

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 570

Verbraucherschutz im Immobilienmaklerrecht

Der Widerruf des Maklervertrages
im Zeitalter der Digitalisierung

Von

Tim Wistokat



Duncker & Humblot · Berlin

TIM WISTOKAT

Verbraucherschutz im Immobilienmaklerrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 570

Verbraucherschutz im Immobilienmaklerrecht

Der Widerruf des Maklervertrages
im Zeitalter der Digitalisierung

Von

Tim Wistokat



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59021-6> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Tim Wistokat
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-19021-8 (Print)
ISBN 978-3-428-59021-6 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59021-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für meinen Vater
in tiefster Dankbarkeit*

Vorwort

Endlich ist es geschafft! Die Anfertigung dieser Dissertation erfolgte „on a full-time job“. Über Jahre. In unzähligen Abend- und Nachtstunden. Früh morgens. An Wochenenden und in den Ferien. Möglich war das nur mit sehr viel Fleiß, großer Disziplin, einem bedingungslosen Willen und einer ordentlichen Portion Demut, dem besonderen Privileg, eine rechtswissenschaftliche Promotionsschrift verfassen zu dürfen, gerecht zu werden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christoph Althammer und Herrn Prof. Dr. Jörg Fritzsche als Zweitkorrektor.

Daneben gibt es Lebensmenschen, ohne die für mich alles nichts ist.

Mein zutiefst empfundener Dank gebührt zunächst meiner lieben Verlobten Viktoria, die mich über Jahre nur am Schreibtisch erlebt hat und mich unter einer beispiellosen Rückstellung ihrer persönlichen Wünsche und Interessen einfach „doktor“ ließ. Ich bin voll Glück, dass es Dich gibt!

Für eine besonders heitere Leichtigkeit in der Familie sorgen stets mein lieber Bruder Felix und seine Ehefrau Luisa mit ihrer Tochter Carlotta. Ihr macht jedes Zusammentreffen zu einem Fest.

Ein weiterer Dank gilt meinem lieben besten Freund Christian und seiner Ehefrau Lea mit meinem Patensohn Anton. Toll, dass es Euch gibt.

Neben meiner Verlobten Viktoria gebührt der allergrößte Dank meinen lieben Eltern Friederike und meinem viel zu früh verstorbenem Vater Klaus-Helmut, den ich unendlich vermisse und der eine nie zu schließende Lücke hinterlässt. Es gibt keine passenden Worte, um meinen tief empfundenen Dank für alles, was ihr für mich getan habt, auszudrücken.

Frankfurt am Main, im September 2023

Tim Wistokat

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Ausgangslage	15
II. Gang der Darstellung	18
B. Der Widerruf des Immobilienmaklervertrages	20
I. Sinn und Zweck von Verbraucherschutz	20
1. Verbraucherschützende Wirkung des § 654 BGB	21
2. Verbraucherschutz durch Widerrufsrecht	21
II. Verbraucherschutz vor dem 13.06.2014	22
1. Das Widerrufsrecht des Maklerkunden	23
2. Schrifttum	23
a) Gründe für ein Widerrufsrecht	23
b) Gründe gegen ein Widerrufsrecht	25
3. Rechtsprechung	27
a) Gründe gegen ein Widerrufsrecht	27
b) Gründe für ein Widerrufsrecht	29
c) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	31
d) Urteile des Bundesgerichtshofs	31
4. Kritik	33
a) Landgericht Hamburg	34
b) Oberlandesgericht Schleswig	37
c) Schrifttum	38
III. Die Übergangsregelung des Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB	40
IV. Die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher	41
1. Art. 2 Nr. 6 und Erwägungsgrund 26 a. E. VRRRL	42
2. Kritik	43
V. Verbraucherschutz seit 13.06.2014	47
VI. Der Online-Maklervertrag gemäß § 652 Abs. 1 BGB	47
1. Invitatio ad offerendum	49
2. Kritik	50
3. Offerte ad incertas personas	53
4. Vorteile	53
VII. Der Maklervertrag als Dienstleistungsvertrag	56
1. Wortlaut des § 312c Absatz 1 BGB	56
2. Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers	57
a) Entgeltlichkeit des Maklervertrages in Form einer Pflicht zur Preiszahlung	58

b) Tätigkeitspflicht des Maklers	60
aa) Tätigkeit für den Eigentümer	61
(1) Alleinauftrag	62
(2) Qualifizierter Alleinauftrag	63
(a) Verbraucherschutz durch notarielle Form	63
(b) Vergleich mit Reservierungsvereinbarungen	64
(3) Allgemeinauftrag	66
(4) Tätigkeit ohne Auftragsverhältnis	67
bb) Tätigkeit für den Kaufinteressenten	67
(1) Anfrage auf ein konkretes Inserat	67
(2) Objekte im Bestand des Immobilienmaklers	68
(3) Maklersuchauftrag	68
(4) Rahmenmaklervertrag	69
cc) Stellungnahme	69
3. Maklerauftrag ohne Pflicht zur Preiszahlung	71
a) Maklervertrag als Internetvertrag	72
b) Daten als Merkmal der Entgeltlichkeit	73
aa) Daten als allgemein wirtschaftlicher Wert	73
bb) Bedeutung von Daten im Maklergeschäft	74
c) Besondere Pflichten des Maklerkunden	76
d) Stellungnahme	77
4. Maklervertrag als digitale Dienstleistung	79
5. Maklerdienstvertrag	79
6. Maklerwerkvertrag	80
7. Abgrenzung zum Finanzdienstleistungsvertrag	80
VIII. Der Maklervertrag als Verbrauchervertrag	82
1. Der Makler als Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB	83
2. Der Kunde als Verbraucher gemäß § 13 BGB	85
IX. Der Maklervertrag als Fernabsatzvertrag	88
1. Verwendung von Fernkommunikationsmitteln	88
2. Gleichartigkeit der Fernkommunikationsmittel	89
3. Ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln	89
4. Organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem	89
5. Ausnahme des § 312c Abs. 1 a. E. BGB	90
6. Persönlicher Kontakt der Maklervertragsparteien	91
X. Der Maklervertrag als Vertrag außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten	91
XI. Die Widerrufsbelehrung des Maklerkunden	92
1. Ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung	92
a) Informationspflichten nach Artikel 246a EGBGB	92
b) Auftrag zur sofortigen Tätigkeit, § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB	93
aa) Erfüllung des Maklervertrages	94
bb) Erforderlichkeit des Hauptvertrages	94

cc) Zustimmung des Verbrauchers in AGB	96
c) Erfolgsabhängigkeit im Kontext zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB	97
d) Anwendbarkeit des § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB analog	99
e) Inhalt des Muster-Widerrufsformulars	101
2. Zeitpunkt der Widerrufsbelehrung und Beginn der Widerrufsfrist	103
3. Nachweisbarkeit einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung	104
a) Online-Belehrung	105
b) Persönliche Belehrung	106
c) Belehrung „durch“ das Onlineportal	108
4. Nachweisbarkeit des Widerrufs durch den Verbraucher	112
a) Telefonischer Widerruf	112
b) Widerruf per E-Mail – Empfangs- und Lesebestätigung	114
c) Erfordernis einer „Online-Widerrufsmaske“	115
5. Rechtsfolgen des Widerrufs	116
a) Rechtsfolgen vor Umsetzung der VRRL	116
b) Rückabwicklungsverhältnis und Fortbestand des Hauptvertrages	117
c) Anspruch auf Wertersatz	119
aa) Wertersatz dem Grunde nach	119
bb) Wertersatz der Höhe nach	120
cc) Kritik	124
dd) „Sowieso“-Kosten des Maklers	125
d) Kein Anspruch aus Bereicherungsrecht und § 354 Absatz 1 HGB	126
6. Grenze des Rechtsmissbrauchs	126
7. Ablehnung des Widerrufsrechts bei Maklervertragsabschluss	128
a) Schutz aufgrund rein erfolgsabhängiger Vergütung des Maklers	128
b) Unterschied zu Verträgen im Zwei-Personen-Verhältnis	130
c) Sinn und Zweck eines Widerrufs bei Ausbleiben des Erfolgs	131
XII. E-Commerce im digitalisierten Maklerrecht	133
1. Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr	133
a) Pflichten nach § 312i BGB	133
b) Pflichten nach § 312j BGB	134
aa) Eigenschaften der Dienstleistung	135
bb) Gesamtpreis der Dienstleistung	136
cc) Gesamtpreis bei unbefristetem Vertragsverhältnis	138
dd) Laufzeit des Vertrages	138
ee) Mindestdauer der Verpflichtungen	139
c) „Zahlungspflichtig bestellen“-Button	140
d) Rechtsfolge des § 312j Absatz 4 BGB	141
e) Individuelle Kommunikation	142
2. Kritik	143
XIII. Widerrufsrecht in der Praxis	147

1. Änderung der Provisionsabrede	148
a) Die Änderung als entgeltlicher Verbrauchervertrag	149
b) Abschluss eines neuen Maklervertrages	150
aa) Widerruf des Zweitvertrages	151
bb) Aufhebung des Erstvertrages	152
c) Änderung des fortbestehenden Maklervertrages, § 311 BGB...	154
d) Durchgriff des § 360 Absatz 1 BGB	155
aa) Durchgriff bei Neuabschluss des Maklervertrages	155
bb) Durchgriff bei Änderung des Maklervertrages	156
e) Kollision mit § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB	157
f) Treuwidrigkeit des Widerrufs gemäß § 242 BGB.....	158
g) Stellungnahme	159
2. Änderung der Kaufpreishöhe	163
a) Wettbieten der Maklerkunden	164
aa) Treuepflichten gegenüber dem Verkäufer	164
bb) Treuepflichten gegenüber dem Käufer	165
cc) Hintertreiben des Hauptvertragsabschlusses	165
dd) Zäsur durch vorvertragliches Schuldverhältnis	167
ee) Verbot der doppelten Vermittlungstätigkeit	168
b) Erforderlichkeit eines neuen Maklervertrages	169
aa) Identität zwischen nachgewiesener und tatsächlicher Kauf- gelegenheit	170
bb) Inhaltliche Änderung des bestehenden Maklervertrages ...	172
cc) Nachträgliches Provisionsversprechen	172
dd) Provisionsabrede unabhängig von § 652 BGB	173
c) Pflicht zur erneuten Widerrufsbelehrung	173
3. Die Maklerklausel im Hauptvertrag	174
a) Verlust des Widerrufsrechts durch Maklerklausel.....	174
aa) Wirkung der deklaratorischen Maklerklausel.....	175
bb) Wirkung der konstitutiven Maklerklausel	176
cc) Rechtsprechung	177
dd) Analogie zu Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung....	179
(1) Aufklärungspflicht bei wirtschaftlicher Verflechtung ..	179
(2) Vergleichbarkeit mit Widerrufsrecht	181
ee) Stellungnahme	182
(1) Aufklärung bei deklaratorischer Maklerklausel	182
(2) Aufklärung bei konstitutiver Maklerklausel	184
(3) Inhalt der Aufklärung	186
(4) Person des Aufklärungspflichtigen	188
b) Der Widerruf der Maklerklausel	189
aa) Die Maklerklausel als Verbrauchervertrag	189
bb) Abgrenzung zur reinen Wissensklärung	190

cc)	Entgeltliche Leistung des Maklers	192
dd)	Die Maklerklausel als Fernabsatzvertrag	193
ee)	Bereichsausnahme gemäß § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) BGB	196
ff)	Rückausnahme gemäß § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) Hs. 2 BGB	196
	(1) Beurkundungspflicht von deklaratorischen Maklerklauseln	196
	(2) Beurkundungspflicht von konstitutiven Maklerklauseln	197
	(3) Zusammenfassung	198
gg)	Verhältnis von § 312g BGB und § 312 BGB	198
hh)	Rechtsfolgen der fehlenden bzw. fehlerhaften Widerrufsbelehrung	201
ii)	Zusammenfassung	202
c)	Zwei-Wochen-Frist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG	203
aa)	Sachlicher Anwendungsbereich	203
bb)	Persönlicher Anwendungsbereich	204
cc)	Kritik	205
d)	Verhältnis von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und Widerrufsrecht	207
4.	Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung	211
a)	Person des Vertreters oder Person des Vertretenen	212
aa)	Rechtsprechung	212
bb)	Abweichende Auffassung	213
cc)	Streitentscheid	213
b)	Adressat der Widerrufsbelehrung	214
5.	Verbraucherwiderruf bei Verlust der Verfügungsbefugnis des Eigentümers	214
a)	Abgrenzung zur Stellvertretung	215
b)	Verbraucher- oder Unternehmerinsolvenz	215
c)	Keine Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht	217
XIV.	Einschränkungen des Widerrufsrechts	218
1.	Der Maklervertrag in den Geschäftsräumlichkeiten des Maklers	218
2.	Tätigkeit nach Ablauf der Widerrufsfrist	220
3.	Provisionsrechnungsstellung nach Ablauf von einem Jahr und 14 Tagen	221
XV.	Neues Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten	222
1.	Verbraucherschutz durch Textformerfordernis, § 656a BGB	223
2.	Der Widerruf im Anwendungsbereich des § 656c BGB	227
a)	Rechtsfolgen des Widerrufs für andere Hauptvertragspartei	228
aa)	§ 656c Absatz 1 Satz 2–4 und Absatz 2 BGB	229
bb)	Rechtsfolgendurchgriff bei Widerruf des Kaufinteressenten	231
cc)	Unabhängigkeit der Maklervertragsverhältnisse	233
dd)	(Prozessualer) Vergleich oder Urteil im Hinblick auf das Widerrufsrecht	235
ee)	Umgehung der doppelten Provisionspflicht	237

b)	Keine Durchgriffswirkung	238
3.	Der Widerruf im Anwendungsbereich des § 656d BGB	242
a)	Sachlicher Anwendungsbereich des § 656d BGB	242
b)	Zahlungsnachweis nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB	245
c)	Verpflichtung der anderen Hauptvertragspartei	246
aa)	Vertrag zugunsten Dritter	247
bb)	Erfüllungsübernahme und Freistellung	250
cc)	Schuldübernahme	251
d)	Durchgriffswirkung bei § 656d BGB	253
C.	Schlussbetrachtung und Ergebnisse	256
I.	Entwicklung des Widerrufsrechts bei Abschluss des Maklervertrages	256
1.	Diskussion um die Anwendbarkeit des Verbraucherwiderrufsrechts	256
2.	Grundsätzliche Entscheidung für ein Widerrufsrecht	257
3.	Kritik	257
II.	Differenzierung der Maklervertragsverhältnisse	257
1.	Abgrenzung von Käufer- und Verkäufermaklervertrag	257
2.	Gegenleistung durch Preisgabe von Daten	258
III.	Auswirkungen in der Praxis	259
1.	Maklerverträge im elektronischen Geschäftsverkehr	259
2.	Änderung der Maklerprovision	259
3.	Änderung des Kaufpreises	260
4.	Schutz durch Maklerklausel	260
5.	Widerruf der Maklerklausel	261
6.	Kollision der verbraucherschützenden Fristen	262
7.	Bedeutung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB	263
8.	Rechtsfolgen des Widerrufs	264
a)	Höhe des Wertersatzes	264
b)	Dogmatischer Widerspruch	264
IV.	Durchgriffswirkung nach neuem Recht	265
V.	Ausschluss des Widerrufsrechts gemäß § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB analog	266
VI.	Rechtsmissbrauch des Widerrufsrechts	266
VII.	Ablehnung eines Widerrufsrechts im Maklerrecht	267
VIII.	Vorschlag de lege ferenda	267
	Literaturverzeichnis	269
	Stichwortverzeichnis	281

„Wir wollen den Verbraucherschutz auch in der digitalen Welt sicherstellen.“¹

A. Einleitung

I. Ausgangslage

Der Immobilienmakler war in den vergangenen Jahren in vielen Teilen Deutschlands, insbesondere in Ballungsgebieten und Großstädten, mit einem sog. Verkäufermarkt² konfrontiert.³ Das bedeutet, dass die Nachfrage nach Wohnraum höher war, als das Angebot.⁴ Dieser Umstand und eine fortwährende Niedrigzinsphase ließen die Kaufpreise für Wohnraum immer weiter steigen.⁵

¹ Zitat aus dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 135, Rn. 6393, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/847984/0bad5cb7d094fa10ed58a431d2f907ce/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (Stand 06.08.2023).

² <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/verkaeufermarkt-46956/version-270229> (Stand 06.08.2023).

³ Deutsche Bank Research, Deutscher Häuser- und Wohnungsmarkt 2018, https://www.dbresearch.de/PROD/RPS_DE-PROD/PROD000000000459596/Deutscher_H%C3%A4user-und_Wohnungsmarkt_2018.pdf (Stand 06.08.2023). Die Marktlage hat sich nach Fertigstellung dieser Arbeit, insbesondere durch Anhebung des Leitzinses und einer dadurch bedingten verminderten Nachfrage nach Kaufobjekten, in einen sog. Käufermarkt gedreht. An der Aktualität der Themenstellung ändert dieser Befund hingegen nichts.

⁴ Vgl. Vorwort der Bundesministerin Dr. Barbara Hendricks zum Immobilienmarktbericht Deutschland 2017 der Gutachterausschüsse in der Bundesrepublik Deutschland, abrufbar unter http://www.hausundgrund-aachen.de/fileadmin/aachen/media/pdfs/Immobilienmarktbericht_Deutschland_2017_web.pdf (Stand 06.08.2023); Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, S. 8, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verteilung_Maklerkosten.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand 24.10.2020); differenzierend *Kühling*, NZM 2020, 521 (522).

⁵ Hierzu exemplarisch: www.faz.net, Artikel vom 17.01.2018: Neubauwohnungen immer teurer, <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/immobilien-in-frankfurt-wohnungspreise-steigen-massiv-15402507.html> (Stand 07.07.2018); www.wiwo.de, Artikel vom 14.03.2018: Deutsche Immobilienpreise steigen rasant, <https://www>.

Zudem ist die Zahl der Immobilienmakler in den vergangenen Jahren stetig gewachsen.⁶ Der Konkurrenzkampf der Immobilienmakler um die Gunst von Eigentümern und das Recht, deren Immobilien vermarkten zu dürfen, hat dadurch zugenommen.

Das Angebotsdefizit an bezahlbarem Wohnraum einerseits und die hohe Nachfrage von Kaufinteressenten andererseits, zwingen diese in der Praxis zu schnellen Kaufentscheidungen. Dieser Entscheidungsdruck wird von Immobilienmaklern, die gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB rein erfolgsabhängig vergütet werden und somit erst bei Abschluss eines rechtswirksamen Hauptvertrages eine Maklerprovision verdienen, häufig verstärkt.

Daneben hat sich das Immobilienmaklergeschäft in den vergangenen Jahren durch eine stark zunehmende Digitalisierung verändert.⁷ Immobilieninstitute werden zumeist auf Homepages der Maklerunternehmen oder einschlägigen Vermarktungsplattformen im Internet veröffentlicht.⁸ Dadurch kann in kürzester Zeit eine große Zahl von Interessenten angesprochen werden. Die Kommunikation zwischen Immobilienmaklern und Kaufinteressenten erfolgt dann in der Regel zunächst per E-Mail oder durch die Verwendung von elektronischen Schaltflächen, die auf Homepages oder Online-Vermarktungsportalen hinterlegt sind.

Die Rechtsfolgen, die sich dabei aus einer E-Mail an den Immobilienmakler oder einigen wenigen „Klicks“ ergeben, können weitreichend sein und zu einer Provisionsverpflichtung des Maklerkunden führen. Die Höhe der Provision ist meist nicht unerheblich und hängt in der Regel von der jeweiligen Ortsüblichkeit ab. So kann die vom Käufer zu zahlende ortsübliche Maklerprovision in Deutschland derzeit bis zu 7,14% inklusive Mehrwertsteuer des notariell beurkundeten Kaufpreises betragen.⁹ Sie stellt damit einen bedeutenden

wiwo.de/finanzen/immobilien/wohnatlas-deutsche-immobilienpreise-steigen-rasant/21070380.html (Stand 09.07.2018).

⁶ www.manager-magazin.de, Artikel vom 30.04.2018: Immobilienmakler in der Identitätskrise, <http://www.manager-magazin.de/finanzen/immobilien/a-896541.html> (Stand 07.07.2018); *Jansen-Behnen*, S. 1.

⁷ www.immobilien-zeitung.de, Artikel vom 14.09.2017: Digitalisierung hat den Makleralltag verändert, <https://www.immobilien-zeitung.de/143032/digitalisierung-hat-makleralltag-veraendert> (Stand 14.05.2019).

⁸ *Ibold*, S. 31, Rn. 6; *Hamm*, S. 2, Rn. 4; *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193; *Genz*, NZM 2021, 791 (792); *Kienzler/Goerke*, NZM 2021, 3079 Rn. 1.

⁹ S. hierzu die Übersicht über die jeweils ortsüblichen Maklerprovisionen unter <https://www.bewertet.de/immobilienmakler/hoche-maklerprovision>, (Stand 07.07.2018); vgl. Antrag, Maklerkosten gerecht verteilen, BT-Drs. 17/3212; zur Höhe der Maklerprovision in anderen europäischen Ländern s. auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Sachstand WD 7-3000-162/18 vom 27.08.2018, <https://www.bundestag.de/blob/571622/f421857e41ae109d8402c46e703bb914/wd-7-162-18-pdf-data.pdf> (Stand 05.10.2018). Änderungen hinsichtlich der Höhe der zu leistenden Mak-

tenden Teil der Erwerbsnebenkosten dar, die im Rahmen eines Immobilienkaufs üblicherweise vom Käufer zu tragen sind.¹⁰

Vor dem Hintergrund dieser nicht unerheblichen finanziellen Verpflichtungen, die dem Maklerkunden entstehen können, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob dessen Verbraucherrechte bei Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages ausreichend geschützt sind.

Eine Stärkung der Verbraucherrechte soll die Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU¹¹ über die Rechte der Verbraucher in deutsches Recht mit Wirkung zum 13.06.2014 erreichen. Erwägungsgrund 26 a.E. der VRRL regelt, dass Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern von den Vorschriften der VRRL erfasst werden.

Die hieraus resultierende Pflicht von Immobilienmaklern, ihren Kunden ein Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312g, 312c BGB einzuräumen, wenn der provisionspflichtige Maklervertrag digital als Fernabsatzvertrag, also z.B. per E-Mail, zustande kommt, bezweckt den Schutz von Verbrauchern.¹² Das Widerrufsrecht gibt ihnen die Möglichkeit, sich von einer vorschnellen und übereilten vertraglichen Bindung wieder lösen zu können.¹³

Die Umsetzung der VRRL in deutsches Recht stellt eine gravierende Änderung im BGB dar.¹⁴ Sie hat weitreichende Auswirkungen für die Immobilienmaklerbranche, da zuvor lange Zeit umstritten war, ob Verbrauchern bei Abschluss eines Maklervertrages außerhalb von Geschäftsräumen oder im Wege des Fernabsatzes ein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen war.

lerprovision sind aber aufgrund des Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser zu erwarten, wengleich eine gesetzliche Deckelung der Provisionshöhe nicht vorgesehen ist.

¹⁰ www.sueddeutsche.de, Artikel vom 04.06.2018: Wer eine Wohnung oder ein Haus kauft, wird in Deutschland wirklich geschöpft, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/immobilienmarkt-mit-tuecken-wer-eine-wohnung-oder-ein-haus-kauft-wird-in-deutschland-wirklich-geschroepft-1.4000283> (Stand 07.07.2018); s. dazu auch der Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung von Verbrauchern beim Kauf und Verkauf von Wohnimmobilien (Makler-Bestellerprinzip und Preisdeckelgesetz), Drs. 19/4557 S. 6.

¹¹ ABl. 2011 L 304, 64, nachfolgend VRRL.

¹² So ist z.B. auch ein Rechtsanwalt, der einen Anwaltsvertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln vereinbart, verpflichtet, seinen Mandanten über ein Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren, BeckRS 2020, 33549.

¹³ Schäfer, in: Das neue Schuldrecht, S. 2, 341.

¹⁴ Förster, ZIP 2014, 1569.

II. Gang der Darstellung

Das Ziel dieser Arbeit ist es, das Recht des Verbrauchers zum Widerruf des Online-Immobilienmaklervertrages unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, der Rechtsprechung, der Literatur und eigenen Erfahrungen aus der Praxis vor dem Hintergrund einer zunehmenden Digitalisierung des Immobilienmaklergeschäfts kritisch zu untersuchen.

Im Kern wird der Frage nachgegangen, ob ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden bei Abschluss eines Maklervertrags sinnvoll und erforderlich ist, welche Rechte und Pflichten sich aus der VRRl und deren Umsetzung in deutsches Recht für den Abschluss eines Immobilienmaklervertrages im Fernabsatz ergeben, ob das hieraus resultierende Verbraucherwiderrufsrecht den Maklerkunden effektiv schützt und wie sich die zunehmende Digitalisierung des Immobilienmaklergeschäfts auf den Verbraucherschutz des Maklerkunden praktisch auswirkt.

Zunächst erfolgt eine Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen zum Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden, die vor Umsetzung der VRRl in deutsches Recht in Literatur und Rechtsprechung vertreten wurden.

Daran anschließend befasst sich die Arbeit mit den für das Maklerrecht maßgeblichen Regelungen der VRRl und deren Umsetzung in deutsches Recht. Hierbei werden die einzelnen Regelungen untersucht, nach denen Immobilienmakler ihre Kunden über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren haben. Zudem werden Problemstellungen aufgezeigt, die sich hieraus für die Maklervertragsparteien in der Praxis ergeben. Die Darstellung berücksichtigt insbesondere die unterschiedlichen Arten von Maklerverträgen, die Immobilienmakler mit ihren Kunden schließen und die Rechtsfolgen, die aus dem Verbraucherwiderruf des Maklervertrages resultieren.

Es folgt eine Darstellung der Regelungen über den E-Commerce gemäß §§ 312i und 312j BGB im Kontext zum Maklervertragsabschluss. Dabei werden insbesondere auf die Informationspflichten des Maklers und die Erforderlichkeit eines „zahlungspflichtig bestellen“-Buttons eingegangen.

Der dann folgende Teil widmet sich verschiedenen Aspekten und Einschränkungen des Verbraucherwiderrufsrechts im Maklerrecht, die in der Literatur und Rechtsprechung bisher teils nur rudimentär, teils überhaupt nicht diskutiert wurden, jedoch enorme Praxisrelevanz aufweisen und daher konkrete Lösungsansätze erfordern. Berücksichtigt wird dabei auch die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag und ihre Wirkung im Hinblick auf das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss des Maklervertrages.

Sodann folgt eine Einordnung des Verbraucherwiderrufsrechts im Anwendungsbereich des neuen Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser.

Die Arbeit endet mit einem eigenen Ansatz, der auf eine Abkehr vom Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Online-Maklervertrages plädiert.

B. Der Widerruf des Immobilienmaklervertrages

Dieser Hauptteil beschäftigt sich mit dem Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden bei Abschluss eines Online-Maklervertrages und den daraus resultierenden Rechten und Pflichten der Maklervertragsparteien. Dabei werden praktische Problemstellungen aufgezeigt und interessensgerechte Lösungsansätze entwickelt.

I. Sinn und Zweck von Verbraucherschutz

Allgemeiner Ausgangspunkt des Verbraucherschutzgedankens ist der Umstand, dass ein Verbraucher bei einem Vertragsabschluss die aus dem Vertrag resultierenden nachteiligen Rechtsfolgen nicht vollständig zu erkennen vermag.¹ Neben einem intellektuellen, psychologischen und wirtschaftlichen Ungleichgewicht wird die Verhandlungsposition des Verbrauchers durch Informationsdefizite gegenüber dem Unternehmer geschwächt.² Aus dem Rechtsverkehr zwischen Grundstücksmaklern und Verbrauchern resultieren aufgrund der speziellen maklerrechtlichen Vorschriften besondere Gefahren, die einen effizienten Verbraucherschutz erforderlich machen.³ Vor allem die erfolgsabhängige und aufwandsunabhängige Vergütung des Grundstücksmaklers gemäß § 652 Absatz 1 BGB fördert das Bestreben mancher Makler, Hauptvertragsabschlüsse herbei zu führen und dabei eine objektive Interessenswahrnehmung des Auftraggebers zu vernachlässigen, um den eigenen Vergütungsanspruch nicht zu gefährden.⁴ Um diesem Interessenswiderspruch angemessen entgegenzuwirken, werden Auftraggeber von Immobilienmaklern insbesondere durch die Regelung des § 654 BGB und das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB geschützt.

¹ *Looschelders*, § 41 Rn. 1.

² *Jahnsen-Behnen*, S. 124; *Tamm*, S. 15 m. w. N.

³ *Jahnsen-Behnen*, S. 125.

⁴ *Jahnsen-Behnen*, S. 125, 126.

1. Verbraucherschützende Wirkung des § 654 BGB

§ 654 BGB regelt nach seiner amtlichen Überschrift die *Verwirkung des Lohnanspruches*.⁵ Zurecht weist *Fischer*⁶ darauf hin, dass der *auf § 654 BGB gestützte Einwand des Provisionsverlustes zum Grundrepertoire des heutigen Maklerlohnprozesses gehört*. Bereits das Reichsgericht⁷ erkannte in § 654 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken, der generelle Treue- und Sorgfaltspflichten betrifft. Die Vorschrift findet daher auch jenseits der Doppelmaklertätigkeit Anwendung, sofern der Grundstücksmakler vorsätzlich oder fahrlässig wesentliche Vertragspflichten gegenüber seinem Auftraggeber verletzt.⁸ Diesen Gedanken hat der Bundesgerichtshof aufgegriffen und führt in einer Grundsatzentscheidung⁹ aus:

„Die Verwirkung des Anspruchs auf Maklerlohn nach § 654 BGB hat offensichtlich Strafcharakter.¹⁰ Der Makler soll bei Vermeidung des Verlusts seines Vergütungsanspruchs gehalten sein, die ihm gegenüber seinem Auftraggeber obliegende Treuepflicht, dessen Interessen zu wahren, einzuhalten.“

Seine rechtliche Wirkung geht damit deutlich über den Wortlaut des § 654 BGB hinaus und kann zum Verlust des Maklerprovisionsanspruchs führen.¹¹ Zum Anwendungsbereich des § 654 BGB gibt es eine Fülle an Einzelfallrechtsprechung.¹² Es handelt sich damit neben dem Verbraucherwiderrufsrecht um *die* zentrale Norm des Maklerrechts, um den Auftraggeber des Grundstücksmaklers und insbesondere Verbraucher umfassend zu schützen.

2. Verbraucherschutz durch Widerrufsrecht

Der Gesetzgeber räumt dem Verbraucher verschiedene Widerrufsrechte ein, um diesem eine angemessene Überlegungs- und Prüfungsfrist im Rahmen eines Vertragsabschlusses zu verschaffen.¹³ Ein eigenes kodifiziertes Verbraucherschutzgesetz, das die Rechte von Verbrauchern im Rahmen von Vertragsverhältnissen abschließend schützt, gibt es allerdings nicht. Vielmehr

⁵ *Fischer*, S. 271, Rn. 7.

⁶ *Fischer*, S. 269, Rn. 1.

⁷ RGZ 113, 264.

⁸ *Hamm*, S. 221, Rn. 829.

⁹ BGHZ 36, 323 = BGH NJW 1962, 734.

¹⁰ Krit. Staudinger/*Arnold* (2021), § 654 Rn. 2.

¹¹ Eine anschauliche Übersicht über den Anwendungsbereich des § 654 BGB bietet u. a. *Fischer*, S. 269, Rn. 1 ff.

¹² Anschaulich hierzu die Einzelfälle bei *Hamm*, S. 225, Rn. 840 ff.; *Ibold*, S. 155, Rn. 143 ff.

¹³ *Looschelders*, § 41 Rn. 1; *Neuner*, BGB AT, § 43 Rn. 1 ff.; *Bülow/Artz*, Rn. 32.

findet man in verschiedenen Rechtsgebieten Regelungen, welche die Rechte von Verbrauchern wahren sollen. § 2 Absatz 1 Satz 1 UKlaG stellt eine Legaldefinition für derlei Regelungen auf. Danach handelt es sich bei Verbraucherschutzgesetzen um solche Vorschriften, *die dem Schutz der Verbraucher dienen*.¹⁴ § 2 Absatz 2 Nr. 1 UKlaG nennt beispielhaft, jedoch nicht abschließend, verschiedene Verbraucherschutzgesetze.

Für die vorliegende Untersuchung maßgeblich sind die Regelungen des § 2 Absatz 2 Nr. 1 a) und b) UKlaG. Zu den Verbraucherschutzgesetzen gehören danach auch Vorschriften, die für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge gelten. Bei dem Verbraucherwiderrechtsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB handelt es sich daher zweifellos um ein solches Verbraucherschutzgesetz, das Verbraucher auch bei Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages, der online im Rahmen des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande kommt,¹⁵ besonders schützen soll. Das Widerrufsrecht bietet dem Verbraucher Schutz vor einer voreiligen vertraglichen Bindung.¹⁶

Da sich die vorliegende Arbeit mit dem Verbraucherschutz des Maklerkunden vor dem Hintergrund der Digitalisierung befasst, konzentriert sich die nachfolgende Untersuchung insbesondere auf Maklerverträge, die online als Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB geschlossen werden. Auf Maklerverträge, die außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten des Grundstücksmaklers zustande kommen, wird nur am Rande eingegangen.

II. Verbraucherschutz vor dem 13.06.2014

Der 13.06.2014 stellt eine Zäsur für die Verbraucherrechte im Grundstücksmaklergeschäft dar. Mit Wirkung zu diesem Tag wurde die VRRG in deutsches Recht umgesetzt. Damit einher gingen umfangreiche Änderungen des Fernabsatzrechts und des Rechts der Haustürgeschäfte, die seither „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge“ heißen.¹⁷

¹⁴ Vgl. PalHome Teil III, § 2 UKLaG, Rn. 3, wonach Verbraucherschutzgesetze Normen sind, deren eigentlicher Gesetzeszweck der Verbraucherschutz ist wie insbesondere Informationspflichten, Belehrungspflichten über Widerrufsrecht, Verbot abweichender Regelungen.

¹⁵ Würdinger, NZM, 2017, 545.

¹⁶ Schäfer, in: Das neue Schuldrecht, S. 2, 341.

¹⁷ Wendehorst, NJW 2014, 577.

1. Das Widerrufsrecht des Maklerkunden

Vor Umsetzung der VRRl in deutsches Recht war sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung umstritten, ob dem Maklerkunden bei Abschluss eines Maklervertrages durch Fernkommunikationsmittel ein Widerrufsrecht zustand.¹⁸ Nach § 1 Fernabsatzgesetz¹⁹ bzw. § 312b BGB a.F.²⁰ lag ein Fernabsatzvertrag nämlich nur dann vor, wenn dieser auf die Lieferung von Waren oder auf die Erbringung von *Dienstleistungen* gerichtet war. Die Diskussion, ob dem Verbraucher des Immobilienmaklers ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 3 Absatz 1 FernAG i. V. m. 361a BGB a.F. bzw. §§ 312b Absatz 1 Satz 1, 312d Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2, 355, 357, 346 BGB a.F. zustand, war daher maßgeblich von der Frage geprägt, ob es sich bei einem Maklervertrag überhaupt um ein Vertragsverhältnis handelt, das auf die Erbringung einer *Dienstleistung* gerichtet ist.²¹

2. Schrifttum

Die Debatte über den Dienstleistungscharakter des Maklervertrages, ist nicht nur zwischen Schrifttum und Rechtsprechung, sondern auch innerhalb des Schrifttums kontrovers geführt worden.²²

a) Gründe für ein Widerrufsrecht

Unter dem Eindruck des FernAG²³, das am 30.06.2000 in Kraft trat, hat sich *Neises* mit der Frage beschäftigt, ob es sich beim Maklervertrag um einen Dienstleistungsvertrag handelt und welche Pflichten sich hieraus für den Immobilienmakler im Hinblick auf den Maklervertragsabschluss ergeben.²⁴

¹⁸ Zu Maklerverträgen als Haustürgeschäft vgl. BGH NJW 2010, 2868; zu Maklerverträgen als Fernabsatzvertrag s. OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 18086.

¹⁹ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.06.2000, BGBl. I, 897, berichtigt am 21.07.2000 in BGBl. I, 1139. Das Gesetz ist mit Wirkung zum 01.01.2002 aufgehoben worden, s. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, Artikel 6 Nr. 7, BGBl. I, 3138, 3187, nachfolgend FernAG.

²⁰ In der vor dem 13.06.2014 geltenden Fassung.

²¹ *Fischer*, S. 108, Rn. 113; *ders.*, NJW 2013, 3410 (3411); *Lechner*, NZM 2013, 751 (753).

²² S. dazu auch BVerfG NJW 2013, 2881 (2882), Rn. 14.

²³ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.06.2000, BGBl. I, 897, berichtigt am 21.07.2000 in BGBl. I, 1139.

²⁴ *Neises*, NZM 2000, 889.

Neises ist der Auffassung, dass der Maklervertrag ein Vertrag über Dienstleistungen sei und damit von den Regelungen des FernAG erfasst werde.²⁵

Eine konkrete gesetzliche Definition des Dienstleistungsbegriffs gebe es im FernAG zwar nicht, in der Begründung des Gesetzesentwurfs heiße es jedoch: „Gegenstand des Fernabsatzvertrages ist die Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen. Das Letztere umfasst Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge aller Art.“²⁶

Hieraus und aus einem Umkehrschluss aus § 1 Absatz 3 Nr. 3 und 4 FernAG, der verschiedene Vertragsverhältnisse vom Anwendungsbereich des FernAG ausschließt, den Maklervertrag jedoch nicht ausdrücklich nennt, folgert *Neises*, dass der Maklervertrag ein Dienstleistungsvertrag sei und daher grundsätzlich vom Anwendungsbereich des § 1 FernAG erfasst werde.²⁷

Darüber hinaus begründet *Neises* seine Auffassung mit einem weit auszulegenden Dienstleistungsbegriff aus dem Europarecht.²⁸ Zwar enthalte die dem FernAG zugrunde liegende europäische Fernabsatzrichtlinie²⁹ ebenfalls keine Definition des Dienstleistungsbegriffs, jedoch benenne Art. 3 FAREL verschiedene Tätigkeiten, die nicht von den Regelungen der FAREL erfasst werden. Maklerverträge seien dort nicht genannt, sodass diese nach Auffassung *Neises* als Dienstleistungsverträge einzuordnen seien.³⁰

Vollends überzeugt von den Rechtsfolgen, die sich in Konsequenz aus dieser rechtlichen Einordnung ergeben, ist *Neises* allerdings nicht, sofern er ausführt:

„Die Konsequenzen daraus³¹ äußern sich insbesondere in für die Maklertätigkeit bislang unüblichen Informationspflichten und einem Widerrufsrecht, das für die Branche wenig praktikabel scheint.“³²

²⁵ *Neises*, NZM 2000, 889 (890); so auch *Lechner*, NZM 2013, 751 (753); MüKo-BGB/*Roth* (2012), § 652 Rn. 44; Palandt/*Grüneberg* (2013), § 312b Rn. 10c.

²⁶ Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherschutzes sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S. 30.

²⁷ *Neises*, NZM 2000, 889 (890).

²⁸ So auch *Lechner*, NZM 2013, 751 (753); vgl. *Geimer/Schütze*, Europ. ZivilverfahrensR, Art. 13 EuGVÜ, Rn. 30. Dazu auch *H. Hoffmann*, NJW 2017, 525 (526).

²⁹ Richtlinie 97/7/EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABIEG Nr. L 144 vom 04.06.1997, S. 19; NJW 1998, 212, nachfolgend FAREL genannt.

³⁰ *Neises*, NZM 2000, 889 (890).

³¹ Gemeint ist die Anwendbarkeit der Regelungen des FernAG auf den Maklervertrag.

³² *Neises*, NZM 2000, 889.

Die Einordnung des Maklervertrages als Dienstleistungsvertrag wird allerdings auch an anderen Stellen im Schrifttum unter Verweis auf die europarechtliche Herkunft des Dienstleistungsbegriffs vertreten.³³ So geht Lechner³⁴ davon aus, dass der Maklervertrag bereits unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 26 a.E. und Artikel 2 Ziffer 6 VRRL als Dienstleistungsvertrag einzuordnen sei. Zudem wird argumentiert, der Maklervertrag sei aufgrund seiner vertragstypischen Leistungen als Dienstleistungsvertrag gemäß § 312b BGB a.F. einzuordnen, zumal er gerade nicht spezialgesetzlich geregelt werde.³⁵ Ebenso ordnet auch Fischer³⁶ bereits vor Umsetzung der VRRL den Maklervertrag als ein Vertragsverhältnis ein, das dem Verbraucherwiderrecht unterliege.

b) Gründe gegen ein Widerrufsrecht

Moraht³⁷ hat auf den Beitrag von Neises erwidert und differenziert zunächst zwischen einem *einfachen Maklervertrag*³⁸ und einem *Maklerallein-auftrag*³⁹.

Sie vertritt die Auffassung, dass es sich beim *einfachen Maklervertrag* aufgrund seiner Rechtsnatur nicht um einen Dienstleistungsvertrag, sondern um ein Vertragsverhältnis sui generis handele.⁴⁰ Dies folge daraus, dass eine Tätigkeitspflicht des Maklers im Rahmen eines *einfachen Maklervertragsverhältnisses* gerade nicht bestehe, eine solche aber kennzeichnend für ein Dienstleistungsverhältnis sei.⁴¹

Den Umkehrschluss, den Neises in Bezug auf die Regelungen des § 1 Absatz 3 Nr. 3 und 4 FernAG ziehe und damit den Anwendungsbereich des FernAG für Maklerverträge für eröffnet erachte, bezeichnet Moraht als „*fraglichen Kunstgriff*“. Sie kommt vielmehr zu dem Schluss, dass sich der Gesetzgeber mit der besonderen Art des Maklervertrages gemäß § 652 BGB

³³ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 312b Rn. 10c; Soergel/*Engel*, § 652 Rn. 2; MüKoBGB/*Roth* (2012), § 652 Rn. 44.

³⁴ *Lechner*, NZM 2013, 751 (753).

³⁵ MüKoBGB/*Wendehorst* (2012), § 312b Rn. 33; *Micklitz/Tonner*, Rn. 32.

³⁶ *Fischer*, NZM 2011, 529 (531).

³⁷ *Moraht*, NZM 2001, 883.

³⁸ HK-BGB/*Alexander Scheuch*, § 652 Rn. 2; *Dehner*, S. 24, Rn. 12; s. dazu auch Kapitel B.VII.2.b)bb)(1).

³⁹ HK-BGB/*Alexander Scheuch*, § 652 Rn. 3; *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem zu §§ 652 ff. Rn. 11, §§ 652, 653 Rn. 230; s. dazu auch Kapitel B.VII.2.b)aa)(1).

⁴⁰ So auch LG Hamburg BeckRS 2013, 12639

⁴¹ So auch BGH NJW 1985, 2477 (2478); MüKoBGB/*Roth* (2012), § 652 Rn. 25; *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem. § 652 Rn. 1; Soergel/*Engel*, Vor § 652 ff. Rn. 3.

überhaupt nicht auseinandergesetzt habe, zumal weder im Gesetz, noch in dessen Begründung ausdrücklich auf Maklerverträge eingegangen werde.

Moraht ist überdies der Meinung, dass der *einfache Maklervertrag* auch nicht aufgrund von Art. 50 EG⁴² vom Dienstleistungsbegriff des § 1 Absatz 1 FernAG erfasst werde. Denn Art. 50 EG und Art. 2 Nr. 1 FARL kämen nur bei grenzüberschreitenden Verträgen zur Anwendung.⁴³ Einen entsprechenden Hinweis, dass der weite europäische Dienstleistungsbegriff auch Maßstab für das FernAG sein solle, gebe es aber nicht.⁴⁴

Mangels eines erforderlichen Dienstleistungsverhältnisses verneint Moraht daher die Anwendbarkeit des FernAG auf den *einfachen Maklervertrag*.

Anders ordnet Moraht den *Makleralleinauftrag*⁴⁵ ein, weil hier im Gegensatz zum *einfachen* Maklervertrag eine Tätigkeitspflicht des Maklers bestehe.⁴⁶ Es handele sich daher beim *Makleralleinauftrag* um einen Maklerdienstvertrag, der unter den Dienstleistungsbegriff des § 1 Absatz 1 FernAG falle.

Dennoch sei auch hier nur in Ausnahmefällen der Anwendungsbereich des FernAG eröffnet, da *Makleralleinaufträge* in der Praxis üblicherweise in den Geschäftsräumen des Maklers geschlossen würden, sodass es an der Voraussetzung eines Fernabsatzvertrages mangle.

Die Kommentarliteratur spricht sich ebenfalls an verschiedenen Stellen gegen ein Recht zum Widerruf des Maklervertrags aufgrund verbraucher-schützender Vorschriften aus. Maklerverträge – auch *Makleralleinaufträge* – seien als kaufähnliche Verträge einzuordnen und damit keine Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, wie es § 1 FernAG bzw. § 312b BGB a.F. aber voraussetze.⁴⁷ Da die Pflicht zur Provisionszahlung nicht schon mit Abschluss des Maklervertrages, sondern erst mit einem wohlüberlegten Abschluss des Hauptvertrages entstände, spreche auch der Zweck des Verbraucherschutzes gegen eine Anwendung von §§ 312b und 312d BGB a.F.⁴⁸

⁴² In der bis zum 01.12.2009 geltenden Fassung.

⁴³ *Larenz/Wolf*, § 30 Rn. 61; *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Troberg*, EUV/EGV, 5. Auflage (1997), Art. 60, Rn. 8; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Auflage (2000), Art. 50 EGV, Rn. 5.

⁴⁴ *Moraht*, NZM 2001, 883 (884).

⁴⁵ Zum Makleralleinauftrag s. Vertragsmuster bei *Joerss*, Rn. 70 ff., 159 ff.; zu Klauseln zur automatischen Verlängerung eines Makleralleinauftrages s. BGH NJW 2020, 3306; zu den Eigenschaften eines Makleralleinauftrages s. *MükoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 247.

⁴⁶ So auch *Hamm*, S. 11, Rn. 37.

⁴⁷ *Staudinger/Reuter* (2010), §§ 652, 653 Rn. 73; *Staudinger/Reuter* (2010), Vorbem. 4 ff. zu §§ 652 ff.

⁴⁸ *Staudinger/Reuter* (2010), §§ 652, 653 Rn. 73.

3. Rechtsprechung

Lange Zeit war sich auch die Rechtsprechung bis hin zum Bundesverfassungsgericht uneins, ob Verbrauchern bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes ein Widerrufsrecht einzuräumen sei, wobei bereits eine Tendenz dahingehend zu erkennen war, dass sich die Gerichte überwiegend *für* ein Verbraucherwiderrufsrecht aussprachen, was letztlich durch zwei Urteile des Bundesgerichtshofs bestätigt wurde.

a) Gründe gegen ein Widerrufsrecht

Die Rechtsprechung hat sich vereinzelt jedoch auch gegen ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages ausgesprochen, wenn der Vertrag als Haustürgeschäft oder im Fernabsatz zustande kam.

So hat das Landgericht Hamburg⁴⁹ ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden verneint. Die Kammer führt in ihrer Entscheidung aus, dass aus einem Maklervertrag, der als *Makleralleinauftrag* mit dem Kaufinteressenten vereinbart werde, *keine* (sic!) Pflicht zum Tätigwerden resultiere und aus diesem Grund auch kein Dienstleistungsverhältnis im Sinne des § 312b BGB a.F. vorliege.⁵⁰ Selbst wenn man aber ein Recht des Maklerkunden zum Widerruf des Maklervertrages annehme, habe dieser gemäß § 346 Absatz 1 BGB lediglich ex-nunc Wirkung für zukünftige Maklerleistungen, so das Landgericht Hamburg.⁵¹

In einem anderen Fall, der vor dem OLG Schleswig⁵² verhandelt wurde, hat sich der zuständige Senat sehr gründlich mit der Frage beschäftigt, ob dem Verbraucher bei Abschluss eines Maklervertrages ein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen war und verneint im Ergebnis die Anwendbarkeit der Regelungen über das Widerrufsrecht. Zunächst komme ein Maklervertrag nämlich nicht schon mit der fernkommunikativen *Vereinbarung* eines Besichtigungstermins zustande, sondern erst dann, wenn die Besichtigung der Immobilie tatsächlich erfolge und sich die Parteien persönlich begegneten. Insofern spreche auch der Sinn und Zweck gegen die Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Fernabsatzregeln, da sich das Grundstücksmaklergeschäft deutlich von sonstigen Fernabsatzverträgen unterscheide, die gerade darauf ausgelegt seien, dass sich die Vertragsparteien nicht persönlich spre-

⁴⁹ Landgericht Hamburg BeckRS 2013, 12639; s. hierzu auch Kapitel B.II.4.a).

⁵⁰ Landgericht Hamburg, BeckRS 2013, 12639.

⁵¹ Das Landgericht Hamburg verweist hier auf *Moraht* a. a. O.

⁵² OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069 als Vorinstanz zu BGH NJW 2017, 1024 = BeckRS 2016, 21464. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des OLG Schleswig aufgehoben und ein Widerrufsrecht des Maklerkunden bejaht.

chen und sehen. Die Frage, wie der Grundstücksmaklervertrag nach seiner Rechtsnatur einzuordnen ist, entscheidet der Senat zwar nicht, ein Dienstleistungsverhältnis im Sinne des § 312b BGB a.F. wird aber aufgrund der besonderen Typik des Maklervertrages abgelehnt. Der Senat vertritt die Auffassung, der Maklervertrag unterscheide sich dadurch von anderen Fernabsatzverträgen, die von § 312b BGB a.F. erfasst würden, dass eine Zahlungspflicht des Maklerkunden erst mit Abschluss eines Hauptvertrages entstehe und der Makler seine Pflichten aus dem Maklervertragsverhältnis üblicherweise zu einem Zeitpunkt erfülle, an dem er sich nicht sicher sein könne, ob ein Maklerprovisionsanspruch später überhaupt entsteht. Zwischen dem Abschluss des provisionspflichtigen Maklervertrages und dem Hauptvertragsabschluss liege in der Regel eine längere Zeit, die dem Maklerkunden die Gelegenheit gebe, über den Erwerb der Immobilie und die dadurch entstehende Provisionspflicht nachzudenken. Das Widerrufsrecht sei hingegen nur für diejenigen Fälle gedacht, in denen der Verbraucher die bestellte Ware vor Erhalt nicht selbst überprüfen könne. Ein Maklerprovisionsanspruch entstehe jedoch erst dann, wenn sich der Verbraucher nach eingehender Überprüfung der Immobilie, die er erwerben möchte, für den Kauf entscheide und nicht bereits allein aufgrund *fernmündlicher Bestellung*. Die Gefahr einer übereilten und unüberlegten Kaufentscheidung bestehe daher im Unterschied zu anderen typischen Absatzvertragsarten nicht. Im Übrigen erfolge die gesamte Vertragsabwicklung gerade nicht fernkommunikativ und ohne persönlichen Kontakt. Üblich seien vielmehr persönliche Begegnungen und Gespräche, z.B. während einer Besichtigung der Immobilie, sodass ein Fernabsatzvertrag mangels eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems nicht vorliege. Daneben weist der Senat auf die notarielle Beurkundung des Hauptvertrages hin, die für die Rechtswirksamkeit eines Hauptvertrages zwingend erforderlich sei und eine Gefahr der Übervorteilung des Verbrauchers verhindere. Zudem hat sich der Senat auch mit den praktischen Auswirkungen eines Widerrufsrechts bei Abschluss des Maklervertrages beschäftigt, wonach sich das Maklergeschäft deutlich verkompliziere, sollte dem Verbraucher ein Widerrufsrecht einzuräumen sein. Der Immobilienmakler werde nämlich gezwungen, zunächst die zweiwöchige Widerrufsfrist abzuwarten oder den Maklerkunden zu bitten, persönlich in seinen Geschäftsräumlichkeiten vorstellig zu werden, um ein Fernabsatzgeschäft auszuschließen.⁵³

⁵³ Zu alledem s. OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069.

b) Gründe für ein Widerrufsrecht

Andere Gerichte ordnen den Grundstücksmaklervertrag hingegen auch schon vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht als einen Dienstleistungsvertrag ein und sprechen dem Verbraucher ein Widerrufsrecht bei Abschluss des Maklervertrages zu, sofern auch die übrigen Voraussetzungen des § 312b BGB a.F. erfüllt sind.

Das Landgericht Leipzig begründet diese Ansicht in einer Entscheidung⁵⁴ unter Heranziehung des europarechtlichen Dienstleistungsbegriffs. § 312b BGB a.F. setze europäisches Recht in deutsches Recht um und sei aus diesem Grund europarechtskonform auszulegen. Darüber hinaus sei auch die VRRL zur rechtlichen Einordnung des Maklervertrages heranzuziehen. Danach sei der Maklervertrag als Dienstleistungsvertrag anzusehen.

Das Landgericht Bochum hat den Grundstücksmaklervertrag in einer Entscheidung⁵⁵ ebenfalls als einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gemäß § 312b BGB a.F. eingeordnet und begnügt sich mit dieser Feststellung unter Verweis auf die Kommentarliteratur⁵⁶, ohne sich mit der gegenteiligen Auffassung auseinanderzusetzen.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf⁵⁷ ist gleichfalls der Meinung, dass es sich beim Grundstücksmaklervertrag um einen Dienstleistungsvertrag gemäß § 312b Absatz 1 Satz 1 BGB a.F. handelt. Der erkennende Senat führt in seiner Entscheidung zunächst aus, dass die Bezeichnung der Dienstleistung im Sinne des § 312b BGB a.F. begrifflich nicht einen Dienstvertrag gemäß § 611 BGB voraussetze. Vielmehr ergebe sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf des Fernabsatzgesetzes, dass vom Begriff der *Dienstleistungen* „Dienst-, Werk- und Geschäftsbesorgungsverträge aller Art“ umfasst seien, somit also auch der Maklervertrag.⁵⁸ Zudem schließe § 312b Absatz 3 Nr. 3 BGB a.F. nur Verträge über Versicherungen und deren Vermittlung von der Anwendbarkeit des § 312b BGB a.F. aus, nicht aber das Grundstücksvermittlungsgeschäft. Im Übrigen gebiete es auch Sinn und Zweck eines effizienten Verbraucherschutzes, den Dienstleistungsleistungsbegriff des § 312b Absatz 1 Satz 1 BGB a.F. weit auszulegen.⁵⁹ Von einer Dienstleistung sei

⁵⁴ Landgericht Leipzig, NJW-RR 2015, 1329 = BeckRS 2015, 11760.

⁵⁵ Landgericht Bochum, NJOZ 2012, 1982.

⁵⁶ Palandt/*Grüneberg* (2010), § 312b Rn. 10c.

⁵⁷ OLG Düsseldorf MMR 2015, 310, 311.

⁵⁸ Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S. 30.

⁵⁹ Zur weiten Auslegung von europarechtlich geprägten Normen s. BGHZ 123, 380, 385.

schon dann auszugehen, wenn eine tätigkeitsbezogene Leistung gegenüber einem Verbraucher erbracht werde, was beim Immobilienmaklervertrag der Fall sei. Abschließend nimmt der Senat auch Bezug auf die VRRl und deren Erwägungsgrund Nr. 26 a. E., wonach Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern von der Richtlinie erfasst werden.

Auch nach der Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm⁶⁰ sind Maklerdienste grundsätzlich als Dienstleistungen im Sinne von 312b Absatz 1 Satz 1 BGB a. F. anzusehen. Unter Verweis auf das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁶¹ wird hier ebenfalls ein umfassender Dienstleistungsbegriff zugrunde gelegt, um Verbraucher ausreichend zu schützen. Insbesondere sei bei der Auslegung des Dienstleistungsbegriffs die Vorschrift des Art. 57 EUV zu beachten.⁶² Der Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig⁶³, das eine Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf Grundstücksmaklerverträge aufgrund der besonderen Typik der Vertragsform verneint, sei aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts zu widersprechen.

