentscheidungen zur Höhe des bei Widerruf des Maklervertrages geschuldeten Wertersatzes³⁸ und zur Frage der Verwirkung des Maklerlohns bei Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen³⁹ zur Fortentwicklung des gesamten Maklerrechts beigetragen.⁴⁰
- 16** Der größere Teil der Entscheidungen bezieht sich auf Nichtzulassungsbeschwerden, die keinen Erfolg haben. Diese Beschlüsse müssen nach § 544 Abs. 6 Satz 2 2. HS ZPO nicht begründet werden.⁴¹ Von dieser Befugnis

33 *Keßler*, DRiZ 1975, 294, 302.

34 Vgl. BGH, Geschäftsverteilungsplan 2014, I. ZS Ziff. 13.

35 *D. Fischer*, NZM 2016, 117, 119.

36 *D. Fischer*, NJW 2016, 3281, 3286.

37 *D. Fischer*, NJW 2012, 3283, 3284.

38 BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 252/11, BGHZ 194, 150 Rn. 19 = NJW 2012, 3428, hierzu *Schlick*, FS Detlev Fischer, 2018, S. 449, 455 ff.

39 BGH, Urt. v. 19.5.2005 – III ZR 322/04, NJW-RR 2005, 1423, 1424 (keine Verwirkung).

40 *D. Fischer*, WM 2016, Sonderbeilage Nr. 1, S. 3.

41 BGH, Beschl. v. 19.1.2004 – II ZR 108/02, NJW 2004, 1531 zu § 544 Abs. 4 Satz 2 a. F. ZPO; *D. Fischer*, JZ 2010, 1077, 1078.

macht auch der Maklerrechtssenat regelmäßig Gebrauch. Die mit den Nichtzulassungsbeschwerden angegriffenen Berufungsurteile weisen vielfach nur einzelfallbezogene tatrichterliche Bewertungen auf, die regelmäßig keinen Grund für die Zulassung der Revision geben können.⁴² Ob die für den Provisionsanspruch erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, hängt in erster Linie von den Umständen des Einzelfalles ab. Deren Gewichtung und Würdigung obliegt dem Tatrichter; sie sind nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfbarkeit durch den Bundesgerichtshof zugänglich. Hierin zeigt sich die Verantwortung und Beurteilungskompetenz des Tatrichters.⁴³ Der Anteil mit Gründen versehener maklerrechtlicher Entscheidungen ist daher ausgesprochen gering.⁴⁴

c) Judikatur der Oberlandesgerichte

Der Judikatur der Oberlandesgerichte kommt eine nicht unwesentliche Bedeutung zu, auch wenn es sich hierbei, wie bereits ausgeführt wurde, vielfach um einzelfallbezogene tatrichterliche Beurteilungen handelt. Hierin zeigt sich die Verantwortung und Beurteilungskompetenz des Tatrichters. Ob die für den Provisionsanspruch erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, hängt in erster Linie von den Umständen des Einzelfalles ab. Deren Gewichtung und Würdigung obliegt dem Tatrichter, sie sind nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfbarkeit durch den Bundesgerichtshof zugänglich.⁴⁵ Als vorteilhaft hat es sich erwiesen, wenn bei den Oberlandesgerichten die eingehenden Maklerrechtssachen einem bestimmten Zivilsenat als Fachsenat zugewiesen werden. Bedauerlicherweise ist dies bislang nicht bei allen Obergerichten der Fall.⁴⁶ 17

d) Reform des Maklerrechts

aa) Allgemeine Erwägungen

Die Frage nach einer Reform des Maklerrechts wird in letzter Zeit wieder öfter gestellt. So wird beispielsweise die Forderung nach Einführung des 18

⁴² D. Fischer, NZM 2018, 483, 484.

⁴³ D. Fischer, NJW 2013, 3410, 3414.

⁴⁴ D. Fischer, NZM 2011, 529, 530.

⁴⁵ D. Fischer, NJW 2013, 3410, 3414.

⁴⁶ Vgl. auch D. Fischer, NZM 2021, 487.

Kap. I Einleitung

Schriftform⁴⁷ oder des Textformerfordernisses⁴⁸ für den Immobilienmaklervertrag erhoben. Für das Verbraucherrecht ist dies zu begrüßen, für den Rechtsverkehr zwischen Unternehmen, der schnell und ohne formbedingte Hemmnisse handeln und entscheiden muss (vgl. § 350 HGB), dagegen nicht.⁴⁹ In der rechtspolitischen Diskussion wird ferner erörtert, dass der Makler nur tätig sein darf, wenn er hierzu auch „beauftragt“ ist.⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist an eine Regelung gedacht, wie sie bereits seit Langem im Wohnungsvermittlungsrecht (§ 6 WoVermittG) gilt. Auch eine Abschaffung der Tätigkeit als Doppelmakler wird gelegentlich befürwortet.