In einem Beschluss hat das Oberlandesgericht Bamberg⁶⁴ festgestellt, dass § 312b BGB a. F. auch auf Maklerverträge Anwendung findet. Einerseits sei die Auffassung Morahts⁶⁵ singular geblieben, andererseits sei diese auch mit geltendem Recht nicht vereinbar. § 312b BGB a. F. bezwecke, das Vertrauen von Verbrauchern in den Fernabsatz zu stärken. Diese könnten im Rahmen von Fernabsatzverträgen weder das Vertragsobjekt noch den Vertragspartner mangels persönlichen Kontakts vernünftig beurteilen. Einige Vertragstypen seien durch Art. 3 FARL und § 312b Absatz 3 BGB a. F. von den Schutzvorschriften ausgenommen. Da der Grundstücksmaklervertrag in diesen Ausnahmeregelungen jedoch nicht genannt werde, sei er vom Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts umfasst.⁶⁶ Auch wenn der Maklerprovisionsanspruch erst mit Abschluss des Hauptvertrages entstehe, begründe der Maklervertrag neben einer etwaigen Pflicht zur Zahlung eines Aufwendungsersatzes, § 652 Absatz 2 BGB, auch vertragliche Nebenpflichten, deren Verletzung zu Schadensersatzverpflichtungen führen könnten, vor denen Verbraucher ebenso zu schützen seien.

Das Oberlandesgericht Jena⁶⁷ hat in einer Entscheidung ebenso die Auffassung vertreten, dass es sich bei einem Maklervertrag um eine Abrede über

⁶⁰ OLG Hamm, MMR 2017, 265 = BeckRS 2016, 20371.

⁶¹ S. bereits zuvor OLG Düsseldorf, MMR 2015, 310, 311.

⁶² So auch *Fischer*, NJW 2013, 3410 und zuvor schon BGH NJW 1994, 262.

⁶³ OLG Schleswig, BeckRS 2015, 02069.

⁶⁴ OLG Bamberg, BeckRS 2013, 14984.

⁶⁵ *Moraht*, NZM 2001, 883.

⁶⁶ Zustimmend *Mankowski*, ZMR 2002, 317.

⁶⁷ OLG Jena, MMR 2015, 438 als Vorinstanz zu BGH NJW-RR 2017, 368.

die Erbringung von Dienstleistungen handelt. Wie schon die Oberlandesgerichte Bamberg und Düsseldorf bemüht der erkennende Senat hier den europarechtlich geprägten weiten Dienstleistungsbegriff sowie den Umstand, dass § 312b Absatz 3 Nr. 3 BGB a.F. den Immobilienmaklervertrag nicht benenne, sodass dieser von den Regelungen des Fernabsatzrechts umfasst sei. Auch hier erfolgt ein Verweis auf Erwägungsgrund 26 a.E. der VRRRL, wonach Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern als Fernabsatzverträge einzuordnen sind.

c) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Bamberg⁶⁸ erhob die klagende Immobilienmaklerin Beschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Der zuständige Senat stellte in einem Beschluss⁶⁹ zunächst fest, dass es sich bei der Diskussion, ob § 312b BGB a.F. auf Grundstücksmaklerverträge anwendbar sei, um eine klärungsbedürftige Rechtsfrage handele, da sie höchstrichterlich bislang nicht entschieden und auch in der Literatur strittig sei. Das Bundesverfassungsgericht verweist darauf, dass die Ansicht der Klägerin, wonach das Fernabsatzrecht auf Immobilienmaklerverträge keine Anwendung finde, keine Einzelmeinung geblieben sei, sondern in einem Großkommentar⁷⁰ vertreten werde und andere Kommentare⁷¹ zumindest einen Meinungsstreit darstellten. Durch das Urteil des Landgerichts Bochum⁷² sei keine höchstrichterliche Klärung erzielt worden. Aufgrund der besonderen Typik des Grundstücksmaklervertrages, der keinen Dienstvertrag im herkömmlichen Sinne darstelle, sondern ein Vertragsverhältnis eigener Art sei⁷³, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzeswortlaut eindeutig sei.

d) Urteile des Bundesgerichtshofs

Beendet wurde die Debatte schließlich durch zwei Urteile des Bundesgerichtshofs.⁷⁴ In den Entscheidungen stellt der Bundesgerichtshof fest, dass

⁶⁸ OLG Bamberg, BeckRS 2013, 14985.

⁶⁹ BverfG NJW 2013, 2881.

⁷⁰ Staudinger/Reuter (2010), §§ 652, 653 Rn. 73.

⁷¹ Palandt/Sprau (2013), § 652 Rn. 7; MüKoBGB/Wendehorst (2012), § 312b Rn. 33, Fn. 30.

⁷² Landgericht Bochum, NJOZ 2012, 1982.

⁷³ S. dazu auch MüKoBGB/Roth (2012), § 652 Rn. 3; BeckOK BGB/Kneller, BGB § 652 Rn. 2.

⁷⁴ BGH MMR 2017, 329; BGH NJW-RR 2017, 368.

der Grundstücksmaklervertrag auch vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht als Dienstleistungsvertrag gemäß § 312b Absatz 1 Satz 1 BGB a.F. einzuordnen sei und dem Maklerkunden daher ein Widerrufsrecht im Hinblick auf den Maklervertrag gemäß § 312d Absatz 1 BGB a.F. zustehe.

Der Bundesgerichtshof weist zunächst auf die teilweise vertretene Ansicht hin, wonach das Fernabsatzrecht aufgrund einer mangelnden Dienstpflicht des Immobilienmaklers keine Anwendung finde. Unter Verweis auf die überwiegende Meinung, wonach die Regelungen des Fernabsatzrechts aufgrund eines weiten unionsrechtlichen Dienstleistungsbegriffs für Maklerverträge tatsächlich doch Geltung beanspruchen, bejaht der Bundesgerichtshof jedoch schließlich die Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts auf Grundstücksmaklerverträge.

Hierfür spreche zunächst der Wortlaut des § 312b Absatz 1 BGB a.F., wonach Fernabsatzverträge Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen seien. Es sei weder ein Dienstvertragsverhältnis gemäß § 611 Absatz 1 BGB erforderlich noch ein gegenseitiges Vertragsverhältnis.

Mit Bezug auf die Entstehungsgeschichte stellt der Bundesgerichtshof klar, dass § 312b BGB a.F. der Umsetzung der FARL diene. Der Begriff der Dienstleistung werde dort zwar nicht legaldefiniert, aufgrund der unionsrechtlichen Herkunft des Begriffs *Dienstleistungen* sei jedoch der unionsrechtliche Dienstleistungsbegriff anzuwenden, der wiederum seine Grundlage in Art. 57 AEUV⁷⁵ (ex-Art. 50 EGV) habe. Nach dieser Vorschrift handelt es sich bei *Dienstleistungen* um solche Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Hierunter sei der Grundstücksmaklervertrag zu subsumieren.

Im Übrigen sei auch in der die FARL ersetzenden VRRL in Erwägungsgrund 26 a.E. klarstellend geregelt, dass Verträge über Dienstleistungen von Maklern vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst seien und es keine Anhaltspunkte dafür gebe, warum dies nicht bereits für die FARL gelten solle.

Ebenso spreche die Gesetzessystematik dafür, dass Grundstücksmaklerverträge von den Regelungen des Fernabsatzes umfasst seien, da diese in den Ausnahmeregelungen des § 312b Absatz 3 BGB a.F. nicht genannt würden. Zudem wären die dort getroffenen Ausnahmeregelungen für die Vermittlung von Urlaubsprodukten und Versicherungsvermittlungen nicht erforderlich, wenn Maklerverträge grundsätzlich nicht von den Regelungen des Fernabsatzes erfasst würden.

⁷⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Union, C 326/47.

Gleichzeitig spreche der Sinn und Zweck dafür, das Fernabsatzrecht auf Immobilienmaklerverträge zu erstrecken. Gerade weil die Maklervertragsparteien sich hier nicht persönlich begegnen und der Maklerkunde die ihm angebotene Dienstleistung nicht richtig überprüfen könne,⁷⁶ sei dem Maklerkunden ein Verbraucherwiderrufsrecht unter den Voraussetzungen des § 312b BGB a. F. einzuräumen.

Der Bundesgerichtshof widerspricht überdies der Argumentation, wonach mangels eines grenzüberschreitenden Charakters des Maklervertrages ein europarechtlich weit auszulegendes Dienstleistungsverhältnis nicht zu unterstellen sei. Die FARL sei auch auf reine Inlandsfälle anwendbar, da sich unterschiedliche Verbraucherschutzbestimmungen für den Fernabsatz nachteilig auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirken könnten. Daher habe auch der deutsche Gesetzgeber den europäischen Dienstleistungsbegriff übernommen, wonach ein Vertrag über *Dienstleistungen* Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge aller Art erfasse.⁷⁷

Im Ergebnis seien Grundstücksmakler auch vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht verpflichtet gewesen, ihre Kunden bei Abschluss eines Maklervertrages über das ihnen zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355 Absatz 1, 312d Absatz 1 BGB a. F. zu belehren.

4. Kritik

Die Urteile des Bundesgerichtshofs sind für die Praxis schon allein aus dem Grund bemerkenswert, weil kaum ein Grundstücksmakler vor der Umsetzung der VRRL in deutsches Recht seinen Auftraggeber über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrte, wenn der Maklervertrag im Wege des Fernabsatzes geschlossen wurde.⁷⁸ In der Presse wurden die verbraucherfreundlichen Urteile mit Verve veröffentlicht.⁷⁹ Umso überraschender ist, dass der seitens

⁷⁶ Vgl. Erwägungsgrund 14 der FARL.

⁷⁷ S. hierzu auch Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658 S. 30.

⁷⁸ Vgl. dazu auch schon *Neises*, NZM 2000, 889 (894): „Es bleibt abzuwarten, ob die Branche die Bestimmungen des FernAG zunächst weiterhin ignoriert (...)“

⁷⁹ Hierzu nur beispielhaft www.bild.de, Artikel vom 07.07.2016: Maklerverträge können per Mail widerrufen werden, <https://www.bild.de/ratgeber/recht/bundesgerichtshof/makler-und-kunden-streiten-vor-bgh-ueber-widerruf-von-maklervertraegen-46689994.bild.html> (Stand 07.09.2018); www.faz.net, Artikel vom 07.07.2016: Ohne Widerrufsbelehrung kein Anspruch auf Maklerprovision, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/mieten-und-wohnen/nachrichten/ohne-widerrufsbelehrung-kein-anspruch-auf-maklerprovision-14329599.html> (Stand 07.09.2018); www.sueddeutsche.de, Artikel vom 06.10.2016: Noch ein Schlupfloch, <https://www.sueddeutsche.de>

der Grundstücksmakler befürchtete und erwartete massenweise Widerruf von Maklerverträgen tatsächlich ausblieb.⁸⁰

Der Bundesgerichtshof hat sich ausführlich mit den Argumenten, die für und gegen ein Widerrufsrecht des Maklerkunden sprechen, auseinandergesetzt und den Maklervertrag als Dienstleistungsvertrag eingeordnet. Insbesondere der Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften und die Gesetzessystematik lassen die rechtliche Einordnung des Grundstücksmaklervertrages als Dienstleistungsvertrag vertretbar erscheinen.

Besondere Beachtung verdienen jedoch die Ausführungen des Oberlandesgerichts Schleswig⁸¹ sowie die Erörterungen von Moraht⁸², weil sie wichtige Denkanstöße für die Debatte liefern, ob es auch sinnvoll und erforderlich ist, dem Kunden des Immobilienmaklers einen so weitreichenden Verbraucherschutz zu Teil werden zu lassen. Aus besonderem Grund aufzugreifen ist überdies die Entscheidung des Landgerichts Hamburg⁸³.

a) Landgericht Hamburg

Das Landgericht Hamburg hat in einer Entscheidung⁸⁴ ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312b BGB a. F. abgelehnt.

Von besonderer Tragweite für die Diskussion, ob dem Maklerkunden ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes einzuräumen ist, stellt sich jedoch folgender Satz in den Entscheidungsgründen des Urteils dar:

„Denn zwischen den Parteien ist insoweit ein Alleinauftrag abgeschlossen worden, so dass mangels Dienstverpflichtung der Klägerin dem Beklagten gegenüber auch keine Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen i. S. d. § 312b BGB begründet worden ist.“⁸⁵

sueddeutsche.de/geld/maklerprovision-noch-ein-schlupfloch-1.3192938 (Stand 07.09.2018).

⁸⁰ Praktisch mag dies damit zusammenhängen, dass die beiden maßgeblichen Urteile des Bundesgerichtshofs unter den Aktenzeichen I ZR 30/15 und I ZR 68/15 auf den 07.07.2016 datieren, Maklerverträge, die vor Umsetzung der VRRL geschlossen wurden, jedoch gemäß Artikel 229 § 32 Absatz 2 Nr. 3 EGBGB nur bis 27.06.2015 widerrufbar waren.

⁸¹ S. dazu Kapitel B.II.4.b).

⁸² S. dazu Kapitel B.II.2.b).

⁸³ S. dazu Kapitel B.II.4.a).

⁸⁴ Landgericht Hamburg, BeckRS 2013, 12639.

⁸⁵ Die Entscheidung wurde veröffentlicht in BeckRS 2013, 12639 sowie in IBRRS 2013, 2163. In beiden Veröffentlichungen wurde das Wort „ein“ abgedruckt. Der Verfasser dieser Arbeit hat sodann eine anonymisierte Kopie der Entscheidung von der

Sofern die 7. Kammer des Landgerichts der Auffassung ist, dass zwischen den Parteien ein *Makleralleinauftrag* zustande gekommen sei, aus dem eine Pflicht des Maklers zum Tätigwerden *nicht* resultiere und daher auch *keine* Pflicht zur Erbringung von Dienstleistungen bestanden habe, ist diese rechtliche Einordnung unzutreffend.⁸⁶

Ein kennzeichnendes Merkmal des *Makleralleinauftrages* ist nämlich gerade, dass der Grundstücksmakler zum Tätigwerden verpflichtet ist.⁸⁷ Dies ist bei einem *einfachen Maklervertrag* hingegen nicht der Fall.⁸⁸ Da das Landgericht Hamburg nach eigener Auffassung aber offensichtlich eine Dienstverpflichtung für die Anwendbarkeit des § 312b BGB a. F. voraussetzt, hätte es den zwischen den Parteien bestehenden Maklervertrag, sofern es sich dabei tatsächlich um einen *Makleralleinauftrag* handelte, zwangsläufig als Fernabsatzvertrag einordnen müssen, sodass dem Maklerkunden dann ein Widerrufsrecht zugestanden hätte.⁸⁹ Ein solches Widerrufsrecht wurde dem Maklerkunden aber gerade versagt.

Neben der rechtlichen Einordnung der aus einem *Makleralleinauftrag* resultierenden Pflichten ist aber auch in tatsächlicher Hinsicht zu bezweifeln, ob der Grundstücksmakler im zugrunde liegenden Fall überhaupt einen *Makleralleinauftrag* mit dem Kaufinteressenten geschlossen hat. Eine wesentliche Pflicht, die aus dem *Makleralleinauftrag* resultiert, besteht darin, dass sich der Maklerkunde gegenüber dem Grundstücksmakler verpflichtet, es während der Laufzeit des Vertrages zu unterlassen, weitere Makler zu beauftragen.⁹⁰ Dieser Umstand führt in der Praxis dazu, dass *Maklerallein-*

Pressestelle des Landgerichts Hamburg angefordert und erhalten. Auch dort wird das Wort „ein“ verwendet. Somit kann an dieser Stelle abschließend nicht zweifelsfrei geklärt werden, ob es sich schlicht um einen bedeutsamen Tippfehler handelt, oder tatsächlich um eine unzutreffende rechtliche Einordnung des Makleralleinauftrages.

⁸⁶ Insofern ist auch der redaktionelle Leitsatz der Entscheidung unzutreffend, der lautet: „*Ist ein Maklervertrag als Alleinauftrag vereinbart worden, liegt ein Fernabsatzgeschäft nicht vor; da mangels Dienstverpflichtung auch keine Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen iSd § 312b BGB begründet worden ist*“, BeckRS 2013, 12639. Tatsächlich begründet nämlich der Makleralleinauftrag eine Tätigkeitspflicht des Grundstücksmaklers, s. dazu Kapitel B.VII.2.b)aa)(1).

⁸⁷ Fischer, S. 27, Rn. 12; *Ibold*, S. 160, Rn. 148; *Hamm*, S. 277, Rn. 1106; BGH NJW 1992, 2818; BGH NJW-RR 1987, 944; BGH NJW 1967, 198; BGH NJW 1966, 1405.

⁸⁸ *Dehner*, S. 24, Rn. 13.

⁸⁹ Nach Ansicht des Landgerichts Hamburg hat der Widerruf eines Maklervertrages aber ohnehin nur ex-nunc Wirkung für die Zukunft, sodass dem Immobilienmakler auch aufgrund der bis zur Widerrufserklärung erbrachten Maklertätigkeiten ein Provisionsanspruch zugestanden hätte.

⁹⁰ BGH NJW 1967, 198 (199); BGH NJW 2019, 1596, Rn. 29; *Grüneberg/Retzlaff*, § 652 Rn. 78; *MüKoBGB/Althammer* § 652 Rn. 247. Zu den aus einem Makleralleinauftrag resultierenden Pflichten s. Kapitel B.VII.2.b)aa)(1).

aufträge nur zwischen *Verkäufern* und Maklern geschlossen werden.⁹¹ Ein Kaufinteressent wird kaum einen *Makleralleinauftrag* mit einem Grundstücksmakler schließen, würde dies doch dazu führen, dass es ihm während der Vertragslaufzeit untersagt wäre, Maklerverträge mit anderen Grundstücksmaklern in Bezug auf Immobilien zu schließen, die nicht von dem Makler vermarktet werden, mit dem der *Alleinauftrag* besteht. Dies würde die Suche nach passenden Immobilien derart stark einschränken, dass es *Makleralleinaufträge* mit Suchinteressenten⁹² in praxi nicht gibt. Vielmehr wird ein Suchinteressent regelmäßig einen *einfachen Maklervertrag* mit dem Grundstücksmakler schließen, der es ihm erlaubt, auch Maklervertragsverhältnisse mit anderen Immobilienmaklern im Hinblick auf andere Immobilien einzugehen.⁹³

Die Entscheidungsgründe des Landgerichts Hamburg lassen in Anlehnung an *Morah*t erkennen, dass es im Hinblick auf die Frage, ob dem Maklerkunden ein Widerrufsrecht einzuräumen ist, maßgeblich darauf ankommen soll, welche Art von Maklervertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht und ob daraus eine Tätigkeitspflicht des Maklers resultiert. Dafür ist entscheidend, ob zwischen den Parteien ein *einfacher Maklervertrag* oder ein *Makleralleinauftrag* geschlossen wurde. Das konkret bestehende Vertragsverhältnis hätte daher deutlich detaillierter im Tatbestand des Urteils dargelegt werden müssen. Aufgrund des Umstandes, dass sich die Parteien im konkreten Fall um die Zahlung einer *Käuferprovision* stritten, spricht dies jedoch für ein *einfaches* Maklervertragsverhältnis und gegen ein Vertragsverhältnis in Form eines Makleralleinauftrages.⁹⁴

Das Landgericht Hamburg hätte daher zu dem Schluss kommen müssen, dass aus diesem *einfachen* Maklervertrag *keine* Tätigkeitspflicht resultierte, sodass *nicht* von einem Dienstleistungsverhältnis und *daher* auch *nicht* von einem Fernabsatzvertrag gemäß § 312b BGB a. F. auszugehen ist und deshalb auch *kein* Widerrufsrecht des Käufers bestand.

In der vorliegenden Form ist das Urteil des Landgerichts Hamburg wenig hilfreich, sofern man kritisch die Sinnhaftigkeit eines Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss des Maklervertrages untersuchen und tragfähige Argumente gegen ein Verbraucherwiderrufsrecht aufzeigen möchte. Die Entschei-

⁹¹ So auch *Hamm*, S. 289, Rn. 1078.

⁹² Suchinteressenten sind solche, die auf der Suche nach Immobilien sind, um diese zu kaufen oder zu mieten.

⁹³ S. dazu auch *Petri/Wieseler*, S. 147, Rn. 257.

⁹⁴ Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass auch Makleralleinaufträge stillschweigend zustande kommen können, BGH NJW 1967, 198. Für Maklerverträge, die eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus betreffen, gilt es allerdings, das Textformerfordernis des § 656a BGB zu beachten.

dung eignet sich daher nicht, um den Ansatz von *Moraht* überzeugend zu stützen.⁹⁵ Die Entscheidung ist aber deswegen bemerkenswert, weil es sich um eines der wenigen Urteile handelt, bei denen ein Gericht überhaupt ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes vor Umsetzung der VRRRL verneint hat.

b) Oberlandesgericht Schleswig

Argumentativ überzeugender hat sich das Oberlandesgericht Schleswig in einem Berufungsurteil⁹⁶ mit der Frage auseinandergesetzt, ob dem Maklerkunden ein Widerrufsrecht gemäß §§ 312b, 312d 355, 357, 346 BGB a.F. zustehe. Der Senat verneint dies im Ergebnis, weil ein Fernabsatzvertrag gemäß § 312b BGB a.F. nicht vorliege. Die Erwägungen verdienen jedoch besondere Aufmerksamkeit, weil sie den Finger in die (europa-)rechtspolitische Wunde legen und konkrete Anhaltspunkte dafür liefern, warum ein Widerrufsrecht bei Abschluss des Online-Maklervertrages nicht so recht passen mag.⁹⁷ Ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden wird hier überzeugend abgelehnt, weil sich der Senat erfreulich lebensnah mit dem Grundstücksmaklergeschäft auseinandersetzt.

Zweifelsohne ist zwar bei typischen Online-Absatzverträgen ein Verbraucherwiderrufsrecht begrüßenswert. Bei diesen ist es allerdings auch so, dass der Verbraucher zur Zahlung verpflichtet ist, obwohl er die bestellte Ware nicht vorab überprüfen kann. Für die Bestellung der Ware oder die Erbringung der Dienstleistung entsteht also *sofort* ein Gegenleistungsanspruch des Unternehmers, ein darüber hinaus erforderliches Merkmal eines Erfolgeintritts, wie es § 652 Absatz 1 BGB voraussetzt, gibt es nämlich nicht. Die rein erfolgsabhängige Vergütung des Maklers verschafft seinem Verbraucherkunden im Gegensatz zu anderen Absatzverträgen daher einen großen Vorteil, weil der Immobilienmakler in Vorleistung gehen muss und der Maklerkunde

⁹⁵ In der Literatur ist der Umstand, dass die rechtliche Aussage in dem zitierten Satz so jedenfalls unzutreffend ist, nicht erkannt und diskutiert worden. In einer Entscheidungsbesprechung von *Hogenschurz*, IMR 2013, 301, führt dieser ohne Diskussion wie folgt aus: „Ein Widerruf nach den Regeln über Fernabsatzverträge sei nicht wirksam erfolgt, weil der Maklervertrag kein Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312b BGB („Erbringung von Dienstleistungen“) sei, denn für den Makler bestehe *anders als beim Makleralleinauftrag* (Anm.: Hervorhebung durch den Verfasser dieser Arbeit) keine Pflicht zum Tätigwerden (*Moraht*, NZM 2001, 883 (884)).“

⁹⁶ OLG Schleswig, BeckRS 2015, 02069 als Vorinstanz zu BGH NJW 2017, 1024 = BeckRS 2016, 21464. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des OLG Schleswig aufgehoben und ein Widerrufsrecht des Maklerkunden bejaht.

⁹⁷ *Moraht*, NZM 2001, 883 (884).

eine Leistung in Anspruch nehmen kann, die für sich allein keinen Provisionsanspruch des Maklers entstehen lässt.

Zudem erfolgt auch, insbesondere bei Online-Bestellungen von *Waren* im Internet, zu keinem Zeitpunkt ein persönlicher Kontakt der Vertragsparteien. Der Vertragsabschluss und dessen Durchführung erfolgen gänzlich unpersönlich.⁹⁸ Dies ist im Maklergeschäft anders, weil der Maklerkunde die inserierte Immobilie im Rahmen von persönlichen Begegnungen mit dem Immobilienmakler besichtigen kann. Der Maklerkunde kann Sachverständige beziehen und die maßgeblichen Unterlagen prüfen. Erst dann, wenn er sich in Kenntnis der für ihn maßgeblichen Umstände für den Hauptvertragsabschluss entscheidet, entsteht der Provisionsanspruch. Dieser Umstand unterscheidet den Online-Maklervertrag deutlich von anderen Absatzvertragsarten und spricht daher gegen eine Gleichbehandlung unter dem Deckmantel eines umfassenden Verbraucherschutzes.

c) Schrifttum

Einen interessanten Ansatz bietet Moraht, indem sie zeitlich zuvörderst auf die unterschiedlichen Vertragspflichten hinweist, die aus einem *einfachen Maklervertrag* und der besonderen Form des *Makleralleinauftrages* resultieren.⁹⁹

Danach seien *einfache Maklerverträge* mangels Tätigkeitspflicht keine Dienstleistungsverträge, *Makleralleinaufträge* aufgrund der daraus entstehenden Tätigkeitspflicht hingegen schon.¹⁰⁰ Diese Aussage ist erwähnenswert, weil sie zurecht eine Differenzierung vornimmt und die verschiedenen Ausprägungen¹⁰¹ eines Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB berücksichtigt, die zu unterschiedlich starken vertraglichen Bindungen des Maklerkunden führen.

Daneben führt Moraht praktische Erwägungen an, die einer kritischen Untersuchung heutzutage allerdings nicht Stand halten.

Danach finde das Verbraucherwiderrufsrecht auf den *Makleralleinauftrag* auch deswegen keine Anwendung, weil dieser üblicherweise in den Geschäftsräumlichkeiten des Maklers geschlossen würde. Zudem mangle es am Erfordernis eines organisierten Fernabsatzsystems, das jedoch zwingende

⁹⁸ Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die Lieferung der Ware durch den Unternehmer selbst oder einen beauftragten Dritt-Dienstleister erfolgt, weil die Ware erst danach vom Verbraucher in Augenschein genommen werden kann.

⁹⁹ S. Kapitel B.II.2.b).

¹⁰⁰ S. Kapitel B.II.2.b).

¹⁰¹ S. Kapitel B.VII.2.b)aa) und B.VII.2.b)bb).

Voraussetzung für die Pflicht ist, dem Maklerkunden ein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen. Dieser Lösungsansatz zugunsten der Immobilienmaklerbranche ist nicht überzeugend, weil er der Praxis des Maklergeschäfts de-facto nicht (mehr) entspricht. Allerdings war die digitale Vermarktung von Immobilien damals auch kaum ausgeprägt.

Im Rahmen einer umfassenden Digitalisierung wird es jedenfalls nunmehr kaum einen Makler geben, der es sich leisten kann, auf Inserate in den üblichen Vermarktungsportalen¹⁰², eine eigene Internetpräsenz oder eine Kontaktaufnahmemöglichkeit per E-Mail zu verzichten. Im Gegenteil, nahezu jeder Grundstücksmakler bemüht sich, der digitalen Erwartungshaltung seiner Kunden zu entsprechen. Er wird daher seine Homepage – über entsprechende Suchmaschinen im Internet optimiert – als effektives Marketingtool nutzen, um auf dem elektronischen Weg schnell und kosteneffizient einen großen Kreis an Interessenten anzusprechen. Zugleich besteht auf Kunden-seite auch die konkrete Erwartungshaltung, Immobilienangebote online einsehen und per E-Mail Kontakt zum inserierenden Makler aufnehmen zu können. Dann aber ist regelmäßig von einem organisierten Fernabsatzsystem des Grundstücksmaklers auszugehen.¹⁰³

Dem Makler wird es regelmäßig auch kaum gelingen, Kunden für einen Vertragsschluss in seine Geschäftsräumlichkeiten zu bestellen. In praxi werden *Alleinaufträge*, die, wie bereits aufgezeigt, sowieso zumeist nur mit Verkäufern geschlossen werden,¹⁰⁴ außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten in der Immobilie vereinbart, die zum Verkauf angeboten werden soll. Aber auch dann bestand die Pflicht des Immobilienmaklers, seinen Auftraggeber über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren, weil es sich in dieser Situation regelmäßig um ein sog. Haustürgeschäft gemäß § 312 BGB a.F. handelte.¹⁰⁵

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig und der Beitrag von Moraht bieten jedenfalls Ansätze für eine grundsätzliche Diskussion darüber, ob das Verbraucherwiderrufsrecht im Rahmen des Online-Maklervertragsabschlusses sinnvoll und für einen effektiven Verbraucherschutz erforderlich ist. Überdies erwähnenswert ist auch die Entscheidung des Landgerichts

¹⁰² s. hierzu nur beispielhaft <https://www.immobilienscout24.de/>; <https://www.immonet.de/>; <https://www.immowelt.de/>.

¹⁰³ S. dazu BGH NJW-RR 2017, 368. Dort wird entgegen der teils vertretenen Ansicht, wonach ein Fernabsatzgeschäft nur dann vorliegen könne, wenn es bis zu seiner Durchführung nicht zu einem persönlichen Kontakt der Vertragsparteien komme, auf den eindeutigen Wortlaut von § 312b Absatz 1 Satz 1 BGB a.F. und Art. 2 Nr. 1 FARL abgestellt, wonach es für die Einordnung als Fernabsatzvertrag allein auf dessen *Abschluss* durch Fernkommunikationsmittel ankomme.

¹⁰⁴ S. auch Fn. 226, S. 62.

¹⁰⁵ Es bestand dann ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312d Absatz 1, 312 BGB a.F.

Hamburg, weil es sich im Ergebnis zwar gegen ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss des Maklervertrages ausspricht, die rechtliche Argumentation jedoch nicht überzeugt.

Auf die verschiedenen Argumente wird noch näher eingegangen werden.

III. Die Übergangsregelung des Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB

Eine für die maklerrechtliche Praxis besonders wichtige Regelung beinhaltet Art. 229 § 32 Absatz 2 Nr. 3 EGBGB. Danach ist das Recht zum Widerruf eines im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Vertrages über Dienstleistungen, der vor dem 13.06.2014 vereinbart wurde, spätestens mit Ablauf des 27.06.2015 erloschen. Die Regelung dient der Rechtssicherheit, s. Erwägungsgrund 43 VRRL,¹⁰⁶ wirkt sich praktisch aber vor allem zugunsten des Immobilienmaklers aus, denn vor Umsetzung der VRRL war das Verbraucherwiderrufsrecht von Fernabsatzverträgen zeitlich unbefristet, § 355 Absatz 4 Satz 3 BGB a. F. Das unbefristete Recht zum Widerruf von Maklerverträgen stellt sich, zumindest im Nachhinein¹⁰⁷, als eine Dauer Gefahr für zuvor vereinnahmte Maklerprovisionen heraus, weil vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht kaum ein Makler bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt.

Art. 229 § 32 Absatz 2 Nr. 3 EGBGB begrenzt zeitlich das Widerrufsrecht dieser sog. „Alt“-Maklerverträge und dient damit der Absicherung bereits vereinnahmter Maklerprovisionen. Aufgrund der Tatsache, dass der Bundesgerichtshof den viele Jahre bestehenden Meinungsstreit, ob bei Abschluss eines Fernabsatz-Maklervertrages ein Verbraucherwiderrufsrecht bestand, erst über ein Jahr nach Ablauf der Frist in zwei Urteilen¹⁰⁸ vom 07.07.2016 rechtskräftig entschieden hat, blieb ein wohl sonst zu erwartender Massenwiderwurf von zuvor geschlossen Online-Maklerverträgen aus.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Grüneberg/*Grüneberg*, Art. 229 § 32 EGBGB Rn.1.

¹⁰⁷ S. auch Fn. 109, S. 40. So hätten noch viele Jahre später zahlreiche Maklerverträge widerrufen werden können. Allein die Regelung des Art. 229 § 32 Absatz 2 Nr. 3 EGBGB hat die Maklerbranche hiervoor geschützt.

¹⁰⁸ BGH NJW 2017, 1024 (m. Anm. Hamm) und BGH NJW-RR 2017, 368.

¹⁰⁹ Anders war dies zuletzt im Bereich der Verbraucherdarlehensverträge. Dort widerriefen Verbraucher massenweise ältere Darlehensverträge aufgrund vermeintlich falscher oder nicht vorgenommener Widerrufsbelehrungen. Hintergrund der Widerrufserklärungen war, dass sog. Alt-Darlehensverträge im Vergleich zum heutigen Maßstab deutlich teurer waren, weil die Verbraucher höhere Zinsen zu leisten hatten. Der massenweise Widerruf der Darlehensverträge und der dadurch erlangte wirtschaftliche Vorteil seitens der Verbraucher prägte den Begriff des „Widerrufsjokers“. Hierzu exemplarisch: www.faz.net, Artikel vom 25.05.2016: Alte Darlehen oft

Art. 229 § 32 Absatz 1 EGBGB setzt nach seinem Wortlaut einen *Verbrauchervertrag* voraus. Anknüpfungspunkt der Übergangsvorschrift ist der zwischen dem Immobilienmakler und dem Verbraucher bestehende *Maklervertrag*, nicht hingegen der Hauptvertrag zwischen dem Maklerkunden und einem Dritten. Der Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages bleibt vollends unberücksichtigt. Dies führt im Ergebnis dazu, dass auch solche Maklerverträge, die vor dem 13.06.2014 geschlossen wurden, mit dem Ablauf des 27.06.2015 nicht mehr widerrufen werden können, selbst wenn der daraus resultierende Hauptvertragsabschluss des Maklerkunden erst nach dem 27.06.2015 zustande gekommen ist.¹¹⁰ Diese gesetzgeberische Entscheidung ist richtig, weil sie einen klaren Bezugspunkt für die Berechnung der Widerrufsfrist von sog. „Alt“-Maklerverträgen setzt.¹¹¹

IV. Die Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher

Die Richtlinie 2011/83/EU¹¹² des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher vom 25.10.2011¹¹³ hat die bisherige Haustürwiderrufsrichtlinie¹¹⁴ von 1985 und die Fernabsatzrichtlinie¹¹⁵ von 1997 zusammengefasst und in Umsetzung von Artikel 4 VRRl von einem Mini-

bis zum 21. Juni widerrufbar, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/finanzieren/bgh-urteil-alte-darlehen-oft-bis-zum-21-juni-widerrufbar-14251197.html> (Stand 18.11.2018); www.spiegel.de, Artikel vom 01.09.2014: Dumm gelaufen – Weil die Verträge vieler Baudarlehen schlecht formuliert sind, können die Kunden sie vorzeitig kündigen. Der Bankenbranche drohen Milliardenverluste. <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-128977579.html> (Stand 18.11.2018). S. zum Widerrufsjoker auch *Döll*, DAR 2018, 61; *Ring*, SVR 2018, 321; *Schön*, BB 2018, 2115; *Heintz*, JM 7/8, 2020, S. 276.

¹¹⁰ In derart gelagerten Fällen wird es jedoch regelmäßig an der erforderlichen Kausalität zwischen der Maklertätigkeit und dem Hauptvertragsabschluss mangeln, die regelmäßig zum Provisionsverlust des Maklers führt, jedenfalls findet aber eine Beweislastumkehr zugunsten des Maklerkunden statt. Zur Kausalität im Allgemeinen, s. *Fischer*, WM 2020, 1757 ff. Zur Beweislastumkehr s. BGH NJW 2006 3062 (3063), Rn. 18, 19; BGH NJW 2019, 1226, Rn. 12.

¹¹¹ Zur Deutlichkeit der Maklerprovisionsabrede s. auch *Fischer*, NZM 2002, 480 ff. und Kapitel B.VI.

¹¹² Amtsblatt der Europäischen Union vom 22.11.2011, L 304/64.

¹¹³ Nachfolgend VRRl.

¹¹⁴ Richtlinie des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31.12.1985, L 372/31.

¹¹⁵ Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EWG), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 04.06.1997, L 144/19.

malstandard auf das Vollharmonisierungsprinzip¹¹⁶ umgestellt.¹¹⁷ Sie hat besondere Bedeutung für das Immobilienmaklerrecht, weil sie Verträge über Dienstleistungen von Grundstücksmaklern ebenfalls erfasst. Dies führt nach der ganz herrschenden Meinung zu einem Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Online-Maklervertrages.¹¹⁸ Maßgeblich werden hierfür die Regelungen des Art. 2 Nr. 6 VRRL und des Erwägungsgrundes 26 a.E. VRRL angeführt. In der Rechtsprechung und Literatur gibt es bisher kaum Stimmen, die seit Umsetzung der VRRL in deutsches Recht das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Online-Maklervertrages in Frage stellen.¹¹⁹ Ebenso ist bislang eine Diskussion über die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit, den Grundstücksmaklervertrag einem Verbrauchwiderrufsrecht zu unterwerfen, weitestgehend ausgeblieben.¹²⁰

1. Art. 2 Nr. 6 und Erwägungsgrund 26 a.E. VRRL

Vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht wurde die Einordnung des Maklervertrages als Dienstleistungsvertrag teils auf die Begründung des Gesetzesentwurfs zum FernAG gestützt,¹²¹ teils auch auf Art. 57 AEUV (ex-Artikel 50 EGV).¹²² Nunmehr enthält Art. 2 Nr. 6 VRRL eine Begriffsbestimmung.

Im Sinne der Richtlinie bezeichnet *„Dienstleistungsvertrag jeden Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung für den Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt.“*¹²³

¹¹⁶ Allgemein zur Vollharmonisierung s. *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 5. Auflage 2020, Rn. 22 ff.

¹¹⁷ *Tonner*, VuR 2013, 443; *Förster*, ZIP 2014, 1569.

¹¹⁸ So die h. M. *MüKoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 81a: *„Nach neuem Recht fallen Maklerverträge unproblematisch unter § 312c.“*; *Fischer*, NJW 2014, 3281 f.; s. *Ernst*, NJW 2014, 817 (821); *Lechner*, NZM 2013, 751 (753, 754); *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (194).

¹¹⁹ Zweifelnd aber *Würdinger*, NZM 2017, 545 (549): *„Teleologisch erscheint dieser Verbraucherschutz im Immobilienmaklerrecht höchst fragwürdig“* unter Verweis auf *Schinkels*, LMK 2017, 387053; *Schärtl*, JuS 2014, 577.

¹²⁰ Kritisch aber zum Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages u. a. *Würdinger*, NZM 2017, 545 (549); *Schinkels*, LMK 2017, 387053.

¹²¹ S. Kapitel B.II.2.a).

¹²² S. Kapitel B.II.3.d).

¹²³ Artikel 2 Nr. 6 VRRL. Die Vorschrift wurde durch die Richtlinie 2019/2161/EU vom 27.11.2019, ABl. 2019 L 328/7 geändert. *Dienstleistung* bezeichnet danach *„jeden Vertrag, der kein Kaufvertrag ist und nach dem der Unternehmer eine Dienstleistung, einschließlich einer digitalen Dienstleistung, für den Verbraucher erbringt oder deren Erbringung zusagt.“* Nach dem neuen Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 der Richt-

Konkretisierend führt Erwägungsgrund 26 a.E. VRRL zu Grundstücks-maklerverträgen aus: „... *Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern und über die Vermietung von Räumen für andere als Wohnzwecke sollten unter diese Richtlinie fallen.*“ Auf den ersten Blick scheint die Pflicht des Immobilienmaklers, Verbraucher bei Abschluss eines Online-Maklervertrages über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren, nunmehr zweifelsfrei. So eindeutig ist dies jedoch tatsächlich nicht.

2. Kritik

Die Absicht des europäischen Richtliniengebers, die Regelungen der VRRL auf Immobilienmaklerverträge Anwendung finden zu lassen, ist klar zu erkennen. Anders ist Erwägungsgrund 26 a.E. VRRL jedenfalls kaum zu interpretieren.

Eine zweifelsfreie Umsetzung durch den Richtliniengeber misslingt jedoch.

Zunächst ist die Regelung des Artikel 2 Nr. 6 VRRL schon sprachlich nicht geglückt, weil die allgemeine Begriffsbestimmung des Dienstleistungsvertrages im Rahmen ihrer Definition idem per idem zumindest teilweise den Begriff verwendet („*Dienstleistung*“), der definiert werden soll („*Dienstleistungsvertrag*“).¹²⁴ Statt des Wortes „*Dienstleistung*“ wäre daher z. B. die Verwendung des Begriffs „*Tätigkeit*“ ratsam gewesen.

Aber auch dies allein hätte nicht genügt, um eine endgültige und vor allem zweifelsfreie Klärung der Frage herbeizuführen, ob alle Arten von Immobiliemaklerverträgen von der VRRL erfasst werden.

Nicht vollends eindeutig ist nämlich weiterhin, ob auch der rein *erfolgsabhängige* Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB von der Begriffsbestimmung des Dienstleistungsvertrages erfasst wird. Kennzeichnend für

linie setzt der Anwendungsbereich die Zahlung eines Preises oder deren Zusage durch den Verbraucher voraus. Die Änderungen werden durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.10.2021, BGBl. I 2021, 3483, mit Wirkung zum 28.05.2022 in deutsches Recht umgesetzt.

¹²⁴ Die Begriffsbestimmung ist auch nicht nur in der deutschen Übersetzung der VRRL sprachlich misslungen. Ebenso verwendet z. B. die englischsprachige Version der VRRL für den eigentlich gemeinten Begriff *Tätigkeit* den Begriff „*service*“, um den Begriff „*service contract*“ zu definieren. Auch hier ist es ratsam, z. B. den Begriff „*activity*“ für die Definition heranzuziehen.

die Definition nach Art. 2 Nr. 6 VRRL ist insbesondere, dass ein Vergütungsanspruch des Unternehmers schon allein für die *Erbringung* der Dienstleistung und damit unabhängig von einem Eintritt eines Erfolges entsteht („*hierfür*“).¹²⁵

Auf diese Begriffsbestimmung ist auch bei der Heranziehung des Erwägungsgrundes 26 a.E. VRRL abzustellen.

Hingegen ist es in der Praxis üblich, dass Immobilienmakler gerade nicht bereits für die *Erbringung* von Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten vergütet werden. Vielmehr schließen Immobilienmakler mit ihren Kunden in der Regel einen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, der den Provisionsanspruch allein und nur auf die Fälle beschränkt, in denen „der Vertrag¹²⁶ infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt.“ Der Immobilienmakler wird in all diesen Fällen also nicht für seine *Maklertätigkeit* vergütet, sondern (allein!) für den auf der Tätigkeit beruhenden *Erfolg*.¹²⁷

Folgte man streng und allein dem Wortlaut der Vorschriften unter Maßgabe einer einheitlichen Anwendung des Dienstleistungsbegriffs gemäß Art. 2 Nr. 6 VRRL, so würden von der Richtlinie also nur solche Maklerverträge erfasst, die entgegen § 652 Absatz 1 BGB eine *erfolgsunabhängige* Vergütung des Immobilienmaklers im Rahmen eines *Maklerdienstleistungsvertrages*¹²⁸ vorsehen. Der klassische Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, der einen *Erfolg* für den Provisionsanspruch des Maklers voraussetzt, würde aufgrund des Wortlautes hingegen nicht erfasst.

Unter Zugrundelegung eines weit auszulegenden Dienstleistungsbegriffs und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der VRRL, Verbraucher umfassend zu schützen,¹²⁹ ist jedoch im Streitfalle zu erwarten, dass die Rechtsprechung die Regelungen der VRRL auf den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB Anwendung finden lassen wird mit der Begründung, dass Maklerverträge, die eine erfolgsabhängige Vergütung vorsehen, *erst Recht* von der VRRL erfasst werden, wenn schon Maklerverträge unter den

¹²⁵ S. zuvor B.IV.1. Zukünftig ist der Anwendungsbereich der Norm jedoch noch weiter auszulegen, da der neue Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie die Formulierung „*hierfür*“ nicht mehr verwendet und dadurch die Konnexität von Leistung und Gegenleistung weniger streng regelt.

¹²⁶ Gemeint ist der Hauptvertrag.

¹²⁷ Differenzierend Staudinger/*Arnold* (2021), Vorbem zu §§ 652 ff. Rn. 14.

¹²⁸ Der Abschluss eines solchen Vertrages ist grundsätzlich auch möglich, so z.B. BGH NJW 1988, 967 (968); *Fischer*, S. 25, Rn. 8; MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 30: „*Die Parteien können freilich auch eine Vergütungspflicht für die Tätigkeit als solche vereinbaren.*“

¹²⁹ *Mesch*, VuR 2015, 251 (254).

Anwendungsbereich der VRRL fallen, die eine erfolgsunabhängige Tätigkeitsvergütung vorsehen.¹³⁰

Richtig ist dies aber nicht.¹³¹ Vielmehr ist mindestens eine Differenzierung erforderlich. Danach würde die VRRL, ihrem Wortlaut entsprechend, nur auf Maklerdienstleistungsverträge mit einer erfolgsunabhängigen Tätigkeitsvergütung Anwendung finden. Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB sind von den Regelungen der VRRL hingegen generell auszunehmen.

Verbraucher gehen nämlich ganz üblich davon aus, dass sie den Makler nur dann zu vergüten haben, wenn sie auch einen Hauptvertrag schließen.

Besonders schützenswert könnten Verbraucher daher allenfalls dann sein, wenn von der „Regel“ der Erfolgsabhängigkeit abgewichen wird und sie schon allein für die Inanspruchnahme von Maklertätigkeiten erfolgsunabhängig vergütungspflichtig sind. In diesen Fällen besteht nämlich tatsächlich die Gefahr, dass Verbraucher von ganz anderen Voraussetzungen ausgehen und in eine „Vergütungsfalle“ tappen, weil sie unabhängig von einem Hauptvertragsabschluss bereits zahlungspflichtig sind, sobald die Maklertätigkeit beginnt.

Gegen die These, zumindest solche Verträge der VRRL zu unterwerfen, die eine rein tätigkeitsbezogene Vergütung vorsehen, spricht jedoch der Umstand, dass erfolgsunabhängige Maklerprovisionen nicht wirksam in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden können.¹³² Rechtsprechung und Literatur gehen im Einklang davon aus, dass die Vereinbarung einer reinen Tätigkeitsvergütung des Maklers soweit vom Leitbild des Maklervertrages abweicht, dass ein solches Vertragsverhältnis nur individuell zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt werden kann.¹³³ Hierfür trägt der Immobilienmakler im Übrigen die Beweislast. Andernfalls ist eine tätigkeitsbezogene Vergütung des Maklers ausgeschlossen. Ein zusätzliches verbraucherschützendes Widerrufsrecht erscheint hier jedenfalls nicht fernliegend.

Keinesfalls schützenswert sind Verbraucher aber dann, wenn ein Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB besteht. Dann nämlich kann sich der Verbraucher in Ruhe Gedanken machen, ob er einen Hauptvertrag schließen

¹³⁰ Hierfür spricht nunmehr auch die Definition des Dienstleistungsvertrages in Artikel 2 Ziffer 6 der Richtlinie 2019/2161/EU vom 27.11.2019, ABl. 2019 L 328/7.

¹³¹ Wohl zumindest zweifelnd auch *Lechner*, NZM 2013, 751 (754): „Der Frage, ob das noch mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht zu vereinbaren ist (Berufsausübungsregel, Übermaßverbot, Verhältnismäßigkeit?), kann hier aus Raumgründen nicht nachgegangen werden.“; *Wüdingen*, NZM 2017, 545 (550).

¹³² *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 147; BGH DNotZ 2009, 377 (378), Rn. 14.

¹³³ *Hamm*, S. 287, Rn. 1073; *Ibold*, Maklerrecht, Rn. 147; *Hättig*, NZM 2000, 113; *Michalski*, NZM 1998, 209; BGH NJW 2009, 1199; BGH WM 1987, 471; BGH WM 1968, 1148.

möchte und (erst) dann ein Provisionsanspruch des Immobilienmaklers entsteht.¹³⁴ Die Hürden für eine Provisionspflicht des Verbrauchers sind also schon aufgrund der gesetzlichen Regelungen deutlich höher. Der Erfolgsabhängigkeit des § 652 Absatz 1 BGB ist bereits ein gewisser Verbraucherschutz immanent.¹³⁵ Insofern besteht auch kein Raum für eine „erst-Recht“-Auslegung zugunsten des Verbrauchers, weil ein Maklervertrag, der eine erfolgsabhängige Vergütung des Immobilienmaklers gemäß § 652 Absatz 1 BGB vorsieht, schon per se engere Voraussetzungen für einen Maklerprovisionsanspruch beinhaltet, als ein Maklervertrag, der eine erfolgsunabhängige Tätigkeitsvergütung vorsieht. Vielmehr müsste daher auf einen „geradenicht“-Ansatz abgestellt werden, wonach *erfolgsabhängige* Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB nicht vom Verbraucherwiderrufsrecht erfasst werden.

Zudem spricht auch Artikel 4 VRRl gegen eine Anwendung des Verbraucherwiderrufsrechts auf Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB. Die VRRl sieht eine Vollharmonisierung vor,¹³⁶ wonach auch innerstaatliche Vorschriften keine günstigeren Regelungen zugunsten des Verbrauchers erlauben.¹³⁷ Daher sind auch einer Auslegung der Vorschriften der VRRl zugunsten des Verbrauchers enge Grenzen zu setzen. Sofern sich diese am Wortlaut der VRRl orientiert, dürften nach Art. 2 Nr. 6 VRRl i. V. m. Erwägungsgrund 26 a. E. VRRl nur solche Maklertätigkeiten erfasst werden, die eine erfolgsunabhängige Vergütung des Grundstücksmaklers vorsehen. Andernfalls würde die Vollharmonisierung der VRRl zugunsten des Verbrauchers unterlaufen werden, wonach weder strengere noch weniger strenge Rechtsvorschriften aufrecht oder eingeführt werden dürfen.¹³⁸ Die Anwendung des Art. 2 Nr. 6 VRRl und Erwägungsgrund 26 a. E. VRRl würde daher dem klaren Willen des Richtliniengebers, der in Artikel 4 VRRl zum Ausdruck kommt, widersprechen.

Der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, der ausschließlich eine Erfolgsvergütung vorsieht, entspricht nicht dem Dienstleistungsbegriff des Art. 2 Nr. 6 VRRl. Er ist daher nicht den Regelungen der VRRl zu unterwerfen. Der Richtliniengeber hat es, trotz Kenntnis der Problematik, versäumt, eine eindeutige Regelung zu treffen und erfolgsabhängige Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB ausdrücklich vom Anwendungsbereich der VRRl auszunehmen.

¹³⁴ Zuzustimmen ist auch insofern der Begründung des OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069.

¹³⁵ So auch *Würdinger*, JM3, März 2019, 98 (100).

¹³⁶ *Förster*, ZIP 2014, 1569.

¹³⁷ *Looschelders*, § 41 Rn. 5; *Bülow/Artz*, S. 18, Rn. 45.

¹³⁸ BGH GRUR 2019, 961 = WRP 2018, 1176.

V. Verbraucherschutz seit 13.06.2014

Die VRRl¹³⁹ ist mit Wirkung zum 13.06.2014 durch das *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung* in deutsches Recht umgesetzt worden.¹⁴⁰ In weiten Teilen hat der Gesetzgeber die Vorschriften der VRRl wortgleich in deutsches Recht umgesetzt.¹⁴¹ Das Gesetz regelt neben den Informationspflichten des Unternehmers insbesondere die Vereinheitlichung von Verbraucherrechten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen sowie den hier relevanten Fernabsatzverträgen.¹⁴² Von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung von Online-Maklerverträgen gemäß § 652 Absatz 1 BGB ist § 312c BGB, der nunmehr den Fernabsatzvertrag regelt und daher besonders relevant im Hinblick auf den digitalen Abschluss von Online-Maklerverträgen ist. Bevor jedoch näher auf die Frage eingegangen wird, ob der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB überhaupt von § 312c BGB erfasst wird, soll in einem ersten Schritt zunächst auf den (konkludenten) Abschluss eines Online-Maklervertrages eingegangen werden. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass in der Praxis bereits häufig Streitig ist, ob überhaupt ein Maklervertragsverhältnis zustande gekommen ist. Abgesehen von § 656a BGB und § 2 Absatz 1 Satz 2 WoVermRG besteht für den Maklervertragsabschluss kein Formzwang. Maklerverträge kommen daher häufig nicht ausdrücklich, sondern lediglich online und konkludent zustande. Daher soll nachfolgend zunächst näher auf die Mechanismen des Online-Maklervertragsabschlusses eingegangen werden, bevor in einem zweiten Schritt eine dogmatische Einordnung des Maklervertrages erfolgt. Dort wird von besonderer Bedeutung sein, ob es sich bei einem Maklervertrag um einen Dienstleistungsvertrag handelt und das Vertragsverhältnis von den Regelungen des § 312c BGB erfasst wird.

VI. Der Online-Maklervertrag gemäß § 652 Abs. 1 BGB

Immobilienmakler betreiben üblicherweise eine eigene Internet-Homepage oder nutzen Online-Vertriebsportale,¹⁴³ um Immobilieninserate zu veröffent-

¹³⁹ BGBl. I 2013, 3642.

¹⁴⁰ Förster, ZIP 2014, 1569.

¹⁴¹ Völker, ZJS 6/2014, 602.

¹⁴² Looschelders, § 41 Rn. 5.

¹⁴³ Zu den zukünftigen Pflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen, § 312k BGB, s. das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die

lichen und so einen großen Interessentenkreis schnell und kostengünstig ansprechen zu können.¹⁴⁴ Der Abschluss des Maklervertrags kommt nach den Vorschriften der §§ 145 ff. BGB zustande.¹⁴⁵ Voraussetzung für den Vertragsabschluss sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen, also Angebot und Annahme.¹⁴⁶ Die Wahrung einer bestimmten Form ist für den Abschluss eines wirksamen Maklervertrages nicht erforderlich.¹⁴⁷ Anderes gilt nur, sofern die Voraussetzungen des § 656a BGB¹⁴⁸ erfüllt sind und Gegenstand des Maklervertrages die Vermittlung einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses ist.¹⁴⁹ Beabsichtigt der Verbraucher hingegen z. B. eine Gewerberaumfläche oder ein Zweifamilienhaus für die private Kapitalanlage zu erwerben, so besteht für den Abschluss des Maklervertrages weiterhin kein Formerfordernis. Diese Formfreiheit führt jedoch in praxi zu Problemen, weil in vielen Fällen keine klaren Absprachen zwischen den Maklervertragsparteien getroffen werden. Maklerverträge werden nämlich nur selten ausdrücklich vereinbart,¹⁵⁰ wengleich dies aus Beweisgründen äußerst wünschenswert wäre.¹⁵¹ Vielmehr kommen Maklerverträge im Rechtsalltag, insbesondere mit Suchinteressenten, häufig konkludent, also durch schlüssiges Verhalten, zustande.¹⁵²

Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.10.2021, BGBl. I 2021, 3483.

¹⁴⁴ In diese Richtung auch *Mankowski*, ZMR 2002, 317.

¹⁴⁵ *Ibold*, S. 43, Rn. 21; *Fischer*, S. 58, Rn. 4; *Erman/Fischer*, Vor § 652 Rn. 17; *MikoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 48.

¹⁴⁶ *Ibold*, S. 43, Rn. 21.

¹⁴⁷ *Hamm*, S. 19, Rn. 65; *Ibold*, S. 42, Rn. 20; *Fischer*, S. 39, Rn. 32.

¹⁴⁸ S. dazu auch Kapitel B.XV.1.

¹⁴⁹ S. dazu auch Kapitel B.XV.1. Ein Textformerfordernis gilt auch für den Mietwohnbereich: Seit 01.06.2015 müssen Maklerverträge über den Nachweis oder die Vermittlung von Wohnraum in Textform geschlossen werden, § 2 Absatz 1 Satz 2 WoVermittG, andernfalls ist der Maklervertrag gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig, s. hierzu auch *Hamm*, S. 20, Rn. 68.

¹⁵⁰ *Fischer*, S. 40, Rn. 32, 33.

¹⁵¹ Äußerst treffend ist die Feststellung des OLG Rostock, NJW-RR 2006, 857 (858): „Zwar entspricht es den Regeln moderner Vermarktungsstrategien, die Provisionsforderung nicht allzu deutlich in den Vordergrund zu rücken. Daraus folgende Unklarheiten gehen allerdings zu Lasten des Maklers.“ Dieser Umstand stellt tatsächlich ein ewiges Dilemma für Immobilienmakler dar. Einerseits sind Immobilienmakler daran interessiert, ihren Provisionsanspruch bestmöglich abzusichern. Andererseits scheuen viele Immobilienmakler aber davor zurück, ausdrückliche Absprachen mit ihren Kunden zu treffen, weil der erforderliche Hauptvertragsabschluss dadurch gefährdet werden könnte, dass dem Kunden die Höhe der zu leistenden Maklerprovision ausdrücklich vor Augen geführt wird.

¹⁵² BGHZ 95, 393, 395 = NJW 1986, 177; BGH NJW 1984, 232; OLG Schleswig NJW 2007, 1982 (1983); AG Lindau AIZ 1970, 414; *Grüneberg/Retzlaff*, § 652 Rn. 3;

Dies führt in der Praxis zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten darüber, ob, zu welchem Zeitpunkt und mit welchem Inhalt ein Maklervertrag geschlossen wurde,¹⁵³ da insbesondere der digitale Austausch zwischen den Maklervertragsparteien zwar zu einem schnelleren Informationsfluss führt, ausdrückliche Vereinbarungen hingegen nur äußerst selten getroffen werden. Der Schutz des Maklerkunden durch ein Verbraucherwiderrufsrecht kann daher nur im Zusammenhang mit den besonderen Mechanismen des Maklervertragsabschlusses diskutiert werden.

Die Feststellung, ob und wann ein Maklervertrag überhaupt zustande gekommen ist, ist aber maßgeblich für die Klärung der Frage, ob dem Verbraucher überhaupt ein Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht und sofern dies zu bejahen ist, ob der Makler seinen Kunden *rechtzeitig* über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt hat, § 356 Absatz 3 Satz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB.

1. *Invitatio ad offerendum*

Aufgabe des Maklers ist es, klare Verhältnisse zu schaffen und deutlich zu machen, ob und von wem er eine Maklerprovision im Erfolgsfall erwartet.¹⁵⁴ Nimmt der Verbraucher Maklerleistungen in Anspruch, führt dies nicht ohne weiteres zum Abschluss eines Maklervertrages.¹⁵⁵

In einer Internetanzeige eines Immobilienmaklers ist grundsätzlich noch kein Angebot auf Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages zu sehen.¹⁵⁶ Die Kontaktaufnahme zu einem Makler, der Immobilien inseriert, beinhaltet nicht auch per se die Bereitschaft zur Zahlung einer Maklerprovision im Erfolgsfall.¹⁵⁷ Vielmehr darf der Interessent davon ausgehen, dass der Makler seine Tätigkeit für die andere Hauptvertragspartei erbringt.¹⁵⁸ Es ist allein Aufgabe des Immobilienmaklers, Unklarheiten des sich an ihn wendenden Interessenten über die Maklerprovision und deren Höhe zu beseitigen, andernfalls entsteht kein Provisionsanspruch.¹⁵⁹

MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 48; *Fischer*, S. 40, Rn. 32; *Mormann*, WM 1975, 70; *Schmidt-Salzer*, MDR 1969, 182; *Würdinger*, JM2, Februar 2021, S. 46 (49).

¹⁵³ Treffend *Ibold*, S. 42, Rn. 20: „Auch nach 18-jähriger Richtertätigkeit in dem für Maklersachen zuständigen 7. Zivilsenat des OLG Düsseldorf musste der Autor feststellen, dass in vielen auch über hohe Provisionsforderungen geführten Prozessen noch immer über das Zustandekommen eines Maklervertrages gestritten wurde.“

¹⁵⁴ *Hamm*, S. 30, Rn. 109.

¹⁵⁵ *Hamm*, S. 30, Rn. 109.

¹⁵⁶ BGH NJW 2012, 2268 (2269), Rn. 11.

¹⁵⁷ BGH NJW 2012, 2268 (2269), Rn. 10.

¹⁵⁸ BGH NJW 2012, 2268 (2269), Rn. 10.

¹⁵⁹ *Hamm*, S. 30, Rn. 109.

Bei dem Internetinserat eines Immobilienmaklers handelt es sich daher regelmäßig um eine *invitatio ad offerendum*¹⁶⁰, da sich der Immobilienmakler mit seinem Inserat an einen unbestimmten Kreis von möglichen Kaufinteressenten wendet.¹⁶¹

Eine Kontaktaufnahme des Interessenten unter Bezugnahme auf die Internetanzeige kann aber dann zu einem Maklervertragsabschluss führen, wenn das Immobilieninserat das Provisionsverlangen des Immobilienmaklers ausdrücklich und unmissverständlich zum Ausdruck bringt und der Interessent daraufhin den Namen und die Anschrift des Verkäufers erhält.¹⁶²

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlagert dadurch den (konkludenten) Maklervertragsabschluss auf einen äußerst späten Zeitpunkt. Das führt dazu, dass der Maklervertrag häufig erst mit Ausübung der Maklertätigkeit wirksam zustande kommt, sodass Maklervertragsabschluss und Maklertätigkeit zeitlich zusammenfallen.

2. Kritik

Die Einordnung des Immobilieninserats mit eindeutigem Provisionshinweis auf einem Online-Portal als *invitatio ad offerendum* und nicht als konkretes *Angebot* des Immobilienmaklers auf Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages ist kritikwürdig.

Zwar fehlt bei Anzeigen im Internet¹⁶³ regelmäßig der für ein Vertragsangebot erforderliche Geschäftswille. Andernfalls könnte eine unbegrenzte Zahl von Personen das Angebot annehmen und dadurch eine Vielzahl von Verträgen zustande kommen, obwohl der Anbieter den Vertrag möglicherweise nur einmal erfüllen kann. Der Anbieter sähe sich dann Schadensersatzansprüchen aller anderen Vertragspartner ausgesetzt, denen gegenüber er den Vertrag nicht erfüllen kann.¹⁶⁴

¹⁶⁰ S. hierzu *Brox/Walker*, § 8 Rn. 2: Diese ist kein Angebot, sondern nur eine Aufforderung an andere, ihrerseits ein Angebot zu machen. Derjenige, der zur Abgabe von Angeboten aufgefordert hat, kann das ihm gemachte Angebot annehmen oder ablehnen.

¹⁶¹ BGH NJW 2017, 1024; BGHZ 95, 393 (395) = BGH NJW 1986, 177; BGH WM 1971, 1098 (1099); BGH NJW 2012, 2268; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 18086; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 368; MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 51; *Hamm*, S. 31, Rn. 110.

¹⁶² BGH NJW 2012, 2268; BGH WM 2017, 1120, Rn. 25; MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 51; *Fischer*, NJW 2009, 3210.

¹⁶³ BGH NJW 2005, 976.

¹⁶⁴ Zu dieser Thematik s. *Brox/Walker*, § 8 Rn. 2.

Dieser Gefahr ist der Grundstücksmakler aber nicht ausgesetzt. Zwar ist das Angebot (Immobilie) begrenzt, aber der Immobilienmakler verpflichtet sich im Rahmen des von ihm angebotenen Abschlusses eines *Maklervertrages* gemäß § 652 Absatz 1 BGB gerade nicht zur Herbeiführung eines rechtswirksamen Hauptvertrages.¹⁶⁵ Vielmehr verlangt § 652 Absatz 1 BGB von ihm lediglich Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten im Hinblick auf einen zu schließenden Hauptvertrag. Der Immobilienmakler ist aber in der Lage, ohne dass ihn der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB dazu überhaupt verpflichtet,¹⁶⁶ gegenüber einer beliebig großen Zahl von Maklervertragspartnern entsprechende Maklertätigkeiten zu erbringen, solange sich die Immobilie in der Vermarktung befindet und ein wirksamer Hauptvertrag hierüber noch nicht geschlossen wurde.¹⁶⁷ Insbesondere Nachweistätigkeiten kann der Immobilienmakler in kürzester Zeit erbringen, in dem er z. B. Objektnachweise¹⁶⁸ oder Exposés¹⁶⁹ per E-Mail an Interessenten versendet, die den Namen und die Adresse des verfügungsbefugten Eigentümers sowie die Objektadresse beinhalten.¹⁷⁰ Der Grundstücksmakler läuft daher nicht Gefahr, dass ihm die Erfüllung von zahlreichen Maklerverträgen gemäß § 275 Absatz 1 BGB unmöglich ist. Aus der Perspektive des Maklers besteht daher

¹⁶⁵ Anderes wäre nur bei einer entsprechenden ausdrücklichen Vereinbarung denkbar, die gleichzeitig auch den Maklerkunden *verpflichtet*, einen Hauptvertrag mit dem vom Makler nachgewiesenen Interessenten zu kontrahieren.

¹⁶⁶ *Hamm*, S. 107, Rn. 390.

¹⁶⁷ In der Praxis geschieht dies häufig dadurch, dass Immobilienmakler an Interessenten Exposés der zu verkaufenden Immobilie per E-Mail versenden. Darin enthalten sind ganz üblich die Objektadresse sowie der Name und die Kontaktdaten des Verkäufers, sodass der Immobilienmakler einen Nachweis der Kaufgelegenheit gemäß § 652 Absatz 1 BGB erbringt und im Falle des Abschlusses eines Hauptvertrages ein Provisionsanspruch des Immobilienmaklers entsteht.

¹⁶⁸ Der Objektnachweis des Immobilienmaklers enthält in der Regel die Adresse des zu vermarktenden Grundstücks und den Namen und die Adresse des verfügungsbefugten Eigentümers. Damit dokumentiert der Immobilienmakler seine Nachweistätigkeit.

¹⁶⁹ Das Exposé des Immobilienmaklers enthält in der Regel Informationen über die Größe des Grundstücks, dessen Lage, die Anzahl der Zimmer, Energiekennwerte, Lichtbilder, einen Provisionshinweis für den Erfolgsfall etc. Der Immobilienmakler gibt dem Kaufinteressenten damit die Möglichkeit, sich einen ersten Überblick über die Immobilie zu verschaffen.

¹⁷⁰ Vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Digitalisierung ist es angezeigt, zukünftig die Benennung einer Mobilfunknummer oder einer E-Mail-Adresse der jeweils anderen Hauptvertragspartei zur Kontaktaufnahme als Nachweis gemäß § 652 Absatz 1 BGB ausreichen zu lassen, s. dazu auch *Wistokat*, NZM 2021, 585 (588). Nach derzeitiger Rechtsprechung ist es hingegen erforderlich, neben der Objektadresse und dem Namen auch die Anschrift der anderen Hauptvertragspartei bekannt zu geben, BGHZ 141, 40 (46). Das erscheint nicht mehr zeitgemäß.

keine Veranlassung, den Maklervertragsabschluss auf einen derart späten Zeitpunkt zu verlagern.

Die Einordnung des Maklerinserats im Internet als *invitatio ad offerendum* schützt auch den Verbraucher nicht in besonderer Weise. Denn unabhängig vom konkreten Zeitpunkt des Maklervertragsabschlusses entsteht der Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB ohnehin erst und nur dann, wenn ein rechtswirksamer Hauptvertrag zustande kommt. Bis dahin steht es dem Interessenten frei, jederzeit vom Erwerb der beworbenen Immobilie Abstand zu nehmen.¹⁷¹ Eine Provisionspflicht entsteht dann mangels Abschlusses eines Hauptvertrages nicht.¹⁷² Die Ausführungen des OLG Bamberg¹⁷³, wonach der Maklerkunde schon per se vor dem Abschluss des Maklervertrags zu schützen sei, weil ihm aus dem Vertragsverhältnis heraus auch (Neben-)Pflichten entstünden, deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch des Immobilienmaklers führen könnten, überzeugen ebenfalls nicht, denn der Maklerkunde wird trotz Einschaltung des Grundstücksmaklers nicht in seiner Entschließungs- oder Abschlussfreiheit beschränkt.¹⁷⁴ Daher ist der Maklerkunde auch – selbst bei Abschlussreife hinsichtlich des Hauptvertrages – nicht verpflichtet, den seitens des Maklers vermittelten oder nachgewiesenen Hauptvertrag tatsächlich zu schließen.¹⁷⁵ Schadensersatzansprüche des Maklers betreffen deshalb insbesondere nur den Ersatz nutzloser Aufwendungen,¹⁷⁶ die er in Kenntnis der geänderten Umstände, insbesondere der Aufgabe der Kauf- bzw. Verkaufsabsicht, nicht mehr getätigt hätte.¹⁷⁷ Geprägt vom gesetzlichen Leitbild des § 652 Absatz 1 BGB, wonach der Makler nur im Erfolgsfalle honoriert werden soll, bestehen derartige Schadensersatzansprüche jedoch nur in Ausnahmefällen. Überdies trägt der Immobilienmakler die volle Beweislast für die Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruchs.¹⁷⁸

¹⁷¹ So auch *Fischer*, Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, S. 35.

¹⁷² Entgegen KG NJW 1961, 511 entstehen dem Maklerkunden auch keine Nachteile, wenn ihm eine Immobilie von verschiedenen Immobilienmaklern provisionspflichtig angeboten wird. Der Maklerkunde kann gegenüber dem Immobilienmakler, der zu einem späteren Zeitpunkt die Immobilie nachweist, erfolgreich den Einwand der *Vorkennntnis* bringen. Zur *Vorkennntnis* s. *Fischer*, S. 222, Rn. 4 ff.; zur *Vorkennntnis*-Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen s. *Wistokat*, NZM, 585 (590).

¹⁷³ S. Fn. 68, S. 31.

¹⁷⁴ BGH NJW 1967, 198 (199); OLG Koblenz MDR 2012, 1396 = BeckRS 2012, 17395; *Fischer*, S. 345, Rn. 1.

¹⁷⁵ *Fischer*, S. 345, Rn. 1.

¹⁷⁶ *Grüneberg/Retzlaff*, § 652 Rn. 21.

¹⁷⁷ *Grüneberg/Retzlaff*, § 652 Rn. 62; *Hamm*, S. 126, Rn. 468.

¹⁷⁸ *MüKoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 259.

Die invitatio-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die daraus resultierende Verlagerung des Maklervertragsabschlusses auf einen äußerst späten Zeitpunkt dienen daher nicht dem besonderen Schutze des Verbrauchers. Der konkludente Maklervertragsabschluss lässt vielmehr klare inhaltliche Regelungen vermissen und steht mit einem effektiven Verbraucherschutz deshalb nicht im Einklang.¹⁷⁹

3. Offerte ad incertas personas

Eine Abkehr von der bisherigen „invitatio ad offerendum-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs¹⁸⁰ und die zukünftige Einordnung des Maklerinserats mit Provisionshinweis als Offerte ad incertas personas auf Abschluss eines Online-Maklervertrages würde nicht nur zu einer klareren Rechtslage im Hinblick auf den digitalisierten Maklervertragsabschluss führen, sondern den Interessen beider Maklervertragsparteien entsprechen und den Verbraucherschutz des Maklerkunden sogar stärken.

Anders als eine invitatio ad offerendum stellt die Offerte ad incertas personas ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages an die Allgemeinheit dar.¹⁸¹

Danach würde das Maklerinserat mit einem ausdrücklichen und unmissverständlichen Provisionshinweis bereits als ein Angebot auf Abschluss des Maklervertrages eingeordnet werden und die Kontaktaufnahme des Suchinteressenten zum Immobilienmakler unter Bezugnahme auf die Makleranzeige als dessen Annahme. Einer weiteren Tätigkeit des Immobilienmaklers bedürfte es für den Vertragsabschluss nicht. Der Maklervertrag käme dadurch zu einem früheren Zeitpunkt zustande.

4. Vorteile

Die Vorverlagerung¹⁸² des Maklervertragsabschlusses würde den Grundstücksmakler zunächst veranlassen, bereits im Inserat unmissverständlich klarzustellen, dass und von wem er eine Maklerprovision im Erfolgsfall erwartet. Andernfalls mangelt es bereits an einem Angebot auf Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages. Üblicherweise ist der Immobili-

¹⁷⁹ Vgl. *Würdinger*, NZM 2017, 545 (546): „Zweitens sollte gerade aus Verbraucherschutzgründen dem Maklerkunden der Vertragsschluss unmissverständlich vor Augen geführt werden.“

¹⁸⁰ BGH NJW 2012, 2268, Rn. 11.

¹⁸¹ *Brox/Walker*, § 8 Rn. 5.

¹⁸² Zur Vorverlagerung des Maklervertragsabschlusses und der Gefahr der Provisionschädlichkeit s. auch *Würdinger*, NZM 2017, 545 (546).

enmakler auch aus Gründen der Provisionsabsicherung an einem frühzeitigen Maklervertragsschluss interessiert, sodass ein entsprechender Rechtsbindungswille besteht, zumal ihn eine Tätigkeitspflicht aus dem Vertragsverhältnis heraus in der Regel nicht trifft.¹⁸³

Daneben hätte der Makler schon im Inserat eine Widerrufsbelehrung des Maklerkunden gemäß § 356 Absatz 3 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EGBGB vorzunehmen, denn die Widerrufsfrist beginnt bereits mit Vertragsschluss, § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB. Der Grundstücksmakler hätte daher dafür Sorge zu tragen, seine (potentiellen) Kunden schon frühzeitig und transparent auf den von ihm genutzten Vertriebsportalen über das Verbraucherrücktrittsrecht zu belehren, der Schutz des Maklerkunden würde dadurch gestärkt.

Die Vorverlagerung des Maklervertragsabschlusses steht ebenso auch nicht im Widerspruch zu einem effektiven Verbraucherschutz, denn unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsteht ein Provisionsanspruch weiterhin ausschließlich dann, wenn der Immobilienmakler die erforderliche Maklertätigkeit gemäß § 652 Absatz 1 BGB erbracht hat und ein rechtswirksamer Hauptvertrag zustande gekommen ist.¹⁸⁴ Der Erfolgsabhängigkeit des Provisionsanspruchs gemäß § 652 Absatz 1 BGB ist dadurch ein effektiver Verbraucherschutz immanent.

In praktischer Hinsicht ist ein früherer Maklervertragsabschluss auch für Verbraucher von Vorteil. Die Digitalisierung des Maklergeschäfts führt zu einer Erwartungshaltung des Maklerkunden, sehr kurzfristig relevante Informationen zu einer Immobilie zu erhalten. Diese Informationen, insbesondere die Objektadresse sowie den Namen und die Kontaktdaten des verfügungsbefugten Verkäufers, gibt der Immobilienmakler aber regelmäßig erst dann preis, wenn zuvor ein provisionspflichtiger Maklervertrag zustande gekommen ist, weil dieser ansonsten Gefahr läuft, keinen Maklerprovisionsanspruch im Erfolgsfalle zu haben. Je später der Maklervertrag zustande kommt, desto länger warten Verbraucher daher auf die gewünschten Informationen.

Daneben verringern sich die zahlreichen (gerichtlichen) Streitigkeiten über die Frage, ob überhaupt ein Maklervertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist. Denn die Verwendung von Online-Tools führt dazu, dass Interessenten üblicherweise per E-Mail oder durch Nutzung eines Kontaktformulars im Internet nähere Informationen zu einer Immobilie anfordern, sodass der Makler zu einer unmissverständlichen Darstellung seiner Provisionserwartung veranlasst wird, zumal er die Beweislast für den Maklerver-

¹⁸³ Hamm, S. 31, Rn. 111.

¹⁸⁴ BeckOK BGB/Kneller, BGB § 652 Rn. 2.

tragsabschluss trägt.¹⁸⁵ Dadurch wird eine starke Transparenz hinsichtlich des Maklervertragsabschlusses geschaffen, die der Gesetzgeber bisher nur für Wohnungen und Einfamilienhäuser durch das Textformerfordernis des § 656a BGB bzw. § 2 Absatz 1 Satz 2 WoVermRG für Mietwohnungen vorsieht.

Zudem lässt sich dadurch auch die Frage, *wann* der Maklervertrag zustande gekommen ist, zeitlich besser einordnen, denn dem sog. Header der E-Mail oder dem Online-Kontaktformular lassen sich Datum und Uhrzeit und somit die Annahme des Angebots auf Abschluss eines Maklervertrages genau entnehmen.

Dies ist von besonderer Bedeutung: Aufgrund der exakten Bestimmbarkeit des Zeitpunktes, wann der Maklervertrag geschlossen wurde, kann ebenso genau festgestellt werden, ob der Immobilienmakler seinen Verbraucherkunden ordnungsgemäß und rechtzeitig über dessen Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB belehrt hat.

Der wesentliche Effekt, das Inserat des Grundstücksmaklers mit ausdrücklichem Käuferprovisionshinweis bereits als konkretes Angebot auf Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages einzuordnen, liegt darin begründet, den Makler bereits frühzeitig zu veranlassen, den Inhalt des beabsichtigten Maklervertrages unmissverständlich gegenüber dem Verbraucher darzulegen und bereits dadurch den Schutz des Verbrauchers zu stärken. Die zeitliche Vorverlagerung des Vertragsabschlusses stellt auch keine Benachteiligung für den Verbraucher dar. Dieser ist weiterhin ausschließlich im Erfolgsfall zur Provisionszahlung verpflichtet. Eine ähnliche Klarstellungswirkung könnte nur dadurch erreicht werden, dass sich der Gesetzgeber entschließt, Immobilienmaklerverträge zukünftig ganz grundsätzlich und unabhängig von den Voraussetzungen des § 656a BGB der Textform des § 126b BGB zu unterwerfen.¹⁸⁶ Die bisherige *invitatio*-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eignet sich jedenfalls nicht für eine klare und unmissverständliche Dokumentation des Maklervertragsabschlusses und lässt sich daher mit einem effektiven Schutz des Verbraucherkunden nicht vereinbaren.

Letztlich soll das Verbraucherwiderrufsrecht den Maklerkunden nur vor Unklarheiten bei Abschluss des Maklervertrages schützen. Transparenz bei der Provisionsabrede im Kontext zur Erfolgsabhängigkeit des Maklerprovisionsanspruchs und dem Formerfordernis des § 656a BGB machen ein Verbraucherwiderrufsrecht hingegen obsolet.

¹⁸⁵ Die Technisierung des Maklergeschäfts führt ohnehin immer häufiger zu einem Maklervertragsabschluss unter Wahrung der Textform gemäß § 126b BGB.

¹⁸⁶ So z. B. auch *Würdinger*, NZM 2017, 545 (546).

VII. Der Maklervertrag als Dienstleistungsvertrag

Vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht bestand ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss des Maklervertrages nur dann, sofern man den Maklervertrag als Dienstleistungsvertrag einordnete.¹⁸⁷

Klärungsbedürftig ist nunmehr, ob der Anwendungsbereich des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB n.F. überhaupt noch ein Vertragsverhältnis in Form eines *Dienstleistungsvertrages* erfordert. Bereits zuvor wurde festgestellt, dass Art. 2 Nr. 6 VRRL und Erwägungsgrund 26 a.E. VRRL nach ihrem Wortlaut ausschließlich Maklerverträge erfassen, die eine erfolgsunabhängige Tätigkeitsvergütung des Immobilienmaklers vorsehen, sofern man nicht einen weit auszulegenden Dienstleistungsbegriff unterstellt. Es gilt daher zu überprüfen, ob dieser Maßstab auch für die Umsetzung der VRRL in deutsches Recht gilt oder ob die Regelung des § 312c BGB n.F. weitergehend als der Wortlaut der VRRL gleichfalls auch erfolgsabhängige Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB erfasst.

1. Wortlaut des § 312c Absatz 1 BGB

Während der frühere § 312b Absatz 1 BGB, der vor dem 13.06.2014 die Regelungen über den Fernabsatz beinhaltete, ein Vertragsverhältnis über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von *Dienstleistungen* ausdrücklich voraussetzte, sieht der neue § 312c Absatz 1 BGB, der seit dem 13.06.2014 im Einklang mit Artikel 2 Ziffer 7 VRRL den Begriff der Fernabsatzverträge definiert, das Erfordernis eines Dienstleistungsvertrages nach seinem Wortlaut nicht mehr vor, sondern spricht nur allgemein von *Verträgen*. Insofern ist auch der Anwendungsbereich des § 312c BGB zugunsten von Verbrauchern deutlich weiter ausgestaltet, als zuvor in § 312b BGB a.F. Der Verzicht auf die bisherige Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Dienstleistungsverträge ist ein Indiz dafür, dass in Abkehr vom bisherigen Erfordernis eines *Dienstleistungsvertrages* nach den Neuregelungen des BGB nunmehr dem Wortlaut entsprechend *jede* Art von Vertragsverhältnis von § 312c Absatz 1 BGB erfasst wird.¹⁸⁸ Dies würde auch dem vermeintlichen Telos¹⁸⁹ der VRRL entsprechen, dass *sämtliche* Arten von Maklerverträgen den verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften unterliegen. Dann würde auch der erfolgsabhängige Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB unabhängig

¹⁸⁷ S. dazu auch Kapitel B.II.3.d).

¹⁸⁸ In diese Richtung auch *Münch*, MietRB 2016, 151 (153).

¹⁸⁹ Jedenfalls erwähnt Erwägungsgrund 26 a.E. VRRL ganz allgemein *Verträge über Dienstleistungen von Immobilienmaklern*.

von der noch immer ungeklärten Frage, wie dieser in die Typik der Vertragsverhältnisse einzuordnen ist,¹⁹⁰ von § 312c Absatz 1 BGB erfasst.

2. Vertrag über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers

§ 312 Absatz 1 BGB sah in seiner bisherigen Fassung vor, dass § 312c Absatz 1 BGB nur auf solche Verbrauchervertragsverhältnisse Anwendung findet, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers beinhalten.¹⁹¹ § 312 Absatz 1 BGB schränkte die Anwendung der Vorschrift des § 312c Absatz 1 BGB damit auf solche Vertragsverhältnisse ein, die auf den Vertrieb von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Unternehmer gegen entsprechende Vergütung gerichtet sind.¹⁹² Ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB setzte daher ein entgeltliches Vertragsverhältnis voraus.¹⁹³

Die Richtlinie 2019/770/EU vom 20.05.2019 und deren Umsetzung in deutsches Recht mit Wirkung zum 01.01.2022¹⁹⁴ hat zu einer Änderung des § 312 BGB geführt. § 312 Absatz 1 BGB regelt nunmehr den Fall, dass sich der Verbraucher zur *Zahlung eines Preises* verpflichtet,¹⁹⁵ während § 312 Absatz 1a BGB die Fälle betrifft, in denen sich der Verbraucher zur Bereitstellung personenbezogener Daten verpflichtet. Das Tatbestandsmerkmal der entgeltlichen Leistung wird zukünftig nicht mehr verwendet, um Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen § 312 Absatz 1 BGB und § 312 Absatz 1a BGB zu vermeiden.¹⁹⁶ Die Änderung des § 312 BGB führt praktisch aber lediglich zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs, da die Grundsätze über Verbraucherverträge zukünftig nicht nur dann Anwendung finden, wenn eine *pekuniäre* Gegenleistung vereinbart wird, § 312 Absatz 1 BGB, sondern

¹⁹⁰ So ordnet z.B. Staudinger/*Arnold* (2021), Vorbem zu §§ 652 ff. Rn. 4, den Maklervertrag als einem Kaufvertrag ähnlich ein.

¹⁹¹ *Looschelders*, § 41 Rn. 10a; BGH NJW 15, 1009 (1011).

¹⁹² *Grüneberg/Grüneberg*, § 312 Rn. 3; BGH NJW 2015, 1009 (1011); BGH BeckRS 2020, 27470. Auch die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB setzt weiterhin einen *Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen* voraus.

¹⁹³ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 9.

¹⁹⁴ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BGBl. 2021 I 2123.

¹⁹⁵ Gemeint ist eine vereinbarte Geldleistung, s. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 35.

¹⁹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 34.

nunmehr ausdrücklich auch dann von Bedeutung sind, wenn statt einer Geldzahlung eine Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher erfolgt, § 312 Absatz 1a BGB.¹⁹⁷ Die bisherige Formulierung der Entgeltlichkeit verliert daher nicht an Bedeutung, sondern umfasst im Folgenden vielmehr als eine Art Oberbegriff die Gegenleistung des Verbrauchers unabhängig davon, ob sie in Form einer Geldleistung oder in Form einer Bereitstellung von personenbezogenen Daten erfolgt.¹⁹⁸

Daneben muss das Vertragsverhältnis weiterhin eine Tätigkeitspflicht des Unternehmers beinhalten.¹⁹⁹

Die Prüfung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat im Lichte des Dienstleistungsbegriffs gemäß Art. 2 Nr. 6 VRRL zu erfolgen, wobei eine weite europarechtskonforme Auslegung des Begriffs gemäß Artikel 57 AEUV zugrunde zu legen ist.²⁰⁰ Ebenso gilt es, auch Artikel 3 VRRL bei der Einordnung zu berücksichtigen.

*a) Entgeltlichkeit des Maklervertrages
in Form einer Pflicht zur Preiszahlung*

Die Bezeichnung des Entgelts ist zunächst nicht entscheidend, sodass von einer Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 312 Absatz 1 BGB auszugehen ist, wenn ein *Preis, Lohn, Honorar, eine Vergütung oder Gebühr* vereinbart wird.²⁰¹ Maßgeblich ist hier allein die Verpflichtung des Verbrauchers zu einer Geldleistung.²⁰² Dann aber können auch die Begriffe der *Maklerprovision, Provision, Maklercourtage oder Courtage* allein nicht gegen eine Entgeltlichkeit des Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB sprechen.

Fraglich ist die Entgeltlichkeit des Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB aber aus anderen Gründen: Der Makler wird nicht unmittelbar für seine

¹⁹⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 34.

¹⁹⁸ Auch die Regelung des § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB recurriert weiterhin auf den Begriff der (Un-)Entgeltlichkeit.

¹⁹⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637 S. 45.

²⁰⁰ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312 Rn. 3.

²⁰¹ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312 Rn. 3.

²⁰² Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 35.

Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten vergütet,²⁰³ sondern ausschließlich im Erfolgsfalle. Im Übrigen haben all diejenigen keine Maklerprovision zu zahlen, die trotz Inanspruchnahme der Maklertätigkeit keinen Hauptvertrag schließen. Zudem ist der Begriff der Entgeltlichkeit gleichbedeutend mit „synallagmatisch“ und „gegenseitig“.²⁰⁴

Zwar besteht ein entgeltliches Vertragsverhältnis bereits dann, wenn der Verbraucher *irgendeine* Leistung tätigt.²⁰⁵ Auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt diese Leistung des Verbrauchers erfolgt, darf es entsprechend einer europarechtskonformen Auslegung hingegen nicht ankommen. So sah auch Artikel 3 Absatz 1 VRRL in seiner ursprünglichen Form keine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs auf entgeltliche Verträge vor, sondern erfasste vielmehr jegliche Verträge.²⁰⁶ Unter Berücksichtigung der Neuregelung von Artikel 3 VRRL²⁰⁷ ist auch weiterhin im Hinblick auf den Maklerkunden, der den Hauptvertrag schließt und die Provision zahlt, von einem entgeltlichen Vertragsverhältnis auszugehen.

Im Umkehrschluss könnte dies aber bedeuten, dass jedenfalls zu *irgendeinem* Zeitpunkt eine Leistung des Verbrauchers erforderlich ist, damit von einem entgeltlichen Vertragsverhältnis gesprochen werden kann. Unentgeltliche Verbraucherverträge sollen nämlich nicht von den Regelungen der §§ 312 ff. BGB erfasst werden.²⁰⁸ All diejenigen Maklerkunden, die einen Maklervertrag eingehen, sodann aber keinen Hauptvertrag schließen, erbringen jedoch zu keinem Zeitpunkt eine Leistung gegenüber dem Makler, sodass ein entgeltliches Maklervertragsverhältnis hier nicht bestünde, weil es an einer erforderlichen Gegenseitigkeit mangelt.²⁰⁹ In Konsequenz würde das dazu führen, dass der Rechtsanwender erst rückblickend und abhängig vom Hauptvertragsabschluss einordnen könnte, ob zuvor ein entgeltliches Vertragsverhältnis geschlossen wurde oder nicht. Das wäre ein nicht hinnehmbares Ergebnis und mit einem effektiven Verbraucherschutz nicht vereinbar. Denn für die Vertragsparteien muss bereits zum Zeitpunkt des Vertragsab-

²⁰³ Aus diesem Grund wird das Merkmal der Entgeltlichkeit bereits teilweise abgelehnt, so Staudinger/*Arnold* (2021), Vorbem §§ 652 ff. Rn. 12.

²⁰⁴ *Leenen*, § 4 Rn. 40.

²⁰⁵ *Grüneberg/Grüneberg*, § 312 Rn. 3.

²⁰⁶ Dazu auch BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 5.

²⁰⁷ Richtlinie 2019/2161/EU vom 27.11.2019, ABl. 2019 L 328/7.

²⁰⁸ BGH BeckRS 2020, 27470; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/13951, S. 71 f.; vgl. Entschließungsantrag zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/13967, S. 2; Plenarprotokoll 17/247, 31691 ff.

²⁰⁹ *Leenen*, § 4 Rn. 40.

schlusses erkennbar sein, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht. Daher muss auch die Frage, ob ein entgeltlicher Vertrag besteht, zu diesem Zeitpunkt zweifelsfrei feststehen.

Eine eindeutige Klärung im Hinblick auf den erfolgsabhängigen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB erreicht man also nur durch eine grundsätzliche Entscheidung, ob allein die *Provisionsabrede* als notwendige Grundlage für einen etwaigen Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB und unabhängig von einem Erfolgseintritt genügt, um von einem *entgeltlichen* Vertragsverhältnis auszugehen, das auf eine Pflicht zur Zahlung eines Preises gerichtet ist, oder ob Verträge, die nur einen *erfolgsabhängigen* Leistungsanspruch des Maklers beinhalten, nicht von § 312 BGB erfasst werden.

Gegen die Einordnung als ein solches Vertragsverhältnis spricht jedenfalls der Umstand, dass die Maklertätigkeit für den Verbraucher wertlos ist, sofern es nicht zum Abschluss des zunächst beabsichtigten Grundstückskaufvertrages kommt.²¹⁰

Hinzu kommt, dass der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, abgesehen von Sonderformen, die mit dem Oberbegriff der Entgeltlichkeit verbundene strenge Verknüpfung von Leistungspflichten nicht vorsieht.²¹¹

Im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes muss jedoch bereits die *Provisionsabrede* für die Einordnung des Maklervertrages als ein Vertragsverhältnis, das auf die Zahlung eines Preises gerichtet ist, genügen.²¹² Allein die schuldrechtliche Verpflichtung des Verbrauchers für den Erfolgsfall begründet daher ein solches Vertragsverhältnis.²¹³ Das gilt insbesondere auch dann, wenn es nicht zum Abschluss eines formwirksamen Hauptvertrages kommt und der Erfolgseintritt damit ausbleibt.

b) Tätigkeitspflicht des Maklers

Das auf eine entgeltliche Leistung gerichtete Vertragsverhältnis setzt auch eine Verpflichtung des Unternehmers zum Tätigwerden voraus.²¹⁴ Der Mak-

²¹⁰ So auch *Neises*, NZM 2000, 889 (893); *Moraht*, NZM 2001, 883 (885).

²¹¹ *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (195).

²¹² Für die Einordnung des Maklervertrages als ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung auch *Grüneberg/Grüneberg*, § 312 Rn. 4; *Grams*, ZfIR 2014, 319 (320); *Lechner*, NZM 2013, 751 (754); *Dittert*, jurisPR-MietR 19/2013 Anm. 5.

²¹³ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 9a; s. dazu auch BGH NJW 2017, 2823 (2824), Rn. 13; BGH NJW 2003, 1190.

²¹⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637 S. 45: „Entsprechend der Schutzrichtung der Richtlinie ist jedoch nur dann von einem

lervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB normiert hingegen nur eine Pflicht des Kunden,²¹⁵ nämlich die zur Zahlung der vereinbarten Maklerprovision im Erfolgsfall. Eine Pflicht des Grundstücksmaklers zum Tätigwerden besteht hingegen gerade nicht,²¹⁶ sofern die Parteien nicht anderes vereinbart haben.²¹⁷ Daher ist insbesondere zweifelhaft, ob der übliche Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB von § 312c BGB erfasst wird oder vielmehr als ein Vertrag *sui generis* einzuordnen ist, der nicht die Voraussetzungen eines Fernabsatzvertrages erfüllt.²¹⁸

Keinesfalls ist es angezeigt, den Anwendungsbereich des § 312c BGB pauschal auf sämtliche Vertragsverhältnisse gemäß § 652 Absatz 1 BGB Anwendung finden zu lassen. Vielmehr gilt es, im Einzelfall nach dem Pflichtenkanon und der konkreten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zu differenzieren. Aus diesem Grund werden nunmehr typische Formen des provisionspflichtigen Maklervertrages im Hinblick auf die Frage, ob diese eine Tätigkeitspflicht des Grundstücksmaklers vorsehen, untersucht. Dabei wird der Ansatz von *Morah*²¹⁹ aufgegriffen, die zwischen einem *einfachen* Maklervertrag und einem *Makleralleinauftrag* differenziert, und anhand weiterer praxisnaher Maklervertragsformen fortentwickelt. Hier gilt es ergänzend zu berücksichtigen, ob der Immobilienmakler für die Käufer- und/oder Verkäuferseite tätig wird.

aa) Tätigkeit für den Eigentümer

Zunächst sollen solche provisionspflichtigen²²⁰ Maklervertragsverhältnisse untersucht werden, die Immobilienmakler typischerweise mit Verkäufern schließen.

Verbrauchervertrag im Sinne der Richtlinie auszugehen, wenn sich der Unternehmer (§ 14) zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher (§ 13) zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet.“ Der Anwendungsbereich wird dadurch im Hinblick auf Artikel 3 VRRL, wonach *jegliche* Verträge erfasst werden sollen, eingeschränkt.

²¹⁵ *Ibold*, S. 39, Rn. 15.

²¹⁶ *Ibold*, S. 39, Rn. 15; *Hamm*, S. 11, Rn. 37; *Fischer*, S. 23, Rn. 2.

²¹⁷ Eine Tätigkeitspflicht kann hingegen bei Abschluss eines Makleralleinauftrages bestehen, s. dazu unten Kapitel B.VII.2.b)aa)(1).

²¹⁸ *Ohnesorge*, S. 23; anders jedoch DNotI-Report 17/2014, S. 130: „*Gegen das Vorliegen einer Leistung lässt sich nicht einwenden, dass der Maklervertrag im Regelfall keine Pflicht zur Leistung begründet.*“

²¹⁹ *Morah*, NZM 2001, 883 (884).

²²⁰ Vertragsverhältnisse ohne Provisionsabreden unterliegen wegen § 312 Absatz 1 BGB schon per se nicht § 312c BGB, s. auch oben Fn. 208, S. 59.

(1) *Alleinauftrag*

Der Alleinauftrag²²¹ ist gesetzlich nicht geregelt,²²² sondern eine von der Rechtsprechung fortentwickelte Variante des einfachen Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB.²²³ Er kann AGB-vertraglich geschlossen werden,²²⁴ ein Schriftformerfordernis für den Abschluss eines Alleinauftrages besteht nicht (mehr).²²⁵ Ein Alleinauftrag kann nur mit einem verkaufswilligen Eigentümer, nicht aber mit einem Kaufinteressenten geschlossen werden.²²⁶ Im Hinblick auf den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB erwachsen den Maklervertragsparteien aus dem Alleinauftrag weitere Rechte und Pflichten. Eigengeschäfte des Eigentümers stellen zwar keine Vertragspflichtverletzung dar,²²⁷ dieser ist aber verpflichtet, es während der Laufzeit des Alleinauftrages zu unterlassen, weitere Immobilienmakler mit der Vermarktung seiner Immobilie zu beauftragen. Mit dieser engen Bindung an einen einzigen Immobilienmakler und der damit einhergehenden Einschränkung²²⁸ korrespondierend, ist der Immobilienmakler hingegen zum Tätigwerden verpflichtet.²²⁹ Andernfalls ist der Verbraucher zur außerordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt.

²²¹ Auch *Festauftrag* oder *Alleinverkaufsauftrag* genannt, s. Koch, S. 39; Mutschler, S. 36, 37; Wilke, S. 70f. Zum Pflichtenspektrum s. auch Wistokat, NZM 2021, 585 (586).

²²² Nach dem Entwurf eines Gesetzes über Maklerverträge, BT-Drs. 10/1014 S. 4, liegt ein Alleinauftrag dann vor, wenn der Auftraggeber während einer bestimmten Zeit die Inanspruchnahme eines anderen Maklers unterlässt. Die Aufnahme einer solchen Definition ins BGB ist jedoch bislang nicht erfolgt.

²²³ Mäschle, S. 15.

²²⁴ BGH WM 1978, 791; Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 230.

²²⁵ BGH, Beschluss vom 21.02.1995 – KZR 29/94: Makleralleinaufträge, die vor dem 01.01.1999 geschlossen wurden, werden noch von der Regelung des § 18 GWB erfasst und unterliegen daher dem Schriftformerfordernis des § 34 GWB. Anderes gilt zukünftig auch dann, sofern der Alleinauftrag die Vermarktung einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses betrifft. Dann nämlich gilt es, das Textformerfordernis des § 656a BGB zu beachten.

²²⁶ Hamm, S. 289, Rn. 1078. Diese Auffassung berücksichtigt die Praxis, ist rechtlich jedoch nicht zwingend. Es ist zumindest denkbar, dass sich auch Suchinteressenten *allein*-maklervertraglich an einen Immobilienmakler binden, z.B. im Rahmen eines Suchauftrages.

²²⁷ Ibold, S. 161, Rn. 149; anderes gilt aber für den Qualifizierten Alleinauftrag, Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 ff. Rn. 231 m. w. N.

²²⁸ In der Praxis ist die Bindung an einen einzigen Immobilienmakler aus vielerlei Sicht sinnvoll. Hierdurch wird u. a. sichergestellt, dass die Immobilie nicht durch verschiedene Vermarktungsstrategien unverkäuflich wird, Kaufinteressenten durch verschiedene Ansprechpartner verunsichert oder unterschiedliche Kaufpreise kommuniziert werden.

²²⁹ Staudinger/Arnold (2021), Vorbem §§ 652, 653 Rn. 11.

(2) *Qualifizierter Alleinauftrag*

Anknüpfend an den zuvor erwähnten Alleinauftrag sieht der *Qualifizierte Alleinauftrag*²³⁰ noch weitergehende Pflichten der Maklervertragsparteien vor. Schon formal unterliegt dieses Vertragsverhältnis strengeren Voraussetzungen. Die wirksame Vereinbarung eines Qualifizierten Alleinauftrages durch Nutzung eines AGB-Vertragsmuster ist nicht möglich, vielmehr ist der Abschluss eines *Individualvertrages* erforderlich.²³¹ Dies hängt damit zusammen, dass diese Form des Maklervertrages inhaltlich noch strengere Vertragspflichten vorsieht, als der übliche *Alleinauftrag*, und insbesondere die Rechte des Maklerkunden abweichend vom Leitbild des § 652 Absatz 1 BGB deutlich stärker einschränkt. Der Qualifizierte Alleinauftrag enthält üblicherweise eine Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel, die den Maklerkunden verpflichtet, Kaufinteressenten, die direkt an ihn herantreten, an den Immobilienmakler zu verweisen bzw. ihn zu Verhandlungen hinzuziehen. Dem Maklerkunden ist es im Gegensatz zum *Alleinauftrag* auch nicht gestattet, Selbstverkäufe zu tätigen.²³² Im Gegenzug besteht hier gerade die Pflicht des Immobilienmaklers, sich intensiv um einen erfolgreichen Hauptvertragsabschluss zu bemühen. Die erhebliche vertragliche Einschränkung des Eigentümers begründet erst recht eine Pflicht des Immobilienmaklers zum Tätigwerden.

(a) Verbraucherschutz durch notarielle Form

Statt eines Verbraucherwiderrufsrechts könnte eine Pflicht zur notariellen Beurkundung eines *Qualifizierten Maklervertragsverhältnisses* angezeigt sein. Wenngleich Rechtsprechung und Literatur übereinstimmend davon ausgehen, dass ein Schriftformerfordernis für den Abschluss eines Qualifizierten Alleinauftrages nicht besteht,²³³ ist dies im Hinblick auf Verbraucherschutzinteressen im digitalisierten Maklerrecht tatsächlich nicht nachvollziehbar. Kern eines solchen Vertragsverhältnisses ist die Pflicht des Maklerkunden, während der Vertragslaufzeit Eigengeschäfte zu unterlassen und direkt an ihn

²³⁰ Zum Qualifizierten Alleinauftrag s. BGH NJW 84, 358 (360); BGH NJW 1973, 1194 (1195); BGH, Urteil vom 21.01.1981, Az. VIII ZR 10/80 = BB 1981, 756; BGH NJW-RR 1999, 998.

²³¹ BGH NJW 73, 1194 (1195).

²³² OLG Frankfurt am Main, ZIP 2011, 1929.

²³³ Gefordert wird immerhin eine entsprechende Individualvereinbarung, AGB-Klauseln sollen nicht genügen, so Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 231; MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 255; *Niebler*, ZMR 2009, 183 (185); BGH NJW 1991, 1678 (1679); OLG Frankfurt am Main NZM 2002, 181 (182). Zudem ist zukünftig das Textformerfordernis des § 656a BGB zu beachten.

herantretende Interessenten an den beauftragten Immobilienmakler zu verweisen bzw. diesen für Vertragsverhandlungen hinzuzuziehen.²³⁴ Sofern der Maklerkunde gegen diese ihm obliegenden Vertragspflichten verstößt, macht er sich gegenüber dem beauftragten Immobilienmakler schadensersatzpflichtig.²³⁵ Der Verbraucher wird dadurch mittelbar in seiner Verfügungsbefugnis erheblich eingeschränkt, weil er aufgrund der drohenden erheblichen Schadensersatzpflicht von einer Verfügung über sein Grundstück ohne Einschaltung des Immobilienmaklers während der Laufzeit des Vertrages absehen könnte. Zum Schutz des Verbrauchers vor den weitreichenden (wirtschaftlichen) Folgen, die aus einer Verletzung des Qualifizierten Alleinauftrages resultieren können, ist es ratsam, für den wirksamen Abschluss eines solchen Vertragsverhältnisses nicht nur ein Schriftformerfordernis, sondern sogar eine Pflicht zur notariellen Beurkundung gemäß § 311b Absatz 1 Satz 1 BGB analog zu fordern. Die Warnfunktion der notariellen Beurkundung schützt den Verbraucher vor übereilt eingegangenen oder unüberlegten Vertragsinhalten. Zudem würde der Beurkundungszwang eine sachgemäße und nicht interessensgeleitete Beratung des Verbrauchers durch den Makler sicherstellen.²³⁶ Dadurch würde erreicht, dass nicht nur eine Aufklärung über Tatsachen erfolgt, die den Verbraucher als Rechtslaien ohnehin nicht schützt, weil er die komplizierte Rechtslage kaum zu überblicken vermag, sondern eine Aufklärung über die rechtlichen Folgen stattfindet, die aus einem Qualifizierten Maklervertrag mit Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel resultieren.²³⁷

(b) Vergleich mit Reservierungsvereinbarungen

Für die Pflicht, einen Qualifizierten Alleinauftrag aus Gründen des Verbraucherschutzes der notariellen Beurkundung zu unterwerfen, spricht auch ein Vergleich mit *Reservierungsvereinbarungen*²³⁸. Zunächst handelt es sich hier lediglich um ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot, das einer Beur-

²³⁴ Staudinger/*Arnold* (2021), Vorbem zu §§ 652 ff. Rn. 13; BGHZ 60, 377 (382).

²³⁵ Zum Schadensersatzanspruch bei Verstoß gegen einen Makleralleinauftrag s. BGH NZM 2020, 674 (676).

²³⁶ Vgl. Grüneberg/*Grüneberg*, § 311b Rn. 2.

²³⁷ *Ibold*, S. 37, Rn. 34; so auch *Hamm*, S. 218, Rn. 821 bei selbständigen Provisionsversprechen in Verflechtungsfällen.

²³⁸ Hierbei handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen einem Immobilienmakler und einem Kaufinteressenten. Darin verpflichtet sich der Immobilienmakler gegenüber dem Kaufinteressenten, während eines vereinbarten Zeitraumes dafür Sorge zu tragen, dass kein anderer Interessent die Immobilie erwirbt. Im Gegenzug verpflichtet sich der Kaufinteressent gegenüber dem Immobilienmakler, für die Reservierung des Grundstücks eine Reservierungsgebühr zu zahlen, die bei Abschluss eines Hauptvertrages auf die vereinbarte Maklerprovision angerechnet wird, ansonsten aber

kundungspflicht gemäß § 311b Absatz 1 BGB nicht unterliegt.²³⁹ Ein Beurkundungszwang besteht aber dann, wenn die vereinbarte Reservierungsgebühr einen Betrag von 10–15 % der im Erfolgsfall zu zahlenden Maklerprovision übersteigt, weil hierdurch ein nicht unerheblicher (Erwerbs-)Druck auf den Kaufinteressenten ausgeübt wird.²⁴⁰ Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit resultiert daraus, dass die Reservierungsgebühr auch dann nicht an den Maklerkunden zurückzuzahlen ist, wenn der Hauptvertragsabschluss ausbleibt. Die Reservierungsgebühr wird daher als eine *erfolgsunabhängige Teilprovision* angesehen.²⁴¹

Dann aber muss ebenso der Abschluss eines Qualifizierten Alleinauftrages einer Pflicht zur notariellen Beurkundung gemäß § 311b Absatz 1 BGB analog unterliegen, denn üblicherweise beinhaltet ein solches Vertragsverhältnis eine Vertragsklausel, wonach der Verkäufer auch dann verpflichtet ist, die vereinbarte Maklerprovision in voller Höhe zu zahlen, wenn er ein Eigengeschäft tätigt und die Immobilie an einen Interessenten unter Verstoß gegen die Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel veräußert.²⁴² Zwar handelt es sich hier nicht wie bei der Reservierungsvereinbarung um eine *erfolgsunabhängige* Provision, weil der beabsichtigte Hauptvertrag tatsächlich geschlossen wird und damit der vom Verkäufer beabsichtigte Erfolg gemäß § 652 Absatz 1 BGB eintritt. Die Vereinbarung gleicht jedoch einem selbständigen Provisionsversprechen²⁴³, weil der Hauptvertragsabschluss im Rahmen des Eigengeschäfts letztlich gerade ohne Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten des Immobilienmaklers zustande kommt und die Maklerprovision entgegen § 652 Absatz 1 BGB dennoch gezahlt werden muss. In Einzelfällen kann die Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision dann sogar als Schenkung einzuordnen sein.²⁴⁴ Sowohl der Qualifizierte Alleinauftrag als auch die Reservierungsvereinbarung beeinträchtigen daher die Entschließungsfreiheit²⁴⁵ des Maklerkunden, weil die Hinzuziehungs- und Verweisungsklausel den Eigen-

verfällt. Zu Reservierungsvereinbarungen allgemein s. auch *Würdinger*, NZM 2011, 539.

²³⁹ BGH NJW 1988, 1716 (1717); *Fischer*, S. 259, Rn. 36.

²⁴⁰ BGH NJW 1987, 54; BGHZ 103, 235 (239) = BGH NJW 1988, 1716 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1980, 1622; LG Hamburg BeckRS 2017, 104097; *Michalski*, NZM 1998, 209 (210).

²⁴¹ *Hamm*, S. 261, 967.

²⁴² MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 271.

²⁴³ *Hamm*, S. 70, Rn. 252.

²⁴⁴ BGH NJW-RR 2007, 55; BGH NJW 2000, 3781; BGH NJW-RR 1987, 1075; BGH NJW 1991, 168.

²⁴⁵ Zur Entschließungsfreiheit des Eigentümers, der einer Verkaufsverpflichtung unterliegt, s. *Dehner*, S. 44, Rn. 47; BGH NJW 1970, 1915 (1916); BGH NJW 1971, 557; BGH BB 1973, 1141; BGH NJW-RR 94, 559.

tümer möglicherweise von einem (vorteilhaften) Eigengeschäft abhält, während die Reservierungsgebühr den Kaufinteressenten zum Abschluss eines (nachteiligen) Hauptvertrages drängt. Eigengeschäftsklauseln sowie Hinzuziehungs- und Verweisungsklauseln sind daher im Zusammenhang mit erfolgsunabhängigen Provisionen zu erörtern.²⁴⁶

Während der Kaufinteressent eine Reservierungsgebühr unabhängig vom Erfolgseintritt zu zahlen hat, ist der Verkäufer aufgrund eines Qualifizierten Alleinauftrages verpflichtet, eine Maklerprovision im Erfolgsfall unabhängig davon zu leisten, ob eine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des Immobilienmaklers ursächlich für den Hauptvertragsabschluss war.

Im Ergebnis mangelt es in beiden Fällen an einer Tatbestandsvoraussetzung des § 652 Absatz 1 BGB. Dann aber sollten diese Fälle auch entsprechend einheitlich gewürdigt werden. Der Abschluss eines Qualifizierten Alleinauftrages müsste insofern ebenfalls einem Beurkundungszwang gemäß § 311b Absatz 1 BGB analog unterliegen, um Verbraucher effektiv zu schützen.

(3) *Allgemeinauftrag*

Die schwächste Form eines Maklervertrages zwischen einem Eigentümer und einem Immobilienmakler ist der sog. *Allgemeinauftrag*²⁴⁷. Hier steht es dem Eigentümer im Gegensatz zum Makleralleinauftrag frei, weitere Immobilienmakler mit der Vermarktung seiner Immobilie zu beauftragen. Der *Allgemeinauftrag* sieht eine feste Vertragslaufzeit üblicherweise nicht vor, sodass das Vertragsverhältnis jederzeit mit sofortiger Wirkung gekündigt werden kann.²⁴⁸ Kennzeichnend für diese Form des Maklervertragsverhältnisses ist der Umstand, dass der Immobilienmakler im Gegensatz zum Alleinauftrag nicht zum Tätigwerden während der Vertragslaufzeit verpflichtet ist.²⁴⁹ Der Eigentümer hingegen ist verpflichtet, im Erfolgsfall eine Maklerprovision an den Immobilienmakler zu zahlen, sofern eine solche vereinbart wurde. Mangels Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers handelt es sich jedoch um ein Vertragsverhältnis *sui generis*,²⁵⁰ weil der Eigentümer dem Immobilienmakler seine Immobilie zur Vermarktung an die Hand gibt, ohne dass dieser damit zu aktiven Vermarktungsbemühungen verpflichtet ist.

²⁴⁶ Michalski, NZM 1998, 209 (215).

²⁴⁷ Auch *einfacher Maklerauftrag* oder *einfacher Maklervertrag* genannt, s. Petri/Wieseler, S. 147, Rn. 257; Koch, S. 40.

²⁴⁸ Petri/Wieseler, S. 148, Rn. 258.

²⁴⁹ Koch, S. 41.

²⁵⁰ Anders jedoch die h.M., die den einfachen Maklervertrag als Dienstleistungsvertrag einordnet. S. dazu bereits Kapitel B.II.3.d).

(4) Tätigkeit ohne Auftragsverhältnis

Während § 6 Absatz 1 WoVermRG vorsieht, dass der Immobilienmakler Mietwohnungen nur dann vermarkten darf, wenn er einen Auftrag²⁵¹ des Vermieters oder eines anderen Berechtigten hat,²⁵² gilt dies nicht im Erwerbsbereich.²⁵³ Hier ist es sogar denkbar, dass ein Immobilienmakler eine zum Verkauf stehende Immobilie zum Erwerb nachweist, ohne dass der Eigentümer hierüber Kenntnis hat. In diesen Fällen mangelt es bereits an einem wie auch immer gearteten Vertragsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Immobilienmakler, sodass eine Tätigkeitspflicht des Maklers evident nicht besteht.

Gleichwohl sind Verbraucher nicht schutzlos. So kann ein Eigentümer einen Immobilienmakler, der ohne Einverständnis des verfügungsbefugten Eigentümers eine Liegenschaft zum Kauf anbietet, auf Unterlassung gemäß 1004 Absatz 1 BGB in Anspruch nehmen. Zudem verhält sich der Immobilienmakler wettbewerbswidrig, wenn bereits ein anderer Makler vom Eigentümer mit der Vermarktung der Immobilie betraut wurde und der Makler in Kenntnis dieses Umstands die Immobilie dennoch ebenfalls inseriert.²⁵⁴

bb) Tätigkeit für den Kaufinteressenten

Nun sollen provisionspflichtige Maklervertragsverhältnisse, die üblicherweise mit Kaufinteressenten geschlossen werden, im Hinblick auf eine Tätigkeitspflicht des Maklers untersucht werden.