bb) Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht

- 19 Das Bestellerprinzip ist im Immobilienmaklerrecht eine neue Rechtsfigur, die erstmals beschränkt auf das im WoVermittG kodifizierte Wohnungsvermittlungsrecht zum 1.6.2015 eingeführt wurde.⁵¹ Sie bedeutet eine deutliche Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit.⁵² Danach soll derjenige die Vergütung des Maklers tragen, der ihn als ersten „bestellt“ hat. Dass die Formulierung „bestellen“ mit der im Maklerrecht vielfach üblichen Bezeichnung „beauftragen“ – so wird der vertraglich gebundene Maklerkunde in der Praxis unter Anlehnung an das Auftragsrecht (§§ 662, 675 BGB) als Auftraggeber bezeichnet⁵³ – nicht gleichzustellen ist, ergibt sich aus dem Bestreben, mit dem Bestellerprinzip einen neuen Ansatz für die Tragung der Maklerkosten zu finden. Mit den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre, wie sie im BGB seit je her niedergelegt sind, lässt sich das Bestellerprinzip nicht ohne Weiteres vereinbaren. Das BGB spricht aus guten Gründen nicht von einer Bestellung oder von einem Besteller, wenn es um Vertragsanträge geht. Dies gilt insbesondere für die Inanspruchnahme provisionspflichtiger Maklerdienstleistungen. Den Begriff Besteller kennt das BGB bislang nur im Werkvertragsrecht und im neuen Bauvertragsrecht. Er be-

47 Etwa *Würdinger*, JZ 2009, 349, 350; ferner *Bethge*, AIZ 2013, 14, 15; *Koch*, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, 2. Aufl. 2014, S. 55.

48 So § 653a Abs. 1 Satz 3 BGB des Gesetzesentwurfs der Grünen vom 26.9.2018, BT-Drucks. 19/4557, S. 3; § 656a BGB des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz.

49 *D. Fischer*, NZM 2014, 449, 450.

50 Vgl. *Bethge*, ZMR 2014, 931.

51 Einzelheiten hierzu Kap. XII. Zum Referentenentwurf vgl. *Derleder*, NZM 2014, 263.

52 *D. Fischer*, IMR 2016, 446; *Wichert*, ZMR 2019, 1.

53 BGH, Urt. v. 25.10.1967 – VIII ZR 215/66, BGHZ 48, 344, 346; Urt. v. 12.7.2018 – I ZR 152/17, NJW 2019, 1223 Rn. 13; Urt. v. 21.11.2018 – I ZR 10/18, NJW 2019, 1803 Rn. 40; *D. Fischer*, NZM 2019, 201, 202.

zeichnet konkret denjenigen, der die Werkleistung in Auftrag gibt (§ 631 Abs. 1 BGB). Deshalb wird im aktuellen maklerrechtlichen Schrifttum die Bezeichnung Bestellerprinzip von nicht wenigen Autoren in Anführungszeichen gesetzt.⁵⁴ Nach dem im § 2 Abs. 1a WoVermittG eingeführten Bestellerprinzip darf der Mieter die Maklerprovision nur noch dann tragen, wenn er selbst einen Makler mit der Wohnungssuche beauftragt hat und dieser ausschließlich nach außen suchend tätig wird. Abreden, durch die der Wohnungssuchende verpflichtet wird, eine vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten geschuldete Maklerprovision zu zahlen, sind unwirksam.⁵⁵

cc) Bestellerprinzip beim Erwerb von Wohnimmobilien

Im rechtspolitischen Bereich wurde vielfach gefordert, das Bestellerprinzip **20** auch auf den Erwerb von Wohnimmobilien zu erstrecken.⁵⁶

So schlug der Gesetzesentwurf der Grünen vom 26.9.2018 in § 653a BGB **21** die Einführung des Bestellerprinzips bei dem Erwerb von Wohnimmobilien vor, allerdings unter Verwendung des mehrdeutigen Begriffs „bestellen“.⁵⁷ Ferner sollte die Maklerprovision für derartige Vermittlungsgeschäfte auf 2% des Kaufpreises beschränkt werden (§ 653a Abs. 4 BGB). Das in § 653a Abs. 2 Satz 2 BGB vorgesehene Provisionsverbot für Verflechtungsfälle, wenn also der Makler nicht Dritter ist,⁵⁸ sondern mit der Verkäuferseite wirtschaftlich verbunden ist, führt zur Durchsetzung der bisherigen höchstrichterlichen Verflechtungsjudikatur. Sie ist bislang nur dispositives Richterrecht⁵⁹ und wird im Rechtsalltag vielfach durch sog. erweiternde Provisionsabreden umgangen. Diese Rechtssätze in zwingendes Gesetzesrecht zu überführen, ist eine wirksame Verbraucherschutzmaßnahme. Zu diesem Gesetzesentwurf fand am 8.5.2019 vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags eine Sachverständigenanhö-

54 *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 481; *Duchstein*, NZM 2015, 417; *Hufen*, NZM 2015, 2014, 663; *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 185a; *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, Rn. 29; ferner *Magnus/Wais*, JZ 2016, 183; *Wichert*, ZMR 2019, 1.

55 Allgemein zu den Vorentwürfen *Klenner*, ZRP 2013, 98; *D. Fischer*, NJW 2013, 3410; zur geltenden Fassung *D. Fischer*, NJW 2015, 1560.

56 So die Anfang 2017 vorgelegte Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) in Köln, vgl. FD-MietR 2017, 385164 sowie die Beschlussfassung der SPD-Bundestagsfraktion vom 13.1.2017, hierzu GE 2017, 197, 198; ablehnend *D. Fischer*, IMR 2016, 446, 450.

57 BT-Drucks. 19/4557, S. 3.

58 BGH, Urt. v. 24.1.2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596 Rn. 60.

59 Hierzu im Einzelnen nachfolgendes Kap. VI Rn. 39 ff.; ferner *D. Fischer*, FS Bamberger, 2017, S. 35, 36.