(1) Anfrage auf ein konkretes Inserat

Im Regelfall kommt ein Maklervertrag zwischen einem Kaufinteressenten und einem Immobilienmakler dadurch zustande, dass sich der Kaufinteressent unter Bezug auf ein konkretes Immobilieninserat, das einen ausdrücklichen Provisionshinweis enthält, beim Immobilienmakler meldet und weitere Informationen zu dem Objekt anfordert.²⁵⁵ Hierbei handelt es sich grundsätz-

²⁵¹ Hier handelt es sich nicht um ein Auftragsverhältnis gemäß §§ 662.

²⁵² Der Verstoß hiergegen ist eine Ordnungswidrigkeit, § 8 Absatz 1 Nr. 3 WoVermRG, der gemäß § 8 Absatz 2 WoVermRG mit einer Geldbuße bis zu EUR 2.500,- geahndet werden kann.

²⁵³ Hamm, S. 30, Rn. 107. Zukünftig gilt es aber die Regelung des § 656a BGB zu beachten.

²⁵⁴ Es liegt dann ein Verstoß gegen § 3 UWG vor.

²⁵⁵ S. dazu auch Kapitel B.VII.2.b)bb)(1).

lich um einen einfachen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, der keine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers beinhaltet.

(2) Objekte im Bestand des Immobilienmaklers

Im Gegensatz zur Anfrage eines Kaufinteressenten auf ein konkretes Inserat kann der Kaufinteressent auch Kontakt zum Immobilienmakler aufnehmen und sich allgemein nach Objekten in dessen Bestand erkundigen. Sofern der Immobilienmakler den an ihn herantretenden Kaufinteressenten nicht ausdrücklich über seine Provisionserwartung aufklärt, besteht im Erfolgsfall kein Anspruch auf Zahlung einer Maklerprovision.²⁵⁶ Im Übrigen handelt sich auch hier üblicherweise um einen einfachen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, sodass eine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers nicht besteht.

(3) Maklersuchauftrag

Ein Suchauftrag beinhaltet, dass der Immobilienmakler dem Interessenten nicht nur Kaufgelegenheiten benennt, die er bereits in seinem Bestand hat, sondern zudem nach außen hin tätig wird,²⁵⁷ indem er z. B. entsprechende Inserate in Online- oder Printmedien schaltet oder Eigentümer bzw. andere Immobilienmakler direkt anspricht. Sofern dies seitens des Suchinteressenten verlangt wird, ist in dessen Kontaktaufnahme zum Immobilienmakler ein Angebot auf Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages zu sehen, selbst wenn es einen ausdrücklichen Provisionshinweis seitens des Immobilienmaklers nicht gibt.²⁵⁸ Die Annahme dieses Angebots auf Abschluss eines Maklervertrages erfolgt schon allein durch die Aufnahme der Tätigkeit seitens des Immobilienmaklers.²⁵⁹

Jedoch handelt es sich auch hier um einen (einfachen) Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB, der eine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers nicht begründet. Dafür spricht ein Vergleich mit einem Alleinauftrag. Bei diesem besteht eine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers deswegen, weil sich der Eigentümer im Gegenzug verpflichtet, während der Laufzeit des Alleinauftrages keine weiteren Immobilienmakler mit der Vermarktung seiner Immobilie zu beauftragen.

²⁵⁶ BGH NJW 2005, 3779. Hier gilt es, zukünftig auch die Regelung des § 656d BGB zu beachten.

²⁵⁷ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 57; BGH NJW 2005, 3779; vgl. OLG Hamm NJW-RR 1994, 1540; OLG Saarbrücken OLG Saarbrücken, 2004, 420.

²⁵⁸ BGH NJW-RR 2010, 257.

²⁵⁹ BGH NJW-RR 2010, 257.

Dies ist bei einem Suchauftrag des Kaufinteressenten hingegen nicht der Fall. Vielmehr steht es Suchinteressenten frei, verschiedenen Immobilienmaklern zeitgleich einen Suchauftrag zu erteilen.

Es ist zwar denkbar, dass auch Suchinteressenten einen Makleralleinauftrag schließen, der dann eine Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers vorsieht. Es handelt sich hier aber um reine Rechtstheorie. In der Praxis würde dies nämlich bedeuten, dass der Suchkunde im Gegenzug darauf verzichtet, während der Laufzeit des Allein-Suchauftrages auf Immobilieninserate anderer Immobilienmakler zu reagieren oder andere Immobilienmakler zu beauftragen. Eine derartige Selbstbeschränkung des Suchinteressenten ist in der Praxis nicht denkbar, insbesondere nicht in Zeiten eines verknüpften Wohnraumangebots.

Sofern anderes nicht ausdrücklich vereinbart ist, besteht bei Abschluss eines Suchauftrages keine Tätigkeitspflicht des Maklers.

(4) Rahmenmaklervertrag

Einen engen Bezug zum zuvor erörterten Suchauftrag hat der *Rahmenmaklervertrag*²⁶⁰. Beide Varianten des Maklervertrages unterscheiden sich letztlich nur dadurch, dass der Maklersuchauftrag in der Regel sehr präzise Vorgaben enthält, während der Rahmenmaklervertrag nicht auf ein konkretes Objekt bezogen ist, sondern einen vom Kaufinteressenten genannten Rahmen beinhaltet, welche Art von Immobilie für ihn von grundsätzlichem Interesse ist. Übliche Kriterien für einen solchen Rahmenmaklervertrag sind u. a. der Kaufpreis, die Lage der Immobilie, die Grundstücks- und Wohnflächengröße oder die Anzahl der Zimmer oder Bäder. Der Vorteil eines solchen Rahmenmaklervertrages liegt darin, dass der Grundstücksmakler bei Abschluss des Rahmenmaklervertrages einmal eine Provision für den Erfolgsfall vereinbart und der Provisionsanspruch bei Abschluss des Hauptvertrages entsteht, sofern die Maklertätigkeit zu einem Hauptvertragsabschluss innerhalb des vereinbarten Rahmens führt. Grundsätzlich entspricht der Rahmenmaklervertrag einem einfachen Maklervertragsverhältnis gemäß § 652 Absatz 1 BGB mit der Folge, dass eine Tätigkeitspflicht des Grundstücksmaklers nicht besteht, sofern die Parteien nicht ausdrücklich anderes vereinbart haben.

cc) Stellungnahme

Neben dem Ansatz, den Anwendungsbereich des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB bei Abschluss eines Makler-

²⁶⁰ Petri/Wieseler, S. 99, Rn. 205 und Petri/Wieseler, S. 148, Rn. 246.

vertrages unter Heranziehung des Wortlauts von Artikel 2 Ziffer 6 VRRG allein auf solche Maklervertragsverhältnisse zu beschränken, die eine *erfolgsunabhängige* Tätigkeitsvergütung vorsehen,²⁶¹ bietet sich zudem über § 312 Absatz 1 BGB die Möglichkeit, das Verbraucherwiderrufsrecht nur auf solche Maklervertragsverhältnisse Anwendung finden zu lassen, die eine *Tätigkeitspflicht* des Maklers vorsehen.²⁶² Diese Pflicht des Maklers korrespondiert nämlich mit einer engeren Bindung des Verbrauchers, die § 652 Absatz 1 BGB grundsätzlich nicht vorsieht. So wird der Kunde des Maklers bei Abschluss eines Alleinauftrages dazu verpflichtet, keine weiteren Makler mit der Veräußerung seiner Immobilie zu beauftragen. Darüber hinaus darf er bei Abschluss eines Qualifizierten Alleinauftrages auch selbst keine Vermarktungstätigkeiten vornehmen. Andernfalls setzt sich der Verbraucher Schadensersatzansprüchen des Maklers aus. Diese über § 652 Absatz 1 BGB hinausgehenden vertraglichen Verpflichtungen schränken die Rechte des Verbrauchers derart ein, dass ein besonderer Schutz durch ein Widerrufsrecht gerechtfertigt erscheint.

Der Abschluss eines einfachen Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB hingegen, der eine Tätigkeitspflicht des Maklers nicht vorsieht und den Maklerkunden ausschließlich im Erfolgsfall und nach reiflicher Überlegung über den Erwerb zu einer Provisionszahlung verpflichtet, erfordert kein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB.

Die Differenzierung nach einer Tätigkeitspflicht würde in praxi dazu führen, dass in der Regel nur Maklervertragsverhältnisse mit *Verkäufern*, mit denen meistens Alleinaufträge oder Qualifizierte Alleinaufträge geschlossen werden, von den Regelungen der §§ 355, 312g, 312c Absatz 1 BGB erfasst würden, da Maklervertragsverhältnisse mit *Kaufinteressenten* eine Tätigkeitspflicht üblicherweise nicht vorsehen. Dieses Ergebnis mag zunächst überraschen, weil auf den ersten Blick der Eindruck entsteht, das Verbraucherwiderrufsrecht im Grundstücksmaklerrecht zielt nur auf Käufer ab, die neben der Maklerprovision auch den Kaufpreis für die Immobilie, die Grunderwerbsteuer sowie die Notar- und Grundbuchkosten zu tragen haben.²⁶³

²⁶¹ S. dazu Kapitel B.IV.2. Im Ergebnis ist jedoch auch hier das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss des erfolgsunabhängigen Maklervertrages abzulehnen, da Verbraucher durch das Erfordernis eines individuellen Vertragsabschlusses bereits ausreichend geschützt sind.

²⁶² Anders jedoch die h.M., Grüneberg/*Grüneberg*, § 312 Rn. 3, BGH NJW 17, 1024; BGH NJW 17, 2337.

²⁶³ Diese Annahme wird insbesondere gestützt durch den Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 1, der ebenso ausdrücklich nur den Schutz von Käufern im Blick hat. Dort heißt es: „*Die Änderungen im Maklerrecht zielen darauf ab, durch bundesweit einheitliche, verbindliche Regelungen die*

Tatsächlich erwiese sich diese einschränkende Anwendung jedoch als angemessen, um einen vernünftigen, jedoch nicht überbordenden Verbraucherschutz sicherzustellen. Geschäftsunerfahrene Verbraucher auf der Verkäuferseite sind nämlich ebenso schützenswert wie Verbraucher auf der Käuferseite. Die Einordnung von Verkäufern als Verbraucher zweiter Klasse ist strikt abzulehnen, wird aber durch § 656b BGB, der die Person des Verkäufers bewusst außer Acht lässt, nunmehr sogar gesetzlich manifestiert. Das geringere Angebot an bezahlbarem Wohnraum bei entsprechend großer Nachfrage macht Verkäufer aber nicht weniger schützenswert als Käufer. Vielmehr wären Verkäufer gerade dann durch ein Verbraucherwiderrufsrecht besonders schützenswert, wenn der Makler diese über § 652 Absatz 1 BGB hinaus *besonders* vertraglich bindet und damit einschränkt.

Gegen eine Anwendung des Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss eines (Qualifizierten) Alleinauftrages spricht hingegen, dass die besondere vertragliche Bindung des Verbrauchers zu einer Tätigkeitspflicht des Immobilienmaklers führt. Dieser korrespondierende Pflichtenkanon und die Erfolgsabhängigkeit des § 652 Absatz 1 BGB schützen Verbraucher auch hier umfassend. Dies gilt erst recht, sofern der Abschluss eines Qualifizierten Alleinauftrages einer Pflicht zur notariellen Beurkundung unterworfen würde.

Auffällig ist jedenfalls, dass sich bislang weder Rechtsprechung noch Literatur eingehender mit Widerrufsfällen beschäftigt haben, die Maklerverträge auf der Eigentümerseite betreffen, was auch dadurch bedingt sein könnte, dass Rechtsberater diese Fälle noch gar nicht in den Blick genommen haben. Durch das neue Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, insbesondere die Regelung des § 656c BGB, wird das Verbraucherwiderrufsrecht auf der Verkäuferseite zukünftig aber deutlich an Bedeutung gewinnen.²⁶⁴

3. Maklerauftrag ohne Pflicht zur Preiszahlung

Neben den zuvor erörterten Verbraucherverträgen, die eine Zahlungspflicht des Verbrauchers beinhalten, sind auch solche Vertragsverhältnisse zu berücksichtigen, die eine pekuniäre Zahlungspflicht des Verbrauchers, selbst im Erfolgsfall, nicht vorsehen. § 312 Absatz 1 BGB regelt aber gerade die Voraussetzungen über die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verbraucher-

Transparenz und Rechtssicherheit bei Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser zu erhöhen und die Käufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage zu schützen.“

²⁶⁴ S. dazu Kapitel B.XV.2.a)cc).

schutzvorschriften,²⁶⁵ wonach der Leistung des Unternehmers eine Pflicht zur Preiszahlung des Verbrauchers gegenüberstehen muss.²⁶⁶ Folgte man streng dem Wortlaut, so müsste die Anwendbarkeit des Verbraucherwiderrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB im Hinblick auf Maklerverträge, die eine Zahlungspflicht des Verbrauchers nicht vorsehen, in Zweifel gezogen werden.²⁶⁷ Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, dass der bisherige Begriff der Entgeltlichkeit weit auszulegen ist, zumal die Regelungen des Art. 2 Nummer 5 und 6 VRRL diese einschränkende Voraussetzung nur mittelbar enthalten.²⁶⁸ Aus diesem Grund genügt für die Erfüllung des Merkmals der Entgeltlichkeit bereits irgendeine Leistung des Verbrauchers.²⁶⁹ Eine solche Leistung stellt bei *Internetgeschäften* u. a. die Hingabe von *Daten* dar.²⁷⁰ Eine Einschränkung des Schutzbereichs allein auf pekuniäre Pflichten liefe dem Schutzzweck der Verbraucherschutzvorschriften zuwider.²⁷¹ Im Hinblick auf solche Vertragsverhältnisse, die eine Provisionspflicht auch im Erfolgsfall nicht vorsehen, könnte die Voraussetzung der Entgeltlichkeit also dadurch erfüllt sein, dass es sich beim Maklervertragsabschluss um einen Internetvertrag handelt und die seitens des Verbrauchers an den Grundstücksmakler übermittelten Informationen als Daten einzuordnen sind. Die Begriffe *Internetvertrag*²⁷² und *Daten*²⁷³ sind nicht legaldefiniert.

a) Maklervertrag als Internetvertrag

Der Internetvertrag ähnelt begrifflich dem *Vertrag im elektronischen Rechtsverkehr* gemäß § 312i Absatz 1 Satz 1 BGB. Wenngleich ein Vertragsverhältnis zwischen einem Grundstücksmakler und seinem Kunden dadurch

²⁶⁵ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 2.

²⁶⁶ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 9a. Kritisch gegenüber der Eingrenzung von § 312 Absatz 1 BGB auf entgeltliche Verträge MüKoBGB/*Wendehorst* (2016), § 312 Rn. 19; *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VerbrRRL.pdf (Stand 06.01.2020); *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 441 (444).

²⁶⁷ S. dazu Fn. 208, S. 59.

²⁶⁸ BGH NJW 2017, 2823 (2824); *Grüneberg/Grüneberg*, § 312 Rn. 3a; in diese Richtung auch MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 40; *dies.*, NJW 2014, 577 (580); *Spindler/Schuster/Schirnbacher*, BGB § 312 Rn. 28.

²⁶⁹ *Grüneberg/Grüneberg*, § 312 Rn. 3.

²⁷⁰ *Brönneke*, VuR 2014, S. 3; *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217 (3218).

²⁷¹ *Brönneke*, VuR 2014, S. 3.

²⁷² *Rauscher*, Rn. 1204 ff.

²⁷³ Zum Begriff der *personenbezogenen Daten* s. aber die Begriffsbestimmung in Artikel 4 Ziffer 1 der Richtlinie 2016/679/EU.

gekennzeichnet ist, dass sich Vertragsschluss und Vertragserfüllung in aller Regel gerade nicht in einer Art Online-Anonymität erledigen lassen,²⁷⁴ sondern von persönlichen Begegnungen z.B. im Rahmen von Besichtigungen der Immobilie geprägt sind, lässt sich im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes jedenfalls vertreten, einen Vertrag, den der Makler mit seinem Kunden online auf Webseiten oder durch den Austausch von E-Mails schließt, als *Internetvertrag* einzuordnen.

b) Daten als Merkmal der Entgeltlichkeit

Im folgenden Teil soll zunächst allgemein der Frage nachgegangen werden, ob die Preisgabe von Daten die Schwelle zur Erfüllung des Merkmals der Entgeltlichkeit überschreitet, bevor sodann konkret auf die Bedeutung von Daten im Rahmen eines Immobilienmaklergeschäfts eingegangen wird.

aa) Daten als allgemein wirtschaftlicher Wert

„*The world's most valuable resource is no longer oil, but data.*“²⁷⁵ Der Wert von Daten im Wirtschaftsleben des 21. Jahrhunderts kann kaum prägnanter auf den Punkt gebracht werden. So erfolgt eine Monetarisierung von Daten durch deren Nutzung, Verwertung und Weitergabe, um ein passgenaues Profil des Verbrauchers zu erstellen²⁷⁶ und entsprechende Werbung zu individualisieren.²⁷⁷ Durch eine noch zielgenauere Ansprache wird der Konsum des Verbrauchers gefördert und das Geschäft des Unternehmers gesteigert. Es ist daher nur konsequent, dass die Richtlinie zu Verträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen²⁷⁸ auch die Preisgabe von Daten als Gegenleistung ausdrücklich mit einbezieht.²⁷⁹ Die DURL wurde mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.06.2021 mit Wirkung zum 01.01.2022 in deutsches Recht umgesetzt.²⁸⁰ § 312 Ab-

²⁷⁴ In diese Richtung auch OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069.

²⁷⁵ *The Economist* vom 06.05.2017, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (Stand 06.03.2022).

²⁷⁶ *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497 (2498).

²⁷⁷ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217; *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (337).

²⁷⁸ Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 20.05.2019, ABl. L 136/1, nachfolgend DURL.

²⁷⁹ *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497; *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (336). Zur Kontroverse bei der Grundsatzfrage, ob personenbezogene Daten vertragsrechtlich als Gegenleistung eingeordnet werden können s. ebenfalls *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (336).

²⁸⁰ BGBl. I 2021, S. 2123.

satz 1a Satz 1 BGB regelt nunmehr ausdrücklich, dass die Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besonderen Vertriebsformen auch auf solche Verbraucherverträge Anwendung finden, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich dazu verpflichtet.²⁸¹ Die Bereitstellung bzw. die Verpflichtung zur Bereitstellung von Daten wird damit der Zahlung eines Preises gleichgestellt.²⁸² Dadurch ist der wirtschaftliche Wert von Daten endgültig anerkannt.²⁸³ Daran, dass Daten im Zeitalter der Digitalisierung eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung haben und im Grundsatz das Allgemeinmerkmal der Entgeltlichkeit erfüllen, können keine ernsthaften Zweifel (mehr) bestehen. Dem entspricht im Übrigen auch eine weite Auslegung des bisherigen Entgeltlichkeitsbegriffs im Sinne eines umfassenden Verbraucherschutzes.

bb) Bedeutung von Daten im Maklergeschäft

Ähnlich wie bei Streamingdiensten, Plattformen für soziale Medien oder Smartphone-Apps,²⁸⁴ sind auch Maklerverträge, die keine Provisionsabrede beinhalten, nur vermeintlich kostenlos. Im Hinblick auf die Frage, ob die Übermittlung von Daten an den Grundstücksmakler einer pekuniären Zahlungspflicht des Verbrauchers gleichsteht und dadurch ein entgeltlicher Maklervertrag nach Maßgabe des § 312 Absatz 1a BGB begründet wird, gilt es aber auch hier, die Besonderheiten des Immobilienmaklerrechts zu berücksichtigen und zudem zwischen solchen Vertragsverhältnissen zu differenzieren, die auf Verkäuferseite geschlossen werden und denen, die mit Suchinteressenten zustande kommen.

In der Praxis schließt der Grundstücksmakler in aller Regel einen Makleralleinauftrag mit dem verkaufswilligen Eigentümer.²⁸⁵ Sofern darin keine Zahlungspflicht des Eigentümers vereinbart wird, kann die Voraussetzung der Entgeltlichkeit jedoch durch die Übermittlung von Daten erfüllt werden, § 312 Absatz 1a Satz 1 BGB. Im Rahmen des Abschlusses eines Makleralleinauftrages kommt es zunächst zum Austausch von *personenbezogenen Daten*, Artikel 4 Nr. 1 DSGVO,²⁸⁶ um die Vertragsparteien zu bestimmen. Die Da-

²⁸¹ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217.

²⁸² Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 35.

²⁸³ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217.

²⁸⁴ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217; *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (337).

²⁸⁵ Andernfalls läuft der Makler Gefahr, dass der veräußerungswillige Eigentümer noch weitere Makler mit der Vermarktung beauftragt.

ten werden in aller Regel auch in dem jeweiligen CRM-System²⁸⁷ des Grundstücksmaklers angelegt und als Kundendatensatz gespeichert. Neben diesen personenbezogenen Daten tauschen die Vertragsparteien auch *objektbezogene* Informationen über die Immobilie aus, die der Grundstücksmakler vermarkten und für die er Kaufinteressenten finden soll. Bei diesen Daten handelt es sich beispielsweise um die Adresse der Liegenschaft, das Baujahr, die Größe des Grundstücks und der Wohnfläche, die Zimmeranzahl, das Alter der Heizung etc.

Entsprechend übermitteln Suchinteressenten, die mit dem Makler nicht provisionspflichtig verbunden sind, ebenfalls ihre persönlichen Daten sowie Eckdaten zur gewünschten Immobilie.

Ob die Preisgabe dieser personen- und objektbezogenen Daten das Merkmal der Entgeltlichkeit im Sinne des § 312 Absatz 1a BGB erfüllt, muss jedoch in Zweifel gezogen werden. Im Unterschied zu anderen Internetverträgen, die auf wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, ist der Abschluss eines Maklervertrages mit einem Verbraucher in der Regel auf ein Einmalgeschäft gerichtet und nicht auf eine dauerhafte Geschäftsbeziehung. Der Kauf oder Verkauf einer Immobilie stellt kein alltägliches Geschäft dar.²⁸⁸ So steht einem Immobilienmakler, der als Handelsvertreter für ein Maklerunternehmen tätig ist, auch kein Anspruch auf Handelsvertreterausgleich gemäß § 89b HGB zu.²⁸⁹ Daher führt die Übermittlung der personenbezogenen Daten des Auftraggebers hier nicht bereits dazu, die Voraussetzung der Entgeltlichkeit zu erfüllen. Gleiches gilt für die objektbezogenen Informationen. Diese können nicht als Gegenleistung für die von dem Grundstücksmakler zu erbringenden Nachweis- oder Vermittlungsleistungen eingeordnet werden, sondern bilden vielmehr die notwendige Grundlage für dessen Maklertätigkeit. Ohne die Preisgabe der objektbezogenen Daten wäre es dem Grundstücksmakler unmöglich, Vermarktungstätigkeiten hinsichtlich der Liegenschaft, die veräußert oder erworben werden soll, zu erbringen. Aufgrund dieser Besonderheiten des Maklergeschäfts sind die Voraussetzungen der

²⁸⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 36.

²⁸⁷ Das Kürzel CRM steht für Customer Relation Management und beinhaltet die Kundenkartei des Unternehmers, s. auch <https://de.wikipedia.org/wiki/Customer-Relationship-Management> (Stand 10.01.2020).

²⁸⁸ So lag auch die Wohnungseigentumsquote in der BRD im Jahr 2019 überhaupt nur bei 51,1%, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155734/umfrage/wohn-eigentumsquoten-in-europa/> (Stand 01.12.2020).

²⁸⁹ Landgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 22.03.1989, Az. 3/13 O 93/88, NJW-RR 1990, 1182; Landgericht Hannover, Urteil vom 16.07.2019, Az. 32 O 44/18, ZVertriebsR 2019, 318.

Ausnahmeregelung des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB einschlägig. Nutzt der Makler die personenbezogenen Daten seines Vertragspartners ausschließlich zu dem Zweck, die ihn treffenden Pflichten aus dem Maklervertragsverhältnis zu erfüllen, finden die Kapitel 1 und 2 des Untertitels über die Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besonderen Vertriebsformen keine Anwendung. Eine wirtschaftliche Verwertung erfolgt hier nicht.²⁹⁰ Die Preisgabe der Daten stellt dann keine Gegenleistung des Verbrauchers dar.²⁹¹ Anderes gilt hingegen dann, sofern der Makler die erhobenen Daten z.B. für Werbung oder sonstige Marketingmaßnahmen nutzt: Verwendet der Makler die Daten nicht ausschließlich zur Erfüllung des Maklervertrages, sondern auch für andere Zwecke, finden die Regelungen der §§ 312 ff. BGB Anwendung.²⁹² § 312a Absatz 1a Satz 2 BGB ist in diesen Fällen, in denen eine Zweckänderung hinsichtlich der verarbeiteten Daten erfolgt, nicht einschlägig.²⁹³ Es besteht dann auch eine entsprechende Informationspflicht des Unternehmers gemäß Artikel 13 Absatz 3 DSGVO.

c) Besondere Pflichten des Maklerkunden

Der tatsächliche und geldwerte Mehrwert des Grundstücksmaklers bei Abschluss eines Makleralleinauftrages mit einem verkaufswilligen Eigentümer liegt vielmehr darin begründet, dass der Verkäufer dem Grundstücksmakler ein zeitlich befristetes Alleinvermarktungsrecht einräumt. In rechtlicher Hinsicht ist dies für den Grundstücksmakler von Vorteil, weil der Makleralleinauftrag dem Verkäufer untersagt, während der Vertragslaufzeit weitere Makler mit dem Verkauf der Immobilie zu beauftragen.²⁹⁴ Dieses exklusive Vermarktungsrecht ist auch in praktischer Hinsicht günstig für den Makler, wenn sich die Immobilie in einem sog. Verkäufermarkt²⁹⁵ befindet und für das geringe Angebot von zum Verkauf stehenden Immobilien eine große Nachfrage besteht. Das ausschließliche Vermarktungsrecht eines Grundstücksmaklers erleichtert es diesem, Kaufinteressenten zu finden und mit diesen provisionspflichtige Maklerverträge zu schließen. Unter Zugrundelegung eines weit auszulegenden Entgelt-Begriffs sind daher auch solche

²⁹⁰ *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (342).

²⁹¹ *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (342).

²⁹² Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 37.

²⁹³ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217 (3219).

²⁹⁴ *Grüneberg/Retzlaff*, § 652 Rn. 78; *Mäschle*, S. 15; *Mutschler*, S. 37; BGH NJW 1967, 198.

²⁹⁵ Zum Begriff s. Fn. 2, S. 15. Die Marktlage hat sich mittlerweile aufgrund der Anhebung des Leitzinses in einen Käufermarkt gedreht.

Maklervertragsverhältnisse als entgeltlich einzuordnen, die zwar keine Provisionszahlungspflicht des Verbrauchers vorsehen und zudem die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB erfüllen, dem Grundstücksmakler aber ein exklusives Vermarktungsrecht einräumen. Auf die übermittelten Daten *allein* kommt es daher nicht an.

Anders stellt sich die Situation auf der Kaufinteressentenseite dar. Der Umstand, dass der Makler für diesen provisionsfrei tätig wird, ist schon aufgrund der vorherrschenden Marktsituation eher der Ausnahmefall, wenngleich es vereinzelt Regionen geben mag, in denen das Angebot die Nachfrage übersteigt und Makler daher von der Vereinbarung einer Käuferprovision absehen, um den Verkaufsprozess nicht noch zusätzlich zu erschweren. Zudem werden auch Immobilien von Bauträgern zumeist provisionsfrei angeboten. Jedenfalls nehmen Suchinteressenten Kontakt zum Grundstücksmakler auf, weil sie sich für eine konkrete Immobilie interessieren, die dieser offeriert oder um ein allgemeines Suchprofil beim Makler zu hinterlegen. Auch hier erhält der Makler personenbezogene Daten des Suchinteressenten und objektbezogene Informationen über sein Suchprofil, also z.B. über den Rahmen eines möglichen Kaufpreises, die bevorzugte Lage der Immobilie, die gewünschte Zimmeranzahl, die Art der Immobilie (Eigentumswohnung, Doppelhaus, Villa o. ä.) etc. Im Unterschied zu Makleralleinaufträgen auf der Eigentümerseite bindet sich ein Kaufinteressent jedoch zu keinem Zeitpunkt an einen einzigen Makler,²⁹⁶ eine exklusive Vertragsbindung besteht nicht. Dem Suchinteressenten steht es vielmehr frei, sich an eine Vielzahl von Grundstücksmaklern gleichzeitig zu wenden und sich die für ihn besten Angebote vorstellen zu lassen. Allein die Preisgabe von personen- und objektbezogenen Daten im Hinblick auf das Suchprofil des Kaufinteressenten vermag jedoch nicht die Voraussetzungen des § 312 Absatz 1a BGB zu erfüllen. Dies gilt allerdings auch nur, sofern die erhobenen personenbezogenen Daten ausschließlich dazu dienen, die Pflichten aus dem Maklervertragsverhältnis zu erfüllen, § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB. Die Konsequenz, dass dem Verbraucher bei Abschluss eines solchen unentgeltlichen Online-Maklersuchauftrages kein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht, ist auch interessensgerecht, denn aus dem Vertragsverhältnis heraus entstehen keine Pflichten, die einen besonderen Verbraucherschutz erfordern.

d) *Stellungnahme*

Zwar werden regelmäßig auch solche Vertragsverhältnisse mit einem Grundstücksmakler als Maklerverträge eingeordnet, die eine Pflicht des

²⁹⁶ S. dazu bereits unter Kapitel B.VII.2.b)aa)(1).

Maklerkunden zur Provisionszahlung nicht vorsehen.²⁹⁷ Begründet wird diese Auffassung mit einem Verweis auf den Umstand, dass die Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision grundsätzlich vertraglich abdingbar ist.²⁹⁸

Die wichtige Frage der Entgeltlichkeit des Maklervertrages ist damit aber noch nicht geklärt. Das Merkmal der Entgeltlichkeit ist im Sinne des europäischen Richtliniengebers weit auszulegen. Eine *pekuniäre* Zahlungspflicht des Verbrauchers ist nicht erforderlich, um die Voraussetzung der Entgeltlichkeit zu erfüllen. Hierfür spricht nunmehr insbesondere die Regelung des § 312 Absatz 1a Satz 1 BGB, wonach die Bereitstellung personenbezogener Daten der Zahlung eines Preises gleichgestellt ist. Eine grundsätzliche Einordnung des Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 BGB als entgeltliches Vertragsverhältnis ist jedoch ebenfalls nicht angezeigt, da die Besonderheiten des Maklerrechts ansonsten keine Berücksichtigung finden und die inhaltliche Ausgestaltung verschiedener Maklervertragsverhältnisse überhaupt nicht differenziert wird.

Jedenfalls sind solche Maklerverträge als entgeltliche Vertragsverhältnisse einzuordnen, die zwar keine Provisionspflicht vorsehen, den Verbraucher jedoch über § 652 Absatz 1 BGB hinaus besonders exklusiv vertraglich verpflichten, wie dies bei Abschluss eines Alleinauftrages bzw. eines Qualifizierten Alleinauftrages der Fall ist und damit die Rechte des Verbrauchers besonders einschränken. Gegen die Folge, dass derartige Vertragsverhältnisse von den Regelungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB erfasst werden, sofern der (Qualifizierte) Alleinauftrag online zustande kommt, spricht hingegen auch hier, dass Verbraucher durch den ausgewogenen Pflichtenkanon und die Erfolgsabhängigkeit des Maklerprovisionsanspruchs ausreichend geschützt sind.

Allein die Übermittlung von personen- oder objektbezogenen Daten im Rahmen und zur Erfüllung eines einfachen Maklervertragsverhältnisses gemäß § 652 Absatz 1 BGB genügt mangels darüber hinaus gehender Pflichten des Verbrauchers keinesfalls, um das Vertragsverhältnis als entgeltlich einordnen zu können und damit einem Verbraucherwiderrufsrecht zu unterwerfen. Anderes gilt aber wiederum dann, sofern eine Zweckänderung hinsichtlich der bereitgestellten Daten, z. B. zu Werbezwecken, erfolgt und die Voraussetzungen von § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB nicht erfüllt sind.

²⁹⁷ Fischer, S. 24, Rn. 6; Hamm, S. 29, Rn. 104; BGH NJW 1981, 1444.

²⁹⁸ Fischer, S. 24, Rn. 6; Hamm, S. 29, Rn. 104; Ibold, S. 43, Rn. 21; vgl. aber auch Landgericht Frankfurt am Main, AIZ 1976, 126; Werner, JurA 1970, 353; a.A. Staudinger/Arnold (2021), Vorbem zu §§ 652 ff. Rn. 18.

4. Maklervertrag als digitale Dienstleistung

Auf den ersten Blick scheint es nicht abwegig, einen Online-Maklervertrag als digitales Produkt einzuordnen, § 327 Absatz 1 Satz 1 BGB, und damit den Verbraucherschützenden Vorschriften über digitale Produkte zu unterwerfen. § 327 Absatz 1 Satz 1 BGB fasst unter diesem Oberbegriff *digitale Inhalte* und *digitale Dienstleistungen* zusammen. § 327 Absatz 2 Satz 2 BGB definiert den Begriff der digitalen Dienstleistung.²⁹⁹ Erfasst werden nach der Gesetzesbegründung insbesondere soziale Medien oder Netzwerke, Verkaufs-, Buchungs-, Vergleichs- und Bewertungs-, sowie Vermittlungsplattformen.³⁰⁰ Damit rücken insbesondere Maklertätigkeiten, die über branchenübliche Online-Vermarktungsportale erfolgen, in den Fokus der Norm. Allerdings gilt es auch hier, die Besonderheiten des Maklergeschäfts in der Praxis zu beachten. Der Makler wird in aller Regel nicht in einer ausschließlich digitalen Online-Anonymität für seinen Kunden tätig. Vielmehr wird der Maklervertrag zumeist auch von persönlichen Begegnungen im Rahmen von Besichtigungen der Immobilie geprägt. Allein der Einsatz digitaler Kommunikationsmittel lässt den Maklervertrag nicht bereits zu einem Vertrag über digitale Dienstleistungen werden. Hierfür spricht auch der Gedanke des § 327 Absatz 6 Nr. 1 BGB, wonach andere als digitale Dienstleistungen vom Anwendungsbereich der Vorschriften über digitale Produkte ausgenommen sind, selbst wenn digitale Kommunikationsmittel eingesetzt werden.

Stellt sich der Maklervertrag hingegen doch einmal als ein Vertrag über eine digitale Dienstleistung dar und verpflichtet sich der Verbraucher statt zur Zahlung eines Preises zur Bereitstellung von personenbezogenen Daten, § 327 Absatz 3 BGB, gilt es auch hier die Voraussetzungen des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB zu berücksichtigen.³⁰¹ Die Verbraucherschützenden Vorschriften über digitale Produkte finden also auch dann keine Anwendung, sofern die personenbezogenen Daten ausschließlich für die Erfüllung des digitalen Maklervertrages und nicht für andere Zwecke verwendet werden.

5. Maklerdienstvertrag

Eine Alternative zum einfachen Maklervertrag stellt der Abschluss eines Maklerdienstvertrages dar. Je nach Parteiabrede kann das Vertragsverhältnis inhaltlich so ausgestaltet werden, dass ein Maklerprovisionsanspruch auch

²⁹⁹ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217.

³⁰⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 S. 39.

³⁰¹ S. hierzu auch die Ausführungen unter B.VII.3.b)bb).

hier nur erfolgsabhängig nach den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB entsteht, wenn es zum Abschluss eines Hauptvertrages kommt.³⁰² Diese Vertragsgestaltung findet vor allem Anwendung bei Abschluss eines Alleinauftrages zwischen dem Immobilienmakler und seinem Auftraggeber.³⁰³ Ein Verbraucherwiderrufsrecht ist hier jedoch ebenfalls abzulehnen.³⁰⁴

Andererseits kann der Maklerdienstvertrag auch vorsehen, dass die Maklertätigkeit erfolgsunabhängig entsprechend § 611 Absatz 1 BGB vergütet wird.³⁰⁵ Die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB erscheint in diesen praktischen Ausnahmefällen sinnvoll und stünde zugleich auch im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 2 Nr. 6 VRRL.

6. Maklerwerkvertrag

Der Maklerwerkvertrag kann inhaltlich ebenfalls unterschiedlich ausgestaltet werden. Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers richtet sich entweder nach den Grundsätzen der §§ 631 ff. BGB oder nach § 652 Absatz 1 BGB.³⁰⁶ Die rechtliche Beurteilung dieses Maklervertragstyps richtet sich nach dem Parteiwillen.³⁰⁷ Unabhängig von der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung ist der Immobilienmakler aber auch hier zum Tätigwerden verpflichtet.³⁰⁸

Wie beim Maklerdienstvertrag ist im Hinblick auf das Verbraucherwiderrufsrecht ebenfalls zu differenzieren. Maklerwerkverträge, die eine rein erfolgsabhängige Vergütung beinhalten, unterliegen nicht den Regelungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB. Anderes kann allenfalls für solche Maklerwerkvertragsverhältnisse gelten, die einen Vergütungsanspruch des Maklers nach werkvertragsrechtlichen Grundsätzen vorsehen.

7. Abgrenzung zum Finanzdienstleistungsvertrag

Schließlich kommt in Betracht, den Abschluss eines Grundstücksmaklervertrages als Finanzdienstleistungsvertrag einzuordnen. Der Begriff der Finanzdienstleistung ist in § 312 Absatz 5 Satz 1 BGB legaldefiniert. Danach

³⁰² *Fischer*, S. 25, Rn. 8; BGH NJW 1988, 967, 988.

³⁰³ *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem. zu §§ 652 ff. Rn. 14.

³⁰⁴ Zu den Gründen gegen ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines erfolgsabhängigen (Qualifizierten) Alleinauftrages s. oben Kapitel B.VII.2.b)cc).

³⁰⁵ *Fischer*, S. 25, Rn. 9; BGH NJW 1988, 967 (968); *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem §§ 652 ff. Rn. 14; *MüKoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 30.

³⁰⁶ *Ibold*, S. 40, Rn. 18; BGH NJW 1988, 967 (968).

³⁰⁷ BGH NJW 1988, 967 (968).

³⁰⁸ *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem. §§ 652 ff. Rn. 14.

sind *Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung* als Finanzdienstleistung anzusehen. Den Grundstücksmaklervertrag von dieser Definition zu erfassen liegt daher zunächst insbesondere im Hinblick auf solche Maklerverträge nahe, die auf den renditeorientierten Erwerb von nicht selbst genutzten Gewerbe- oder Wohnraumimmobilien gerichtet sind.³⁰⁹ Dementsprechend äußert sich *Lechner*³¹⁰: „*Ein Zusammenhang der Leistung des Immobilienmaklers mit einer Geldanlage in Immobilien wird sich (daher) kaum bezweifeln lassen.*“ Als weiteres Indiz kommt hinzu, dass Immobilienmakler ihren Kunden im Zusammenhang mit derartigen (Online-)Inseraten regelmäßig auch Finanzierungsangebote unterbreiten.

Dennoch ist die Ansicht, Grundstücksmaklerverträge als Finanzdienstleistungsverträge anzusehen, im Ergebnis nicht überzeugend. Eine Einordnung als *Bankdienstleistung* kommt nämlich zunächst nur dann in Betracht, wenn ein Unternehmen, das Maklertätigkeiten erbringt, im Übrigen überwiegend im typischen Bankdienstleistungsbereich tätig ist.³¹¹ Insofern sind Grundstücksmaklertätigkeiten von klassischen Maklerhäusern, die bankenunabhängig agieren, in aller Regel nicht als Bankdienstleistungen einzuordnen.³¹² Ebenso stellen Immobilienmaklerverträge auch keine Dienstleistung im Zusammenhang mit einer *Geldanlage* dar. Zwar mag der Erwerb einer Immobilie grundsätzlich vom Begriff der Geldanlage erfasst werden.³¹³ Die Entstehungsgeschichte des Artikel 2 b) FinFARL³¹⁴ offenbart hingegen, dass vom Wortlaut der Geldanlage ausschließlich Finanzprodukte erfasst werden sollen, also z. B. Wertpapiere, Anteile an Anlagegesellschaften, Devisen, Derivate etc.³¹⁵ Nicht erfasst wird hingegen individuell gehaltenes Immobilienvermögen; dies gilt selbst dann, wenn die Immobilie aus Sicht des Maklerkunden ausschließlich zum Zweck der Kapitalanlage erworben wird.³¹⁶ Der Maklervertrag stellt auch keinen Dienstleistungsvertrag im Zusammenhang mit einer *Zahlung* i. S. d. § 312 Absatz 5 Satz 1 BGB dar. Neben Bankdienstleistungen

³⁰⁹ Die Bewerbung von Immobilien als „Kapitalanlage“ oder „Top Renditeobjekt“ in Print- und Digitalmedien ist weit verbreitet und häufig anzutreffen.

³¹⁰ *Lechner*, NZM 2013, 751 (754).

³¹¹ MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 131.

³¹² MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 132.

³¹³ MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 142.

³¹⁴ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 betreffend über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 09.10.2002, L 271/16.

³¹⁵ MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 142.

³¹⁶ MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 142.

erfasst diese Regelung inhaltlich insbesondere das Kreditkartengeschäft sowie den Betrieb von sonstigen Zahlungssystemen- oder Plattformen, also Dienstleistungen, die auch von den §§ 675c ff. BGB erfasst werden.³¹⁷ Grundstücksmaklerverträge unterfallen dem jedoch ebenfalls nicht. Insofern stellen Grundstücksmaklerverträge regelmäßig keine Finanzdienstleistung gemäß § 312 Absatz 5 Satz 1 BGB dar.³¹⁸

Ein weiteres Indiz gegen die Einordnung des Grundstücksmaklervertrages als Finanzdienstleistungsvertrag ist auch Erwägungsgrund 26 a.E. VRRL zu entnehmen, wonach Verträge über *Dienstleistungen* von Immobilienmaklern der Verbraucherrechterichtlinie unterfallen sollen. Damit ordnet der Richtlinienggeber Grundstücksmaklerverträge nach dem konkreten Wortlaut als *Dienstleistungsvertrag* gemäß Artikel 2 Ziffer 6 VRRL und nicht als *Finanzdienstleistung* gemäß Artikel 2 Ziffer 12 VRRL ein. Andernfalls hätte der Richtlinienggeber dies auch in Erwägungsgrund 26 VRRL klarstellen können. Die VRRL gilt im Übrigen auch nicht für Verträge über Finanzdienstleistungen, Artikel 3 Absatz 3 d) VRRL.

VIII. Der Maklervertrag als Verbrauchervertrag

Das Grundgesetz und das Recht der EU verpflichten den Gesetzgeber, den strukturell unterlegenen Verbraucher im Rahmen von Vertragsverhältnissen mit Unternehmern besonders zu schützen.³¹⁹ Insbesondere das Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB gewährleistet einen erhöhten Schutz des Verbrauchers und dient damit dem Unterlegenschutz.³²⁰ Es schützt den Verbraucher vor typischen Gefährdungen der freien Willensbildung und gibt ihm die Möglichkeit, sich von übereilt und ohne Abwägung eingegangenen Vertragsverhältnissen wieder zu entbinden.³²¹

Die Pflicht des Immobilienmaklers, seinem Vertragspartner ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 355, 312g Absatz 1, 312c BGB einzuräumen, besteht gemäß § 312 Absatz 1 BGB nur dann, wenn es sich bei dem Maklervertragsverhältnis um einen Verbrauchervertrag gemäß § 310 Absatz 3 BGB handelt. Die Vorschrift beinhaltet eine Legaldefinition.³²² Verbraucherverträge sind danach Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher.

³¹⁷ MüKoBGB/Wendehorst, § 312 Rn. 144.

³¹⁸ Die besonderen Regelungen über das Verbraucherwiderrufsrecht für Finanzdienstleistungen finden daher auf Grundstücksmaklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB keine Anwendung.

³¹⁹ Grüneberg/Ellenberger, Einf v § 145 Rn. 14.

³²⁰ Grüneberg/Ellenberger, Einf v § 145 Rn. 17.

³²¹ Grüneberg/Ellenberger, Einf v § 145 Rn. 17.

³²² Grüneberg/Grüneberg, § 312 Rn. 2.

Man möchte meinen, dass ein solches Verbrauchervertragsverhältnis unproblematisch zu unterstellen ist, wenn der Immobilienmakler ein Vertragsverhältnis mit einer natürlichen Person eingeht. Es gibt jedoch Einzelfälle, in denen vor Abschluss eines digitalisierten Maklervertragsabschlusses gemäß § 312c BGB die Verbrauchereigenschaft des Maklerkunden kaum ordnungsgemäß geklärt werden kann.

1. Der Makler als Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB

Zunächst muss der Immobilienmakler als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB einzuordnen sein. Es kann sich dabei um eine natürliche oder juristische Person handeln, die planmäßig am Markt Leistungen gegen Entgelt anbietet.³²³ Diese Voraussetzungen sind bei gewerbsmäßig am Markt tätigen Immobilienmaklern zweifellos erfüllt. Problematisch kann die Unternehmerstellung jedoch im Hinblick auf sog. „Gelegenheitsmakler“³²⁴ sein, die gerade nicht planmäßig, sondern vielmehr mit einem äußerst geringen Maß an Aufwand agieren und nur bei Gelegenheit, insbesondere als reine Nachweismakler, tätig sind. In diesen Fällen kann die Einordnung des Grundstücksmaklers als Unternehmer sogar ausgeschlossen sein,³²⁵ sodass ein Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Abschluss eines Online-Maklervertrages nicht besteht. Verbraucher würden also deutlich weniger geschützt, sofern der Maklervertrag mit einem Gelegenheitsmakler und nicht mit einem professionellen Grundstücksmakler zustande kommt. Dieses Ergebnis ist aber mit einem effektiven Verbraucherschutz nicht vereinbar. Gewerbsmäßige Grundstücksmakler benötigen für ihre Tätigkeit eine Gewerbeerlaubnis gemäß § 34c Absatz 1 Nr. 1 GewO. Damit einher geht eine Weiterbildungspflicht gemäß § 34c Absatz 2a GewO und § 15b MaBV. Bei Gelegenheitsmaklern hingegen ist schon fraglich, ob diese überhaupt *gewerbsmäßig* am Markt agieren und somit einer Erlaubnispflicht gemäß § 34c Absatz 1 Nr. 1 GewO unterliegen. Sofern dies nicht der Fall ist, besteht auch keine Weiterbildungspflicht, sodass Verbraucher, die einen Online-Maklervertrag mit einem solchen Gelegenheitsmakler schließen, aufgrund dessen mangelnder Fachexpertise weniger geschützt sind, als es der Fall wäre, wenn der Maklervertrag mit einem professionellen Makler zustande käme.

³²³ BGH NJW 06, 2250; OLG Frankfurt NJW 04, 3433, *Becker/Föhlisch*, NJW 05, 3377; Grüneberg/*Ellenberger*, § 14 Rn. 2.

³²⁴ S. dazu Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/19203, S. 20.

³²⁵ S. dazu Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/19203, S. 20.

Daher sind auch diese Gelegenheitsmakler vorzugsweise *erst recht* als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB einzuordnen. Für die Einordnung als Unternehmer darf es nicht darauf ankommen, ob im Einzelfall eine Gewinnerzielungsabsicht besteht.³²⁶ Im Übrigen unterliegen auch nebenberufliche Tätigkeiten der Regelung des § 14 Absatz 1 BGB.³²⁷

Die grundsätzliche Problematik hat der Gesetzgeber auch an anderer Stelle erkannt. Zunächst sah nämlich der Gesetzentwurf der Bundesregierung *über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser* hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs der §§ 656c und 656d BGB in § 656b BGB vor, dass es sich bei dem Makler um einen *Unternehmer* gemäß § 14 Absatz 1 BGB handeln muss.³²⁸ Dies hat nach Kritik des Bundesrates³²⁹ zu einer Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs geführt. Danach sollen nunmehr sämtliche Personen, die sich als Makler betätigen, unabhängig von den Voraussetzungen des § 14 Absatz 1 BGB, dem Anwendungsbereich unterliegen, sodass auch Gelegenheitsmakler von den Neuregelungen erfasst werden.³³⁰

Für eine entsprechend weite Auslegung des Unternehmerbegriffs unter Einbeziehung von Gelegenheitsmaklern spricht auch ein ganz praktischer Umstand aus der Immobilienmaklerbranche. Hier ist es üblich und noch immer sehr verbreitet, dass Inhaber von Maklerbüros weitere Immobilienmakler nicht im Rahmen eines Arbeitsvertrages anstellen, sondern mit diesen z.B. Kooperations- bzw. Franchiseverträge als selbständige Unternehmer schließen.³³¹ Diese sind sodann berechtigt, provisionspflichtige Maklerverträge mit ihren Kunden – z.B. auch unter Nutzung einer bekannten Marke, aber *im*

³²⁶ BGH NJW 06, 2250; LG Mainz NJW 06, 783 = VuR 2005, 427; Staudinger/*Fritzsche* (2018), § 14 Rn. 49.

³²⁷ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 14 Rn. 30; OLG Bremen ZGS 2004, 394.

³²⁸ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Drs. 19/15827 S. 19.

³²⁹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Drs. 19/15827 Anlage 3, S. 25, 26.

³³⁰ S. dazu Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/19203, S. 20.

³³¹ S. hierzu nur beispielhaft: MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 295; Unser Franchisesystem – Ihre Erfolgchance, <https://www.engelvoelkers.com/de-de/franchise/> (Stand 08.02.2019); Franchise Wohnen, <https://www.von-poll.com/de/immobilienlizenz/immobilien-franchise> (Stand 08.02.2019); Das Franchisesystem für Luxusimmobilien, <https://www.dahlercompany.com/unternehmen/lizenzsystem> (Stand 08.02.2019); Franchising mit RE/MAX: ein weltweit erprobtes Geschäftsmodell, <https://www.remax.de/franchising.aspx> (Stand 08.02.2019).

eigenen Namen und auf eigene Rechnung- zu schließen.³³² Im Erfolgsfall behält der Immobilienmakler einen Teil der vereinnahmten Provision ein und führt einen Teil der Provision, z.B. als Gegenleistung für das Recht, die (bekannten) Marken- und Schutzrechte nutzen zu dürfen oder Marketingleistungen in Anspruch nehmen zu können, an den Inhaber des Immobilienbüros bzw. den Franchisegeber ab. Mangels eines bestehenden Arbeitsvertrages mit entsprechenden Weisungsrechten ist der Immobilienmakler gegenüber dem Inhaber des Immobilienbüros weder zum Tätigwerden verpflichtet, noch muss er in einem vorgeschriebenen Umfang Maklertätigkeiten erbringen, noch ist es ihm untersagt, weitere selbständige Tätigkeiten auszuüben. Würde hier im Einzelfall allein auf den Immobilienmakler abgestellt werden, der tatsächlich nur in der Freizeit oder als Hobby Immobilienmaklertätigkeiten erbringt und aus diesem Grund eine Einordnung als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB unterbleiben, könnte dies dazu führen, dass ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden gemäß § 355 BGB nicht besteht, obwohl sich hinter dem Immobilienmakler ein hochprofessionelles Maklersystem verbirgt. Insofern ist es richtig, § 14 Absatz 1 BGB im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes weit auszulegen und auch Gelegenheitsmakler als Unternehmer einzuordnen.

2. Der Kunde als Verbraucher gemäß § 13 BGB

Zudem muss es sich bei dem Maklerkunden um einen Verbraucher gemäß § 13 BGB handeln. Das Vertragsverhältnis darf daher weder überwiegend einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Die Prüfung, ob eine Verbraucherstellung gemäß § 13 BGB besteht, hat sich an dem objektiven Zweck des Vertragsverhältnisses zu orientieren.³³³ Ein Kaufinteressent schließt daher einen provisionspflichtigen Maklervertrag regelmäßig dann als Verbraucher ab, wenn der Vertrag auf den Abschluss eines Kaufvertrages über selbst genutzten Wohnraum gerichtet ist.³³⁴ Von der Verbrauchereigenschaft des Maklerkunden ist auch bei der Verwaltung des privaten (Immobilien-)Vermögens regelmäßig auszugehen, vorausgesetzt, dass kein planmäßiger Geschäftsbetrieb hierfür erforderlich ist.³³⁵ Ent-

³³² MüKoBGB/Althammer, § 652 Rn. 295; Hamm, S. 17, Rn. 63, Fn. 94: „...; Vertragspartner des Auftraggebers wird stets der Lizenznehmer, nicht der Lizenzgeber.“

³³³ Looschelders, § 41 Rn. 7.

³³⁴ BGH WM 2017, 1120 Rn. 37 = NJW 2017, 2337; Lindner, ZfIR 2016, 773 (774); ferner bzgl. der Anmietung einer Wohnung vor Inkrafttreten des Bestellerprinzips BGH BeckRS 2018, 43110 Rn. 18.

³³⁵ OLG Hamm BeckRS 2016, 20371. Die Verwaltung eigenen Vermögens wie z.B. die Anlage von Geld in Miethäuser erfüllt grundsätzlich nicht den Unternehmerbegriff, BGH NJW 2002, 368, WM 11, 548 Tz. 25, NJW 2018, 1812, Tz. 21.

scheidend für die Abgrenzung ist der zeitliche und organisatorische Aufwand im Einzelfall. Zudem sind der Umfang, die Komplexität und die Anzahl der erforderlichen Verwaltungsvorgänge maßgeblich.³³⁶ Die Höhe des verwalteten Vermögens ist hingegen nicht entscheidend.³³⁷ Zudem wird der Verwaltungsaufwand auch nicht durch die Höhe der Mieteinnahmen bestimmt.³³⁸ Unter Heranziehung der Begründung der Beschlussempfehlung des *Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser* sollte daher auch die GbR erfasst werden, wenn der Erwerb der Wohnung oder des Einfamilienhauses allein zu privaten Zwecken erfolgt.³³⁹ *Genz* weist zu Recht auf die Rechtsunsicherheit für die Praxis hin, die aus dem Wertungsspielraum für die einzelfallbezogene Einordnung der Verbraucherstellung erfolgt.³⁴⁰ Der Grundstücksmakler steht nämlich regelmäßig vor der Herausforderung, ex-ante³⁴¹ vor Abschluss des Maklervertrages beurteilen zu müssen, ob es sich bei seinem zukünftigen Vertragspartner um einen Verbraucher gemäß § 13 BGB handelt und daraus die Pflicht resultiert, diesen über ein ihm zustehendes Verbraucherrücktrittsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB belehren zu müssen.³⁴² In der Instanzrechtsprechung gibt es dazu sehr verschiedene Einordnungen.³⁴³ Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat sich in einer Entscheidung³⁴⁴ dezidiert mit der Darlegungs- und Beweislast über die Verbrauchereigenschaft auseinandergesetzt. Die vom Makler auf Provisionszahlung in Anspruch genommene Beklagte verfügte über ein Immobilieneigentum von 14 Wohn- und Gewerbeeinheiten, führte jedoch aus, dass für die Bewirtschaftung kein planmäßiger Gewerbebetrieb erforderlich und sie daher als Verbraucherin einzu-

³³⁶ BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368; zu den Begrifflichkeiten *Genz*, NZM 2021, 791 (795).

³³⁷ BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368.

³³⁸ OLG Stuttgart BeckRS 2010, 13000.

³³⁹ Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/19203, S. 20.

³⁴⁰ *Genz*, NZM 2021, 791 (795).

³⁴¹ Grüneberg/*Ellenberger*, § 13 Rn. 4.

³⁴² Zur Thematik der Verbrauchereigenschaft s. auch BeckRS 2020, 12794; *Genz*, NZM 2021, 791 (792): „Aus Immobilieninvestitionen folgen vielfältige privatrechtliche Verhältnisse, in denen jeweils die Frage nach der Verbrauchereigenschaft zu beantworten ist: Denn hiervon hängt ab, in welchem Umfang der private Investor dank seiner rollenspezifischen Unterlegenheit (noch) von den Verbraucherschutzrechten (§ 13 BGB) profitiert oder aber selbst als Unternehmer zu behandeln ist (§14 BGB).“

³⁴³ Mit Übersichten *Gsell*, WuM 2014, 375; *Fervers*, NZM 2018, 640 (641); *Genz*, NZM 2021, 791 (796).

³⁴⁴ OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2018, 14374 i. V. m. Beschluss vom 22.03.2018, IBRS 2018, 2256.

ordnen sei, der bei Abschluss des Maklervertrages ein Verbraucherwiderrufsrecht hätte eingeräumt werden müssen. Der Senat war hingegen der Auffassung, die Beklagte trage hierfür die volle Beweislast, der Unternehmer sei nur dann beweisbelastet, wenn gewerbliche oder selbständige Tätigkeiten der natürlichen Person überhaupt nicht in Betracht kämen. Da die Beklagte den Beweis schuldig blieb, wurde ihr ein Verbraucherwiderrufsrecht verwehrt.³⁴⁵ Der Grundstücksmakler hat vor Abschluss des Maklervertrages, insbesondere dann, wenn dieser online als Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB zustande kommt, kaum die Zeit und Gelegenheit, die Hintergründe seines Maklervertragspartners abschließend zu klären und festzustellen, ob dieser als Verbraucher gemäß § 13 BGB einzuordnen und ihm daher ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB einzuräumen ist.³⁴⁶ Er wird daher im Zweifel ein Verbraucherwiderrufsrecht einräumen (müssen), um die Gefahr auszuschließen, die verlängerte Widerrufsfrist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB in Gang zu setzen. Ein Verbraucherwiderrufsrecht steht dem Maklerkunden hingegen dann nicht zu, wenn es sich bei diesem nicht um eine *natürliche Person* handelt, sodass insbesondere juristische Personen, aber auch Idealvereine und gemeinnützige Stiftungen von § 13 BGB nicht erfasst werden.³⁴⁷ Das Verbraucherwiderrufsrecht spielt daher im Bereich der Gewerbe-, Handels-, Büro- und Produktionsflächen kaum eine Rolle, da diese zumeist von juristischen Personen oder professionellen Immobilienfonds erworben oder angemietet werden.³⁴⁸ Im Übrigen ist es für die Entscheidung darüber, ob eine Verbrauchereigenschaft vorliegt, auch irrelevant, ob für die Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung nach §§ 2 Absatz 1, 4 Nr. 12 Satz 1, 9 Absatz 1 UstG zur Umsatzsteuer optiert wurde.³⁴⁹

³⁴⁵ Fischer, NJW 2018, 3287 (3288); ders., S. 99, Rn. 111. Verbraucherfreundlicher hingegen Landgericht Hamburg BeckRS 2016, 19940 unter Bezug auf BGH NJW 2009, 3780, wonach eine Verbraucherstellung nach § 13 BGB anzunehmen ist, sofern nicht *eindeutig* eine gewerbliche oder selbständige Tätigkeit vorliege. Das Landgericht hat daher den Kauf einer Immobilie mit acht Wohneinheiten als einen Vorgang der privaten Vermögensverwaltung und den Erwerber als Verbraucher gemäß § 13 BGB eingeordnet.

³⁴⁶ S. hierzu auch Fervers, NZM 2018, 640 (644).

³⁴⁷ Grüneberg/Ellenberger, § 13 Rn. 2; EuGH NJW 02, 205.

³⁴⁸ In diese Richtung auch Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Drs. 19/15827 S. 19; Genz, NZM 2021, 791 (793): „Bei Gewerberäumen wird der Mieter regelmäßig Unternehmer sein, ggfls. Existenzgründer (...)“.

³⁴⁹ BGH NZM 2020, 808; zweifelnd Genz, NZM 2021, 791 (792) unter Verweis auf Pfeiffer, LMK 2020, 429247.

IX. Der Maklervertrag als Fernabsatzvertrag

Schon zuvor³⁵⁰ wurde beschrieben, dass Maklerverträge zwischen Immobilienmaklern und ihren Kunden heutzutage meist digital, insbesondere per E-Mail oder durch die Nutzung von Kontaktformularen auf Online-Vertriebsportalen oder Homepages der Maklerfirmen zustande kommen.³⁵¹ Dies hat zur Folge, dass die Grundlage für einen Provisionsanspruch des Immobilienmaklers im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB gelegt wird.

§ 312c Absatz 1 BGB beinhaltet eine Legaldefinition des Fernabsatzvertrages.³⁵² Sie resultiert aus Artikel 2 Nr. 7 VRRL.³⁵³ Eine besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers bei Abschluss eines Fernabsatzvertrages ergibt sich daraus, dass dieser die gewünschte Dienstleistung nicht vorab prüfen kann und er sich auch nicht an eine natürliche Person wenden kann, um ergänzende Informationen zu erlangen.³⁵⁴

Die Voraussetzungen des Fernabsatzvertrages gemäß § 312c Absatz 1 BGB sollen daher in gebotener Kürze im Hinblick auf den digitalen Maklervertragsabschluss dargestellt werden.

1. Verwendung von Fernkommunikationsmitteln

Ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht, hängt zunächst davon ab, ob die Parteien für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss Fernkommunikationsmittel verwendet haben. § 312c Absatz 2 BGB enthält eine beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung von Fernkommunikationsmitteln. Hierzu zählen u. a. E-Mails und Telefonanrufe. Generell handelt es sich bei Fernkommunikationsmitteln um solche, die für Vertragsverhandlungen oder Vertragsabschlüsse ohne gleichzeitige persönliche Anwesenheit genutzt werden können.³⁵⁵

³⁵⁰ S. Kapitel A.

³⁵¹ So auch der Immobilienmaklerverband IVD, in: Das Verbraucherwiderrufsrecht beim Maklervertrag. Verbraucherrechte wahren – Provision sichern. Handlungsempfehlungen für die Praxis, <https://www.revation.de/wp-content/uploads/Widerrufsrecht-IVD-Merkblatt.pdf> (Stand: 16.02.2019).

³⁵² *Looschelders*, § 42 Rn. 16.

³⁵³ *Grüneberg/Grüneberg*, § 312c Rn. 1.

³⁵⁴ So BGH NJW 04, 3699 (3700).

³⁵⁵ *Grüneberg/Grüneberg*, § 312c Rn. 3.

2. Gleichartigkeit der Fernkommunikationsmittel

Der Anwendungsbereich des § 312c Absatz 1 BGB setzt nicht voraus, dass bei Vertragsabschluss gleichartige Fernkommunikationsmittel verwendet werden. Vielmehr genügt die Nutzung unterschiedlicher Fernkommunikationsmittel.³⁵⁶ Üblicherweise ist es so, dass ein Kaufinteressent per E-Mail oder mittels online-Suchmaske auf ein konkretes Inserat des Immobilienmaklers anfragt und dieser sodann entweder per E-Mail oder Telefonanruf reagiert. Damit ist der Anforderung an eine Gleichartigkeit der Fernkommunikationsmittel genüge getan. Nichts anderes gilt auch dann, wenn der Kaufinteressent telefonisch Kontakt zum Makler aufnimmt und sodann telefonisch oder per E-Mail nähere Informationen erhält. Ebenso liegt der Fall, wenn ein verkaufswilliger Eigentümer telefonisch Kontakt zum Makler aufnimmt und im Nachgang z.B. ein Makleralleinauftrag per E-Mail geschlossen wird. Damit werden die ganz typischen und in der Praxis häufigsten Varianten des digitalisierten Maklervertragsabschlusses von § 312c Absatz 1 BGB erfasst. Im Übrigen werden Grundstücksmakler zukünftig das Textformerfordernis des § 656a BGB zu beachten haben.

3. Ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln

Ein Fernabsatzvertrag gemäß § 312c Absatz 1 BGB setzt voraus, dass der Vertragsschluss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande kommt, sprich das Angebot auf Abschluss eines Vertrages gemäß § 145 BGB und die Annahme des Angebots gemäß §§ 146 ff. BGB durch Nutzung von Fernkommunikationsmitteln erfolgt.³⁵⁷ Die zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen können insbesondere auch per Mausclick abgegeben werden.³⁵⁸

4. Organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem

Die einmalige oder nur gelegentliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln durch den Unternehmer eröffnet nicht den Anwendungsbereich des § 312c Absatz 1 BGB.³⁵⁹ Erforderlich ist vielmehr, dass der Vertragsschluss durch Nutzung eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Hierfür genügt es, dass der Unternehmer

³⁵⁶ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312c Rn. 4.

³⁵⁷ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312c Rn. 4.

³⁵⁸ Grüneberg/*Ellenberger*, Einf v § 116 Rn. 1; Grüneberg/*Grüneberg*, § 312c Rn. 7; BGH NJW 02, 363.

³⁵⁹ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312c Rn. 6; *Looschelders*, § 42 Rn. 17.

personelle, sachliche und organisatorische Vorkehrungen getroffen hat, um regelmäßig im Wege des Fernabsatzes Geschäfte zu tätigen.³⁶⁰ Hohe Anforderungen werden hieran allerdings nicht gestellt.³⁶¹ Es genügt, wenn der Unternehmer sich einer Online-Plattform bedient, die sogar von einem Dritten betrieben werden kann.³⁶² Ein Grundstücksmakler wird daher insbesondere dann innerhalb eines organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems tätig, wenn er eine von ihm vertriebene Immobilie auf einer Online-Vermarktungsplattform wie z.B. Immobilienscout24 inseriert, sodann ein telefonischer Kontakt oder eine Kontaktaufnahme per E-Mail erfolgt und dadurch ein Maklervertrag zustande kommt.³⁶³

5. Ausnahme des § 312c Abs. 1 a.E. BGB

Zwar muss der Verbraucher grundsätzlich alle Voraussetzungen beweisen, die für ihn gemäß § 312c Absatz 1 BGB von Vorteil sind. Wenn das Vertragsverhältnis jedoch durch die Nutzung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen ist, trägt der Unternehmer die Beweislast, sofern er einen für den Vertragsabschluss relevanten persönlichen Kontakt behauptet.³⁶⁴ Zudem, und um die Praxis von umfangreichen Beweisaufnahmen zu entlasten,³⁶⁵ beinhaltet § 312c Absatz 1 BGB aufgrund seiner Formulierung („es sei denn“) eine grundsätzliche, aber durch den Unternehmer widerlegbare Vermutung dafür, dass der Vertrag innerhalb eines Fernabsatzsystems geschlossen wurde.³⁶⁶ Der Gesetzgeber hielt diese richtlinienkonforme Vermutung zugunsten des Verbrauchers für interessensgerecht.³⁶⁷

³⁶⁰ BGH NJW 2017, 1024 (1029).

³⁶¹ BGH NJW 2017, 1024 (1029); s. hierzu auch den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637, S. 50.

³⁶² Grüneberg/*Grüneberg*, § 312c Rn. 6; *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (194); So ausdrücklich auch Erwägungsgrund 20 a.E. VRRRL.

³⁶³ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312c Rn. 25; BGH NJW 2017, 1024.

³⁶⁴ MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 27.

³⁶⁵ MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 28; Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S. 31.

³⁶⁶ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312c Rn. 6; *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (194).

³⁶⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637, 50.

6. Persönlicher Kontakt der Maklervertragsparteien

Die Anwendung des § 312c Absatz 1 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Vertragsparteien während der Vertragsanbahnung oder den Vertragsverhandlungen persönlichen Kontakt haben, weil dann nicht mehr von einer *ausschließlichen* Nutzung von Fernkommunikationsmitteln gesprochen werden kann.³⁶⁸

X. Der Maklervertrag als Vertrag außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten

Neben Maklerverträgen, die im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB geschlossen werden, gilt es auch solche Maklervertragsverhältnisse im Blick zu haben, die gemäß § 312b Absatz 1 BGB außerhalb von Geschäftsräumen zustande kommen. Hierzu gehören Maklerverträge, die z. B. in einem Restaurant³⁶⁹, im Rahmen einer Besichtigung auf allgemein zugänglichen Verkehrsflächen³⁷⁰ oder innerhalb des Objekts³⁷¹ selbst vereinbart werden. Auch in diesen Fällen ist der Grundstücksmakler verpflichtet, den Verbraucher gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312b BGB über das diesem zustehende Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren. Insofern gelten sämtliche Aussagen, die im Rahmen dieser Arbeit zu Maklerverträgen getroffen werden, die im Rahmen des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande kommen, entsprechend auch für solche Maklerverträge, die gemäß § 312b BGB außerhalb von Geschäftsräumen zustande kommen. Von § 312b BGB betroffen sind in der Praxis insbesondere solche Maklerverträge, die mit dem *Verkäufer* einer Immobilie geschlossen werden.³⁷² Zumeist werden hier sog. Alleinaufträge vereinbart, die im Rahmen einer Kaufpreiseinwertung in oder an der Immobilie mit dem Verkäufer zustande kommen. Dem entgegen werden Grundstücksmakler bei Kaufinteressenten beabsichtigen, die Provisionsabrede schon vor der persönlichen Besichtigung der Immobilie zu treffen, um nicht Gefahr zu laufen, konkrete Maklertätigkeiten zu erbringen, bevor Klarheit über die Provisionserwartung im Erfolgsfall besteht. Daher kommen provi-

³⁶⁸ Looschelders, § 42 Rn. 16.

³⁶⁹ Lechner, NZM 2013, 751 (753, 754); Fischer, NJW 2014, 3281 (3282); allgemein Grüneberg/Grüneberg, § 312b Rn. 4; PWW/M. Stürner, § 312b Rn. 14.

³⁷⁰ Fischer, NJW 2014, 3281 (3282); allgemein Grüneberg/Grüneberg, § 312b Rn. 4; PWW/M. Stürner, § 312b Rn. 14.

³⁷¹ Lechner, NZM 2013, 751, 753; Dittert/Münch, GE 2014, 920; Fischer, NJW 2014, 3281 (3282).

³⁷² Zur ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung des Verbrauchers in diesen Fällen s. BeckRS 2020, 35760.

sionspflichtige Maklerverträge hier in aller Regel im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande.

XI. Die Widerrufsbelehrung des Maklerkunden

Schließt der Immobilienmakler einen provisionspflichtigen Maklervertrag mit einem Verbraucher als Fernabsatzvertrag, so ist er verpflichtet, nach den Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren.³⁷³

1. Ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung

Wenn dem Maklerkunden ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht, hat der Immobilienmakler sicherzustellen, dass er seinen Verbraucherkunden inhaltlich richtig über dessen Recht zum Widerruf des Maklervertrages belehrt. Fehlt eine Widerrufsbelehrung oder ist diese fehlerhaft, so steht dem Verbraucher das Recht zu, den Vertrag innerhalb von zwölf Monaten und 14 Tagen zu widerrufen, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB.³⁷⁴

a) Informationspflichten nach Artikel 246a EGBGB

Im Rahmen einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung hat der Unternehmer zunächst die Informationspflichten gemäß § 312d Absatz 1 BGB zu beachten.³⁷⁵ Danach ist er verpflichtet, den Verbraucher nach den Regelungen des Artikels 246a EGBGB zu informieren.³⁷⁶ Die Vorschrift enthält in seinem § 1 Absatz 1 einen umfangreichen Katalog an Informationspflichten, die vom Unternehmer zu beachten sind.³⁷⁷ Artikel 246a § 1 Absatz 2 EGBGB stellt weitere Informationspflichten auf, über die der Unternehmer den Verbraucher ebenfalls aufzuklären hat. Der Gesetzgeber gibt dem Unternehmer hier allerdings eine Hilfestellung: Er kann seine Informationspflichten nach dieser Vorschrift dadurch ordnungsgemäß erfüllen, indem er das Muster gemäß Anlage 1 für die Widerrufsbelehrung verwendet und in Textform an den

³⁷³ *Ibold*, S. 84, Rn. 67.

³⁷⁴ Die Regelung des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB stellt inhaltlich eine bedeutende Abkehr von § 355 Absatz 4 Satz 3 1. Halbsatz BGB a.F. dar, der im Falle einer fehlenden oder fehlerhaften Widerrufsbelehrung noch ein *ewiges* Widerrufsrecht vorsah.

³⁷⁵ *Looschelders*, § 42 Rn. 19.

³⁷⁶ *Looschelders*, § 42 Rn. 19.

³⁷⁷ Zur Problematik dieser Informationspflichten im Hinblick auf den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB vgl. Kapitel B.XII.1.b).

Verbraucher übermittelt, Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB. Bei Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB handelt es sich um ein *Muster für die Widerrufsbelehrung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen*. Der Gesetzgeber hat dem Muster weitere Gestaltungshinweise beigelegt, die dem Verwender in sechs Ziffern Konkretisierungsmöglichkeiten an verschiedenen, ausdrücklich gekennzeichneten Stellen der Widerrufsbelehrung verschaffen. Die Verwendung dieses Musterformulars soll es dem Unternehmer ermöglichen, rechtssicher die an ihn gerichteten gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen und Verbraucher ordnungsgemäß über das ihnen zustehende Widerrufsrecht zu belehren.

b) Auftrag zur sofortigen Tätigkeit, § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB

Ein Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Abschluss eines Maklervertrages gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312b, 312c BGB besteht dann nicht mehr, wenn der Unternehmer zuvor ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht unter Berücksichtigung des § 312d BGB belehrt und die Frist des § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB verstreicht, ohne dass der Verbraucher von seinem Recht zum Widerruf Gebrauch macht.³⁷⁸

Grundstücksmakler, insbesondere reine Online-Makler³⁷⁹, werden aufgrund der stark voranschreitenden Digitalisierung des Immobilienmaklergeschäfts und der damit einhergehenden Nutzung von Internet-Portalen regelmäßig jedoch nicht erst den Ablauf des vierzehntägigen Widerrufsrechts gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB abwarten können, bevor sie mit ihren Dienstleistungen beginnen. Dies würde dem Geschäftsmodell und insbesondere der Erwartungshaltung des Verbrauchers zuwiderlaufen, der von einem kurzfristigen Informationsfluss ausgeht.

Alternativ erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers daher vorzeitig auch dann, wenn der Unternehmer seinen Vertragspflichten vor Ablauf der Widerrufsfrist unter den Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 a) und c) BGB³⁸⁰ nachkommt und seine Maklertätigkeiten erst begonnen hat, nachdem

³⁷⁸ Vgl. *Würdinger*, NZM 2017, 545 (549) zu § 356 Absatz 4 Satz 1 BGB a.F. (nun § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB): „An dieser Stelle gewinnt der alte Streit, ob der Maklervertrag ein Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen ist, eine Renaissance.“

³⁷⁹ Hierzu zählen derzeit Maklerhäuser wie Homeday, <https://www.homeday.de/>; McMakler, <https://www.mcmakler.de/>; Maklaro, <https://www.maklaro.de/unternehmen/online-immobilienmakler>.

³⁸⁰ § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB setzt die Regelungen des Artikel 16a VRRl in deutsches Recht um. Die Norm wird durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umset-

der Verbraucher hierfür seine ausdrückliche Zustimmung erteilt und gleichzeitig auch seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht verliert, wenn der Unternehmer seine Vertragspflichten vollständig erfüllt.³⁸¹

aa) Erfüllung des Maklervertrages

Der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB beinhaltet lediglich Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten,³⁸² zu deren Erbringung der Makler jedoch nicht verpflichtet ist.³⁸³ Beide Tätigkeiten sind nicht kumulativ geschuldet, sofern die Maklervertragsparteien nichts anderes vereinbaren. Der Maklervertrag wird dann durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen erfüllt.

Ein Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB entsteht regelmäßig aber erst dann, wenn der Makler seinen Nachweis- oder Vermittlungsleistungen nachkommt *und* es dadurch ursächlich zu einem Hauptvertragsabschluss kommt.³⁸⁴

bb) Erforderlichkeit des Hauptvertrages

Daher könnte im Hinblick auf § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB ergänzend anzunehmen sein, dass ein Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB erst dann *vollständig* erfüllt ist, sofern die Maklertätigkeit auch ursächlich zu einem *rechtswirksamen Hauptvertragsabschluss* geführt hat. Denn erst dann entsteht ein Provisionsanspruch des Maklers. Dies bedeutete jedoch im Umkehrschluss, dass der Verbraucher von seinem Recht zum Widerruf des Maklervertrages gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB auch dann noch Gebrauch machen könnte, nachdem der Makler seine Nachweis- oder Vermittlungsleistungen gemäß § 652 Absatz 1 BGB bereits erbracht hat und die Widerrufserklärung noch vor Abschluss des rechtswirksamen Hauptvertrages

zung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.10.2021, BGBl. I 2021, 3483, mit Wirkung zum 28.05.2022 geändert und differenziert zukünftig zwischen Verbraucherverträgen, die den Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichten und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist.

³⁸¹ Fischer, S. 106, Rn. 109; Lechner, NZM 2013, 751 (755).

³⁸² Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 29.

³⁸³ BeckOK BGB/Kneller, BGB § 652 Rn. 2; MüKoBGB/Althammer, § 652 Rn. 6; Staudinger/Arnold (2021), Vorbem §§ 652 ff. Rn. 1; Soergel/Engel, Vor § 652 ff. Rn. 3; Koch, S. 41.

³⁸⁴ Hamm, S. 107 Rn. 393; OLG Koblenz NJW-RR 1994, 824; Fischer, NJW 2007, 183; Seydel/Heinbuch, Rn. 5.

innerhalb der Frist des § 355 Absatz 2 Satz 1 erfolgt. Das wiederum hätte zur Folge, dass Verbraucher regelmäßig Maklerleistungen in Anspruch nehmen und ausnutzen könnten, ohne im Erfolgsfall die vereinbarte Maklerprovision leisten zu müssen. Überdies gilt es auch zu berücksichtigen, dass § 652 Absatz 1 BGB den Makler nicht werkvertraglich *verpflichtet*, einen Hauptvertrag mit der anderen Hauptvertragspartei herbei zu führen. Andernfalls setzte sich der Makler regelmäßig Schadensersatzforderungen seiner Kunden gemäß § 280 Absatz 1 BGB aus, sollte der Erfolg ausbleiben und es nicht zum Abschluss eines Hauptvertrages kommen. Der Abschluss eines rechtswirksamen Hauptvertrages ist daher zwar für das Entstehen des Provisionsanspruchs erforderlich, die Erfüllung der Maklerpflichten gemäß § 652 Absatz 1 BGB setzt jedoch lediglich Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten voraus, sofern nichts anderes vereinbart ist. Dies korrespondiert mit der Abschlussfreiheit des Maklerkunden, der allein darüber entscheidet, ob der Hauptvertrag zustande kommt,³⁸⁵ dann allerdings auch das Durchführungsrisiko zu tragen hat.³⁸⁶

Erst recht kann für die vollständige Erfüllung des Maklervertrages nicht auf den Zeitpunkt der Provisionszahlung durch den Verbraucher abgestellt werden.³⁸⁷ Ansonsten hätte es der Verbraucher in der Hand, die Zahlung der vereinbarten und fälligen Maklerprovision hinauszuzögern und noch nach Abschluss des Hauptvertrages den Widerruf der Provisionsabrede zu erklären. Gestützt wird diese rechtliche Einordnung auch durch einen Umkehrschluss aus § 356 Absatz 4 Satz 3 BGB, wonach das Widerrufsrecht des Verbrauchers im Bereich der *Finanzdienstleistungen* erst dann erlischt, wenn der Vertrag von *beiden* Seiten erfüllt ist. Der Maklervertrag ist jedoch kein Vertrag über Finanzdienstleistungen,³⁸⁸ sodass es auf die Erfüllung des Verbrauchers nicht ankommt. Zu Recht stellt daher der Gesetzgeber in § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB allein auf die vollständige Erfüllung durch den *Unternehmer* ab. Es kommt deshalb nicht darauf an, dass auch der Verbraucher seiner Pflicht zur Leistung nachgekommen ist.³⁸⁹

³⁸⁵ *Fischer*, S. 24, Rn. 3.

³⁸⁶ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 186 f.

³⁸⁷ So aber noch § 312d Absatz 3 BGB a.F., wonach das Verbraucherwiderrufsrecht erst nach Erfüllung des Vertrages durch beide Seiten erlosch. Die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB stellt eine Abkehr vom früheren § 312d Absatz 3 BGB a.F. dar. Dieser sah noch vor, dass das Verbraucherwiderrufsrecht nur dann entfiel, wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt wurde. Neben der Erfüllung des Maklervertrages durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen des Immobilienmaklers war erforderlich, dass auch der Maklerkunde die vereinbarte Maklerprovision bereits gezahlt hatte. Andernfalls bestand das Widerrufsrecht des Maklerkunden fort. MüKoBGB/*Fritsche*, § 356 Rn. 40.

³⁸⁸ S. dazu Kapitel B.VII.7.

³⁸⁹ MüKoBGB/*Fritsche*, § 356 Rn. 40.

Die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB ist von enormer praktischer Bedeutung. Sie ermöglicht es dem Immobilienmakler, auch schon vor Ablauf der gesetzlichen Widerrufsfrist von 14 Tagen Maklertätigkeiten zu entfalten, wenn der Maklerkunde dies unter den Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB wünscht. Andernfalls wäre ein Immobilienmakler nämlich faktisch gezwungen, die vierzehntägige Verbraucherwiderrufsfrist nach Abschluss des provisionspflichtigen Maklervertrages abzuwarten, bevor er seine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten entfaltet. Der Maklerkunde könnte sonst die erhaltenen Informationen nutzen, um einen Hauptvertrag zu schließen und gleichzeitig den Maklervertrag noch binnen der Widerrufsfrist widerrufen. Dies hätte zur Folge, dass der Maklerkunde trotz Abschlusses eines Hauptvertrages nicht zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet ist. Um dem zu entgehen, würde ein Immobilienmakler also erst 14 Tage nach Abschluss eines Maklervertrages weitere Tätigkeiten entfalten. Dies hingegen liegt insbesondere nicht im Interesse des Maklerkunden, der seinerseits einen schnellen Informationsfluss wünscht und erwartet.

Bittet der Maklerkunde den Immobilienmakler, bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist tätig zu werden, ist ein Widerruf des Maklervertrages innerhalb der Widerrufsfrist aber möglich, sofern der Immobilienmakler den Maklervertrag nicht bereits durch Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten erfüllt hat und das Verbraucherwiderrufsrecht dadurch bereits erloschen ist. Allein die Hinnahme der Erfüllung des Vertrages durch den Unternehmer führt nämlich nicht zum Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts.³⁹⁰

cc) Zustimmung des Verbrauchers in AGB

Insbesondere bei Abschluss eines Online-Maklervertrages sollten die Formulierungen, die der Grundstücksmakler auf seiner Homepage oder auf Vertriebsportalen verwendet, so ausgestaltet sein, dass der Verbraucher eine echte Wahlmöglichkeit erhält, ob er eine sofortige Maklertätigkeit wünscht oder zunächst den Ablauf der Verbraucherwiderrufsfrist abwarten möchte. Es gilt zu beachten, dass ein Einverständnis über den vorzeitigen Beginn der Maklertätigkeit auch nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen unterstellt werden darf.³⁹¹ Eine durch AGB des Maklers antizipierte Zustimmung des Verbrauchers ist gemäß § 307 BGB unwirksam.³⁹² Sofern der Unternehmer dem Verbraucher eine erforderliche Wahlmöglichkeit nicht einräumt

³⁹⁰ Grüneberg/Grüneberg, § 356 Rn. 9.

³⁹¹ S. hierzu AG Hannover NJW 2007, 781.

³⁹² So Grüneberg/Grüneberg, § 356 BGB Rn. 9; BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 356 Rn. 34; differenzierend jedoch Amtsgericht Neumarkt, BeckRS 2015, 07762.

oder es unterlässt, umfassend über die Umstände zu informieren, nach denen der Verbraucher ein zunächst bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht verliert, liegt zudem ein Verstoß gegen die Pflichten des Unternehmers aus Artikel 246a § 1 Absatz 2 Nr. 3 EGBGB vor. Dann gilt die verlängerte Widerrufsfrist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB. Ein vorzeitiges Erlöschen des Verbraucherwiderrufsrechts setzt daher eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung des Unternehmers voraus.³⁹³

Der Immobilienmakler muss dem Verbraucher also ermöglichen, frei zu entscheiden, ob der Unternehmer sofort und vor Ablauf der Verbraucherwiderrufsfrist mit den Folgen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB tätig werden soll. Andernfalls ist es Aufgabe des Unternehmers, mit dem Beginn seiner Tätigkeit zu warten, bis die Widerrufsfrist abgelaufen ist, möchte er nicht Gefahr laufen, dass die Provisionsabrede trotz Erfüllung des Maklervertrages noch widerrufen wird. Erst dann, wenn eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erfolgt ist und der Verbraucher den Makler aus freier Entscheidung heraus zur vorzeitigen Tätigkeit auffordert, kann dieser sofort mit seiner Maklertätigkeit beginnen. Aus Beweisgründen ist dem Grundstücksmakler zudem anzuraten, bei Versendung der E-Mail, die die Widerrufsbelehrung beinhaltet, eine Empfangs- und Lesebestätigung des Verbrauchers anzufordern.³⁹⁴

*c) Erfolgsabhängigkeit im Kontext zu
Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB*

Ein Spannungsfeld besteht jedoch zwischen der Regelung des § 652 Absatz 1 BGB und dem Gestaltungshinweis Ziffer 6 der Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB.

Danach hat der Verbraucher im Falle eines Widerrufs des Vertrages an den Unternehmer einen angemessenen Betrag zu zahlen, der im Verhältnis zum Gesamtumfang dem Anteil bis zum Zeitpunkt des Widerrufs entspricht.

Dieser Gedanke ist mit § 652 Absatz 1 BGB, der allein eine erfolgsabhängige Vergütung des Immobilienmaklers vorsieht, kaum in Einklang zu bringen. Wendete man diese Regelung auf Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB an, so würden den Verbraucher versteckt und „durch die Hintertür“ Pflichten treffen, die einem Maklerdienstvertrag ähneln, der eine erfolgsunabhängige Tätigkeitsvergütung des Immobilienmaklers gemäß § 611 Absatz 1 BGB vorsieht.³⁹⁵ Dies ist im Rahmen eines Maklervertrages gemäß § 652

³⁹³ BGH NJW 2017, 1024.

³⁹⁴ Zur Beweisproblematik des Verbraucherwiderrufs s. Kapitel B.XI.4.a).

³⁹⁵ In diese Richtung auch *Ibold*, S. 159, Rn. 147: „Es ist stets zu prüfen, ob nicht in Wirklichkeit eine erfolgsunabhängige Provision vom Kunden gefordert wird, die in AGB nicht vereinbart werden darf.“

Absatz 1 BGB aber gerade nicht vereinbart und für den Verbraucher umso überraschender, als dass er gemäß § 652 Absatz 1 BGB davon ausgehen muss und darf, nur im Erfolgsfall eine Vergütung an den Immobilienmakler entrichten zu müssen.

Gegen eine Anwendbarkeit des Gestaltungshinweises Ziffer 6 im Immobilienmaklerrecht spricht auch die Regelung des § 652 Absatz 2 BGB. Danach sind Maklerkunden nur dann zur Zahlung eines Aufwendungsersatzes verpflichtet, wenn dies zwischen den Maklervertragsparteien vereinbart wurde. Erforderlich ist hier aber eine *individuelle* Vereinbarung zwischen den Parteien.³⁹⁶ Eine AGB-vertragliche Aufwendungsersatzklausel ist im Maklerrecht hingegen nur dann wirksam, wenn diese *allein* den Ersatz von *konkreten Aufwendungen* beinhaltet.³⁹⁷

Die Regelung des Gestaltungshinweises 6 der Musterwiderrufsbelehrung ist hiermit nicht vereinbar. Diese resultiert inhaltlich aus der Pflicht des Unternehmers nach Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 EGBGB, der auf § 357a Absatz 2 BGB verweist.³⁹⁸ Danach ist bei der Berechnung des Wertersatzes der Gesamtpreis zugrunde zu legen, § 357a Absatz 2 Satz 2 BGB und, sofern dieser unverhältnismäßig hoch ist, auf den Marktwert der erbrachten Leistung abzustellen, § 357a Absatz 2 Satz 3 BGB.

Eine solche verdeckte Teilprovisionszahlung steht im Widerspruch zur Erfolgsabhängigkeit des Maklerprovisionsanspruchs gemäß § 652 Absatz 1 BGB und räumt dem Makler einen Vergütungsanspruch für erfolgsunabhängige Teilleistungen ein. Ein Hinweis, dass Gestaltungshinweis Ziffer 6 der Musterwiderrufsbelehrung keine Anwendung auf Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB findet, enthält das Gesetz nicht. Zudem darf aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass Immobilienmakler den Gestaltungshinweis Ziffer 6 in ihren Widerrufsbelehrungen unangewendet lassen können, vielmehr sind sie zu einem entsprechenden Hinweis über den Wertersatz verpflichtet.³⁹⁹

Die Regelung des Gestaltungshinweises Ziffer 6 der verbraucherschützenden Muster-Widerrufsbelehrung stellt den Verbraucher damit schlechter, als es § 652 Absatz 2 BGB vorsieht, der AGB-vertraglich nur einen konkreten Aufwendungsersatz vorsieht, andernfalls aber individuell vertraglich ausver-

³⁹⁶ Fischer, S. 137, Rn. 48.

³⁹⁷ BGHZ 99, 374 (383); Fischer, S. 137, Rn. 49; Ibold, S. 159, Rn. 146.

³⁹⁸ Grüneberg/Grüneberg, § 246a § 1 EGBGB Rn. 9.

³⁹⁹ So lautet Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 EGBGB: „Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer *verpflichtet*, den Verbraucher zu informieren ...“. In der folgenden Ziffer 3 wird der Wertersatzanspruch des Unternehmers gemäß § 357a Absatz 2 BGB sodann ausdrücklich genannt.

handelt werden muss, und schwächt den beabsichtigten Verbraucherschutz von Maklerkunden bei Abschluss von digitalisierten Maklerverträgen im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB erheblich. Der Immobilienmakler käme nämlich in den Genuss einer vom Hauptvertragsabschluss unabhängigen (teilweisen) Tätigkeitsvergütung, die § 652 Absatz 1 BGB nicht vorsieht.

Ein effektiver Verbraucherschutz des Maklerkunden ist daher nur dann möglich, wenn Gestaltungshinweis Ziffer 6 der Widerrufsbelehrung und die Regelungen über den Wertersatz gemäß § 357a Absatz 2 BGB auf den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB grundsätzlich keine Anwendung finden. Gleiches gilt für einen AGB-vertraglich vereinbarten Aufwendersatz. Vielmehr sollte im Rahmen eines Maklervertragsverhältnisses gemäß § 652 Absatz 1 BGB ein jeder Anspruch des Immobilienmaklers grundsätzlich ausgeschlossen sein, der unabhängig vom Erfolgseintritt entstehen soll, sofern nicht etwas anderes *individuell* vereinbart wird.

d) Anwendbarkeit des § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB analog

Neben einem vorzeitigen Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts unter den Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB erwägt *Würdinger*⁴⁰⁰ unter Bezugnahme auf ein Urteil⁴⁰¹ des Bundesgerichtshofs eine entsprechende Anwendung des § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB auf Grundstücksmaklerverträge, die im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB geschlossen werden.

In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ging es um die Frage, ob ein Mieterhöhungsverlangen im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB dem Verbraucherwiderrufsrecht nach den Regelungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB unterliegt. Zweifel bestehen insbesondere deshalb, weil § 558b BGB dem betroffenen Mieter eine angemessene Überlegungs- und Überprüfungsfrist einräumt.⁴⁰² Der Bundesgerichtshof verneint ein Verbraucherwiderrufsrecht bei diesem Sachverhalt unter Verweis darauf, dass § 312 Absatz 4 Satz 1 BGB den Mieter vor Fehlentscheidungen wegen psychischen Drucks und einem typischerweise bestehenden Informationsdefizit schützen solle, der Mieter aber in den Fällen von Mieterhöhungsverlangen durch die Regelungen der §§ 558 ff. BGB, nämlich die dort vorgesehene Begründungspflicht und Zustimmungsfrist, ohnehin geschützt sei, sodass es eines weiteren

⁴⁰⁰ *Würdinger*, JM 3, März 2019, S. 98 (100).

⁴⁰¹ BGH NJW 2019, 303 ff. (mit Anmerkungen *Fervers*); NZM 2018, 1011 (mit Anmerkungen *Börstinghaus*); BGH WM 2018, 2334; IMR 2019, 7; IBRRS 2018, 3737.

⁴⁰² *Würdinger*, JM 3, März 2019, S. 98; BGH NJW 2019, 303.

Verbraucherwiderrufsrechts hier nicht mehr bedürfe.⁴⁰³ Vollkommen zu Recht weist *Würdinger* allerdings auch auf die dogmatische Brisanz hin, einen überbordenden Verbraucherschutz de lege lata zurecht zu stützen.⁴⁰⁴ Der Bundesgerichtshof argumentiert nämlich gegen das historische Argument, wonach der Gesetzgeber wegen § 312 Absatz 4 Satz 1 BGB das Verbraucherwiderrufsrecht grundsätzlich auf Verträge über die Vermietung von Wohnraum Anwendung finden lässt und eine Ausnahme davon nach § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB nur für die Fälle vorsieht, in denen ein Mietverhältnis über Wohnraum begründet wird, sofern *der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat*. In allen anderen Fällen, insbesondere auch für Mieterhöhungsverlangen, gilt jedoch die Regelung des § 312 Absatz 4 Satz 1 BGB, sodass ein Verbraucherwiderrufsrecht nach den gesetzlichen Voraussetzungen eigentlich besteht.⁴⁰⁵

Zu recht überträgt *Würdinger* jedoch die teleologischen Überlegungen der Entscheidung auf Grundstücksmaklerverträge, die im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB geschlossen werden, unter Verweis darauf, dass sich auch die Situation des Online-Maklervertragsschlusses deutlich vom klassischen Online-Shopping unterscheidet, sofern es nach der Provisionsabrede auch zur Besichtigung der Immobilie kommt.⁴⁰⁶ *Würdinger* greift damit eine Argumentation auf, die bereits das Oberlandesgericht Schleswig in seiner Entscheidung⁴⁰⁷ als Vorinstanz zur Entscheidung⁴⁰⁸ des Bundesgerichtshofs bemüht hat, sich dort jedoch nicht halten ließ.⁴⁰⁹ Der Bundesgerichtshof bejahte vielmehr die Pflicht des Grundstücksmaklers, Verbrauchern bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes ein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen.⁴¹⁰ Die Überlegungen *Würdingers* sind jedoch begrüßenswert, weil das maklerrechtliche Erfolgsprinzip den Maklerkunden umfassend schützt und ein Provisionsanspruch nach § 652 Absatz 1 BGB voraussetzt, dass es zum Abschluss eines rechtswirksamen Hauptvertrages

⁴⁰³ BGH NJW 2019, 303 (306).

⁴⁰⁴ *Würdinger*, JM 3, März 2019, S. 98 (99) unter Verweis auf *Hau*, NZM 2015, 435 (439); *Koch*, VuR 2016, 92; *Junker*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/*Würdinger*, jurisPK, BGB, 8. Auflage 2017, § 312 BGB Rn. 134: „Für eine generelle Nichtanwendung der §§ 312ff. BGB gibt es aber keinen Grund.“

⁴⁰⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637, S. 48.

⁴⁰⁶ *Würdinger*, JM3, März 2019, S. 98 (100).

⁴⁰⁷ OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069.

⁴⁰⁸ BGH NJW 2017, 1024.

⁴⁰⁹ Der Bundesgerichtshof hat das Urteil aufgehoben und ein Verbraucherwiderrufsrecht bejaht, BGH NJW 2017, 1024.

⁴¹⁰ BGH NJW 2017, 1024.

kommt. Es erscheint insbesondere dann widersinnig, dem Maklerkunden zusätzlich noch ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht einzuräumen, sofern dieser die Gelegenheit hatte, die Immobilie zu besichtigen und sich dadurch ein umfassendes Bild von der Immobilie zu verschaffen. Die typischen Gefahren, denen sich Verbraucher bei Abschluss und Abwicklung von klassischen Online-Geschäften ausgesetzt sehen, bestehen hier keinesfalls. Daher ist *Würdinger* zuzustimmen, einen *überbordenden* und *über das Ziel hinauschießenden* Verbraucherschutz zu reduzieren.⁴¹¹

e) Inhalt des Muster-Widerrufsformulars

Neben einer ordnungsgemäßen Verbraucherwiderrufsbelehrung ist der Unternehmer gleichfalls dazu verpflichtet, seinen Verbraucherkunden das Muster-Widerrufsformular in der Anlage 2 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB zur Verfügung zu stellen.⁴¹² Bei der Formulierung des Muster-Widerrufsformulars hat der Gesetzgeber naturgemäß versucht, eine Vielzahl von Vertragsarten zu erfassen. Das Muster-Widerrufsformular lautet wie folgt:

Muster für das Widerrufsformular

Muster-Widerrufsformular

(Wenn Sie den Vertrag widerrufen wollen, dann füllen Sie bitte dieses Formular aus und senden Sie es zurück.)

- An [hier ist der Name, die Anschrift und gegebenenfalls die Telefaxnummer und E-Mail-Adresse des Unternehmers durch den Unternehmer einzufügen]:
- Hiermit widerrufe(n) ich/wir (*) den von mir/uns (*) abgeschlossenen Vertrag über den Kauf der folgenden Waren (*)/die Erbringung der folgenden Dienstleistung (*)
- Bestellt am (*)/erhalten am (*)
- Name des/der Verbraucher(s)
- Anschrift des/der Verbraucher(s)
- Unterschrift des/der Verbraucher(s) (nur bei Mitteilung auf Papier)
- Datum

(*) Unzutreffendes streichen.

⁴¹¹ *Würdinger*, JM3, März 2019, S. 98 (100).

⁴¹² Grüneberg/*Grüneberg*, § 246a § 1 EGBGB Rn. 9; BGH BB 19, 1873.

Die Formulierung des Muster-Widerrufsformulars ist nicht nur in Bezug auf Maklervertragsverhältnisse wenig gelungen.

Anzuführen ist hier zunächst der erste Satz, der in Klammern gesetzt ist und wie folgt lautet: „Wenn Sie den Vertrag widerrufen wollen, dann füllen Sie bitte dieses Formular aus und senden Sie es zurück.“ Nach dem Wortlaut könnte der Verbraucher der Auffassung sein, dass ein Widerruf nur durch Nutzung des Muster-Widerrufsformulars möglich ist. Das ist tatsächlich nicht der Fall,⁴¹³ da Satz 3 der Muster-Widerrufsbelehrung lediglich eine eindeutige Widerrufserklärung des Verbrauchers verlangt, die z. B. per Brief, Telefax oder E-Mail abgegeben werden kann.⁴¹⁴ Zudem heißt es ergänzend in Satz 4 der Muster-Widerrufsbelehrung: „Sie *können* dafür das beigefügte Muster-Widerrufsformular verwenden, das jedoch nicht vorgeschrieben ist.“ Eine Pflicht des Verbrauchers, das Muster-Widerrufsformular zu verwenden, soll also gerade nicht bestehen. Im Hinblick auf das Muster-Widerrufsformular ist Satz 4 2. Halbsatz der Muster-Widerrufsbelehrung auch semantisch nicht gelungen. Die Formulierung „(...) das jedoch nicht vorgeschrieben ist“ könnte einerseits ergänzend zum 1. Halbsatz dahingehend zu verstehen sein, dass die Verwendung des Muster-Widerrufsformulars nicht zwingend erforderlich ist, andererseits könnte die Formulierung darauf schließen lassen, dass ein Widerruf des Verbrauchers nicht zwingend den *Inhalt* des Muster-Widerrufsformulars erfordert. Richtig ist aber beides. Sinn und Zweck des Verbraucherwiderrufsrechts sprechen dafür, dem Verbraucher unkompliziert den Widerruf eines Vertrages zu ermöglichen. Unter Berücksichtigung von Satz 3 der Muster-Widerrufsbelehrung genügt eine eindeutige Erklärung, um das Verbraucherwiderrufsrecht auszuüben. Es muss also weder das o. g. Muster-Widerrufsformular verwendet werden, um einen Widerruf zu erklären, noch muss der Widerruf des Verbrauchers exakt den Inhalt des Muster-Widerrufsformulars enthalten.

Zudem wird auch die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB nicht genügend berücksichtigt. Während der Verbraucher auch nach Abschluss eines Kaufvertrages und Erhalt der Ware berechtigt ist, den Vertrag zu widerrufen, ist dies zwar auch bei Abschluss eines Dienstvertrages und Erhalt der Dienstleistung möglich, z. B. wenn der Unternehmer den Verbraucher nicht oder nicht ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt hat. Üblicherweise wird der Unternehmer seine Dienstleistungen aber nicht vor Ab-

⁴¹³ So auch BeckOK BGB/Martens, EGBGB, Art. 246a § 1 Rn. 30: „Wichtig ist die Information, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht mittels dieses Formulars ausüben kann, dass dies aber nicht erforderlich ist und er seine Erklärung auch auf andere Weise abgeben kann.“

⁴¹⁴ Dies folgt auch aus Artikel 11 Absatz 1 a) und b) VRRG, wonach der Verbraucher für den Widerruf eines Vertrages das Muster-Widerrufsformular *oder* eine eindeutige Erklärung in beliebiger anderer Form nutzen kann.

lauf der Widerrufsfrist erbringen, wenn er nicht zuvor vom Verbraucher die Zustimmung eingeholt hat, mit der Ausführung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnen zu dürfen und gleichzeitig dessen Kenntnis davon bestätigen zu lassen, dass der Verbraucher sein Recht zum Widerruf des Vertrages verliert, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat, § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB. Ein Widerruf von Dienstleistungsverträgen ist also in all den Fällen nicht mehr möglich, in denen der Verbraucher die Dienstleistung erhalten hat, gleichzeitig aber auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB erfüllt sind. Die Formulierung hinter Spiegelstrich 3 des Muster-Widerrufsformulars suggeriert hingegen, dass ein Widerruf des jeweiligen Vertrages unabhängig davon, ob ein Vertrag über den Kauf einer Ware oder die Erbringung einer Dienstleistung vorliegt, auch nach Erhalt der Ware oder der Dienstleistung per se möglich ist. Dies ist bei Dienstleistungsverträgen hingegen nicht der Fall, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde und die Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB erfüllt sind.

2. Zeitpunkt der Widerrufsbelehrung und Beginn der Widerrufsfrist

Die Widerrufsfrist richtet sich nach § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB und beginnt daher ab dem Zeitpunkt des Maklervertragsabschlusses. Zwar regelt § 356 Absatz 3 Satz 1 BGB, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt, bevor die Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EGBGB bzw. des Artikels 246b § 2 Absatz 1 EGBGB seitens des Unternehmers erfüllt worden sind. Im Rahmen von Fernabsatzverträgen gemäß § 312c BGB genügt es hingegen, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß über das ihm zustehende Widerrufsrecht gemäß § 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB belehrt wurde.⁴¹⁵ Die Erfüllung der übrigen Pflichten, die sich für den Unternehmer aus den Artikeln 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EGBGB bzw. des Artikels 246b § 2 Absatz 1 EGBGB ergeben, sind für den Beginn der Widerrufsfrist damit nicht relevant. Der Immobilienmakler wird daher seinen Kunden regelmäßig schon bei Abschluss des Maklervertrages über das Verbraucherwiderrufsrecht belehren.

Bereits zuvor⁴¹⁶ wurde auf die besondere Bedeutung der Frage hingewiesen, wann konkret der provisionspflichtige Maklervertrag zwischen dem Immobilienmakler und dem Maklerkunden zustande kommt. Die Beantwortung dieser Frage hat bei der Prüfung, wann die Widerrufsfrist zu laufen beginnt, ganz erhebliche Bedeutung. Hiervon hängt nämlich ab, ob die Wider-

⁴¹⁵ Grüneberg/*Grüneberg*, § 356 Rn. 7.

⁴¹⁶ S. dazu Kapitel B.VI.

rufsbelehrung rechtzeitig erfolgte und somit eine vierzehntägige Widerrufsfrist zu laufen beginnt oder ob eine rechtzeitige Belehrung versäumt wurde mit der Folge, dass eine Widerrufsfrist von zwölf Monaten und 14 Tagen gilt, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB. Um die Unsicherheiten, die sich aus der sog. „Invitatio-Rechtsprechung“ bei Abschluss des Maklervertrages ergeben,⁴¹⁷ im Interesse beider Vertragsparteien zu vermeiden und Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes zu schaffen, bietet es sich an, von der „Invitatio-Rechtsprechung“ zum Abschluss des Immobilienmaklervertrages abzuweichen und das Online-Inserat mit eindeutigen Provisionshinweis als Angebot an einen unbestimmten Personenkreis – offera ad incertas personas – einzuordnen, sodass die Kontaktaufnahme des Verbrauchers zum Makler als Annahme anzusehen ist, die bereits zum Maklervertragsabschluss führt.⁴¹⁸ Dies hätte zur Folge, dass der Zeitpunkt des Vertragsschlusses deutlich leichter zu bestimmen wäre und der Immobilienmakler sicherstellen müsste, dass schon das digitale Inserat auf seiner Homepage oder einem Online-Vertriebsportal eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung enthält, damit er die Pflicht einer rechtzeitigen Widerrufsbelehrung erfüllt. Im Hinblick auf den Abschluss eines Maklervertrages über den Kauf einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses, wird zukünftig auch das Textformerfordernis des § 656a BGB dazu beitragen, Streitigkeiten über die Frage, ob und wenn ja, wann, ein Maklervertrag geschlossen wurde, deutlich zu reduzieren. Das Textformerfordernis, das auch § 2 Absatz 1 Satz 2 WoVermRG vorsieht, ist daher aus Verbraucherschutzgründen zu begrüßen. Zudem ist noch auf die Regelung des § 361 Absatz 3 BGB hinzuweisen, wonach den Unternehmer die Beweislast trifft, sollte der Beginn der Widerrufsfrist streitig sein. Der Grundstücksmakler hat daher im Streitfall alle Tatsachen darzulegen und zu beweisen, insbesondere dass der Verbraucher ordnungsgemäß über sein Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde und wann dies geschehen ist.⁴¹⁹

3. Nachweisbarkeit einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung

Neben der Pflicht des Immobilienmaklers, seinen Verbraucherkunden bei Abschluss eines Online-Maklervertrages über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren, liegt sein Interesse naturgemäß auch darin, die Widerrufsbelehrung *nachweisbar* vorzunehmen, um seinen Maklerprovisionsanspruch abzusichern und nicht Gefahr zu laufen, sich dem Vorwurf

⁴¹⁷ Zu diesem Problemkreis s. bereits Kapitel B.VI.2.

⁴¹⁸ S. dazu Kapitel B.VI.4.

⁴¹⁹ BGH NJW 2019, 3231; Grüneberg/*Grüneberg*, § 361 Rn. 3; MüKoBGB/*Fritzsche*, § 361 Rn. 19.

auszusetzen, eine erforderliche Widerrufsbelehrung nicht oder nicht ordnungsgemäß vorgenommen zu haben, obwohl dies tatsächlich geschehen ist. Zur Widerrufsbelehrung in klarer und verständlicher Weise verpflichtet ihn im Übrigen auch Artikel 246a § 4 Absatz 1 EGBGB.

a) Online-Belehrung

Zunächst bietet es sich an, den Verbraucher bei Abschluss eines Online-Maklervertrages auch online über das diesem zustehende Verbraucherrücktrittsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren.⁴²⁰ Anknüpfend an die Regelungen über den E-Commerce⁴²¹ hat die Einführung des Verbraucherrücktrittsrechts auf Online-Maklerverträge jedenfalls zu einer starken, einer Formvorschrift gleichkommenden, Formalisierung des Maklervertragsabschlusses beigetragen, wenn dieser online gemäß § 312c BGB zustande kommt. Dies äußert sich nunmehr auch im Textformerfordernis des § 656a BGB. Es ist daher denkbar, eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung auf der jeweiligen Angebotsseite zu hinterlegen. Dies könnte allerdings zu Streitigkeiten zwischen den Maklervertragsparteien führen, insbesondere im Hinblick darauf, ob der Maklerkunde die Widerrufsbelehrung wahrgenommen hat oder wahrnehmen musste.⁴²² Deswegen wird von Immobilienmaklern beabsichtigt, die Widerrufsbelehrung so zu gestalten, dass der Maklerkunde die Widerrufsbelehrung zunächst auf entsprechenden Schaltflächen bestätigen muss, bevor er weitere Tätigkeiten entfaltet. Dies stellt die Kautelarpraxis jedoch aufgrund der Regelungen des § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 b) BGB vor eine gewaltige Herausforderung, da eine AGB-vertragliche Formulierung, wonach der Maklerkunde zu bestätigen hat, eine ihm zu erteilende Widerrufsbelehrung gelesen und verstanden zu haben, unwirksam sein dürf-

⁴²⁰ Zur Widerrufsbelehrung zum Maklervertrag bei automatisierten E-Mail-Versandssystemen s. *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079. Die Einordnung gelingt dort allerdings nicht präzise. So handelt es sich bei einem Maklervertrag, der über eine Internetplattform geschlossen wird, nicht um einen Vertrag, der außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten geschlossen wird, § 312b BGB, sondern um einen Fernabsatzvertrag, § 312c BGB. Bedeutung hat dies u.a. bei der Erfüllung der Informationspflichten nach Artikel 246a § 4 Absatz 2 und 3 EGBGB. Zur Thematik s. auch *Wistokat*, NZM 2021, 585 (592).

⁴²¹ Zur Diskussion über die Anwendbarkeit der Vorschriften auf den Online-Maklervertrag s. Kapitel B.XII.

⁴²² Zur allgemeinen Problematik s. auch BGH, Urteil vom 15.05.2014 – III ZR 368/13, NJW 2014, 2857: „Die bloße Abrufbarkeit einer Widerrufsbelehrung auf einer gewöhnlichen Webseite (ordinary website) des Unternehmers reicht für die formgerechte Mitteilung der Widerrufsbelehrung an den Verbraucher nach §§ 355 II 1 und III 1, 126b BGB nicht aus.“

te.⁴²³ Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 b) BGB liegt zwar dann nicht vor, sofern allein der Empfang der Widerrufsbelehrung bestätigt wird und dieses Empfangsbekenntnis gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB.⁴²⁴ Die Anforderungen der Rechtsprechung hieran sind allerdings streng.⁴²⁵ Nicht ausreichend ist daher regelmäßig das Setzen eines Häkchens durch Anklicken eines Kontrollkastens in einem Online-Formular, da ein unbedachtes Anklicken die beabsichtigte Warnfunktion unterläuft.⁴²⁶

Zur Lösung der Problematik gibt der Gesetzgeber dem Unternehmer in Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB eine Hilfestellung. Danach kann der Unternehmer seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung dadurch erfüllen, dass er die Musterwiderrufsbelehrung gemäß Anlage 1 zutreffend ausgefüllt und in Textform an den Verbraucher übermittelt. Insofern bietet sich an, den Verbraucher per E-Mail über das ihm bei Abschluss eines Online-Maklervertrages zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren.

Gleiches gilt für die Bereitstellung des Muster-Widerrufsformulars, Anlage 2 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EGBGB. Um nicht Gefahr zu laufen, die erstrebte Maklerprovision trotz Maklerleistung zu verlieren, sollte der Immobilienmakler davon absehen, Maklerleistungen zu erbringen, bevor der Verbraucher ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde. Aus Gründen der Provisionsabsicherung sollte der Immobilienmakler seine Maklertätigkeiten überdies nur dann vor Ablauf der Verbraucherwiderrufsfrist entfalten, wenn der Interessent seine ausdrückliche Zustimmung dafür erteilt, dass der Immobilienmakler seine Maklertätigkeit schon vor Ablauf der Widerrufsfrist erbringt und zudem seine Kenntnis darüber bestätigt, dass er sein Verbraucherwiderrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung verliert, § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB.

b) Persönliche Belehrung

Der Immobilienmakler könnte seinen Maklerkunden auch zu einem späteren Zeitpunkt über das Verbraucherwiderrufsrecht belehren, z. B. im Rahmen eines ersten persönlichen Termins während der Besichtigung der Immobilie.

⁴²³ S. hierzu BGH NJW 2019, 3231 Rn. 29; BGH NJW 2014, 2857 (2859), Rn. 28 ff.

⁴²⁴ BeckOK BGB/Becker, BGB § 309 Nr. 12 Rn. 9.

⁴²⁵ BGHZ 119, 283 (296 ff.) = BGH NJW 1993, 64; vgl. auch BGHZ 148, 302 (304) = BGH NJW 2001, 3186; BGH NJW 1987, 125 (126).

⁴²⁶ BeckOK BGB/Becker, BGB § 309 Nr. 12 Rn. 9; BGH NJW 2014, 2857 (2860), Rn. 34.

Dies setzt aber voraus, dass der gesamte Ablauf – praxisuntypisch – vom Regelfall abweicht. Um nämlich nicht zu spät über das Widerrufsrecht zu belehren mit der Folge, dass eine Widerrufsfrist von einem Jahr und 14 Tagen läuft,⁴²⁷ müsste der Immobilienmakler entgegen seinem Interesse sicherstellen, dass bis zum Zeitpunkt des *persönlichen* Erstkontakts *kein* provisiionspflichtiger Maklervertrag zustande kommt. Das Ziel, dem Verbraucher sein Widerrufsrecht klar und deutlich vor Augen zu führen, wird nämlich nur erreicht, sofern er seine Vertragserklärung bereits abgegeben hat oder zeitgleich mit der Widerrufserklärung abgibt.⁴²⁸ Der Makler müsste also davon absehen, seine Provisionserwartung bereits im Immobilien-Inserat klarzustellen, um einen (konkludenten) Maklervertragsabschluss vor Besichtigung der Immobilie kategorisch auszuschließen. Erst im Rahmen des Treffens dürfte der Immobilienmakler seine Provisionserwartung offenbaren und eine entsprechende Provisionsabrede treffen können. Ein solches Vorgehen ist schon im Hinblick auf die den Makler treffenden wettbewerbsrechtlichen Pflichten, insbesondere § 5 Absatz 1 UWG, äußerst bedenklich. Gleiches gilt für die Pflichten des Maklers nach § 1 PAngV.

Sofern ein provisiionspflichtiger Maklervertrag aber tatsächlich erst während dieses persönlichen Zusammentreffens zustande kommt, handelt es sich zwar nicht um einen Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB, jedoch um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag, § 312b BGB. Auch hieraus resultiert eine Pflicht des Maklers, seinen Verbraucherkunden bei Abschluss des Maklervertrages über das diesem zustehende Verbraucherrücktrittsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312b BGB zu belehren. Unsicherheit im Hinblick auf eine effektive Provisionsabsicherung des Maklers bietet überdies der Umstand, dass dieser vor dem persönlichen Zusammentreffen mit dem Interessenten an der zu besichtigenden Immobilie dem Interessenten bereits die Adresse der Immobilie mitgeteilt hat und somit einen Teil der Nachweistätigkeit erbringt, obwohl zu diesem Zeitpunkt keine Provisionsabrede besteht. Wenn der Maklerkunde sich dann später weigert, eine Provisionsabrede zu treffen, ist es dem Immobilienmakler kaum noch möglich, die eigentlich beabsichtigte Maklerprovision noch erfolgreich durchzusetzen. Vielmehr besteht die Gefahr, dass der Maklerkunde aufgrund der ihm bekannten Informationen einen Hauptvertrag herbeiführt, ohne eine Maklerprovision zahlen zu müssen.

Sofern der Maklervertragsabschluss tatsächlich nicht im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB, sondern außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wird, gilt es für den Grundstücksmakler, auch seine aus § 312d Absatz 2 BGB resultierenden Pflichten zu erfüllen. Danach sind die Informa-

⁴²⁷ *Looschelders*, § 41 Rn. 30.

⁴²⁸ BGH MMR 2011, 27.

tionen dem Verbraucher auf Papier, oder, sofern dieser zustimmt, auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen, Artikel 246a § 4 Absatz 2 Satz 1 EGBGB.⁴²⁹ Eine mündliche Belehrung des Verbrauchers genügt keinesfalls.⁴³⁰

c) Belehrung „durch“ das Onlineportal

Sofern die Kontaktnahme des Verbrauchers z.B. über die von ihm betriebene eigene Homepage erfolgt, ist dies meist unkritisch, weil der Immobilienmakler allein dafür Sorge tragen kann, eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung zur Verfügung zu stellen.

Anders kann dies aber dann sein, wenn der Immobilienmakler für die Vermarktung von Immobilien einschlägige Online-Vertriebsportale⁴³¹ nutzt, die von unabhängigen Dritten betrieben werden. Die Nutzung digitaler Medien führt nämlich in der Praxis dazu, dass der Immobilienmakler in vielen Fällen durch Dritte über das Verbraucherwiderrufsrecht aufklärt, wenn er einen Maklervertrag als Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB schließt und seinen Kunden rechtzeitig über das diesem zustehende Verbraucherwiderrufsrecht belehren möchte. Dass Grundstücksmakler sich bei Abschluss eines Online-Maklervertrages nicht auf die Verbraucherwiderrufsbelehrung eines Online-Vermarktungsportals verlassen sollten, verdeutlicht eine Entscheidung⁴³² des Oberlandesgerichts Naumburg zur Widerrufsbelehrung von Immobilienscout24, eines der führenden Online-Portale für die Vermarktung von Immobilien. In dem dort entschiedenen Fall nutzte der Immobilienmakler für die Vermarktung einer Immobilie dieses Online-Vertriebsportal und die seitens der Betreiber zur Verfügung gestellte Verbraucherwiderrufsbelehrung. Weder der Einleitung noch der Widerrufsbelehrung selbst ließ sich entnehmen, ob diese auf den Maklervertrag, den Kaufvertrag oder einen etwaigen Vermittlungsvertrag mit dem Vertriebs-Portal gerichtet war. Für den durchschnittlichen Verbraucher sei daher nicht zu erkennen, dass sich die Verbraucherwiderrufsbelehrung konkret auf den Maklervertrag beziehe, Artikel 246a § 4 Absatz 1 EGBGB.⁴³³ Daher sei die für eine ordnungsgemäße Widerrufsbe-

⁴²⁹ BGH NJW-RR 2021, 177.

⁴³⁰ MüKoBGB/*Fritsche*, § 356 Rn. 28; Grüneberg/*Grüneberg*, § 356 Rn. 7; a.A. *Föhlich/Dyakova*, MMR 2013, 71 (73).

⁴³¹ Z. B. www.immowelt.de; www.immobilienscout24.de; www.immonet.de.

⁴³² Sog. „Immoscout-Urteil“, OLG Naumburg BeckRS 2018, 16076 = IBRRS 2018, 2130 = IMRRS 2018, 0763.

⁴³³ OLG Naumburg BeckRS 2018, 16076 = IBRRS 2018, 2130 = IMRRS 2018, 0763.

lehrung erforderliche Transparenz nicht gegeben.⁴³⁴ Ebenso war der Widerrufserklärung nicht eindeutig zu entnehmen, ob die Widerrufsbelehrung von dem Immobilienmakler oder dem Online-Portal vorgenommen wurde, was Artikel 246a § 4 Absatz 3 Satz 2 EGBGB aber erfordere. In der Praxis stellt sich der Ablauf häufig so dar, dass ein Interessent über eine entsprechende Schaltfläche Kontakt zum Objektanbieter aufnimmt und sodann eine automatisierte Nachricht per E-Mail erhält, die ein Exposé zur Immobilie mit weiteren Informationen sowie eine Widerrufsbelehrung enthält.⁴³⁵ Bei der automatisierten E-Mail handelt es sich jedoch zumeist um eine sog. „no-reply-Email“, sodass für den Verbraucher nicht eindeutig erkennbar ist, ob der zuständige Makler oder das Internetportal die Erklärung abgibt, Artikel 246a § 1 Absatz 1 Nr. 2 EGBGB.⁴³⁶ Die Absenderadresse enthält keinen eindeutigen Hinweis auf den Vertragspartner.⁴³⁷ Im Übrigen landen „no-reply-E-Mails“ häufig nicht im Posteingang, sondern im sog. Spam-Ordner, sodass ein ordnungsgemäßer Zugang der erforderlichen Widerrufsbelehrung zweifelhaft erscheint.⁴³⁸

Insofern hat der Makler äußerst sorgsam zu prüfen, ob Verbraucherwiderrufsbelehrungen, die seitens der Vermarktungsportale zur Verfügung gestellt werden, den Anforderungen des § 312d Absatz 1 BGB i. V. m. Artikel 246a EGBGB entsprechen. Andernfalls wird lediglich die verlängerte Widerrufsfrist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB in Gang gesetzt, sodass Verbraucher den Online-Maklervertrag noch innerhalb eines Zeitraumes von einem Jahr und 14 Tagen widerrufen können. Dies führte dazu, dass der Maklerkunde den Maklervertrag mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung noch widerrufen konnte und ein Maklerprovisionsanspruch entfiel.

Für Grundstücksmakler gilt es daher gegenüber dem Verbraucher klarzustellen, dass der provisionspflichtige Maklervertrag ausschließlich mit dem Immobilienmakler zustande kommt und nicht mit dem Vertriebsportal.⁴³⁹ Entsprechend hat der Immobilienmakler auch hier dafür zu sorgen, dass der Verbraucher ordnungsgemäß über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wird. Fehler von Widerrufsbelehrungen seitens des Portalbetreibers gehen zu Lasten des verwendenden Immobilienmaklers, der sich diese fehlerhafte Widerrufsbelehrung zurechnen lassen muss.⁴⁴⁰

⁴³⁴ Unter Verweis auf BGH NJW 2017, 1306.

⁴³⁵ *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079 (3080), Rn. 12.

⁴³⁶ *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079 (3080), Rn. 15, 16.

⁴³⁷ *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079 (3081), Rn. 20.

⁴³⁸ So jedenfalls *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079 (3080, 3081), Rn. 17, 20.

⁴³⁹ So auch OLG Naumburg BeckRS 2018, 16076, Rn. 17.

⁴⁴⁰ Denkbar ist in solchen Fällen allerdings ein Schadensersatzanspruch des Immobilienmaklers gegen den Portalbetreiber.

Es ist daher zu trennen zwischen dem Hauptvertrag, der zwischen dem Verkäufer und dem Käufer zustande kommt, dem provisionspflichtigen Maklervertrag, den der Immobilienmakler mit einer oder mit beiden Hauptvertragsparteien schließt,⁴⁴¹ sowie einem etwaigen Vertragsverhältnis, das der Maklerkunde mit dem Vertriebsportal eingeht.⁴⁴²

Dem Immobilienmakler obliegt die Pflicht, im Rahmen seiner Aufklärung über das Widerrufsrecht sorgfältig darüber zu informieren, auf welches Vertragsverhältnis sich die Widerrufsbelehrung tatsächlich bezieht.

Die Begründung des klageabweisenden Urteils erscheint dennoch fragwürdig.⁴⁴³ Zunächst sieht das Musterwiderrufsformular des Gesetzgebers, Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB, eine erklärende Einleitung nicht vor. Aus diesem Grund könnte eine seitens des Gerichts geforderte Einleitung sogar zum Verlust des Musterschutzes führen.⁴⁴⁴ Die verwendete Widerrufsbelehrung entsprach hier dem Mustertext des Gesetzgebers,⁴⁴⁵ der ausdrücklich das Wort „Vertrag“ enthält, ohne weitere Konkretisierung, um was für ein Vertragsverhältnis es sich handelt. Wenn aber der Gesetzgeber an den Stellen in der Musterwiderrufsbelehrung, an denen er schlicht von einem „Vertrag“ spricht, keine Gestaltungshinweise gibt, die den Verwender zur Konkretisierung anhalten, dann darf dem Verwender die unveränderte Nutzung des Musters nicht zum Nachteil gereichen und der Musterschutz versagt werden.⁴⁴⁶ Die Musterwiderrufsbelehrung soll naturgemäß eine Vielzahl an Fällen abdecken, was in den meisten Fällen kein Problem darstellt, wenn es sich z. B. um einen Kaufvertrag im Zweipersonenverhältnis handelt, der über ein Online-Portal geschlossen wird. Eine Einschränkung, dieses Muster nicht auf Maklerverträge Anwendung finden zu lassen, enthält weder Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 BGB noch dessen Anlage 1. Vielmehr lautet die Überschrift zu Anlage 1, ohne Ausnahmen zu enthalten: „Muster für die Widerrufsbelehrung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen“.

⁴⁴¹ Dies ist abhängig von der Ortsüblichkeit und dem konkreten Einzelfall. Hieran ändert sich auch nichts aufgrund der Regelungen der §§ 656a–656d BGB.

⁴⁴² S. hierzu auch OLG Naumburg BeckRS 2018, 16076, Rn. 15.

⁴⁴³ So auch *Wistokat*, NZM 2021, 585 (592).

⁴⁴⁴ So ist es z. B. auch dem Verwender einer „zahlungspflichtig bestellen“-Schaltfläche, § 312j Absatz 3 Satz 2 BGB, zum Schutze des Verbrauchers verwehrt, durch weitere Erklärungen von dem tatsächlichen Inhalt abzulenken, s. Fn. 620, S. 145.

⁴⁴⁵ So ausdrücklich das OLG Naumburg BeckRS 2018, 16076, Rn. 14.

⁴⁴⁶ So auch für die ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung bei Abschluss von Verbraucherdarlehensverträgen BGH NJW-RR 2019, 867, Rn. 15; BGHZ 213, 52 = NJW 2017, 1306, Rn. 17; OLG Stuttgart, Beschluss vom 04.02.2019, BeckRS 2019, 3514. Beifallswert insofern auch Hanseatisches OLG BKR 2015, 336 (337).

Wenn dieses Muster hingegen dennoch und ohne Änderung keine Anwendung auf Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB finden soll, weil die Gefahr einer unwirksamen Widerrufsbelehrung besteht, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, für Maklerverträge eine Muster-Widerrufsbelehrung zu formulieren, die einer gerichtlichen Überprüfung standhält und den Musterschutz gewährleistet. Der Unternehmer muss nämlich nicht genauer formulieren, als der Gesetzgeber.⁴⁴⁷ Die angebliche Gefahr, auf die das Oberlandesgericht Naumburg hinweist, wonach nicht klar sei, ob sich die Widerrufsbelehrung möglicherweise auf den zu schließenden Kaufvertrag bezieht, bestünde im Übrigen auch dann, wenn die Widerrufsbelehrung nicht durch ein von Dritten betriebenes Immobilienportal, sondern direkt durch den Immobilienmakler selbst erfolgt. Sofern eine konkretisierende Klarstellung für erforderlich erachtet wird, wäre dies zunächst eine Aufgabe für den Gesetzgeber.

Eine Heilung der nicht oder nicht ordnungsgemäß vorgenommenen Widerrufsbelehrung (durch einen Dritten) kann auch nicht dadurch erfolgen, dass der Grundstücksmakler unabhängig von der Widerrufsbelehrung eines drittbetriebenen Online-Portals eine weitere eigene Widerrufsbelehrung vornimmt. Zunächst wird zu diesem Zeitpunkt in aller Regel bereits ein provisionspflichtiger Maklervertrag bestehen. Zwar beginnt die Widerrufsfrist von 14 Tagen *mit* Vertragsschluss, § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB. Dies setzt aber voraus, dass der Verbraucher zuvor ordnungsgemäß über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde.⁴⁴⁸ Andernfalls wird die Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt, § 356 Absatz 3 Satz 1 BGB, sodass zugunsten des Verbrauchers die verlängerte Verbraucherwiderrufsfrist von einem Jahr und 14 Tagen läuft, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB. Überdies ist im Hinblick auf einen effektiven Verbraucherschutz ohnehin fraglich, ob eine nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgte Widerrufsbelehrung überhaupt im Nachhinein geheilt oder nachgeholt werden kann.⁴⁴⁹ Eine entsprechende Vorschrift kennt das BGB nicht. Zudem würde dies dazu führen, dass die Regelung des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB zu Lasten des Verbrauchers leer liefe und die dort vorgesehene verlängerte Verbraucherwiderrufsfrist einseitig durch den Unternehmer wieder verkürzt werden könnte. § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB soll aber gerade in den Fällen Geltung erlangen, in denen eine Verbraucherwiderrufsbelehrung nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgt.⁴⁵⁰ Im Übrigen führt

⁴⁴⁷ BGH, Beschluss vom 19.03.2019, NJW-RR 2019, 867, Rn. 15; BGHZ 213, 52 = NJW 2017, 1306, Rn. 17; OLG Stuttgart, Beschluss vom 04.02.2019, BeckRS 2019, 3514.

⁴⁴⁸ Dies folgt schon aus Artikel 6 Absatz 1 h) VRRL.

⁴⁴⁹ Dies war nach § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB a.F. möglich; s. dazu auch BGH, Beschluss vom 15.10.2011, BKR 2011, 242.

⁴⁵⁰ MüKoBGB/*Fritsche*, § 356 Rn. 31; s. dazu auch Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und

Genz⁴⁵¹ überzeugend aus, dass ein Verbraucherwiderrufsrecht bei notariell beurkundeten Grundstückskaufverträgen unter den Voraussetzungen des § 312 Absatz 2 Nr. 1b BGB nicht besteht.

4. Nachweisbarkeit des Widerrufs durch den Verbraucher

Macht der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB Gebrauch, so muss hieraus der Entschluss zum Widerruf der von ihm abgegebenen Willenserklärung eindeutig hervorgehen, § 355 Absatz 1 Satz 3 BGB.⁴⁵² Es ist weder eine Begründung des Widerrufs erforderlich, § 355 Absatz 1 Satz 4 BGB,⁴⁵³ noch hat der Widerruf entgegen § 355 Absatz 1 Satz 2 BGB a.F. in Textform zu erfolgen.⁴⁵⁴ Eine vollständige und ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erfordert daher neben dem Namen und der Anschrift des Unternehmers auch die Benennung der Telefonnummer, der Telefaxnummer und der E-Mail Adresse, sofern diese vorhanden sind.⁴⁵⁵ Diese, sich vordergründig zugunsten des Verbrauchers auswirkenden Neuregelungen, die es dem Verbraucher ermöglichen, nunmehr z. B. persönlich oder durch einen Telefonanruf bzw. E-Mail den Widerruf der zuvor abgegebenen Willenserklärung mitzuteilen, können sich in der Praxis jedoch auch zu Lasten des Verbrauchers auswirken, wenn die Widerrufserklärung später nicht mehr gerichtsfest bewiesen werden kann.

a) Telefonischer Widerruf

Erwägungsgrund 44 VRRL regelt ausdrücklich, dass eine eindeutige Erklärung des Verbrauchers für die Ausübung des Widerrufsrechts genügt. Entgegen § 355 Absatz 1 Satz 2 BGB a.F. ist die Wahrung einer bestimmten Form gemäß §§ 126 ff. BGB nicht mehr für die Wirksamkeit der Widerrufserklärung erforderlich.⁴⁵⁶ Erwägungsgrund 44 VRRL erwähnt daher auch ausdrücklich, dass eine Widerrufserklärung u. a. per Telefonanruf beim Un-

zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/13951, S. 65.

⁴⁵¹ Genz, NZM 2021, 791 (792).

⁴⁵² Looschelders, § 41 Rn. 25.

⁴⁵³ Looschelders, § 41 Rn. 25.

⁴⁵⁴ Looschelders, § 41 Rn. 25.

⁴⁵⁵ Landgericht Bochum GRUR-RR 2015, 70. Die Mitteilung einer Faxnummer setzt Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB mittlerweile nicht mehr voraus.

⁴⁵⁶ S. dazu auch der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637 S. 60; Grüneberg/Grüneberg, § 355 Rn. 6.

ternehmer erfolgen kann.⁴⁵⁷ Diese vermeintliche Erleichterung des Widerrufs einer Willenserklärung wirkt sich in der Praxis jedoch dann nachteilig für den Verbraucher aus, wenn es später unterschiedliche Auffassungen zwischen den Vertragsparteien darüber gibt, ob eine Widerrufserklärung tatsächlich erfolgt ist oder nicht.⁴⁵⁸ § 355 Absatz 1 BGB enthält keine Aussage darüber, wer die Beweislast dafür zu tragen hat, *ob* überhaupt eine Widerrufserklärung erfolgt ist und, sofern dies der Fall ist, ob diese auch *fristgerecht* abgegeben wurde, § 355 Absatz 1 Satz 5 BGB.⁴⁵⁹ Erwägungsgrund 44 der VRRL führt hierzu aus: „(...) die Beweislast, dass der Widerruf innerhalb der in der Richtlinie festgelegten *Fristen* erfolgt ist, sollte jedoch dem Verbraucher obliegen.“ Die Gesetzesmaterialien zur Umsetzung in deutsches Recht ergänzen: „Vor dem Hintergrund, dass dem Verbraucher die Beweislast für einen *rechtzeitigen* Widerruf obliegt, ist es für ihn jedoch weiterhin ratsam, in Textform zu widerrufen.“⁴⁶⁰ Insofern ist, insbesondere unter Berücksichtigung der Beweislastregeln, davon auszugehen, dass die zuvor genannten Ausführungen zum *rechtzeitigen* Widerruf denotwendig eine Widerrufserklärung des Verbrauchers voraussetzen und damit auch die Beweislast hinsichtlich der Frage, *ob* eine Widerrufserklärung erfolgt ist, dem Verbraucher obliegt.⁴⁶¹ Dann aber entpuppt sich die vermeintliche Erleichterung des § 355 BGB n.F., der ein Textformerfordernis anders als § 355 Absatz 1 Satz 2 BGB a.F. nicht mehr vorsieht, tatsächlich als eine verbraucherschutzfreundliche Regelung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Verbraucher dadurch stärker geschützt werden soll, dass ihm der Gesetzgeber zwar ermöglicht, Willenserklärungen telefonisch zu widerrufen, der Verbraucher dann aber Gefahr läuft, seine tatsächlich ausgesprochene Widerrufserklärung im Streitfall nicht beweisen zu können. Diesen Widerspruch hat der Richtlinien-

⁴⁵⁷ So auch Landgericht Bochum GRUR-RR 2015, 70 unter Verweis auf Palandt/Heinrichs (2014), § 355 n.F. Rn. 6.

⁴⁵⁸ Anders jedoch OLG Hamm, Beschluss vom 24.03.2015, Az. 4 U 30/15, das einen Unternehmer verpflichtete, eine vorhandene Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung anzugeben, abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2015/4_U_30_15_Beschluss_20150324.html (Stand: 10.03.2020): „*Dass Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Frage bestehen können, ob ein Widerruf telefonisch erklärt worden ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung.*“ In diese Richtung auch OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 04.02.2016, Aktenzeichen 6 W 10/16, BeckRS 2016, 4874: „*Sofern der Unternehmer einen Telefonanschluss unterhält, ist seine Telefonnummer zwingend in die Widerrufsbelehrung mit aufzunehmen, da andernfalls dem Verbraucher der telefonische Widerruf erschwert wird.*“

⁴⁵⁹ S. aber MikoBGB/Fritsche, § 355 Rn. 47, wonach es aus Beweisgründen auch künftig ratsam ist, in Textform zu widerrufen.

⁴⁶⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/12637 S. 60.

⁴⁶¹ So auch Grüneberg/Grüneberg, § 355 Rn. 16.

geber offenbar auch erkannt, da er in Erwägungsgrund 44 VRRL formuliert: „Aus diesem Grund ist es im Interesse des Verbrauchers, für die Mitteilung des Widerrufs an den Unternehmer einen dauerhaften Datenträger zu verwenden.“ Der Verbraucher wird also auch zukünftig nur dann *effektiv* durch das Verbraucherwiderrufsrecht geschützt, wenn er eine Willenserklärung, die zu einem Vertragsabschluss geführt hat, mindestens unter Wahrung der Textform gemäß § 126b BGB widerruft. Aber auch dann können den Verbraucher Beweisprobleme im Hinblick auf seine Widerrufserklärung treffen, wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird. Die Abkehr vom früheren Textformanfordernis trotz offensichtlicher Kenntnis der Beweisproblematik stärkt Verbraucher jedenfalls nicht.

b) Widerruf per E-Mail – Empfangs- und Lesebestätigung

Eine ähnliche Beweisproblematik kann sich auch dann zu Lasten des Verbrauchers ergeben, wenn dieser eine zuvor abgegebene Willenserklärung per E-Mail widerruft. Die Formlosigkeit der Widerrufserklärung gemäß § 355 Absatz 1 Satz 2 BGB n.F. ermöglicht einen Widerruf per E-Mail.⁴⁶² Überdies erfüllt die E-Mail auch die Voraussetzungen der Textform gemäß § 126b BGB, die jedoch nach § 355 BGB n.F. nicht mehr für einen wirksamen Widerruf erforderlich ist. Allerdings trägt der Verbraucher auch hier die *Beweislast* über den Inhalt, die Absendung und den Zugang des Widerrufs.⁴⁶³ Eine Willenserklärung gegenüber einem Abwesenden geht diesem zu, wenn die Erklärung derart in den Empfangsbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.⁴⁶⁴ Zum Empfangsbereich des Empfängers gehört auch dessen E-Mail Postfach.⁴⁶⁵ Dem Verbraucher wird es jedoch regelmäßig nicht gelingen, den Zugang seiner per E-Mail geäußerten Widerrufserklärung beim Unternehmer zu beweisen. Allein das Absenden einer E-Mail stellt nämlich keinen Nachweis für den Zugang beim Erklärungsempfänger dar.⁴⁶⁶ Die Versendung der E-Mail stellt nicht einmal einen *Anscheinsbeweis* für deren Zugang beim Empfänger dar.⁴⁶⁷ Damit schützt selbst die Wahrung der Textform gemäß

⁴⁶² Grüneberg/*Grüneberg*, § 355 Rn. 6.

⁴⁶³ Grüneberg/*Grüneberg*, § 355 Rn. 16.

⁴⁶⁴ Grüneberg/*Ellenberger*, § 130 Rn. 5; MüKoBGB/*Einsele*, § 130 Rn. 19; HK-BGB/*Heinrich Dörner*, § 130 Rn. 4; BGH NJW 80, 990; BGH NJW 04, 1320; BGH NJW-RR 11, 1184 (1185), Rn. 15; BAG NJW 93, 1093.

⁴⁶⁵ Grüneberg/*Ellenberger*, § 130 Rn. 5.

⁴⁶⁶ LG Hamburg BeckRS 2016, 19940; LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.11.2012, BeckRS 2013, 66632.

⁴⁶⁷ LG Hamburg BeckRS 2016, 19940; OLG Köln <https://openjur.de/u/121528.html> (Stand 30.10.2020); Staudinger/*Singer/Benedict* (2021), § 130 Rn. 110.

§ 126b BGB, wie es § 355 BGB a.F. noch vorsah, den Verbraucher nicht effektiv. Ein Anscheinsbeweis kann nämlich nur dann begründet sein, wenn der Absender der E-Mail eine Eingangs- oder Lesebestätigung anfordert und diese auch erhält.⁴⁶⁸ Bekommt der Verbraucher eine solche Bestätigung nicht, wird er einen wirksamen Widerruf seiner Willenserklärung gerichtsfest kaum beweisen können. Es genügt überdies auch nicht, dass sich die E-Mail, die eine Widerrufserklärung enthält, in einem Ordner „gesendete E-Mails“ befindet, das Absenden einer E-Mail stellt keinen Nachweis für deren Zugang dar.⁴⁶⁹

c) *Erfordernis einer „Online-Widerrufsmaske“*

Gestaltungshinweis 3 zur Musterwiderrufsbelehrung in Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB gestattet es dem Unternehmer, dem Verbraucher die Wahl einzuräumen, die Information über seinen Widerruf des Vertrages auf einer von dem Unternehmer betriebenen Webseite elektronisch auszufüllen und zu übermitteln. Sofern der Unternehmer hiervon Gebrauch macht, ist er nach Gestaltungshinweis Nr. 3 der Musterwiderrufsbelehrung verpflichtet⁴⁷⁰, dem Verbraucher unverzüglich, z. B. per E-Mail, eine Bestätigung über den Eingang des Verbraucherwiderrufs zu übermitteln. Im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes ist diese Regelung richtig. Der Gestaltungshinweis ermöglicht Verbrauchern durch die Pflicht des Unternehmers, den Eingang der Widerrufsbelehrung unverzüglich zu bestätigen, eine deutliche Beweiserleichterung, die von der Musterwiderrufsbelehrung im Übrigen nicht vorgesehen ist, insbesondere nicht für den telefonischen Verbraucherwiderruf, wengleich sie hier umso erforderlicher wäre.

Zudem erstaunt, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer eine Wahlmöglichkeit⁴⁷¹ einräumt, die Information über den Verbraucherwiderruf auf der Webseite elektronisch auszufüllen und zu übermitteln. Praktisch führt dies dazu, dass Unternehmer gut beraten sind, von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Musterwiderrufsbelehrung, wie aufgezeigt, den Unternehmer im Übrigen nämlich nicht verpflichtet, den Eingang eines Verbraucherwiderrufs unverzüglich zu bestätigen. Das aber widerspricht einem in sich konsistenten und effektiven Verbraucherwiderrufsrecht.

⁴⁶⁸ Staudinger/Singer/Benedict (2021), § 130 Rn. 110; Grüneberg/Ellenberger, § 130 Rn. 21.

⁴⁶⁹ LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2013, 66632.

⁴⁷⁰ Der genaue Wortlaut ist: „... so werden wir...“.

⁴⁷¹ In Gestaltungshinweis 3 heißt es: „Wenn sie dem Verbraucher die Wahl einräumen, ...“.

Der Gesetzgeber sollte dem Unternehmer daher den Gestaltungshinweis Nr. 3 der Musterwiderrufsbelehrung nicht zur Wahl stellen, sondern diese Regelung zum zwingenden Bestandteil der Musterwiderrufsbelehrung machen, sofern der Unternehmer eine eigene Webseite betreibt. Ergänzend sollte der Gesetzgeber Unternehmer grundsätzlich verpflichten, den Eingang des seitens des Verbrauchers erklärten Widerrufs des Vertrags unverzüglich zu bestätigen. Die dem Verbraucher bislang voll obliegende Beweislast ist mit einem effizienten Verbraucherwiderrufsrecht nicht in Einklang zu bringen und könnte durch eine grundsätzliche Pflicht des Unternehmers, den Eingang eines Verbraucherwiderrufs unverzüglich zu bestätigen, den Schutz des Verbrauchers bei Abschluss von Online-Verträge angemessen stärken.

5. Rechtsfolgen des Widerrufs

Im nächsten Schritt soll untersucht werden, welche Rechtsfolgen sich aus einem ordnungsgemäßen Widerruf der auf den Maklervertragsabschluss gerichteten Willenserklärung ergeben. Diese betreffen nämlich einerseits die Provisionspflicht des Verbrauchers, andererseits einen möglichen Wertersatzanspruch des Immobilienmaklers; in jedem Fall hat der Verbraucherwiderruf des Maklerkunden große wirtschaftliche Bedeutung für beide Parteien des Maklervertrages und ist daher besonders praxisrelevant.

a) Rechtsfolgen vor Umsetzung der VRRL

Die noch von Moraht⁴⁷² zum alten Recht vertretene Auffassung, der sich das Landgericht Hamburg⁴⁷³ anschloss, wonach der Widerruf des Maklervertrages nur Wirkung für nach dem Widerruf erbrachte Maklertätigkeiten erlangen könne und nicht etwa, wie Neises⁴⁷⁴ argumentiert, zum Untergang des Maklerprovisionsanspruchs führt, überzeugt *ratio legis* nicht. Moraht meint, der Verlust des Provisionsanspruchs sei mit dem Gedanken des FernAG nicht vereinbar, weil der Maklerkunde andernfalls allein darüber entscheiden könne, ob der Maklerprovisionsanspruch entsteht oder nicht. Die Anwendung der Rücktrittsvorschriften komme daher ausschließlich dann in Betracht, wenn der Abschluss eines rechtswirksamen Hauptvertrages ausbleibe.⁴⁷⁵

⁴⁷² Moraht, NZM 2001, 883 (885).

⁴⁷³ Landgericht Hamburg BeckRS 2013, 12639.

⁴⁷⁴ Neises, NZM 2000, 889 (893).

⁴⁷⁵ Moraht, NZM 2001, 883 (885).

Dieser Ansicht stehen jedoch der Wortlaut und Sinn und Zweck der maßgeblichen Regelungen entgegen. § 3 Absatz 1 Satz 1 FernAG⁴⁷⁶ i.V.m. § 361a Absatz II Satz 1 BGB a.F.⁴⁷⁷ verweisen auf die §§ 346–361b BGB a.F. Nach § 346 Satz 1 BGB a.F. sind die Vertragsparteien verpflichtet, die *einander empfangenen Leistungen zurückzugewähren*. Dieser Wortlaut kann nur dahingehend verstanden werden, dass eine Maklerprovision auch für zum Zeitpunkt des Widerrufs bereits erbrachte Maklerleistungen an den Verbraucher zurückzuzahlen ist.⁴⁷⁸ Nach dem Sinn und Zweck der Regelung hat der Makler zudem erst recht keinen Anspruch auf Erhalt der Maklerprovision, wenn der Hauptvertrag erst nach dem Widerruf der auf den Maklervertragsabschluss gerichteten Willenserklärung zustande kommt. Dann nämlich mangelt es bereits an einem provisionspflichtigen Maklervertrag, sodass die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB nicht erfüllt sind. Der Widerruf der Willenserklärung des Maklerkunden auf Abschluss eines Maklervertrages hat daher zur Folge, dass eine schon gezahlte Provision zurückzuzahlen ist bzw. ein Provisionsanspruch nach Widerruf des Maklervertrages nicht mehr entsteht.

Die Ausführungen gelten entsprechend auch für die Regelung des § 357 Absatz 1 Satz 1 BGB a.F.⁴⁷⁹ Danach finden die Regelungen über das gesetzliche Rücktrittsrecht Anwendung, sodass etwaig schon vereinnahmte Provisionen an den Maklerkunden gemäß § 346 Absatz 1 BGB a.F.⁴⁸⁰ zurückzuzahlen sind bzw. ein Provisionsanspruch des Maklers für bereits erbrachte Maklertätigkeiten entfällt. Der Bundesgerichtshof hat dies entsprechend in seiner *Entscheidung*⁴⁸¹ auch gar nicht mehr in Zweifel gezogen, sondern lediglich festgestellt, dass dem Makler nach dem Widerruf des Maklervertrages kein Provisionsanspruch mehr zusteht.

b) Rückabwicklungsverhältnis und Fortbestand des Hauptvertrages

Auch nach neuem Recht führt der Widerruf des Verbrauchers dazu, dass er an seine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist, § 355 Absatz 1 Satz 1 BGB. Die Primärleistungspflichten erlös-

⁴⁷⁶ Das Fernabsatzgesetz ist zum 01.01.2002 außer Kraft getreten.

⁴⁷⁷ BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, eingefügt durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung auf von Vorschriften auf Euro vom 27.06.2000 Art. 2, BGBl. I 2000, S. 873, 897, 899, in Kraft seit 30.06.2000.

⁴⁷⁸ Vgl. Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 75.

⁴⁷⁹ BGB in der bis zum 13.06.2014 geltenden Fassung.

⁴⁸⁰ BGB in der bis zum 13.06.2014 geltenden Fassung.

⁴⁸¹ NJW-RR 2017, 368, 374, Rn. 62.

schen und wandeln das bisherige Vertragsverhältnis ex-nunc in ein Rückabwicklungsverhältnis, § 355 Absatz 3 Satz 1 BGB.⁴⁸² Ab dem Zeitpunkt des wirksamen Verbraucherwiderrufs des Maklerkunden besteht daher kein Provisionsanspruch des Maklers mehr, eine bereits vereinnahmte Maklerprovision ist an den Verbraucher zurück zu gewähren.

Besondere Bedeutung erlangt das Verbraucherwiderrufsrecht im Immobilienmaklerrecht aber durch den Umstand, dass § 652 Absatz 1 BGB ein Dreipersonenverhältnis voraussetzt, das zwischen dem Makler einerseits und den beiden Hauptvertragsparteien andererseits besteht. Neben dem Hauptvertragsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer beabsichtigt der Makler, mit mindestens einer der beiden Hauptvertragsparteien einen provisionspflichtigen Maklervertrag zu schließen, wobei er, je nach *Ortsüblichkeit* und *Marktlage*, in einigen Regionen Deutschlands auch mit beiden Hauptvertragsparteien maklervertraglich verbunden ist.⁴⁸³ Dies gilt erst recht nach Einführung des § 656c BGB.

Der Widerruf der auf den Maklervertragsabschluss gerichteten Willenserklärung lässt den Hauptvertrag jedoch unberührt.⁴⁸⁴ Die Rückabwicklung des Maklervertrages zwischen dem Grundstücksmakler und seinem Auftraggeber führt daher nicht (auch) zu einer Rückabwicklung des Hauptvertrages bzw. verhindert nicht einen späteren Hauptvertragsabschluss zwischen dem Verkäufer und dem Käufer. Der Maklerkunde kann die Früchte⁴⁸⁵ des Maklervertrages trotz des Verbraucherwiderrufs nutzen und den notariellen Grundstückskaufvertrag schließen, ohne zur Provisionszahlung verpflichtet zu sein. Das gesetzlich vorgesehene Rückabwicklungsverhältnis gemäß § 355 Absatz 3 Satz 1 BGB berührt den Verbraucher daher de-facto nicht, weil er trotz Widerrufs seiner auf den (Makler-)Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung den von ihm beabsichtigten Hauptvertrag schließen kann bzw. dieser wirksam bestehen bleibt.⁴⁸⁶ Die Ratio des Rückabwicklungsverhältnisses, einen angemessenen Ausgleich zwischen den von dem Widerruf betroffenen Maklervertragsparteien sicherzustellen,⁴⁸⁷ wird hier zu Lasten des

⁴⁸² *Looschelders*, § 41 Rn. 33; *MükoBGB/Fritsche*, § 355 Rn. 59; BeckOK BGB/*Müller-Christmann*, BGB § 355 Rn. 38; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 19 Rn. 35.

⁴⁸³ Die Regelungen der §§ 656a-d BGB ändern hieran nichts.

⁴⁸⁴ Zutreffend insofern OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069, Rn. 48: „*Im Ergebnis kann die Gewährung eines Widerrufsrechtes lediglich dazu führen, dem Beklagten aufgrund einer mangelnden Belehrung zu ermöglichen, nach Ausnutzung der maklerischen Leistung noch um die Zahlung der Provision heranzukommen ...*“.

⁴⁸⁵ Gemeint sind die bis zum Widerruf in Anspruch genommenen Nachweis- und Vermittlungstätigkeiten des Grundstücksmaklers durch den Verbraucher.

⁴⁸⁶ S. dazu bereits oben.

⁴⁸⁷ *MükoBGB/Fritsche*, § 355 Rn. 58.

Grundstücksmaklers keineswegs gewahrt, da dieser trotz seiner Tätigkeit den vertraglich vereinbarten Maklerlohn nicht erhält.

c) Anspruch auf Wertersatz

Anders wäre dies nur, sofern im Falle des Verbraucherwiderrufs ein *Wertersatzanspruch* des Grundstücksmaklers in Höhe der Maklerprovision besteht. Ein solcher Anspruch betrifft Maklerleistungen, die bis zum Verbraucherwiderruf erbracht wurden.⁴⁸⁸ Im Einzelfall klärungsbedürftig ist jedoch, ob dem Grunde nach überhaupt ein Wertersatzanspruch gemäß § 357a Absatz 2 BGB besteht und, sofern dies der Fall ist, in welcher Höhe Wertersatz an den Grundstücksmakler für die bis zum Widerruf erbrachten Tätigkeiten zu leisten ist.

aa) Wertersatz dem Grunde nach

Ein Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers besteht dem Grunde nach allerdings nur dann, sofern die Voraussetzungen des § 357a Absatz 2 Nr. 1 und Nr. 3 BGB i. V.m. Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und 3 EGBGB erfüllt sind.⁴⁸⁹ Neben einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung ist daher insbesondere die Information des Maklers darüber erforderlich, dass der Verbraucher im Falle des Widerrufs einen *angemessenen Betrag* nach § 357a Absatz 2 BGB an den Unternehmer zu zahlen hat.⁴⁹⁰ Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB gibt dem Unternehmer Hilfestellung. Dieser kann seinen Informationspflichten dadurch nachkommen, indem er die Musterwiderrufsbelehrung gemäß Anlage 1 EGBGB ordnungsgemäß verwendet.⁴⁹¹ Andernfalls läuft der Grundstücksmakler im Falle des Verbraucherwiderrufs Gefahr, neben dem Verlust seines Provisionsanspruchs auch keinen Wertersatzanspruch gegen seinen Kunden zu haben.

Systematisch besteht ein Wertersatzanspruch des Maklers nur dann, wenn bis zum Zeitpunkt des Verbraucherwiderrufs lediglich Teilleistungen erbracht worden sind.⁴⁹² Sofern der Makler nämlich den Maklervertrag zum Zeitpunkt des Verbraucherwiderrufs durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen bereits vollständig erfüllt hat, ist das Recht zum Verbraucherwiderruf entfallen, sofern die Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 a) und c) BGB erfüllt

⁴⁸⁸ Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 75.

⁴⁸⁹ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 91.

⁴⁹⁰ BeckOK BGB/*Martens*, EGBGB Art. 246a § 1 Rn. 32.

⁴⁹¹ BeckOK BGB/*Martens*, EGBGB Art. 246a § 1 Rn. 34.

⁴⁹² Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 75.

sind.⁴⁹³ In diesem Fall steht dem Makler bei Abschluss eines Hauptvertrages ein Provisionsanspruch in voller Höhe zu. Hat er es hingegen versäumt, seinen Aufklärungspflichten gemäß § 357a Absatz 2 Nr. 3 BGB i. V. m. Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und 3 EGBGB ordnungsgemäß nachzukommen, ist der Verbraucher im Falle des Widerrufs weder zur Provisionszahlung noch zur Leistung eines Wertersatzes verpflichtet.⁴⁹⁴

Ein Wertersatzanspruch besteht dem Grunde nach also nur dann, wenn der Makler seinen Kunden ordnungsgemäß belehrt hat, mit seinen Maklertätigkeiten umgehend vor Ablauf der vierzehntägigen Verbraucherwiderrufsfrist begonnen hat und der Verbraucherwiderruf erfolgt, bevor der Maklervertrag durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen mit der Rechtsfolge des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB erfüllt wird.

bb) Wertersatz der Höhe nach

Vor Umsetzung der VRRL mit Wirkung zum 13.06.2014 orientierte sich die Höhe des Wertersatzes gemäß §§ 357 Absatz 1, 346 Absatz 2 Satz 2 BGB a.F. am *objektiven Wert* der Leistung, sofern diese ein vertraglich vereinbartes Entgelt nicht überstieg.⁴⁹⁵ Dies hätte nach damaligen Recht zu dem Ergebnis führen müssen, dass der Grundstücksmakler einen Wertersatzanspruch in voller Höhe der zuvor vereinbarten Maklerprovision hatte, sofern es nur zum Abschluss eines Hauptvertrages kam, denn damit realisierte sich der vom Verbraucher erstrebte Erfolg, sodass der objektive Wert der Maklertätigkeit der Höhe der Provision entsprach, die von den Maklervertragsparteien für den Erfolgsfall vereinbart worden war. In Konsequenz bedeutet dies, dass der Grundstücksmakler überhaupt keinen Anspruch auf Wertersatz für seine bis zum Widerruf getätigten Leistungen hatte, sofern ein Hauptvertragsabschluss ausblieb; dann nämlich war die bis zum Widerruf in Anspruch genommene Maklertätigkeit für den Verbraucher objektiv wertlos.⁴⁹⁶

Nunmehr wird die Höhe des Wertersatzes, der für die bis zum Zeitpunkt des Widerrufs getätigte Leistung zu zahlen ist, in § 357a Absatz 2 BGB geregelt, wonach nunmehr der *vereinbarte Gesamtpreis*⁴⁹⁷ zugrunde zu legen

⁴⁹³ Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 75.

⁴⁹⁴ Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 75.

⁴⁹⁵ BGH NJW 2010, 2868 (2871), Rn. 26; vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 199; BGH NJW 2009, 1068 (1070), Rn. 16.

⁴⁹⁶ *Moraht*, NZM 2001, 883 (885); *Neises*, NZM 2000, 889 (893).

⁴⁹⁷ Die Berechnungsgrundlage für die Provision des Grundstücksmaklers ist in aller Regel der Kaufpreis, s. *Hamm*, S. 231, Rn. 863; OLG Karlsruhe NZM 1999, 231.

ist und nicht der objektive Wert.⁴⁹⁸ Anhand der Formulierung wird deutlich, dass der Wertersatz nicht dem vereinbarten Gesamtpreis *entspricht*, sondern *anteilig* vom Gesamtpreis zu berechnen ist.⁴⁹⁹ Andernfalls bliebe unberücksichtigt, dass bis zum Zeitpunkt des Widerrufs lediglich Teilleistungen des Maklers erbracht worden sind.

Ein anderer Maßstab für die Berechnung des konkreten Wertersatzanspruchs des Maklers kann zwar auch der *Marktwert* sein. Der Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers richtet sich allerdings nur dann nach dem *Marktwert* der bis zum Widerruf erbrachten Leistung, sofern der vereinbarte Gesamtpreis *unverhältnismäßig hoch* ist, § 357a Absatz 2 Satz 3 BGB.⁵⁰⁰ Die Unverhältnismäßigkeit ist grundsätzlich zu bestimmen anhand des tatsächlichen Aufwands des Gläubigers, der seine Mühen und Kosten berücksichtigt, des Umfangs der erbrachten Leistung und dem wirtschaftlichen Nutzen für den Schuldner.⁵⁰¹ Im Hinblick auf den Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers gilt es jedoch, die Besonderheiten des Maklerrechts zu berücksichtigen, die einen Vergütungsanspruch des Maklers nur für den Erfolgsfall vorsehen, § 652 Absatz 1 BGB, denn ganz überwiegend bleiben Maklertätigkeiten erfolglos; die erfolglosen Bemühungen werden aber im Provisionsanspruch für den Erfolgsfall mit „eingepreist.“⁵⁰² Der Umfang der einzelnen Maklertätigkeit und die Höhe des Provisionsanspruchs sind daher nicht in ein Verhältnis zu setzen.⁵⁰³ Maßgeblich ist vielmehr die vereinbarte Provisionshöhe im Verhältnis zum Wert der Immobilie.⁵⁰⁴ Dabei gilt es im Hinblick auf den Aufwand des Grundstücksmaklers zu berücksichtigen, dass die Höhe der Maklerprovision einer *Mischkalkulation* unterliegt.⁵⁰⁵ Nicht alle Maklertätigkeiten führen direkt zu einem erfolgreichen Hauptvertragsabschluss, sodass in die Höhe der Provision auch der Aufwand mit eingepreist

⁴⁹⁸ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 357a Rn. 17; Grüneberg/Grüneberg, § 357a Rn. 10; Fischer, S. 107, Rn. 111; Schlick, FS Fischer, 2018, S. 449 (462). Die frühere Rechtsprechung (BGH NJW 10, 2868 und BGH NJW 2012, 3428), die sich noch am objektiven Wert der Unternehmerleistung orientierte, ist insoweit überholt, Grüneberg/Grüneberg, § 357a Rn. 10.

⁴⁹⁹ MüKoBGB/Fritsche, § 357a Rn. 24; BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 357a Rn. 17.

⁵⁰⁰ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 357a Rn. 18; BGH NJW 2010, 2868 (2871), Rn. 30.

⁵⁰¹ Grüneberg/Grüneberg, § 357a Rn. 10.

⁵⁰² MüKoBGB/Althammer, § 655 Rn. 10. Vgl. auch Engel, MDR 2009, 1090 (1092).

⁵⁰³ Hamm, S. 64, Rn. 227; Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 53; Dehner, NJW 1997, 18; MüKoBGB/Althammer, § 652 Rn. 72.

⁵⁰⁴ Hamm, S. 64, Rn. 227; Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 53.

⁵⁰⁵ OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069, Rn. 30.

wird, der schlussendlich nicht zum Erfolg geführt hat.⁵⁰⁶ Die relativ große Höhe der zu zahlenden Maklerprovision ist damit die Kehrseite der rein erfolgsabhängigen Maklerprovision, wie sie § 652 Absatz 1 BGB vorsieht. Überdies gilt es zu berücksichtigen, dass Immobilienerwerber in der Regel mit einer fortdauernden Wertsteigerung rechnen können und daher eine marktangemessene Provision im Erfolgsfall zu zahlen ist.⁵⁰⁷ Die zwischen dem Makler und dem Verbraucher vereinbarte Maklerprovision ist daher jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig hoch, sofern der Maklervertrag eine Provisionsvereinbarung vorsieht, die eine *ortsübliche*⁵⁰⁸ Höhe jedenfalls nicht wesentlich übersteigt. Denn die Beurteilung, ob der Gesamtpreis überhöht ist, hat sich nach dem Preis für die Dienstleistung, den der Unternehmer anderen Verbrauchern unter gleichen Bedingungen anbietet, und dem Preis einer entsprechenden Dienstleistung eines anderen Unternehmers zu diesem Zeitpunkt zu orientieren.⁵⁰⁹ Eine Maklerprovision in ortsüblicher Höhe stellt daher keinen überhöhten Gesamtpreis dar. Nur dann, wenn die vereinbarte Maklerprovision z. B. den Tatbestand des Wuchers⁵¹⁰ erfüllt, ist ein Rückgriff auf den Marktwert denkbar. In diesen Fällen ist allerdings zu prüfen, ob das Maklervertragsverhältnis nicht bereits ohnehin gemäß § 138 Absatz 2 BGB nichtig ist und aus diesem Grund ein Wertersatzanspruch des Maklers nicht besteht. Die Rechtsprechung bejaht den Wuchertatbestand allerdings nur in seltenen Fällen.⁵¹¹ Daher hat sich der Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers in aller Regel nach dem vereinbarten Gesamtpreis gemäß § 357a Absatz 2 Satz 2 BGB zu orientieren.⁵¹²

Äußerst diskussionswürdig insbesondere im Hinblick auf eine fortschreitende Digitalisierung des Maklergeschäfts ist hingegen die Frage, nach welchen Kriterien sich der Wertersatzanspruch unter Berücksichtigung des vereinbarten Gesamtpreises für Teilleistungen des Maklers im Einzelfall berechnet. Auch hier ist zuvörderst der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, dass ein Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB nur im Er-

⁵⁰⁶ OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069, Rn. 30.

⁵⁰⁷ OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069, Rn. 30.

⁵⁰⁸ Zu den unterschiedlichen ortsüblichen Höhen der Maklerprovisionen in den verschiedenen Bundesländern s. auch die Übersicht bei <https://www.immobilienscout24.de/wissen/verkaufen/maklerprovision.html> (Stand 02.12.2020).

⁵⁰⁹ So jedenfalls der Europäische Gerichtshof in einer Vorabentscheidung im Hinblick auf einen zu leistenden Wertersatz für digitale Dienstleistungen, Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 08.10.2020, Aktenzeichen C-641/19, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=232155&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6748429> (Stand 20.10.2020).

⁵¹⁰ Zum wucherischen, sittenwidrigen Maklervertrag s. *Hamm*, S. 64, Rn. 227 ff.

⁵¹¹ *Hamm*, S. 64, Rn. 228; *Staudinger/Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 52, 53; *MüKoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 71, BGH WM 1969, 886.

⁵¹² *MüKoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 91.

folgsfall entsteht,⁵¹³ andernfalls der Makler keine Vergütung für seine Tätigkeiten verlangen kann, sofern nicht etwas anderes zwischen den Parteien vereinbart ist.

Eine entsprechende Anwendung des § 655 Satz 1 BGB kommt zunächst nicht in Betracht.⁵¹⁴ Bisher gibt es auch nicht, wie in anderen Berufszweigen⁵¹⁵ üblich, eine Gebührenordnung für Grundstücksmakler,⁵¹⁶ die den Wert für verschiedene Maklertätigkeiten verbindlich und einheitlich regelt. Gleiches gilt für eine Taxe,⁵¹⁷ auf die § 653 Absatz 2 BGB aber immerhin Bezug nimmt. Mangels sinnvoller Alternativen hat das Landgericht Bochum daher die Höhe des Wertersatzanspruchs in einer Entscheidung⁵¹⁸ unter Verweis auf den Umstand, dass die an den Makler zurückzugewährende Leistung und die gezogenen Nutzungen des Verbraucherkunden nicht konkret berechnet werden können, gemäß § 287 Absatz 2 ZPO *geschätzt* und dem Makler unter Abzug des von diesem erstrebten Gewinns einen Wertersatzanspruch in Höhe von 20% des vereinbarten Gesamtpreises zugestanden. In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Immobilienmakler für den Kunden (lediglich) ein Exposé erstellt und ihm die Objektanschrift benannt.

Zu Recht weisen aber bereits *Moraht* und *Neises* einhellig auf den Umstand hin, dass die Maklerleistung jedenfalls dann für den Verbraucher vollkommen wertlos ist, wenn ein Hauptvertragsabschluss ausbleibt.⁵¹⁹ Billigt man dem Grundstücksmakler dennoch einen Wertersatzanspruch zu, ist dies besonders erwähnenswert, weil hierdurch und trotz des Verbraucherwiderrufs mittelbar und zu Lasten des Verbrauchers der Grundsatz der rein erfolgsabhängigen Vergütung des Maklers, die § 652 Absatz 1 BGB vorsieht, durch-

⁵¹³ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 6; BGH NJW 2009, 1199; OLG Hamm BeckRS 2013, 06013.

⁵¹⁴ BGH NJW 2016, 3233 (3235), Rn. 19; OLG Naumburg NJW-RR 2013, 564 (566); Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 54; BeckOK BGB/*Kneller*, § 655 Rn. 2; *Wichert*, in: NK-BGB, 2. Auflage, § 655 Rn. 6; *Koch*, S. 167; differenzierend MüKoBGB/*Althammer*, § 655 Rn. 10; a.A. *Hamm*, S. 237, Rn. 883, *Fischer*, S. 134, Rn. 39.

⁵¹⁵ So z.B. die Gebührenordnung der Rechtsanwälte (RVG); Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ).

⁵¹⁶ S. dazu Entwurf eines Gesetzes über die Reduktion der Kaufnebenkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Immobilien, BT-Drs. 19/17120 S. 7, wonach die maximale Höhe der Käuferprovision nach der Höhe des Kaufpreises gestaffelt sein soll; *Ibold*, S. 133, Rn. 119. Zur Kappung der Maklerprovision s. auch Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung von Verbrauchern beim Kauf und Verkauf von Wohnimmobilien, BT-Drs. 19/4557 S. 3.

⁵¹⁷ *Ibold*, S. 135, Rn. 122; *Hamm*, S. 242, Rn. 905; *Grüneberg/Retzlaff*, § 653 Rn. 3; zur Entwicklung der Maklerprovision s. *Sailer*, AIZ 1969, 217.

⁵¹⁸ Landgericht Bochum NJOZ 2012, 1982 (1984).

⁵¹⁹ *Moraht*, NZM 2001, 883 (885); *Neises*, NZM 2000, 889 (893).

brochen wird.⁵²⁰ Der Wertersatzanspruch setzt nämlich entgegen § 652 Absatz 1 BGB gerade keinen Hauptvertragsabschluss voraus.

Überdies gilt es zu berücksichtigen, dass die Teilleistungen des Maklers nicht den Anforderungen an die erforderliche Maklertätigkeit des § 652 Absatz 1 BGB entsprechen. Andernfalls bestünde wegen § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB regelmäßig kein Verbraucherwiderrufsrecht, der Makler hätte also im Erfolgsfall einen Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB in voller Höhe. Sofern der Makler insgesamt lediglich *Teilleistungen* erbringen würde, begründete dies sogar für den Fall eines erfolgreichen Hauptvertragsabschlusses keinen Maklerprovisionsanspruch, selbst wenn der Verbraucherwiderruf ausbliebe.

In Conclusio bedeutet das Zweierlei:

Der Widerruf der auf den Maklervertragsabschluss gerichteten Willenserklärung führt zu einem Wertersatzanspruch und ermöglicht entgegen § 652 Absatz 1 BGB eine *erfolgsunabhängige* Vergütung des Maklers für bis zum Widerruf erbrachte Teilleistungen.⁵²¹

Überdies bleibt dabei unberücksichtigt, dass Teilleistungen des Grundstücksmaklers, die keine vollständigen Nachweis- oder Vermittlungsleistungen darstellen, den Anforderungen des § 652 Absatz 1 BGB nicht genügen und daher selbst im Erfolgsfalle keinen Provisionsanspruch des Maklers begründen.

Sofern Gesetzgeber und Rechtsprechung diese Umstände unberücksichtigt lassen, könnte dies für die Zukunft ein erster Schritt weg von der rein erfolgsabhängigen Vergütung des Grundstücksmaklers hin zu einem klassischen Dienstleistungsmodell sein, bei der sich die Vergütung des Maklers dann an dessen tatsächlichem Aufwand orientiert.⁵²²

cc) Kritik

Gerade der Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers verdeutlicht, warum die Regelungen des Verbraucherwiderrufsrechts kaum sinnvoll auf das

⁵²⁰ Der Verbraucher wird durch den Widerruf schlechter gestellt als er stünde, wenn der Widerruf unterbliebe, s. Kapitel B.XI.1.c).

⁵²¹ Derartige Teilleistungen, die weder eine provisionspflichtige Nachweis- noch eine Vermittlungsleistung darstellen, werden ansonsten nur bei Abschluss eines *selbständigen Provisionsversprechens* vergütet, BGH NJW-RR 2007, 55 (56), Rn. 12.

⁵²² In diese Richtung *Würdinger*, NZM, 2017, 545, (549, 550) unter Zustimmung zu *MüKoBGB/Althammer*, § 652 Rn. 8: „Die europäische Dienstleistungsfreiheit wird das Maklerbild ohnehin künftig eher am Dienstleistungsmodell orientieren, wie es auch hier favorisiert wird.“ Gegen eine Umorientierung hingegen *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem §§ 652 ff. Rn. 72.

Maklervertragsrecht anwendbar sind. Sie konterkarieren den gesetzgeberischen Willen, den Makler ausschließlich erfolgsabhängig zu vergüten und führen mittelbar und entgegen § 652 Absatz 1 BGB zu einer Tätigkeitsvergütung des Grundstücksmaklers auch für Teilleistungen, die den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB im Hinblick auf Nachweis- oder Vermittlungsleistungen nicht entsprechen und selbst im Erfolgsfall keinen Provisionsanspruch begründen würden. Eine klare Linie im Hinblick auf die Berechnung eines solchen Wertersatzanspruchs ist zudem weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erkennbar. Echter Verbraucherschutz des Maklerkunden ist daher nur dann gewährleistet, wenn der Gesetzgeber einen Wertersatzanspruch des Maklers im Falle des Verbraucherwiderrufs vollständig ausschließt. Dadurch würden klare Verhältnisse geschaffen: Dem Makler stünde ein Provisionsanspruch zu, sofern die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB erfüllt sind. Andernfalls, insbesondere im Falle des Verbraucherwiderrufs, trüge der Makler das alleinige Risiko, „umsonst“ zu arbeiten. Die Kombination aus § 652 Absatz 1 BGB und der Vergütung von Maklerteilleistungen führt andernfalls zu Lasten des Verbrauchers zu einer Verschiebung der Risikoverteilung, die § 652 Absatz 1 BGB aufgrund der erfolgsabhängigen Vergütung eigentlich dem Makler auferlegt. Gestärkt werden die Rechte des Verbrauchers dadurch nicht.

dd) „Sowieso“-Kosten des Maklers

Daran anknüpfend ist ebenso zu klären, ob Tätigkeiten, die der Makler bis zu dem Zeitpunkt des Verbraucherwiderrufs erbringt, überhaupt von einem Wertersatz erfasst sein können, solange der Maklervertrag noch nicht durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen erfüllt ist. Es handelt sich hier nämlich um Kosten des Maklers, die ihm unabhängig von einem Erfolgseintritt durch Abschluss eines Hauptvertrages entstehen und daher allein die Risikosphäre des Maklers berühren.⁵²³ Solche „Sowieso-Kosten“ entstehen u.a durch professionelle Foto- oder Filmaufnahmen der Immobilie, die Veröffentlichung von Inseraten auf entsprechenden Online-Vertriebsportalen oder in Printmedien, die Erstellung eines aussagekräftigen und verkaufsfördernden Exposés, die Herrichtung der Immobilie durch Home-Staging⁵²⁴ oder für Fahrkosten, um Wohnungsbesichtigungen durchzuführen. Bei Übernahme

⁵²³ Der Makler arbeitet bei Ausbleiben des Hauptvertrages ohne Entgelt, *Ibold*, S. 75, Rn. 57; *Mormann*, WM 1968, 954, 956; *Zopfs*, Rn. 15c.

⁵²⁴ https://de.wikipedia.org/wiki/Home_Staging (Stand 30.10.2020): „*Home Staging wird das professionelle Adaptieren von Räumen einer Wohnung oder kompletten Immobilien zur Verkaufsförderung genannt. Diese Adaption umfasst den gezielten Einsatz von Möbeln, Farbe, Licht, Wand- und Fußbodengestaltung (...) Umfragen unter US-Immobilienmaklern haben ergeben, dass hierdurch eine Verkürzung der*

des Vermarktungsauftrages für die Immobilie kann der Grundstücksmakler daher nie sicher sein, ob sich diese ihm durch die Vermarktung entstehenden Kosten, für die er in Vorleistung geht, amortisieren, weil sich der Gesetzgeber über § 652 Absatz 1 BGB bewusst für eine erfolgsabhängige Vergütung entschieden hat und eine Tätigkeitsvergütung, die das Dienstleistungsrecht kennt, gerade nicht vorsieht. Erst der Wertersatzanspruch des Maklers ermöglicht eine dienstleistungsnahe Vergütung derartiger Tätigkeiten, sofern die Parteien nicht bereits individualvertraglich den Ersatz entsprechender Aufwendungen gemäß § 652 Absatz 2 BGB vereinbart haben. Der Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers steht daher auch aus diesem Grund im Widerspruch zum erfolgsabhängigen Provisionsanspruch des § 652 Absatz 1 BGB.

d) Kein Anspruch aus Bereicherungsrecht und § 354 Absatz 1 HGB

Sofern ein Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung nicht besteht, scheidet ein Vergütungsanspruch gemäß § 354 HGB ebenfalls aus.⁵²⁵ Da dem Verbraucher hier aufgrund des Widerrufs des Maklervertrages weder eine Maklerprovision noch ein Aufwendungsersatzanspruch zustehen soll, kommt auch ein Anspruch gemäß § 354 Absatz 1 HGB nicht in Betracht.⁵²⁶

Ebenso ausgeschlossen ist ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Grundstücksmaklers gemäß §§ 812 Absatz 1, 818 Absatz 2 BGB.⁵²⁷ Der Verbraucherrücktritt stellt ein Gestaltungsrecht dar, das den widerrufenen Vertrag *ex-nunc* in ein Rückgewährschuldverhältnis verwandelt.⁵²⁸ Insofern führt der Widerruf gerade nicht zur Nichtigkeit des widerrufenen Maklervertrages,⁵²⁹ sodass ein Anspruch auch nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften nicht besteht.

6. Grenze des Rechtsmissbrauchs

Neben der zeitlichen Höchstgrenze zur Ausübung des Verbraucherrücktrittsrechts von einem Jahr und 14 Tagen, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB, kann

Verkaufszeit um ein Drittel bis zur Hälfte und ein um 10–15% höherer Verkaufspreis erreicht werden kann.“

⁵²⁵ Fischer, S. 107, Rn. 110.

⁵²⁶ BGH NJW 2017, 1024 (1030), Rn. 66.

⁵²⁷ Fischer, S. 107, Rn. 110.

⁵²⁸ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 355 Rn. 15.

⁵²⁹ BGH NJW 2017, 1024 (1030), Rn. 67.

dem Widerrufsrecht auch der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen.

So hat das Landgericht Schwerin in einer Entscheidung⁵³⁰ einen Verbraucherwiderruf des Maklervertrages als rechtsmissbräuchlich mit der Begründung eingeordnet, das Recht zum Widerruf solle Verbraucher vor übereilten vertraglichen Bindungen schützen, die diese ohne vorherige gründliche Abwägung eingehen. Sofern der Vertragsschluss nach den Umständen jedoch nicht in einer Situation der Überrumpelung zustande komme,⁵³¹ bestehe keine Notwendigkeit, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zuzugestehen, sofern sich dieser zuvor ein Bild von der zu erwerbenden Immobilie gemacht habe und sich darüber bewusst sei, im Erfolgsfalle eine Maklerprovision zahlen zu müssen.⁵³² Eine Überrumpelung des Verbrauchers in Bezug auf die Provisionsabrede liege dann nicht mehr vor, sodass der auf die Provisionsverpflichtung gerichtete Verbraucherwiderruf eine unzulässige Rechtsausübung darstelle.⁵³³

Nach einer anderen Entscheidung⁵³⁴ des Landgerichts Hamburg verstößt der Widerruf jedenfalls *nach* Erbringung der Dienstleistung gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, wenn der Widerruf weder mit einer übereilten Entscheidung des Verbrauchers in Zusammenhang steht, noch etwas mit der Art der Dienste bzw. der Art der Widerrufsbelehrung zu tun hat und der Widerruf erst acht Monate nach Abschluss der Provisionsvereinbarung erfolgt.⁵³⁵ Der Verbraucher nutze dann nämlich eine rein formale Rechtsposition aus, um die Maklerprovision nicht zahlen zu müssen, obwohl er sich darüber bewusst sei, dass er provisionspflichtige Maklertätigkeiten in Anspruch nehme.⁵³⁶

Dem widerspricht das Landgericht Krefeld⁵³⁷ in einer anderen Entscheidung zum Verbraucherwiderruf des Maklervertrages und schließt sich ausdrücklich nicht den Ausführungen des Landgerichts Hamburg an. Das Landgericht Krefeld vertritt unter Verweis auf eine Entscheidung des Landgerichts Tübingen⁵³⁸ vielmehr die Auffassung, dass die Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung nur in Ausnahmefällen rechtsmissbräuchlich sei und es bei

⁵³⁰ Landgericht Schwerin BeckRS 2015, 09467.

⁵³¹ In dem konkreten Fall lag zwischen der Kenntnis des Verbrauchers vom Inserat und dem Abschluss des Hauptvertrages ein Zeitraum von nahezu zwei Monaten.

⁵³² Landgericht Schwerin BeckRS 2015, 09467.

⁵³³ Landgericht Schwerin BeckRS 2015, 09467.

⁵³⁴ Landgericht Hamburg BeckRS 2018, 28368.

⁵³⁵ Landgericht Hamburg BeckRS 2018, 28368.

⁵³⁶ Landgericht Hamburg BeckRS 2018, 28368.

⁵³⁷ Landgericht Krefeld, Urteil vom 11.03.2020, 5 O 47/19, n. v.

⁵³⁸ Landgericht Tübingen NJOZ 2017, 1103 (1105).

dem konkret zugrunde liegenden Sachverhalt für eine Verwirkung des Verbraucherwiderrufsrechts sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment mangle. Das Landgericht Tübingen führt aus, dass ein Ausschluss des Verbraucherwiderrufsrechts durch rechtsmissbräuchliches Verhalten des Verbrauchers gemäß § 242 BGB nur dann in Betracht komme, wenn der Unternehmer aufgrund eines arglistigen Verhaltens des Verbrauchers besonders schutzbedürftig sei.⁵³⁹ Der Umstand allein, dass sich der Verbraucher die bestehende Rechtslage zu Nutzen mache, um ein persönlich vorteilhaftes Ergebnis zu erzielen, sei für sich nicht rechtsmissbräuchlich.⁵⁴⁰

7. Ablehnung des Widerrufsrechts bei Maklervertragsabschluss

Die Anwendung des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB auf Online-Maklerverträge ist neben den bereits erwähnten Gründen auch aufgrund der folgenden Erwägungen abzulehnen.

a) Schutz aufgrund rein erfolgsabhängiger Vergütung des Maklers

§ 652 Absatz 1 Satz 1 BGB sieht eine Vergütung des Grundstücksmaklers nur für den Fall vor, dass ein Erfolg seiner Tätigkeit eingetreten ist.⁵⁴¹ Dies setzt das Zustandekommen eines rechtswirksamen Hauptvertrags voraus.⁵⁴² Der Grundstücksmaklervertrag unterscheidet sich dadurch erheblich von Dienstleistungsverträgen, die in anderen Branchen geschlossen werden. Während dort eine Vergütung für eine bestimmte Tätigkeit zu leisten ist, wird der Immobilienmakler nicht für seine Tätigkeit vergütet, sondern nur für den darauf beruhenden Erfolgseintritt.⁵⁴³ Alle anderen Maklerkunden, die Maklerleistungen für eine Immobilie in Anspruch nehmen, einen Hauptvertrag jedoch nicht schließen, sind nicht zur Provisionszahlung verpflichtet.

Es obliegt somit allein dem Maklerkunden, ob die eine Provisionsverpflichtung auslösende Voraussetzung eintritt und ein Hauptvertrag geschlossen wird.

⁵³⁹ Landgericht Tübingen NJOZ 2017, 1103 (1105) unter Verweis auf BGHZ, 183, 235 = BGH NJW 2010, 610 = BGH NZV 2010, 140 Rn. 20; BGH NJW 2016, 1951 (1952), Rn. 16.

⁵⁴⁰ Landgericht Tübingen NJOZ 2017, 1103 (1105).

⁵⁴¹ BeckOK BGB/*Kneller*, BGB § 652 Rn. 2.

⁵⁴² BeckOK BGB/*Kneller*, BGB § 652 Rn. 2.

⁵⁴³ *Würdinger*, JM3, März 2019, 98 (100).

Das Widerrufsrecht beruht auf dem Gedanken, eine Vertragspartei vor einem übereilten, möglicherweise nicht sorgsam durchdachten Vertragsschluss zu schützen.⁵⁴⁴

Diese Erwägungen überzeugen jedoch nicht vollends im Hinblick auf den Online-Maklervertragsabschluss.

Formal findet dieser zwar im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB statt, sodass augenscheinlich auch hier die Gefahr eines unüberlegten und vorschnellen Vertragsabschlusses besteht, weil sich der Verbraucher möglicherweise nicht im Klaren darüber ist, dass er durch wenige Klicks im Internet oder durch konkludentes Verhalten die Grundlage für den Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers schafft.⁵⁴⁵ Genau darin liegt aber der Unterschied zu anderen Dienstleistungsvertragsverhältnissen: Die Pflicht zur Provisionszahlung des Verbrauchers entsteht nicht bereits durch Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten des Maklers und die damit verbundene Erfüllung des Maklervertrages, sondern erst dann, wenn ein rechtswirksamer Hauptvertrag zustande kommt.⁵⁴⁶ Vor einem übereilten und unüberlegten Hauptvertragsabschluss schützt aber bereits die Form der notariellen Beurkundung, § 128 BGB,⁵⁴⁷ und die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG.⁵⁴⁸ Genau genommen, wird der Verbraucher durch den *Abschluss* des Maklervertrages, selbst wenn dieser übereilt oder unüberlegt erfolgt, gerade nicht übervorteilt.

Die bisher in Einzelfällen bestehende Intransparenz, ob, wann und mit welchem Inhalt ein Maklervertrag geschlossen wurde, wird zukünftig auch durch das Textformerfordernis des § 656a BGB zugunsten des Verbrauchers aufgelöst. Im Falle des Verstoßes besteht schon kein Maklervertrag, für deren Abschluss der Makler im Provisionsprozess zudem die Beweislast zu tragen hat.

Darüber, ob der Hauptvertrag zustande kommt, entscheidet im Übrigen allein der Verbraucher, nachdem er die Immobilie in der Regel eingehend besichtigt und sich üblicherweise einige Zeit lang überlegt hat, ob er den Hauptvertrag in Kenntnis der Provisionserwartung des Maklers schließen möchte.⁵⁴⁹ Der Grundstücksmakler ist daher allein und ohne weitere Einflussmöglichkeit von der freien Entscheidung des Maklerkunden und des

⁵⁴⁴ Grüneberg/Grüneberg, § 355 Rn. 2; Looschelders, § 41 Rn. 23.

⁵⁴⁵ Zum Maklervertragsabschluss s. eingehend BGH NJW 2012, 2268.

⁵⁴⁶ Würdinger, NZM 2017, 545.

⁵⁴⁷ BeckOK BGB/Wendtland, BGB § 128 Rn. 2.

⁵⁴⁸ BeckOK BGB/Litzenburger, BeurkG § 17 Rn. 48.

⁵⁴⁹ OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069, Rn. 46; Landgericht Schwerin BeckRS 2015, 09467.

anderen Hauptvertragspartners abhängig, ob sein Vergütungsanspruch entsteht.

Ein besonderer Schutz vor einem übereilten Maklervertragsschluss ist dann aber nicht erforderlich, weil der Verbraucher als alleiniger Herr der Lage entscheidet, ob die Rechtsfolge der Provisionsverpflichtung entsteht oder nicht.⁵⁵⁰ Nur darauf kommt es maßgeblich an, zumal mangels Hauptvertragsabschluss ohnehin keine (wesentlichen) Rechtsfolgen⁵⁵¹ aus dem Maklervertrag resultieren. Diese Position der Handlungs- und Rechtsfolgenhoheit des Maklerkunden bedarf keines besonderen Schutzes durch ein Verbraucherwiderrufsrecht.

b) Unterschied zu Verträgen im Zwei-Personen-Verhältnis

Der Gesetzgeber und die herrschende Rechtsprechung lassen auch die Besonderheiten des Immobilienmaklerrechts unberücksichtigt.

Zunächst ist hier auf das Drei-Personen-Verhältnis zwischen Verkäufer, Grundstücksmakler und Käufer hinzuweisen, während es sich bei anderen Fernabsatzverträgen üblicherweise um Vertragsbeziehungen im Zwei-Personen-Verhältnis handelt.

Dies vorangestellt, lassen sich die Bedenken eines Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss eines Grundstücksmaklervertrages anhand eines einfachen Vergleichs erkennen:

Wenn ein Online-Händler über das Internet eine Ware veräußert und der Käufer später von seinem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch macht, so erhält dieser zwar den geleisteten Kaufpreis zurück, er hat jedoch auch die Ware zurückzugeben, § 357 Absatz 1 BGB. Dadurch wird ein gerechter Ausgleich zwischen den Parteien hergestellt. Die Widerruflichkeit des online geschlossenen Vertrages ist auch interessengerecht, weil der Verbraucher erst dann, wenn er die Ware erhalten hat, eingehend überprüfen und sodann entscheiden kann, ob diese seiner Vorstellung entspricht.⁵⁵² Andernfalls bliebe der Verbraucher zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, selbst wenn sich die Ware nicht mit seinen Erwartungen deckt und damit für ihn wertlos ist. Ebenso selbstverständlich ist aber auch, dass der Verbraucher im Falle des Widerrufs die Ware nicht behalten darf. Dies würde zwangsläufig zum Miss-

⁵⁵⁰ So auch Würdinger, Mieterhöhung und verbraucherschützender Widerruf im Fernabsatz, JM3, März 2019, 98, 100: „Der Maklerkunde ist durch das maklerrechtliche Erfolgsprinzip hinreichend geschützt.“

⁵⁵¹ Zwar könnte ein Wertersatzanspruch des Maklers bestehen. Ein solcher Anspruch wird hier jedoch grundsätzlich abgelehnt.

⁵⁵² OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069, Rn. 47.

brauch des Widerrufsrechts führen, weil der Käufer ohne Angabe von Gründen den Widerruf des Vertrages über den Erwerb der Ware erklären und diese dennoch behalten könnte, ohne seinerseits zur Leistung verpflichtet zu sein.

Wenn der Maklerkunde hingegen den Maklervertrag widerruft, bleibt ein rechtswirksamer Hauptvertrag, der mit-ursächlich aufgrund der Tätigkeit des Grundstücksmaklers zustande kommt, hiervon unberührt. Der Makler erhält die Immobilie nicht zur erneuten Vermarktung zurück, eine Durchgriffswirkung des Verbraucher Widerrufs des Maklervertrages auf den Hauptvertrag besteht nicht. Der Provisionsanspruch entfällt daher auch für den Fall, dass der Verbraucher sich die Dienstleistung des Maklers zunutze macht und sich, nachdem er die Immobilie eingehend besichtigt und überprüft hat, in Kenntnis aller Umstände für den Erwerb entscheidet. Die Früchte der ordnungsgemäß erbrachten Maklerleistung verbleiben in jedem Fall, und vor allem *vollständig*, beim Maklerkunden.

Zwar hat der Maklerkunde einen Wertersatz für die getätigten Maklerdienste zu leisten, dieser ist jedoch üblicherweise deutlich geringer, als die eigentlich zu zahlende Maklerprovision im Erfolgsfall.⁵⁵³ Die Regelungen über den Wertersatz lassen den Hauptvertragsabschluss außer Acht und vergüten nur den Wert der Maklertätigkeit, während hingegen § 652 Absatz 1 BGB den Provisionsanspruch gerade vom Hauptvertragsabschluss abhängig macht.⁵⁵⁴ Ein Wertersatzanspruch besteht zudem auch nur dann, wenn der Verbraucher zuvor ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde.⁵⁵⁵ Der Bundesgerichtshof begehrt hier einen Zirkelschluss, da ein Wertersatzanspruch des Maklers ausschließlich dann in Betracht kommt, sofern der Maklervertrag widerrufen wird. Wenn mit dem noch möglichen Widerruf aber zugleich ein Wertersatzanspruch des Maklers entfällt, ist ein solcher in praxi nicht existent. Ein gerechter Ausgleich zwischen den Parteien im Rahmen der Rückabwicklung bleibt somit aus. Im Übrigen steht ein Wertersatzanspruch des Immobilienmaklers auch im Widerspruch zum erfolgsabhängigen Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB.

c) Sinn und Zweck eines Widerrufs bei Ausbleiben des Erfolgs

Kaum durchdacht sind auch die Rechtsfolgen, die sich aus dem Widerruf des Maklervertrages ergeben, wenn der beabsichtigte Erfolg in Form des Hauptvertragsabschlusses ausbleibt.

⁵⁵³ S. oben Kapitel B.XI.5.c)bb).

⁵⁵⁴ *Ibold*, S. 98, Rn. 83.

⁵⁵⁵ BGH NJW 2017, 1024, 1030 Rn. 62.

Der Maklervertrag ist in diesem Fall für beide Parteien wertlos.⁵⁵⁶ Der Makler erlangt gegen den Kunden keinen Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB und der Kunde profitiert nicht aus der erlangten Maklerdienstleistung, weil der angestrebte Hauptvertragsabschluss nicht zustande kommt. Dieses Ergebnis entspricht dem Gedanken des Gesetzgebers, den Grundstücksmakler rein erfolgsabhängig zu vergüten.

Konterkariert wird dieser Grundsatz der rein erfolgsabhängigen Maklervergütung jedoch durch das Verbraucherwiderrufsrecht und eine daraus resultierende Pflicht des Verbrauchers zum Wertersatz. Nach den Voraussetzungen des § 357a Absatz 2 BGB hat der Maklerkunde einen Wertersatz zu leisten, wenn er den Maklervertrag widerruft. Danach ist ein Wertersatz für die seitens des Grundstücksmaklers geleisteten Dienste also auch dann zu leisten, wenn der Erfolg ausbleibt und ein Hauptvertrag nicht geschlossen wird.

Dies stellt eine Abkehr von der strikt erfolgsabhängigen Vergütung des Grundstücksmaklers dar, wie sie § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB vorsieht und führt zu einer Vergütungspflicht der *Maklertätigkeit* unabhängig vom Erfolgseintritt.

Bleibt der Widerruf des Maklervertrages hingegen aus, entfällt auch ein Anspruch des Grundstücksmaklers auf Zahlung eines Wertersatzes, sofern nicht zuvor anderes gemäß § 652 Absatz 2 BGB vereinbart worden ist. Kommt allerdings ein Hauptvertragsabschluss überhaupt nicht zustande oder gibt der Verbraucher sein (Ver-)Kaufinteresse auf, so ist der Widerruf des Maklervertrages aus Sicht des Verbrauchers ohnehin nicht erforderlich, da § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB den Maklervertragspartner ausschließlich im Erfolgsfall zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet.

Das Ergebnis ist paradox und wenig verbraucherfreundlich. Für den Fall, dass der Abschluss eines notariellen Grundstückskaufvertrages ausbleibt und der Verbraucher dennoch seine auf den Abschluss eines Maklervertrages gerichtete Willenserklärung widerruft, steht dieser wirtschaftlich schlechter, als er stünde, wenn der Widerruf unterbliebe. Dann nämlich müsste er weder eine Maklerprovision noch einen Wertersatz an den Grundstücksmakler leisten, sofern dies nicht zuvor individuell vereinbart wurde. Dies kann nicht im Sinne des europäischen Richtliniengebers sein.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ So *Moraht*, NZM 2001, 883 (885); *Neises*, NZM 2000, 889 (893).

⁵⁵⁷ Aus anwaltlicher Sicht ist es daher *nicht* ratsam, den von einem Verbraucher geschlossenen Online-Maklervertrag sicherheitshalber per se vorsorglich zu widerrufen, sofern ein Hauptvertrag nicht zustande kommt.

XII. E-Commerce im digitalisierten Maklerrecht

Neben dem Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB stellen auch die gesetzlichen Regelungen über den E-Commerce, §§ 312i, 312j BGB, die Immobilienmaklerbranche vor große Herausforderungen.⁵⁵⁸ Abseits der Frage, ob diese Vorschriften überhaupt Anwendung auf den online-Maklervertragsabschluss finden, gilt es zu klären, welche Pflichten sich für die Maklervertragsparteien hieraus ergeben, sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist und welche Rechtsfolgen entstehen, wenn der Grundstücksmakler die Regelungen der §§ 312i, 312j BGB missachtet.

1. Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Das Kapitel 3 über Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr trifft besondere Regelungen für Vertragsabschlüsse mittels Telemedien. Während § 312i BGB allgemeine Pflichten eines Unternehmers für den elektronischen Geschäftsverkehr aufstellt,⁵⁵⁹ erweitert § 312j BGB diese um noch weitergehende besondere Pflichten, sofern es sich bei dem Vertragsverhältnis um einen Verbrauchervertrag⁵⁶⁰ handelt.⁵⁶¹

a) Pflichten nach § 312i BGB

§ 312i Absatz 1 BGB setzt voraus, dass sich ein Unternehmer für den Abschluss eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien⁵⁶² bedient. Die Vorschrift trifft damit eine gesetzliche Regelung über Bestellungen im Internet.⁵⁶³ Der Anwendungsbereich des § 312i BGB ist zwar wesentlich enger als der des § 312c BGB, weil § 312i BGB ausschließlich solche Vertragsverhältnisse erfasst, die durch *elektronische*⁵⁶⁴ Fernkommunikationsmittel zustande kommen, während der Anwendungsbereich des § 312c BGB nicht allein auf

⁵⁵⁸ Zur grundsätzlichen Thematik s. hierzu eingehend *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193ff.

⁵⁵⁹ *Looschelders*, § 42 Rn. 55.

⁵⁶⁰ Der Verbrauchervertrag ist in § 310 Absatz 3 BGB legal definiert.

⁵⁶¹ *Looschelders*, § 42 Rn. 58.

⁵⁶² *Grüneberg/Grüneberg*, § 312i Rn. 2: „Der Begriff der Telemedien entspricht dem in § 1 Absatz 1 Satz 1 TMG.“ Eine Legaldefinition der Telemedien enthält § 1 Absatz 1 Satz 1 TMG hingegen nicht.

⁵⁶³ *Looschelders*, § 42 Rn. 55; *PWW/Stürner*, § 312i Rn. 4; *HK-BGB/Hans Schulte-Nölke*, § 312i Rn. 2.

⁵⁶⁴ Nicht erfasst werden sollen vor allem solche Vertragsverhältnisse, die brieflich oder telefonisch zustande kommen.

elektronische Fernkommunikationsmittel beschränkt ist.⁵⁶⁵ Der Begriff der Telemedien ist jedoch weit auszulegen,⁵⁶⁶ sodass grundsätzlich jeder Online-Auftritt, insbesondere auch die Webseite, hiervon erfasst wird.⁵⁶⁷ Sofern man mit der herrschenden Meinung den Dienstleistungscharakter des provisionspflichtigen Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB bejaht, besteht dem Wortlaut nach kein Zweifel, dass § 312i BGB auf einen elektronischen Maklervertragsabschluss grundsätzlich Anwendung findet.⁵⁶⁸ Der Immobilienmakler hat sodann die umfangreichen Pflichten des § 312i Absatz 1 Satz 1 Nr. 1–4 BGB zu erfüllen, wenn der provisionspflichtige Maklervertrag online im Internet zustande kommt.

Grundsätzlich stellt ein Online-Inserat nicht bereits ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags dar, sondern lediglich eine *Invitatio ad offerendum*.⁵⁶⁹ Im elektronischen Geschäftsverkehr gibt der Verbraucher sein Angebot üblicherweise dadurch ab, dass er eine Schaltfläche betätigt und verschiedene Kästchen anklickt, mit denen er einen bestimmten Inhalt seiner Vertragserklärung bestätigt.⁵⁷⁰ Die Zugangsbestätigung des Unternehmers gemäß § 312i Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 BGB ist jedoch nicht bereits eine auf den Vertragsabschluss gerichtete Annahme des Angebots, sondern lediglich eine geschäftsähnliche Handlung.⁵⁷¹ Erst eine konkrete Annahme des Angebots, ebenfalls per Telemedien, führt zum Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr. Die Annahmeerklärung des Unternehmers kann mit der Empfangsbestätigung verknüpft werden.⁵⁷²

b) Pflichten nach § 312j BGB

§ 312j BGB beinhaltet weitere, über die des § 312i BGB hinausgehende Pflichten, wenn es sich bei dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis um einen *Verbrauchervertrag* gemäß § 310 Absatz 3 BGB handelt.⁵⁷³ Sofern

⁵⁶⁵ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312i Rn. 2.

⁵⁶⁶ *Sieber/Liesching*, MMR-Beilage 2007, 1 (4).

⁵⁶⁷ BeckOK BGB/*Maume*, BGB § 312i Rn. 13.

⁵⁶⁸ So auch *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (194).

⁵⁶⁹ BGHZ 95, 393; BGH NJW 1986, 177; OLG Rostock NJW-RR 2006, 857 (858); MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 51; Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 11; *Fischer*, NJW 2009, 3210; s. zudem Kapitel B.VI.1.

⁵⁷⁰ *Looschelders*, § 42 Rn. 59.

⁵⁷¹ *Föhlisch/Löwer*, VuR 2019, 48 (50); BeckOk BGB/*Maume*, BGB § 312i Rn. 26a.

⁵⁷² OLG Nürnberg, MMR 2010, 31 (32); BeckOk BGB/*Maume*, BGB § 312i Rn. 27.

⁵⁷³ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312j Rn. 1.

dem Verbrauchervertrag eine *entgeltliche*⁵⁷⁴ Leistung des Unternehmers zugrunde liegt, hat dieser dem Verbraucher gemäß § 312j Absatz 2 BGB die in Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 5 bis 7, 8, 14 und 15 EGBGB genannten Informationen unmittelbar vor der Bestellung des Verbrauchers zur Verfügung zu stellen.

aa) Eigenschaften der Dienstleistung

Zunächst hat der Immobilienmakler die wesentlichen Eigenschaften seiner Dienstleistung, üblicherweise also Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten gemäß § 652 Absatz 1 BGB, zu beschreiben, Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB. Der Grundstücksmakler ist daher angehalten, über seine Tätigkeit, für die er im Erfolgsfall die vereinbarte Maklerprovision verlangen möchte, möglichst genau und für einen Laien verständlich zu informieren. Dafür ist konkret zu definieren, was unter Nachweis- und Vermittlungstätigkeiten zu verstehen ist. Um den Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB nicht zu gefährden, sollte sich die Information an der einschlägigen Rechtsprechung hierzu orientieren. Um einen ordnungsgemäßen Nachweis zu erbringen, muss der Makler seinen Kunden in die Lage versetzen, in konkrete Verhandlungen über den von ihm beabsichtigten Hauptvertrag einzutreten.⁵⁷⁵ Im Hinblick auf Kaufinteressenten bedeutet dies, dass neben der Objektadresse auch der Name und die Anschrift des verfügungsbehafteten Eigentümers benannt werden muss.⁵⁷⁶ Dem Verkäufer hingegen muss der Kaufinteressent namhaft gemacht werden.⁵⁷⁷ Aufgrund dieser klaren Anleitung der Rechtsprechung ist es dem Makler daher möglich, über die Eigenschaften einer Nachweismaklerleistung verbraucherfreundlich zu informieren.

Anders stellt sich dies im Hinblick auf Vermittlungsleistungen dar. Vermittlung gemäß § 652 Absatz 1 BGB ist die Einwirkung des Maklers auf den potentiellen Vertragspartner mit dem Ziel eines Vertragsschlusses.⁵⁷⁸ Es genügt, wenn die Abschlussbereitschaft des Dritten gefördert wird und nicht ein vollkommen unbedeutendes Motiv für den Abschluss des Hauptvertrages

⁵⁷⁴ Zum Merkmal der Entgeltlichkeit s. bereits Kapitel B.VII.2.a).

⁵⁷⁵ BGHZ 141, 40 (46) = BGH NJW 1999, 1255 (1256); BGHZ 161, 349, 355 = BGH NJW 2005, 753 (754); BGH NJW 1987, 1628 (1629); BGH NJW-RR 1988, 1397 (1398).

⁵⁷⁶ BGHZ 141, 40 (46) = BGH NJW 1999, 1255 (1256); BGH NJW 1987, 1628 (1629); BGH NJW 2016, 2317 (2318, 2320), Rn. 20, 42.

⁵⁷⁷ *Mäschle*, S. 160.

⁵⁷⁸ BGH NJW 1976, 1844 (1845); BGH, Beschluss vom 17.04.1997, NJW-RR 1997, 884; BGH NJW-RR 2009, 1282 (1283), Rn. 8; BGH NJW-RR 2016, 1138 (1139), Rn. 32; BGH NJW 2019, 1803 (1804), Rn. 26.

darstellt.⁵⁷⁹ Im Gegensatz zum Nachweis handelt es sich beim Vermittlungsbegriff eher um eine abstrakte Definition, die eine Vielzahl von Tätigkeiten betreffen kann. Ob aber die Tätigkeit des Maklers eine Vermittlungsleistung darstellt, ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen. Die Information des Maklers über die Eigenschaft der Vermittlungsleistung muss daher auf die generelle Definition begrenzt bleiben.

Sofern die Information nicht nur Nachweis- und Vermittlungstätigkeiten beinhaltet, die § 652 Absatz 1 BGB für einen Maklerprovisionsanspruch voraussetzt, sondern noch weitere sonstige Service-Leistungen, die über den Nachweis oder die Vermittlung hinausgehen, läuft der Grundstücksmakler Gefahr, im Falle der Nichterbringung dieser Tätigkeiten seinen Provisionsanspruch trotz Abschlusses eines Hauptvertrages zu verlieren, weil die Benennung dieser Leistungen als zusätzliche, über § 652 Absatz 1 BGB hinausgehende, Voraussetzungen für die Entstehung des Provisionsanspruches angesehen werden könnten. Anderes gilt nur dann, wenn der Grundstücksmakler ausdrücklich darauf hinweist, dass diese sonstigen Tätigkeiten nicht Voraussetzung für den späteren Maklerprovisionsanspruch sein sollen.⁵⁸⁰

bb) Gesamtpreis der Dienstleistung

Zudem muss der Immobilienmakler den Gesamtpreis seiner Dienstleistung inkl. aller Steuern oder die Art der Preisberechnung darstellen, Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 EGBGB. Die Information über einen Gesamtpreis ist dem Grundstücksmakler, jedenfalls zum Zeitpunkt des Maklervertragsabschlusses, regelmäßig nicht möglich, da in der Regel keine Pauschalbeträge vereinbart werden. Vielmehr werden Kunden üblicherweise verpflichtet, einen Prozentsatz des notariell beurkundeten Kaufpreises als Maklerprovision zu zahlen.⁵⁸¹ Da der Kaufvertrag jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt geschlossen wird und der tatsächlich beurkundete Kaufpreis zumeist noch aufgrund von Verhandlungen der Hauptvertragsparteien vom vorherigen Angebotspreis der Immobilie abweicht, wird der Vorschrift genüge getan, sofern der Grundstücksmakler die Art der Provisionsberechnung verständlich darlegt.⁵⁸² Dabei sind auch die Regelungen der Preisangabenverordnung zu be-

⁵⁷⁹ BGH BB 71, 1124; BGH BeckRS 1973, 106938; BGH NJW-RR 2016, 1138 (1139), Rn. 32; OLG Hamburg ZMR 2014, 333 (334).

⁵⁸⁰ Für diese Ansicht spricht auch die Regelung des § 312d Absatz 1 Satz 2 BGB, wonach die gemachten Angaben Inhalt des Vertrages werden, sofern die Vertragsparteien nicht anderes vereinbart haben.

⁵⁸¹ Die Vereinbarung von Pauschalbeträgen ist zukünftig aber insbesondere in den Fällen des § 656c BGB denkbar.

⁵⁸² Die Information über die Art der Preisberechnung des Grundstücksmaklers könnte beispielsweise wie folgt lauten: „Die vom Käufer zu zahlende Maklerprovision

achten.⁵⁸³ Ein zusätzlicher Hinweis, dass die Maklerprovision auch auf den Teil des Kaufpreises entfällt, der in der Kaufvertragsurkunde separat für mitverkauftes Inventar ausgewiesen wird,⁵⁸⁴ ist nicht erforderlich. Die separate Ausweisung des Kaufpreises für Inventar in der Kaufvertragsurkunde erfolgt regelmäßig, um die Grunderwerbsteuer zu mindern.⁵⁸⁵

Im Übrigen hat der Grundstücksmakler aber über alle sonstigen Kosten zu informieren, oder zumindest über den Umstand aufzuklären, dass zusätzliche Kosten anfallen können.

Daher hat ebenso ein Hinweis zu erfolgen, sofern der Grundstücksmakler mit seinem Kunden einen Aufwendungsersatz gemäß § 652 Absatz 2 BGB vereinbart. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein Aufwendungsersatzanspruch bestehen soll, wenn der beabsichtigte Hauptvertrag nicht zustande kommt, § 652 Absatz 2 Satz 2 BGB. Andernfalls darf der Maklerkunde aufgrund der erfolgsabhängigen Vergütung des Maklers gemäß § 652 Absatz 1 BGB davon ausgehen, keinerlei Zahlungen an den Grundstücksmakler vornehmen zu müssen, sofern der Abschluss eines Hauptvertrages ausbleibt.

Eine inhaltliche Überschneidung der allgemeinen Pflicht gemäß Art. 246a § 1 Nr. 4 a.E. EGBGB gibt es mit dem besonderen Gestaltungshinweis Ziffer 6 der Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB.

§ 312j Absatz 2 Satz 1 BGB in Verbindung mit Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 7 EGBGB verpflichtet den Unternehmer, grundsätzlich auf zusätzliche Kosten hinzuweisen. Gleichfalls hat der Unternehmer den Verbraucher gemäß Gestaltungshinweis Ziffer 6 des *Musters für die Widerrufsbelehrung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen mit Ausnahme von Verträgen über Finanzdienstleistungen* darüber aufzuklären, dass im Falle des Widerrufs des Vertrages für die bis zum Zeitpunkt des Widerrufs erbrachten Leistungen ein angemessener Betrag zu zahlen ist.

Da der Anwendungsbereich des § 312j Absatz 2 BGB einen entgeltlichen Verbrauchervertrag voraussetzt, der elektronisch zustande kommt, erfüllt dieser gleichzeitig auch die Voraussetzungen eines Fernabsatzvertrages gemäß § 312c BGB,⁵⁸⁶ sodass der Grundstücksmakler sowohl aufgrund Art. 246a § 1 Nr. 4 a.E. EGBGB als auch aufgrund Gestaltungshinweis Zif-

bei Abschluss eines rechtswirksamen Kaufvertrages beträgt 3,57% (inkl. MwSt.) des notariell beurkundeten Kaufpreises.“

⁵⁸³ BeckOK BGB/Martens, EGBGB Art. 246a § 1 Rn. 11.

⁵⁸⁴ Amtsgericht Charlottenburg BeckRS 2014, 22106.

⁵⁸⁵ S. hierzu Finanzgericht Köln RNotZ 2018, 576 ff.; *Schulte-Thoma*, RNotZ 2004, 61 (83).

⁵⁸⁶ *Looschelders*, § 42 Rn. 61.

fer 6 der Musterwiderrufsbelehrung verpflichtet ist, auf einen möglichen Wertersatzanspruch des Grundstücksmaklers gemäß Art. 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 EGBGB in Verbindung mit § 357a Absatz 2 BGB hinzuweisen. Andernfalls entfällt ein etwaiger Wertersatzanspruch gegen den Verbraucher gemäß § 312e BGB.

cc) Gesamtpreis bei unbefristetem Vertragsverhältnis

Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 8 EGBGB regelt Pflichten des Unternehmers bei Abschluss von unbefristeten Vertragsverhältnissen. Unabhängig von der grundsätzlichen Frage, ob Grundstücksmaklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB als befristete oder unbefristete Maklerverträge einzuordnen sind,⁵⁸⁷ lässt es der Gesetzgeber genügen, wenn der Immobilienmakler die Art der Provisionsberechnung, wie zuvor⁵⁸⁸ beschrieben, offenlegt.

dd) Laufzeit des Vertrages

Der Immobilienmakler hat die Anforderungen des Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 14 EGBGB zu erfüllen.

Danach ist er verpflichtet, über die Laufzeit des Vertrages oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge zu informieren. Um dieser Pflicht zu genügen, ist zunächst zu differenzieren, ob der Maklervertrag mit einem Eigentümer oder mit einem Kaufinteressenten geschlossen wird.

Schließt ein Immobilienmakler nämlich einen provisionspflichtigen Maklervertrag⁵⁸⁹ mit einem Eigentümer, ist es üblich, diesen zeitlich zu befristen.⁵⁹⁰ Allerdings enthalten Maklerverträge, die auf Eigentümerseite geschlossen werden, üblicherweise Klauseln, wonach sich das Vertragsverhältnis nach Ablauf der fest vereinbarten Vertragslaufzeit sodann auf bestimmte Zeit verlängert, sofern es nicht mit einer vertraglich vereinbarten Frist gekündigt wird.⁵⁹¹ In der Praxis weniger verbreitet sind Maklerverträge mit

⁵⁸⁷ Dazu mehr in Kapitel B.XII.1.b)dd).

⁵⁸⁸ S. Ausführungen zur Provisionsberechnung in Kapitel B.XII.1.b)bb).

⁵⁸⁹ Hierbei handelt es sich üblicherweise um einen Alleinauftrag oder einen qualifizierten Alleinauftrag. Zu den verschiedenen Arten von Maklerverträgen auf der Eigentümerseite s. Kapitel B.VII.2.b)aa).

⁵⁹⁰ Vertragslaufzeiten von sechs bis acht Monaten sind bei üblichen Grundstücksvermittlungen angemessen, s. hierzu BGH BeckRS 2020, 11740; OLG München, NJW 1969, 1630; *Ibold*, S. 80, Rn. 62.

⁵⁹¹ Zu derartigen Klauseln s. BGH BeckRS 2020, 11740.

Eigentümern, die von Beginn an unbefristet sind und eine jederzeitige, ordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsehen.⁵⁹²

Bei Maklerverträgen hingegen, die der Immobilienmakler mit Kaufinteressenten schließt, ist der Sachverhalt regelmäßig anders gelagert. Eine ausdrückliche Abrede über die Dauer der Laufzeit des Maklervertrages gibt es hier nicht. Eine konkrete Vorschrift über die Beendigung des Maklervertrages enthalten die Vorschriften der §§ 652 ff. BGB ebenfalls nicht.⁵⁹³ Daher ist zugunsten des Maklerkunden zu unterstellen, dass mangels anderweitiger Abreden Maklerverträge auf unbestimmte Zeit geschlossen und von den Vertragsparteien jederzeit wieder beendet werden können.⁵⁹⁴

Diese pauschalen Informationen würden jedoch vollkommen außer Acht lassen, dass den Maklerkunden trotz Beendigung des Maklervertrages durch Zeitablauf oder Kündigung auch zu einem späteren Zeitpunkt noch Zahlungspflichten treffen können.

Die Besonderheiten des Maklerrechts offenbaren sich nämlich dann, wenn man die vorgenannten Pflichten des Unternehmers (Nr. 11) im Kontext mit Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 15 EGBGB untersucht.

ee) Mindestdauer der Verpflichtungen

Der Unternehmer ist verpflichtet, über die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher eingeht, zu informieren Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 15 EGBGB.

Kündigt der Verbraucher den Maklervertrag, bleibt er jedoch auch dann zur Zahlung einer zuvor vereinbarten Maklerprovision verpflichtet, wenn der Immobilienmakler bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Maklervertrages Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten gemäß § 652 Absatz 1 BGB erbracht hat.⁵⁹⁵ Dies gilt selbst dann, wenn der auf der Maklertätigkeit beruhende Erfolg, nämlich der Abschluss eines formwirksamen Hauptvertrages, erst nach Beendigung des Maklervertrages eintritt.⁵⁹⁶ Andernfalls könnte der

⁵⁹² Dies deshalb, weil Immobilienmakler grundsätzlich daran interessiert sind, Eigentümer für eine bestimmte Zeit möglichst fest vertraglich zu binden und damit schlussendlich die Chancen auf den Erhalt einer Maklerprovision zu steigern. Unbefristete Maklerverträge mit Eigentümern werden daher meist nur in der Form eines sog. *Allgemeinauftrages* geschlossen, s. auch oben B.VII.2.b)aa)(3).

⁵⁹³ *Fischer*, S. 113, Rn. 121.

⁵⁹⁴ *Ibold*, S. 80, Rn. 61; *Fischer*, S. 113, Rn. 121; BGH NJW 1967, 198 (199); *Hamm*, S. 71, Rn. 256; *Dehner*, S. 47, Rn. 54.

⁵⁹⁵ *Dehner*, S. 47, Rn. 55.

⁵⁹⁶ *Dehner*, S. 47, Rn. 55.

Maklerkunde den Anspruch des Immobilienmaklers auf Zahlung einer Maklerprovision immer umgehen, wenn er sich auch nach Erhalt der für den Erwerb erforderlichen Informationen wieder von der Provisionsverpflichtung lösen könnte.⁵⁹⁷ Der Maklerkunde darf aber nicht die Vorteile aus der Maklertätigkeit ausnutzen, ohne die damit einhergehenden Nachteile, also die Zahlung der Maklerprovision, zu akzeptieren.⁵⁹⁸ Dies gilt sowohl für Maklerverträge, die mit Verkäufern bestehen als auch für solche, die mit Kaufinteressenten geschlossen werden.

Die Pflicht, über die Mindestdauer der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht (Nr. 12), ordnungsgemäß zu informieren, ist aufgrund der maklerrechtlichen Besonderheiten kaum zu erfüllen. Denn anders als in anderen Vertragsarten, die das BGB kennt, sagt die Laufzeit des Maklervertrages noch nichts über das Ende einer finanziellen Verpflichtung aus. Hierüber entscheidet vielmehr die Frage, ob die nach § 652 Absatz 1 BGB erforderliche Kausalität zwischen der vor Beendigung des Maklervertrages erbrachten Maklertätigkeit und dem späteren Hauptvertragsabschluss (noch) besteht.⁵⁹⁹ Je nach Einzelfall ist dann insbesondere zu untersuchen, ob in zeitlicher Hinsicht von einer (Mit-)Ursächlichkeit der Maklertätigkeit für den Hauptvertragsabschluss auszugehen ist und zudem die erforderliche wirtschaftliche Identität zwischen der nachgewiesenen Kaufgelegenheit und dem Hauptvertrag besteht oder ob der Hauptvertrag mit einem anderen Inhalt zustande gekommen ist.⁶⁰⁰ Diese, durch eine äußerst umfangreiche Einzelfallrechtsprechung geprägten Rechtsfragen, sind im Rahmen der dem Immobilienmakler obliegenden Informationspflichten kaum sachgerecht darstellbar.

c) „Zahlungspflichtig bestellen“-Button

Neben den Informationspflichten des Unternehmers, die sich aus § 312j Absatz 2 BGB ergeben, hat die Regelung des § 312j Absatz 3 BGB große Bedeutung für das Immobilienmaklerrecht und insbesondere den Verbraucherschutz bei Abschluss eines provisionspflichtigen Online-Maklervertrages. Liegen die Voraussetzungen des § 312j Absatz 2 BGB vor, auf den § 312j Absatz 3 Satz 1 BGB verweist, hat der Unternehmer die Bestellsituation bei einem entgeltlichen E-Commerce-Verbrauchervertrag unter Berücksichtigung von § 312j Absatz 3 Satz 1 BGB so zu gestalten, dass der Verbraucher aus-

⁵⁹⁷ BGH NJW 01, 966 (967); BGH NJW 2005, 1357 (1359); Landgericht Oldenburg BeckRS 2012, 21614; Grüneberg/*Retzlaff*, § 652 Rn. 12, 46.

⁵⁹⁸ BGH NJW 2019, 1803 (1805), Rn. 40.

⁵⁹⁹ Ausführlich zur Ursächlichkeit zwischen Maklerleistung und Hauptvertragsabschluss s. *Fischer*, S. 221, Rn. 1 ff.

⁶⁰⁰ Ausführlich zur wirtschaftlichen Identität s. *Fischer*, S. 196, Rn. 78 ff.

drücklich bestätigt, sich zu einer Zahlung zu verpflichten.⁶⁰¹ Bei Nutzung einer Schaltfläche erfüllt der Unternehmer seine Pflicht nur dann, wenn die Schaltfläche mit den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ („Zahlungspflichtig bestellen“-Button) oder einer vergleichbaren eindeutigen Formulierung versehen ist, § 312j Absatz 3 Satz 2 BGB.⁶⁰² Bereits zuvor wurde festgestellt, dass der provisionspflichtige Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB als entgeltlicher Vertrag gemäß § 312 BGB einzuordnen ist, wenngleich der Provisionsanspruch nur im Erfolgsfall entsteht.

Für den Immobilienmakler bedeutet dies in der Praxis das Folgende: Wenn er zum Verkauf stehende Immobilien mit der Absicht, eine Käuferprovision zu vereinbaren, auf seiner eigenen Homepage oder einem üblichen Online-Vertriebsportal inseriert und es dem Interessenten ermöglicht, sich online an ihn zu wenden, ist er angehalten, sicherzustellen, dass der Maklerkunde nur dann Kontakt zu ihm aufnehmen kann, wenn er zuvor einen Button „zahlungspflichtig bestellen“⁶⁰³ anklickt. Dies soll den Maklerkunden vor einer ungewollten Kostenfalle schützen.⁶⁰⁴ Andernfalls läuft der Grundstücksmakler aufgrund der Rechtsfolgenregelung des § 312j Absatz 4 BGB Gefahr, dass ein Maklerprovisionsanspruch auch dann nicht entsteht, wenn der Kaufinteressent die Maklertätigkeiten in Anspruch nimmt und einen rechtswirksamen Hauptvertrag schließt.

d) Rechtsfolge des § 312j Absatz 4 BGB

§ 312j BGB beinhaltet für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr kein eigenes Verbraucherwiderrufsrecht. Es sind jedoch ohnehin die weiter gefassten Voraussetzungen eines Fernabsatzvertrages gemäß § 312c BGB erfüllt, sodass ein Widerrufsrecht gemäß § 355, 312g Absatz 1, 312c BGB bestünde.⁶⁰⁵ Verletzt der Immobilienmakler allerdings seine Pflicht nach § 312j Absatz 3 BGB und verwendet auf der Schaltfläche, über die der Interessent Kontakt zu ihm aufnimmt, keinen „zahlungspflichtig bestellen“-Button, kommt bereits kein provisionspflichtiger Maklervertrag zustande, § 312j Absatz 4 BGB, sodass ein Rückgriff auf das Verbraucherwiderrufsrecht nicht einmal erforderlich ist, um den Maklerkunden vor einer ungewollten Zahlungspflicht aufgrund des elektronisch geschlossenen Maklervertrages zu

⁶⁰¹ *Looschelders*, § 42 Rn. 59.

⁶⁰² *Looschelders*, § 42 Rn. 59; *PWW/Stürner*, § 312j Rn. 4, *Heinig*, MDR 2012, 323 (325); *Weiss*, JuS 2013, 590.

⁶⁰³ Es genügt, wenn der Button einen anderen, aber entsprechend eindeutigen Wortlaut enthält, § 312j Absatz 3 Satz 2 a. E. BGB.

⁶⁰⁴ *Looschelders*, § 42 Rn. 59.

⁶⁰⁵ *Looschelders*, § 42 Rn. 61.

schützen. Unabhängig davon stünde dem Verbraucher jedoch ergänzend auch noch ein Widerrufsrecht zu, weil das Verbraucherwiderrufsrecht einen Vertragsabschluss nicht voraussetzt.⁶⁰⁶

e) Individuelle Kommunikation

Nach § 312j Absatz 5 Satz 1 BGB finden die Regelungen des § 312j Absatz 2 und 4 BGB keine Anwendung, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird. Der Immobilienmakler ist dann weder verpflichtet, dem Verbraucher die Informationen gemäß Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 5 bis 7, 8, 14 und 15 zur Verfügung zu stellen, noch einen „zahlungspflichtig bestellen“-Button zu verwenden.

Von einer *individuellen* Kommunikation kann dann ausgegangen werden, wenn der Vertrag durch den Austausch von E-Mails oder SMS geschlossen wird.⁶⁰⁷ Es muss sich um eine Punkt-zu-Punkt-Kommunikation ohne Bezugnahme auf andere Informationsquellen handeln.⁶⁰⁸ Eine *ausschließliche* Verwendung individueller Kommunikation liegt allerdings (nur) dann vor, wenn der individuelle Austausch z.B. nicht durch einen Verweis auf eine Internetseite unterbrochen wird.⁶⁰⁹ Das bedeutet, dass wegen Informationen, die für den Vertragsinhalt erforderlich sind, z.B. nicht auf eine Homepage des Immobilienmaklers verwiesen werden dürfte.⁶¹⁰ Gerade dies ist in der Regel aber der Fall. So gibt beispielsweise Gestaltungshinweis 3⁶¹¹ der Musterwiderrufsbelehrung gemäß Anlage 1 zu Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 2 EGBGB dem Unternehmer die Möglichkeit, dem Verbraucher die Wahl ein-

⁶⁰⁶ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 355 Rn. 18; Bülow/Artz/Bülow, Rn. 60; MükoBGB/Fritsche, § 355 Rn. 41.

⁶⁰⁷ Grüneberg/Grüneberg, § 312i Rn. 9; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 12.

⁶⁰⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 12.

⁶⁰⁹ Grüneberg/Grüneberg, § 312i Rn. 9.

⁶¹⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 12.

⁶¹¹ Dort heißt es: „Wenn Sie dem Verbraucher die Wahl einräumen, die Information über seinen Widerruf des Vertrags auf Ihrer Webseite elektronisch auszufüllen und zu übermitteln, fügen Sie folgendes ein: Sie können das Muster-Widerrufsformular oder eine andere eindeutige Erklärung auch auf unserer Webseite [Internet-Adresse einfügen] elektronisch ausfüllen und übermitteln. Machen Sie von dieser Möglichkeit Gebrauch, so werden wir Ihnen unverzüglich (z. B. per E-Mail) eine Bestätigung über den Eingang eines solchen Widerrufs übermitteln.“

zuräumen, den Widerruf des Vertrages elektronisch über die Unternehmenswebseite zu tätigen. Macht der Unternehmer von dieser verbraucherfreundlichen Möglichkeit des Widerrufs Gebrauch, führt ein entsprechender Verweis im Rahmen des Vertragsabschlusses in Konsequenz bereits dazu, dass eine individuelle Kommunikation nicht mehr besteht. Der Unternehmer hat dann die Pflichten des § 312j BGB wiederum zu beachten und zu erfüllen.

2. Kritik

Der Wortlaut der §§ 312i und 312j BGB spricht zunächst dafür, dass der elektronische Abschluss eines Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB von den Vorschriften über die Verträge im elektronischen Rechtsverkehr erfasst wird und der Grundstücksmakler die daraus entstehenden Pflichten zu beachten hat. Eine gesetzeskonforme Umsetzung der Regelungen durch den Makler, insbesondere des 312j Absatz 2 und 3 BGB, wird diesem hingegen kaum möglich sein. Während § 312i BGB eher technische Regelungen trifft, stellt § 312j Absatz 2 BGB umfangreiche Informationspflichten auf.

Sofern man den Grundstücksmaklervertrag als entgeltliches Vertragsverhältnis einordnet, sieht sich der Grundstücksmakler zunächst insbesondere gemäß § 312j Absatz 2 BGB in Verbindung mit Artikel 246a § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 14 und 15 EGBGB mit Vorschriften konfrontiert, deren Umsetzung im Hinblick auf den Maklervertrag unmöglich erscheint.

So ist eine angemessene Darstellung über die Laufzeit des konkreten Vertragsverhältnisses und die Fortdauer der daraus folgenden (finanziellen) Verpflichtung des Verbrauchers, insbesondere im Hinblick auf Maklerverträge, die auf Interessentenseite geschlossen werden, nicht möglich. Erforderlich ist eine verständliche und für einen Laien nachvollziehbare Aufklärung, ob es sich um ein befristetes oder unbefristetes Vertragsverhältnis handelt und welche Voraussetzungen für eine Kündigung gelten. Dies sollte in angemessenem Umfang geschehen. Aufgrund der maklerrechtlichen Besonderheiten ist eine sachgerechte Information im Zusammenhang mit der für Verbraucher besonders wichtigen Frage über die Mindestdauer der Provisionspflicht, die dieser mit dem elektronischen Maklervertragsabschluss einget, jedoch ausgeschlossen.

Das hängt damit zusammen, dass die Beendigung eines Maklervertragsverhältnisses nach erbrachter Maklertätigkeit den Provisionsanspruch im Regelfall unberührt lässt. Andernfalls könnten Maklerkunden jederzeit den Makler um dessen Provisionsanspruch umgehen. Gleichzeitig sorgt eine umfangreiche Rechtsprechung dafür, dass nur im Einzelfall geklärt werden kann, ob durch Zeitablauf oder Abweichung der nachgewiesenen von der tatsächlichen Kaufgelegenheit ein Provisionsanspruch *noch* oder *nicht mehr*

besteht. Insofern mögen die Informationspflichten nicht so recht auf den Maklervertragsabschluss passen.

Daneben ist die Anwendung eines „zahlungspflichtig bestellen“-Buttons gemäß § 312j Absatz 3 BGB auf erfolgsabhängige Immobilienmaklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB strikt abzulehnen.

Zunächst könnte man zwar vertreten, dass insbesondere die Pflichten des § 312j Absatz 3 BGB nur dann bestehen, wenn eine *unmittelbare* Zahlungspflicht aus dem Bestellvorgang resultiert.⁶¹² Anders als bei sog. „Abofallen“;⁶¹³ vor denen § 312j Absatz 3 BGB gerade Verbraucher schützen soll,⁶¹⁴ entsteht beim Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB keine unmittelbare Zahlungspflicht, sodass es schon an der Voraussetzung eines entgeltlichen Vertragsverhältnisses mangeln könnte.⁶¹⁵

Lehnt man einen derart engen Anwendungsbereich des § 312j Absatz 3 BGB hingegen im Sinne eines umfassenden Verbraucherschutzes ab,⁶¹⁶ ist der sachliche Anwendungsbereich im Hinblick auf elektronische Maklervertragsverhältnisse aber eröffnet.

Erfolgsabhängige Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB sollten jedoch aus den folgenden Gründen vom Anwendungsbereich des § 312j Absatz 3 BGB ausgenommen werden.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 312j Absatz 3 Satz 1 BGB ist jedenfalls erforderlich, dass „der Verbraucher im Zusammenhang mit der Abgabe seiner Bestellung auch bestätigt, dass diese für ihn *Zahlungspflichten zur Folge* hat.“⁶¹⁷ Damit setzt die Vorschrift, unabhängig von der Frage, *zu welchem Zeitpunkt* eine Zahlungspflicht des Verbrauchers entsteht, immerhin voraus, dass es überhaupt zu *irgendeinem* Zeitpunkt zu einer Vergütungspflicht des Verbrauchers kommt. Das ist jedoch bei Abschluss eines Immobilienmaklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 BGB nicht zwingend so. Denn

⁶¹² Ablehnend *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (195), mit dem Hinweis darauf, dass zumindest der Rechtsgrund für eine spätere Zahlungspflicht gelegt wird.

⁶¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 1: Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr zielt insbesondere auf den Schutz von Verbrauchern vor klassischen Abofallen ab.

⁶¹⁴ *Raue*, MMR 2012, 438; *Bergt*, NJW 2012, 3541.

⁶¹⁵ *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (195).

⁶¹⁶ S. auch hierzu *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (195).

⁶¹⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 11.

tatsächlich ist hier nur derjenige Maklerkunde zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet, der nach Inanspruchnahme der Maklertätigkeit einen Hauptvertrag schließt. Alle übrigen Interessenten hingegen sind aufgrund der Erfolgsabhängigkeit, die § 652 Absatz 1 BGB vorsieht, nicht zur Provisionszahlung verpflichtet.⁶¹⁸ Der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB ist daher kein synallagmatisches Vertragsverhältnis, weil es keine strenge Verknüpfung von gegenseitigen Leistungspflichten beinhaltet.⁶¹⁹

Diese Besonderheit des Immobilienmaklerrechts spricht daher gegen die Anwendung der Vorschriften über den E-Commerce auf erfolgsabhängige Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB. Ein unkundiger Verbraucher könnte nämlich aufgrund der Eindeutigkeit des Wortlautes eines „zahlungspflichtig bestellen“-Buttons davon ausgehen, dass er in jedem Fall und unabhängig von einem Hauptvertragsabschluss zu einer wie auch immer gearteten Zahlung verpflichtet ist, obwohl dies seitens des Immobilienmaklers tatsächlich nicht beabsichtigt ist. Ein Verbraucher könnte zudem aufgrund des eindeutigen Wortlautes glauben, dass er keinen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB schließt, sondern einen Maklerdienstvertrag, der entsprechend § 611 Absatz 1 BGB eine Vergütungspflicht schon für die Inanspruchnahme der Maklertätigkeit, unabhängig von einem Erfolgseintritt, vorsieht. Die überwiegende Mehrheit der Maklerkunden hat mangels Abschlusses eines notariellen Grundstückskaufvertrages aber gerade keine Zahlung an den Immobilienmakler zu leisten. Es ist dem Verbraucher auch keinesfalls zuzumuten, zu erkennen, dass durch das Anklicken eines „zahlungspflichtig bestellen“-Buttons lediglich eine Grundlage für eine spätere Zahlungspflicht ausschließlich für den Erfolgsfall gelegt wird. Eine derartige Schlussfolgerung dürfte aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Buttons selbst von Fachleuten nicht ohne Weiteres anzunehmen sein. Der Gesetzgeber schließt aber die Möglichkeit einer für erfolgsabhängige Maklerverträge dringend erforderlichen Klarstellung sogar explizit aus.⁶²⁰

Der Wille des Richtliniengebers, Verbraucher bei Abschluss eines E-Commerce-Vertrages umfassend zu schützen, stößt aufgrund des Wortlautes eines „zahlungspflichtig bestellen“-Buttons gemäß § 312j Absatz 3 BGB und dessen Wahrnehmung durch einen Laien im Hinblick auf seine Bedeutung im

⁶¹⁸ Der Immobilienmakler kann aber möglicherweise einen Aufwendungsersatz geltend machen, sofern die erforderlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

⁶¹⁹ *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (195).

⁶²⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 12: „Neben den Wörtern ‚zahlungspflichtig bestellen‘ bzw. einer entsprechend unmissverständlichen Formulierung darf die Schaltfläche mit keinen weiteren Zusätzen versehen werden. Der Verbraucher soll durch ergänzenden Text nicht von der entscheidenden Information abgelenkt werden.“

Rahmen von elektronisch geschlossenen erfolgsabhängigen Maklerverträgen gemäß § 652 Absatz 1 BGB auf Grenzen. Während der Sinngehalt eines solchen Buttons wohl kaum weiterer Erklärung bedarf, wenn ein Verbraucher online eine Ware innerhalb eines Zwei-Personen-Verhältnisses bestellt, wird dessen Verwendung im Rahmen eines erfolgsabhängigen Maklervertrages, der von einem Dreiecksverhältnis zwischen Verkäufer, Käufer und Immobilienmakler geprägt wird, einen aufmerksamen Maklerkunden eher verunsichern, als zweifelsfrei über die Rechtsfolgen seines Handelns aufklären. Der Verbraucher muss zwangsläufig von einer Vergütungspflicht ausgehen,⁶²¹ obwohl diese tatsächlich nur im Erfolgsfall entsteht. Ein „zahlungspflichtig bestellen“-Button erweist dem Verbraucherschutz im Immobilienmaklerrecht daher einen Bärendienst.

Erstaunlich ist, dass die Frage, ob der „zahlungspflichtig bestellen“-Button gemäß § 312j Absatz 3 BGB auf den Maklervertragsabschluss gemäß § 652 Absatz 1 BGB Anwendung findet, in der maklerrechtlichen Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand eines Rechtsstreits über einen Maklerprovisionsanspruch war.⁶²² Homepages von Immobilienmaklern und branchentypische Online-Vertriebsportale verwenden einen solchen „zahlungspflichtig bestellen“-Button bislang, soweit bekannt, jedenfalls nicht.

Wenn der Immobilienmakler aber einen provisionspflichtigen Maklervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr mit einem Verbraucherkunden schließt, seine Pflicht gemäß § 312j Absatz 3 Satz 2 BGB hingegen verletzt, mangelt es nach derzeitiger Rechtslage bereits an einer wirksamen Provisionsabrede, § 312j Absatz 4 BGB. Aufgrund des Wortlautes der §§ 312i und 312j BGB und einer verbraucherfreundlichen Auslegung dieser Vorschriften ist derzeit davon auszugehen, dass die Regelungen über den E-Commerce auch auf provisionspflichtige Maklerverträge Anwendung finden.⁶²³ Dies hat zur Folge, dass provisionspflichtige Maklerverträge gemäß § 312j Absatz 4 BGB schon gar nicht zustande kommen, wenn diese über eine Schaltfläche

⁶²¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 6: „Von Verbrauchern, die über kein oder nur über ein geringes juristisches Wissen verfügen, kann nicht erwartet werden, dass sie den Sachverhalt immer richtig bewerten.“

⁶²² Nach Fertigstellung dieser Arbeit sind zwei Entscheidungen zu diesem Thema ergangen. Für die Anwendbarkeit eines „zahlungspflichtig bestellen“-Buttons Landgericht Stuttgart, MMR 2023, 230. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig, die Berufung ist beim Oberlandesgericht Stuttgart, Az. 3 U 233/22, anhängig. Zu Recht zweifelnd hingegen OLG Karlsruhe, BeckRS 2023, 7566 Rn. 4: „Die Entgeltlichkeit ergibt sich bei Maklerdienstleistungen außerdem nur mittelbar (...)“.

⁶²³ Lange/Werneburg, NJW 2015, 193 (195).

im Internet geschlossen werden sollen und der Immobilienmakler bzw. der Betreiber des Online-Vertriebsportals darauf verzichtet, einen „zahlungspflichtig bestellen“-Button zu verwenden. Rechtsvertreter von Verbrauchern könnten schon mit dieser rechtshindernden Einwendung in zahlreichen⁶²⁴ Fällen die Pflicht zur Zahlung einer Maklerprovision verhindern bzw. bereits geleistete Maklerprovisionen zurückfordern, ohne dass ein Rückgriff auf das Verbraucherwiderrufsrecht überhaupt erforderlich wäre.

Die hier aufgezeigten Erwägungen sprechen aber dafür, erfolgsabhängige Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB vom Anwendungsbereich der Vorschriften über den E-Commerce auszunehmen. Die §§ 312i ff. BGB dienen dem Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelung und Abschluss eines unüberlegten Vertragsabschlusses mit einer damit einhergehenden Kostenfalle.⁶²⁵ Diese Gefahr besteht bei Abschluss eines Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB aber gerade nicht, weil zwischen Maklervertragsabschluss und Abschluss des formwirksamen Hauptvertrages, der für die Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision erforderlich ist, üblicherweise mehrere Tage oder Wochen vergehen.⁶²⁶ Von einer Überrumpelungssituation kann hier nicht gesprochen werden. Im Übrigen wird zukünftig auch das Textformanfordernis des § 656a BGB einem angemessenen Verbraucherschutz bei Abschluss des Maklervertrages dienen, sodass es eines zusätzlichen Schutzes gemäß der §§ 312i, 312j BGB nicht bedarf.

XIII. Widerrufsrecht in der Praxis

Die Anwendung des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB auf den Abschluss des Online-Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB führt zu verschiedenen Problemstellungen, die in der Literatur und Rechtsprechung bislang teils wenig, teils überhaupt keine Berücksichtigung gefunden haben, den Immobilienmakler hingegen vor große Herausforderungen in der praktischen Umsetzung stellen. Im Folgenden soll auf verschiedene Aspekte eingegangen werden, die einerseits das Interesse des Immobilienmaklers an einer umfänglichen Provisionsabsicherung betreffen und andererseits Auswirkung auf einen effektiven Verbraucherschutz des Maklerkunden bei Abschluss eines Online-Maklervertrages haben.

⁶²⁴ Dem Verfasser ist tatsächlich kein Immobilienmaklerunternehmen bekannt, das bei Abschluss eines elektronischen Maklervertrages einen „zahlungspflichtig bestellen“-Button verwendet.

⁶²⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, BT-Drs. 17/7745 S. 7; *Looschelders*, § 41 Rn. 23.

⁶²⁶ OLG Schleswig BeckRS 2015, 02069.

1. Änderung der Provisionsabrede

Im Immobilienmaklergeschäft kommt es regelmäßig vor, dass Maklerkunden nach Abschluss des Maklervertrages und Inanspruchnahme der Maklertätigkeiten noch „nachverhandeln“ und dabei insbesondere die Höhe der zuvor vereinbarten Maklerprovision verringern wollen. Weniger häufig, aber auch nicht zu vernachlässigen, insbesondere vor dem Hintergrund eines effektiven Verbraucherschutzes, sind darüber hinaus die Fälle, in denen der Immobilienmakler seinerseits nach Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages versucht, die Maklerprovision nachträglich zu erhöhen. Dies kann vor allem in Fällen und Gegenden vorkommen, in denen eine besonders hohe Nachfrage nach einer Immobilie besteht und sich der Immobilienmakler aus einer großen Zahl von Interessenten einen Käufer für den Verkäufer aussuchen und diesem präsentieren kann.

Unabhängig von der Frage, ob die Maklerprovision nachträglich erhöht oder gesenkt werden soll,⁶²⁷ stellt sich jedenfalls regelmäßig die Frage, ob der Immobilienmakler den Maklerkunden (erneut) über ein Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren hat, wenn die Vereinbarung über die nachträgliche Änderung der vereinbarten Maklerprovision online zustande kommt,⁶²⁸ oder ob eine bereits erfolgte Widerrufsbelehrung bei Abschluss des ursprünglichen Maklervertrages auf die Vereinbarung über die Änderung der Maklerprovision fortwirkt, sofern bereits dieser als Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB zustande kam.⁶²⁹

Die Frage, ob bei Abänderung eines bestehenden provisionspflichtigen Maklervertrages (erneut) über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren ist, stellt sich allein und überhaupt nur dann, wenn diese Änderung im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c vereinbart wird. Schließen die Parteien hingegen eine entsprechende Vereinbarung in den Geschäftsräumlichkeiten des Immobilienmaklers, so steht dem Maklerkunden kein Verbraucherwiderrufsrecht zu.⁶³⁰ Für den Immobilienmakler können sich durch die nachträgliche Ände-

⁶²⁷ Die Änderung der Provisionshöhe hat nach den Regelungen des § 656c BGB auch Auswirkung auf die Provisionsabrede mit der jeweils anderen Hauptvertragspartei, s. dazu § 656c Absatz 1 Satz 2 und 3 BGB.

⁶²⁸ BeckOK BGB/Martens, BGB § 312c Rn. 27: „Ein Fernabsatzvertrag kann sich auch in der bloßen Änderung eines bereits bestehenden Vertrags erschöpfen.“

⁶²⁹ Eine ähnliche Problematik stellt die im Wege des Fernabsatzes vereinbarte Anschlusszinsvereinbarung dar. Der Europäische Gerichtshof hat eine Pflicht zur erneuten Belehrung über ein Verbraucherwiderrufsrecht allerdings verneint, da die Änderung des Zinssatzes kein neues Vertragsverhältnis über Finanzdienstleistungen darstelle, Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Aktenzeichen C-639/18, BKR 2020, 403, 404, Rn. 30.

⁶³⁰ Anderes kommt nur in den Fällen des § 312b Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BGB in Betracht.

nung der Maklerprovision unvorhergesehene Risiken für die von ihm beabsichtigte Provisionsabsicherung ergeben; dies sogar dann, wenn die digitale Änderung des Maklervertrages vollkommen ordnungsgemäß unter Berücksichtigung der Vorschriften über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB vorgenommen wird.

Im Grundsatz sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zunächst könnten die Parteien den ursprünglichen Maklervertrag, gegebenenfalls konkludent,⁶³¹ aufheben und sodann einen neuen separaten Maklervertrag vereinbaren. Daneben ist alternativ auch eine inhaltliche Abänderung des ursprünglich geschlossenen und im Übrigen weiterhin fortbestehenden Maklervertragsverhältnisses denkbar. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Aufhebung und Neuabschluss eines Vertrages sowie der Abänderung des bestehenden Vertrages ist der Parteiwille, die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, sowie die Verkehrsanschauung.⁶³² Es gilt daher, im Einzelfall zu untersuchen, was die Parteien beabsichtigt haben.⁶³³

a) Die Änderung als entgeltlicher Verbrauchervertrag

Unabhängig davon setzt § 312c BGB aber zunächst einen entgeltlichen Verbrauchervertrag voraus.⁶³⁴ Die Leistung des Unternehmers muss entgeltlich sein, wobei hierfür bereits jegliche Leistung des Verbrauchers genügt, die im Zusammenhang mit dem Verbrauchervertrag steht.⁶³⁵ Erfasst werden Dienstleistungsverträge aller Art zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher.⁶³⁶

Ob ein solches Dienstleistungsverhältnis besteht, könnte aber insbesondere dann fraglich sein, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses des Änderungsvertrags bzw. des neuen Vertrags die Maklertätigkeit bereits erbracht und damit der Maklervertrag seitens des Grundstücksmaklers erfüllt ist.

Tatsächlich regelt der Änderungsvertrag bzw. der neue Vertrag dann nämlich häufig nur noch die Höhe der Maklerprovision zwischen den Maklervertragsparteien. Sofern sich der Inhalt dieser Vereinbarungen allein auf die Provisionsabrede und deren Höhe reduziert, könnte es an dem Erfordernis der Entgeltlichkeit der Vereinbarung mangeln, weil diese zumindest irgend-

⁶³¹ HK-BGB/*Reiner Schulze*, § 311 Rn. 7.

⁶³² BeckOK BGB/*Gehrlein*, BGB § 311 Rn. 33; BGHZ 119, 112 (116) = NJW 1993, 666; BGH NJW 1992, 2283 (2284, 2285); BGH NJW 99, 575.

⁶³³ BeckOK BGB/*Gehrlein*, BGB § 311 Rn. 33.

⁶³⁴ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312c Rn. 26.

⁶³⁵ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 9b.

⁶³⁶ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312c Rn. 26.

eine (Gegen-)Leistung des Unternehmers voraussetzt. Diese ist zum Zeitpunkt der Änderung der Provisionsabrede aber in der Regel bereits durch Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten erbracht. Wenn der Änderungsvertrag bzw. Neuvertrag dann keine Regelung über die Maklertätigkeit des Unternehmers beinhaltet, für die eine Zahlungspflicht des Verbrauchers vereinbart wird, oder zumindest darauf Bezug nimmt, liegt auch nach dem Wortlaut von Artikel 2 Ziffer 6 VRRG, der den Dienstleistungsvertrag definiert, ein solcher tatsächlich nicht vor. Das hätte zur Folge, dass ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB bei nachträglicher Änderung der Provisionsabrede nicht besteht.

Diese strenge Wortlautauslegung würde jedoch Sinn und Zweck eines effektiven Verbraucherschutzes nicht gerecht und ließe die erbrachte Maklertätigkeit als Grundlage für die Änderung der Maklerprovision vollkommen unberücksichtigt. Vielmehr müsste dem Verbraucher dann sogar erst recht ein Widerrufsrecht zustehen, sofern er ein Provisionsversprechen im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB abgibt, das keine Maklertätigkeit des Unternehmers voraussetzt.

Der tatsächliche, wirtschaftliche und zeitliche Zusammenhang zwischen dem ursprünglichen Maklervertrag und dem Änderungsvertrag bzw. der Aufhebung und des Neuabschlusses spricht daher für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB und eines grundsätzlich bestehenden Verbraucherwiderrufsrechts des Maklerkunden in Bezug auf den Änderungsvertrag bzw. die Aufhebung und den Neuabschluss des Maklervertrages.

b) Abschluss eines neuen Maklervertrages

Zunächst soll die Konstellation untersucht werden, wonach die Maklervertragsparteien einen provisionspflichtigen Maklervertrag (Erstvertrag) im gegenseitigen Einvernehmen aufheben und sodann einen neuen und separaten provisionspflichtigen Maklervertrag mit einer anderen Provisionshöhe (Zweitvertrag) vereinbaren.

Sofern der Erstvertrag aufgehoben wird und der Zweitvertrag im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande kommt, ist der Immobilienmakler verpflichtet, seinen Verbraucherkunden (erneut) über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren. Es läuft dann eine Verbraucherwiderrufsfrist von 14 Tagen, § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB. Wenn eine erforderliche Verbraucherwiderrufsbelehrung jedoch fehlerhaft erfolgt oder vollkommen fehlt, kann der Verbraucher diesen Zweitvertrag sogar innerhalb einer Frist von zwölf Monaten und 14 Tagen noch widerrufen, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB.

Unabhängig von der Länge der Widerrufsfrist, könnte ein Widerruf des Zweitvertrages durch den Verbraucher jedenfalls zur Folge haben, dass ein bereits zuvor entstandener Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers bzw. die Grundlage für einen solchen *insgesamt* rückwirkend wieder entfällt, wenngleich es zum Abschluss des vom Verbraucher beabsichtigten Hauptvertrages kommt. Es gilt daher, die Rechtsfolgen aus der Beendigung der beiden Vertragsverhältnisse zu untersuchen.

aa) Widerruf des Zweitvertrages

Zunächst führt der Widerruf des Zweitvertrages dazu, dass der Immobilienmakler auf diesen keinen Provisionsanspruch mehr stützen kann. Andernfalls liefe das Widerrufsrecht zu Lasten des Verbrauchers leer. Andererseits könnte zugunsten des Unternehmers zu unterstellen sein, dass eine Widerrufsbelehrung, die der Immobilienmakler bei Abschluss des Erstvertrages vorgenommen hat, sofern auch dieser als Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB zustande kam, auf den Abschluss des Zweitvertrages fortwirkt und die Pflicht zu einer erneuten Widerrufsbelehrung bei Abschluss des Zweitvertrages damit entfällt. Dieser Gedanke ist jedoch nicht mit dem Sinn und Zweck eines effektiven Verbraucherschutzes in Einklang zu bringen.⁶³⁷ Vielmehr sind die beiden Vertragsverhältnisse strikt getrennt voneinander zu betrachten.⁶³⁸ Sowohl das ursprüngliche Vertragsverhältnis als auch der spätere Vertrag können Fernabsatzverträge sein.⁶³⁹ Der Immobilienmakler ist daher verpflichtet, ein weiteres Mal über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren.

Für diese Ansicht spricht auch ein Vergleich mit dem Fall, dass eine Widerrufsbelehrung bei Abschluss des Erstvertrages nicht erfolgt, weil sie z. B. aus rechtlichen Gründen nicht erforderlich ist.⁶⁴⁰ Da eine Widerrufsbelehrung nicht vorgenommen wurde, kann sich diese auch nicht einmal theoretisch als fortwirkendes Annex des Erstvertrages auf den Zweitvertrag auswirken. Zudem entfaltet die Aufhebung des Erstvertrages, wenn nicht *ex-tunc*, so mindestens aber *ex-nunc* Wirkung für die Zukunft,⁶⁴¹ sodass auch eine rechtliche

⁶³⁷ Gegen eine „Durchwirkung“ einer bei Abschluss des Erstvertrages ordnungsgemäß getätigten Widerrufsbelehrung auf den Zweitvertrag spricht auch der Umstand, dass bei einer Aufhebung des Erstvertrages und Abschluss eines neuen Vertrages etwaige Sicherungsrechte untergehen, s. dazu BeckOK BGB/*Gehrlein*, BGB § 311 Rn. 35.

⁶³⁸ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312c Rn. 27.

⁶³⁹ BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312c Rn. 27.

⁶⁴⁰ Dies ist z. B. der Fall, wenn der provisionspflichtige Maklervertrag in den Geschäftsräumlichkeiten des Immobilienmaklers abgeschlossen wird.

⁶⁴¹ *Mäschle*, S. 29.

Fernwirkung einer dort vorgenommenen Verbraucherwiderrufsbelehrung auf den Abschluss des Zweitvertrages ausgeschlossen ist. Dann aber darf nichts anderes gelten, sofern eine Widerrufsbelerung auch bereits bei Abschluss des Erstvertrages vorgenommen wurde.

Überdies ist es dem Grundstücksmakler im Hinblick auf den Zweitvertrag zumeist auch verwehrt, das Widerrufsrecht des Verbrauchers vorzeitig gemäß § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB zum Erlöschen zu bringen. In der Regel ist die Maklertätigkeit zum Zeitpunkt der nachträglichen Änderung der Provisionshöhe nämlich bereits vollständig erbracht, sodass für die Anwendung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB kein Raum mehr verbleibt.

bb) Aufhebung des Erstvertrages

Das Schicksal des Maklerprovisionsanspruchs hängt deshalb davon ab, welche Rechtswirkung die Aufhebung des Erstvertrages hat. Klärungsbedürftig ist insofern die Frage, ob die einvernehmliche Aufhebung des Erstvertrages lediglich *ex-nunc*⁶⁴² Geltung für die Zukunft beansprucht und eine zuvor geschaffene Grundlage für einen Maklerprovisionsanspruch unberührt lässt oder sogar den Provisionsanspruch insgesamt rückwirkend *ex-tunc*⁶⁴³ beseitigt. Wenn die einvernehmliche Aufhebung des Maklervertrages auch dann *ex-tunc* Wirkung entfaltet, nachdem der Immobilienmakler bereits seine Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten erbracht hat, führte dies dazu, dass auch der Erstvertrag nicht mehr als Grundlage für einen Maklerprovisionsanspruch herhalten kann und der Provisionsanspruch des Maklers insgesamt entfiel.

Gegen eine *ex-tunc* Wirkung der einvernehmlichen Aufhebung des Maklervertrages spricht zunächst ein Vergleich innerhalb des Maklerrechts: Nach herrschender Meinung führt die einvernehmliche Aufhebung des *Hauptvertrags* nicht auch zum (nachträglichen) Erlöschen des Maklerprovisionsanspruchs gemäß § 652 Absatz 1 BGB.⁶⁴⁴ Andernfalls hätten es die Parteien des Hauptvertrages in der Hand, durch eine einvernehmliche Aufhebung des Hauptvertrages über das Bestehen oder Nichtbestehen des Maklerprovisionsanspruchs zu entscheiden, obwohl der Makler seine Pflichten aus dem Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen bereits erfüllt hat und sein Provisionsanspruch losgelöst von der Dauer des Hauptvertrages besteht. Daher stellte die Aufhebung des Hauptvertrages und der daraus resultierende nachträgliche Provisionsverlust einen

⁶⁴² Von jetzt ab (mit Wirkung für die Zukunft).

⁶⁴³ Rückwirkend (auch für die Vergangenheit wirkend).

⁶⁴⁴ BeckOK BGB/*Kneller*, BGB § 652 Rn. 36; BGH NJW 1987, 1628; NJW-RR 1993, 248 (249); OLG Hamm NZM 2000, 1071 (1072); OLG Koblenz MDR 2011, 777.

Vertrag zu Lasten Dritter⁶⁴⁵ (des Immobilienmaklers) dar und wäre mithin unwirksam. Das spricht dafür, dass auch die einvernehmliche Aufhebung des Maklervertrages lediglich ex-nunc Wirkung entfaltet, nicht aber rückwirkend die Grundlage für Provisionsansprüche entfallen lässt, die bereits aus zuvor erbrachten Maklertätigkeiten entstanden sind oder noch entstehen, wenn der beabsichtigte Hauptvertrag zu einem späteren Zeitpunkt geschlossen wird und die Maklervertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.

In der Literatur wird jedoch teilweise und ohne Einschränkung vertreten, dass der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers rückwirkend ex-tunc trotz Abschlusses eines Hauptvertrages erlischt, wenn der provisionspflichtige *Maklervertrag* zuvor einvernehmlich aufgehoben wird.⁶⁴⁶

Diese Meinung übersieht jedoch eine entscheidende Einschränkung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶⁴⁷. In dem dort entschiedenen Fall ging es nämlich um die Frage, ob ein Immobilienmakler auch dann noch einen Provisionsanspruch gegen seinen Kunden geltend machen kann, wenn der Makler ein Eigeninteresse am Erwerb der Immobilie äußert.⁶⁴⁸ Der Bundesgerichtshof sieht hierin eine Erklärung des Immobilienmaklers, von seinen Pflichten aus dem Maklervertrag entbunden werden zu wollen und die Interessen seines Auftraggebers nicht mehr wahrnehmen zu müssen.⁶⁴⁹ Der Immobilienmakler habe daher trotz Nachweises der Kaufgelegenheit keinen Provisionsanspruch mehr gegen seinen Kunden, wenn dieser letztlich den Hauptvertrag schließt.⁶⁵⁰

Der Bundesgerichtshof weist aber darauf hin, dass es grundsätzlich immer eine Frage des konkreten Einzelfalles ist, ob die Parteien bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages eine ex-tunc Wirkung beabsichtigen oder eine bereits geschaffene Anspruchsgrundlage hiervon unberührt bleiben soll.⁶⁵¹ Grundsätzlich ist es für die Entstehung des Provisionsanspruchs jedoch nicht erforderlich, dass der Hauptvertrag *während* der Laufzeit des Maklervertrages zustande kommt.⁶⁵² Es genügt vielmehr, wenn (allein) die Maklerleistung vor

⁶⁴⁵ Zur Unwirksamkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter s. MüKoBGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 263.

⁶⁴⁶ Soergel/*Engel*, § 652 Rn. 39; *Ibold*, S. 81, Rn. 62.

⁶⁴⁷ BGH WM 1979, 778 (780).

⁶⁴⁸ S. a. *Hamm*, S. 72, Rn. 259; *Mäschle*, S. 29.

⁶⁴⁹ BGH NJW 1983, 1847 (1848).

⁶⁵⁰ BGH NJW 1983, 1847 (1848).

⁶⁵¹ Zu dieser Frage siehe auch BGH NJW 1978, 2198.

⁶⁵² *Fischer*, S. 160, Rn. 3; OLG Hamm NJW-RR 2015, 825, 926 unter Bezug auf BGH NJW 1966, 2008; OLG Düsseldorf, BeckRS 2016, 112011; ferner *Fischer*, NJW 2015, 3278 (3281).

Beendigung des Maklervertrages erbracht wird und diese ursächlich für den späteren Hauptvertragsabschluss ist, selbst wenn dieser erst nach Beendigung des Maklervertrages zustande kommt.⁶⁵³

Das spricht dafür, dass die einvernehmliche Aufhebung des Erstvertrages im Grundsatz lediglich ex-nunc Wirkung entfaltet, der Grundstücksmakler seinen Provisionsanspruch also auch nach Widerruf des Zweitvertrages noch auf den beendeten Erstvertrag stützen kann, sofern der Widerruf des Zweitvertrages nicht auch auf den Erstvertrag durchwirkt.⁶⁵⁴

c) Änderung des fortbestehenden Maklervertrages, § 311 BGB

Alternativ kann auch das ursprüngliche Maklervertragsverhältnis bestehen bleiben und lediglich der Passus über die (Höhe der) Maklerprovision abgeändert werden. Die Abänderung der Regelung stellt eine Änderung des Inhalts des (ursprünglichen) Schuldverhältnisses dar, die nur durch Abschluss eines entsprechenden Vertrages möglich ist, § 311 Absatz 1 BGB.⁶⁵⁵ Die Änderung wirkt in der Regel rückwirkend.⁶⁵⁶

Sofern ein solcher Abänderungsvertrag im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande kommt, ist der Immobilienmakler auch hier verpflichtet, den Maklerkunden (erneut) über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren, wenngleich er bereits bei Abschluss der ursprünglichen Provisionsabrede über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde. Der Fernabsatzvertrag betrifft allein die *Änderung* des schon bestehenden Vertragsverhältnisses.⁶⁵⁷ Für die punktuelle inhaltliche Änderung der Maklerprovision durch einen entsprechenden Vertrag unter Beibehalt des im Übrigen fortbestehenden Vertrages darf rechtlich nichts anderes gelten als in den Fällen, in denen der Erstvertrag aufgehoben und ein neuer Zweitvertrag geschlossen wird. Auch hier ist ein effektiver Verbraucherschutz nur dann gewährleistet, wenn der Verbraucher bei Änderung des bestehenden Vertrages über das Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wird, sofern die Änderung des Maklervertrages (erstmalig) im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande kommt.

⁶⁵³ Fischer, S. 160, Rn. 3; OLG Hamm NJW-RR 2015, 825 (826) unter Bezug auf BGH NJW 1965, 964; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 112011; Mormann, WM 1968, 954.

⁶⁵⁴ Diese Aussage unterstellt, dass auch im Übrigen die Voraussetzungen für einen Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB, insbesondere die erforderliche Kausalität, erfüllt sind.

⁶⁵⁵ BeckOK BGB/Gehrlein, BGB § 311 Rn. 33.

⁶⁵⁶ BeckOK BGB/Gehrlein, BGB § 311 Rn. 34; BGH DB 1978, 1831.

⁶⁵⁷ BeckOK BGB/Martens, BGB § 312c Rn. 27.

Zu untersuchen ist jedoch, welche Rechtsfolgen der Widerruf eines solchen Änderungsvertrages hat.

d) Durchgriff des § 360 Absatz 1 BGB

Der Widerruf des Zweit- bzw. Änderungsvertrags könnte zum Verlust des *gesamten* Provisionsanspruchs des Immobilienmaklers führen, sofern der Widerruf des Verbrauchers Durchgriffswirkung entfaltet und die Voraussetzungen des § 360 Absatz 1 Satz 1 BGB erfüllt sind.

Die Regelung beabsichtigt nämlich, den Verbraucher nicht aufgrund eines weiteren, zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses vom Widerruf abzuhalten.⁶⁵⁸

Im Rahmen der Prüfung sind die beiden Ausgangssituationen zu unterscheiden, wonach ein Maklervertrag aufgehoben und sodann ein neuer Maklervertrag geschlossen wird oder ein bestehender Maklervertrag lediglich unter Abänderung der Regelung über die Maklerprovision im Übrigen weiter fortbesteht.

aa) Durchgriff bei Neuabschluss des Maklervertrages

Zunächst müsste es sich beim Erstvertrag und Zweitvertrag um zusammenhängende Verträge handeln, § 360 Absatz 2 BGB. Das ist bereits dann der Fall, wenn zwischen den Verträgen eine kausale Verknüpfung besteht, wofür schon ein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang ausreichend ist.⁶⁵⁹ Zweifellos weisen der Erstvertrag und der Zweitvertrag sowohl einen tatsächlichen als auch einen wirtschaftlichen Zusammenhang auf, weil der Zweitvertrag eine vom Erstvertrag abweichende Provisionsvereinbarung trifft, die Grundlage hierfür aber in der Regel weiterhin die schon im Erstvertrag vereinbarte Maklertätigkeit ist. Überdies beinhaltet der zusammenhängende Vertrag auch eine Leistung des Unternehmers. Der Begriff der Leistung ist weit auszulegen und umfasst Dienstleistungen und Warenlieferungen.⁶⁶⁰ Maklertätigkeiten sind nach derzeit ganz herrschender Meinung als Dienstleistungen einzuordnen.⁶⁶¹ Ebenso ist es unerheblich, ob der zusam-

⁶⁵⁸ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 1; Grüneberg/Grüneberg, § 360, Rn. 1.

⁶⁵⁹ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 7.

⁶⁶⁰ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 6.

⁶⁶¹ S. dazu auch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, Kapitel B.II.3.d).

menhängende Vertrag im Hinblick auf den widerrufenen Vertrag den Charakter eines Nebenvertrages hat.⁶⁶²

Zweifelhaft könnte die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 360 BGB jedoch deshalb sein, weil der Erstvertrag vor Abschluss des Zweitvertrages bereits aufgehoben wurde und daher zu keinem Zeitpunkt beide Vertragsverhältnisse wirksam nebeneinanderstehen. Diese Ansicht würde aber unberücksichtigt lassen, dass ein Maklerprovisionsanspruch auch trotz Aufhebung des Erstvertrages weiterhin bestehen könnte, sofern die Aufhebung des Erstvertrages lediglich ex-nunc wirkt und die Grundlage des Provisionsanspruchs zum Zeitpunkt der Aufhebung bereits bestand. Die Pflicht des Verbrauchers zur Zahlung der Maklerprovision besteht dann nämlich noch fort, wenn es zu einem späteren Zeitpunkt zum Abschluss des Hauptvertrages kommt.⁶⁶³ Gerade hiervor soll der Widerruf des Maklervertrags aber den Verbraucher schützen. Daher ist nicht darauf abzustellen, dass formal zu keinem Zeitpunkt zwei rechtswirksame Verträge nebeneinanderstehen. Vielmehr muss der Anwendungsbereich des § 360 BGB bereits dann eröffnet sein, wenn die Pflichten des Verbrauchers aus dem Erstvertrag auch nach dessen Aufhebung noch fortwirken.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Widerruf des Zweitvertrages auch die den Verbraucher noch treffenden Pflichten des aufgehobenen Erstvertrages beseitigt und damit der Maklerprovisionsanspruch insgesamt entfällt. Für diese Ansicht spricht der eindeutige Wortlaut von Artikel 15 Absatz 1 VRRL⁶⁶⁴, wonach der Widerruf des Verbrauchers *auch alle akzessorischen Verträge automatisch beendet, ohne dass dem Verbraucher dafür Kosten entstehen dürfen (...)*.

bb) Durchgriff bei Änderung des Maklervertrages

Die Voraussetzungen des § 360 Absatz 2 Satz 1 BGB sind auch dann zweifelsfrei erfüllt, wenn der bestehende Maklervertrag lediglich im Hinblick auf die Provisionsabrede durch Änderungsvertrag einen neuen Inhalt erhält. Der Änderungsvertrag gemäß § 311 Absatz 1 BGB betrifft die Provisionsregelung des im Übrigen fortbestehenden Maklervertrags, sodass ein tatsächlicher und wirtschaftlicher Bezug zwischen dem widerrufenen Änderungsvertrag und dem übrigen, ursprünglichen Maklervertragsverhältnis besteht.

⁶⁶² BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 7; MüKoBGB/Habersack, § 360 Rn. 4; Staudinger/Herresthal (2021), § 360 Rn. 14; a.A. Wendt/Lorscheid-Kratz, BB 2013, 2434 (2436).

⁶⁶³ Hamm, S. 73, Rn. 264.

⁶⁶⁴ s. dazu BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 1, wonach § 360 BGB der Umsetzung von Art. 15 VRRL dient.

Der Widerruf des Änderungsvertrags umfasst daher gemäß § 360 Absatz 1 Satz 1 BGB auch das übrige Vertragsverhältnis, sodass ein Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers insgesamt entfällt.

Hiergegen könnte eingewendet werden, dass durch den Widerruf des Änderungsvertrags allein die geänderte Provisionsregelung wieder aufgehoben wird, der übrige Vertragsinhalt hiervon jedoch unberührt bleibt. Der Provisionsanspruch des Maklers bliebe allerdings auch dann nur bestehen, wenn trotz Widerrufs der nachträglich geänderten Provisionsregelung auf die vorherige Provisionsvereinbarung mit der ursprünglichen Provisionshöhe ähnlich einer geltungserhaltenden Reduktion⁶⁶⁵ zurückgegriffen werden könnte bzw. diese wiederauflebte.

Gegen eine solche geltungserhaltende Reduktion auf die ursprünglich vereinbarte Maklerprovision und für den Wegfall des gesamten Maklerprovisionsanspruchs spricht jedoch der Wortlaut des § 360 Absatz 1 BGB und des Art. 15 Absatz 1 VRRG sowie der Sinn und Zweck eines effektiven Verbraucherschutzes, weil der Verbraucher durch den Widerruf vor den Rechtsfolgen geschützt werden soll, die ihm aus einem online geschlossenen Vertragsverhältnis entstehen.⁶⁶⁶

Daher führt der Widerruf des Änderungsvertrags auch hier dazu, dass ein Maklerprovisionsanspruch insgesamt entfällt.

e) Kollision mit § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB

Dem Verlust des *gesamten* Maklerprovisionsanspruchs aufgrund der Durchgriffswirkung des § 360 Absatz 1 BGB könnte jedoch die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB entgegenstehen. Die Vorschrift setzt Artikel 16 a) VRRG⁶⁶⁷ in deutsches Recht um.

Wenn nämlich bereits der Erstvertrag online als Fernabsatzvertrag gemäß § 312c BGB geschlossen wurde und der Makler das Verbraucherwiderrufs-

⁶⁶⁵ Zum Begriff im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen s. *Brox/Walker*, § 10 Rn. 24. Bei der geltungserhaltenden Reduktion geht es um die Frage, ob eine unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung zumindest noch hinsichtlich eines wirksamen Teils für zulässig erachtet werden kann.

⁶⁶⁶ *Grüneberg/Grüneberg*, § 360 Rn. 2.

⁶⁶⁷ Artikel 16a VRRG lautet: „Die Mitgliedstaaten sehen bei Fernabsatzverträgen und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen kein Widerrufsrecht nach den Artikeln 9 bis 15 vor, wenn bei Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung vollständig erbracht worden ist, wenn der Unternehmer die Erbringung mit der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers und dessen Kenntnisnahme, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert, begonnen hatte.“

recht gemäß § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB zum vorzeitigen Erlöschen gebracht hat, dann stand dem Verbraucher ein Widerrufsrecht hinsichtlich des Erstvertrages zum Zeitpunkt der Aufhebung dieses Erstvertrages und Abschluss des Zweitvertrages nicht mehr zu. Über § 360 Absatz 1 BGB würde das Widerrufsrecht aber nachträglich wiederaufleben.

Insofern kollidiert die Durchgriffswirkung des § 360 BGB mit § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB, weil ein Widerruf des Erstvertrages einerseits aufgrund § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB nicht mehr möglich ist, der Widerruf des Zweitvertrages andererseits jedoch den auf dem Erstvertrag beruhenden Maklerprovisionsanspruch gemäß § 360 Absatz 1 Satz 1 BGB mit den Rechtsfolgen der §§ 360 Absatz 1 Satz 2, 358 Absatz 4 Satz 3, 355 Absatz 3, 357a Absatz 2 BGB ebenfalls entfallen ließe.

Gleiches gilt für den Fall, dass der Maklervertrag lediglich im Hinblick auf die Provisionsabrede durch einen Änderungsvertrag gemäß § 311 Absatz 1 BGB inhaltlich neu geregelt wird. Dem Verlust des Provisionsanspruchs des Grundstücksmaklers aufgrund der Durchgriffswirkung des § 360 Absatz 1 BGB könnte § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB entgegenstehen, sofern bereits die ursprüngliche Vereinbarung online gemäß § 312c BGB geschlossen wurde und die Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB erfüllt sind.

Zwar wird § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB bei Abschluss des Änderungsvertrags zumeist keine Anwendung mehr finden können, weil zu diesem Zeitpunkt die Maklertätigkeit regelmäßig bereits erbracht wurde. Wenn der Makler aber den ursprünglichen Maklervertrag durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen bereits erfüllt hat und mit seiner Tätigkeit erst begonnen hat, nachdem sein Verbraucherkunde ausdrücklich zugestimmt sowie seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Erfüllung des Maklervertrages verliert, ist ein Widerruf des Maklervertrages ab diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich. Erst der Abschluss des Änderungsvertrages und die Anwendung von § 360 Absatz 1 BGB ermöglicht (erneut) den Widerruf des Maklervertrages.

f) Treuwidrigkeit des Widerrufs gemäß § 242 BGB

Gestaltungsrechte wie das verbraucherschützende Widerrufsrecht können dem Einwand des § 242 BGB ausgesetzt sein.⁶⁶⁸ Dem sind jedoch nach Abschaffung des „ewigen“ Widerrufsrechts insbesondere deswegen enge Grenzen zu setzen, weil es regelmäßig am erforderlichen Zeitelement⁶⁶⁹ mangelt

⁶⁶⁸ LG Hamburg BeckRS 2016, 19940.

⁶⁶⁹ S. hierzu BeckOK BGB/*Sutschet*, BGB § 242 Rn. 145, 146.

wird, da ein Widerruf gemäß § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB spätestens innerhalb eines Jahres und 14 Tagen zu erfolgen hat.⁶⁷⁰ Zugunsten des Grundstücksmaklers könnte hingegen zu unterstellen sein, dass ein Widerruf des Änderungsvertrages durch den Verbraucher mit der Absicht, den gesamten Maklerprovisionsanspruch zu Fall zu bringen, gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen könnte.⁶⁷¹ Der Widerruf des Maklervertrags ist nämlich dann rechtsmissbräuchlich, wenn er weder mit einer übereilten Entscheidung noch der Art der Maklertätigkeit noch der Art der Widerrufsbelehrung im Zusammenhang steht.⁶⁷² Dann aber könnte auch der Widerruf des Online-Änderungsvertrags rechtsmissbräuchlich sein, wenn dieser eine Provisionsreduzierung *zugunsten* des Verbrauchers vorsieht und der Verbraucher dieses Entgegenkommen seines Immobilienmaklers und die Umstände der Situation ausnutzt, um sich seiner Provisionspflicht *insgesamt* zu entledigen.

Anderes könnte wiederum dann gelten, wenn der Immobilienmakler seinerseits auf einen Änderungsvertrag zu seinen Gunsten drängt und die Maklerprovision nachträglich *erhöhen* möchte. Sofern der Verbraucher dann den Online-Änderungsvertrag widerruft, besteht kein Raum mehr für den Treuwidrigkeitseinwand, denn der Grundstücksmakler versucht hier seinerseits, seine Machtposition wirtschaftlich auszunutzen. Wenn sich der Maklerkunde hiervor durch Widerruf des Online-Änderungsvertrages zu schützen versucht und damit den gesamten Provisionsanspruch des Maklers zu Fall bringt, verstoßt dies nicht gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB.

Gegen die generelle Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 242 BGB könnte der Umstand sprechen, dass die Geltendmachung von gesetzlichen Verbraucherschutzrechten wie dem Verbraucherwiderruf gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB per se nicht gegen Treu und Glauben verstoßen kann, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür im konkreten Einzelfall erfüllt sind.

g) *Stellungnahme*

Zunächst ist der Makler verpflichtet, seinen Kunden (erneut) über das ihm zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c

⁶⁷⁰ LG Hamburg BeckRS 2016, 19940.

⁶⁷¹ Urteil des LG Hamburg vom 17.05.2018, Az. 301 O 211/17, <http://www.landesrecht-hamburg.de/jportal/portal/page/bsharprod.psml?showdoccase=1&doc.id=JURE180017578&st=ent> (Stand 12.09.2020).

⁶⁷² Urteil des LG Hamburg vom 17.05.2018, Az. 301 O 211/17, Rn. 22, <http://www.landesrecht-hamburg.de/jportal/portal/page/bsharprod.psml?showdoccase=1&doc.id=JURE180017578&st=ent> (Stand 12.09.2020).

BGB zu befehlen, sofern die Provisionsabrede durch einen neuen Maklervertrag oder durch Änderung des bestehenden Maklervertrages nachträglich online geändert wird.

Einem Widerruf steht auch nicht die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB entgegen. Die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 360 BGB setzt nämlich nicht voraus, dass auch der verbundene Vertrag seinerseits hätte widerrufen werden können.⁶⁷³ Ebenso wenig kommt es darauf an, dass der zusammenhängende Vertrag hätte widerrufen werden können, die Widerrufsfrist hingegen abgelaufen ist.⁶⁷⁴ Dann aber darf der Durchgriffswirkung des § 360 Absatz 1 BGB auch nicht entgegenstehen, dass ein Verbraucherwiderruf aufgrund der Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB ausgeschlossen ist. Diese grundsätzliche Wertung zugunsten des Schutzes des Verbrauchers ist erforderlich, weil ein effektiver Verbraucherschutz andernfalls nicht gewährleistet ist. Daher ist die Interessensabwägung zwischen Provisionsabsicherung einerseits und Verbraucherschutz andererseits zugunsten des Verbrauchers zu entscheiden. Hierfür spricht zudem der Umstand, dass der Widerruf des Änderungs- bzw. Zweitvertrags erst recht über § 360 Absatz 1 BGB zum Verlust des Maklerprovisionsanspruchs führt, wenn der ursprüngliche bzw. Erstvertrag nicht als Fernabsatzvertrag zustande kam. Dann nämlich ist für die Anwendung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB kein Raum, weil die Regelung nur außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge betrifft.⁶⁷⁵ Der Widerruf des Zweit- bzw. Änderungsvertrags führt daher über § 360 Absatz 1 BGB zum gesamten Verlust des Provisionsanspruchs des Grundstücksmaklers.

Die hier aufgeworfene Thematik ähnelt der Frage, ob Verbrauchern bei Abschluss einer Mieterhöhungsvereinbarung im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB ein Verbraucherwiderrufsrecht zu steht.⁶⁷⁶ Der Bundesgerichtshof hat dies in einer Entscheidung⁶⁷⁷ verneint und seine Ansicht damit begründet, dass der Verbraucherschutz des Mieters durch das Textformerfordernis des § 558a Absatz 1 BGB, die Begründungspflicht des § 558a Absatz 2 BGB und die gesetzliche Zustimmungsfrist des § 558b Absatz 2 Satz 1 BGB umfassend sichergestellt sei.⁶⁷⁸ Eines darüber hinaus gehenden gesonderten Verbraucherwiderrufsrechts nach §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB

⁶⁷³ MüKoBGB/*Habersack*, § 360 Rn. 1; *Bülow/Artz*, § 495 Rn. 339.

⁶⁷⁴ MüKoBGB/*Habersack*, § 360 Rn. 4; a.A. *Wendt/Lorscheid-Kartz*, BB 2013, 2434 (2437).

⁶⁷⁵ MüKoBGB/*Fritsche*, § 356 Rn. 1.

⁶⁷⁶ *Würdinger*, JM 3, März 2019, S. 98 (100).

⁶⁷⁷ BGH NJW 2019, 303.

⁶⁷⁸ BGH NJW 2019, 303, Rn. 56.

bedürfe es daher aufgrund einer teleologischen Einschränkung des § 312 Absatz 4 Satz 1 BGB nicht.⁶⁷⁹

Eine abweichende, teleologische Korrektur des Verbraucherwiderrufsrechts im Hinblick auf die nachträgliche Änderung der Höhe der vereinbarten Maklerprovision ist daher auch dann angezeigt, wenn der Änderungs- bzw. Zweitvertrag eine *Reduzierung* der Provision ausschließlich *zugunsten* des Verbrauchers vorsieht und die Parteien sich hierüber, z.B. aus Praktikabilitätsgründen, online gemäß § 312c BGB einigen. Sofern nämlich der Grundstücksmakler mit dem Verbraucher zuvor einen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB geschlossen und den Maklervertrag durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen ordnungsgemäß erfüllt hat, entsteht mit Abschluss des Hauptvertrags der Provisionsanspruch in der im Maklervertrag vorgesehenen Höhe.⁶⁸⁰ Der Widerruf einer späteren Provisionsreduzierung mit der Rechtsfolge, dass der *gesamte* Provisionsanspruch des Maklers gemäß §§ 360 Absatz 1, 355, 312g Absatz 1, 312c BGB untergeht, verstößt jedoch gegen Treu und Glauben gemäß § 242. Der Widerruf des Änderungs- bzw. Zweitvertrages ist unredlich, weil die Umstände der beabsichtigten Reduzierung der Maklerprovision ausgenutzt werden, um sich der Provisionspflicht *insgesamt* zu entledigen. Treuwidrig ist der Widerruf des Verbrauchers auch deshalb, weil der Grundstücksmakler seine Pflicht, den Verbraucher auch hier über das Widerrufsrecht zu belehren, nicht ausschließen kann, insbesondere ist für die Anwendung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB kein Raum, weil die Maklertätigkeit zum Zeitpunkt der Reduzierung regelmäßig bereits erbracht ist. Der Verbraucher kennt die Kaufgelegenheit zu diesem Zeitpunkt, sodass insbesondere ein Nachweis der Kaufgelegenheit im Rahmen des Zweitvertrages gar nicht mehr möglich ist.⁶⁸¹ Im Übrigen ist zukünftig auch für die Änderung der Provisionshöhe das Textformerfordernis § 656a BGB zu beachten, sodass eine angemessene verbraucherschützende Transparenz sichergestellt ist.⁶⁸² Anders als bei Mieterhöhungen gilt es auch zu berücksichtigen, dass sich die Reduzierung der Maklerprovision ausschließlich zugunsten des Verbrauchers auswirkt, sodass erst recht eine Einschränkung des Verbraucherwiderrufsrechts angezeigt ist.

⁶⁷⁹ BGH NJW 2019, 303, Rn. 55.

⁶⁸⁰ Die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB sind in diesem Fall erfüllt.

⁶⁸¹ Formal könnte sich der Verbraucher vor Abschluss des Zweitvertrages sogar auch auf Vorkenntnis berufen. Dieser Einwand könnte im Einzelfall ebenfalls ein treuwidriges Verhalten des Verbrauchers und damit rechtlich unbeachtlich sein. Das Recht zum Widerruf des Zweitvertrages wird hierdurch jedoch auch nicht beeinträchtigt.

⁶⁸² Zu den Auswirkungen des Verbraucherwiderrufs auf den Maklervertrag mit der anderen Hauptvertragspartei im Anwendungsbereich des § 656c BGB s. auch Kapitel B.XV.2.

Um die Gefahr des Verlusts des Maklerprovisionsanspruchs insgesamt auszuschließen, bliebe dem Makler andernfalls nur, den Abschluss des Änderungs- bzw. Zweitvertrages in seinen Geschäftsräumlichkeiten anzubieten, da dem Verbraucher dann kein gesetzliches Widerrufsrecht einzuräumen ist. Der zunehmenden und bereits jetzt sehr verbreiteten Digitalisierung des Immobilienmaklergeschäfts und der damit einhergehenden Erwartungshaltung des Verbrauchers⁶⁸³ wird dieser Lösungsansatz aber insbesondere in praktischer Hinsicht keinesfalls gerecht. Alternativ könnte der Makler dem Wunsch des Verbrauchers auf Reduzierung einer zuvor vereinbarten Maklerprovision auch grundsätzlich nicht entsprechen, um nicht Gefahr zu laufen, einen bereits gesicherten Provisionsanspruch wieder zu verlieren. Es liegt auf der Hand, dass diese Überlegung ebenfalls nicht überzeugt.

Der Treuwidrigkeitseinwand gegen den Widerruf des Änderungs- bzw. Zweitvertrages ist dem Grundstücksmakler hingegen dann versperrt, wenn er die zuvor vereinbarte Maklerprovision im Nachhinein erhöht oder sonstige Änderungen online durchsetzt, die sich, zumindest teilweise, nachteilig zu Lasten des Verbrauchers auswirken. Wenn nämlich der Makler aus einer Position der (Markt-)Stärke heraus seine Macht ausnutzt, um insbesondere die zuvor vereinbarte Maklerprovision noch zu erhöhen, besteht kein schutzwürdiges Interesse des Maklers, dem Verbraucher den Widerruf des Maklervertrages mit der Durchgriffswirkung des § 360 Absatz 1 BGB zu verwehren. Er hat dann das Risiko zu tragen, seinen Provisionsanspruch insgesamt zu verlieren.

Der Verbraucher darf auch nicht auf einen isolierten Widerruf⁶⁸⁴ hinsichtlich der nachträglich geänderten Maklerprovision unter Fortbestand der ursprünglichen Provisionsabrede beschränkt werden. Nach Artikel 15 VRRLL werden „alle akzessorischen Verträge automatisch beendet“, sodass ein isolierter Widerruf grundsätzlich auszuschließen ist.⁶⁸⁵ Der Widerruf des Maklervertrages lässt daher den Maklerprovisionsanspruch grundsätzlich *insgesamt* entfallen. Zu einem anderen Ergebnis führt hier auch nicht das bereits zuvor genannte Urteil des Bundesgerichtshofs über eine Mieterhöhung im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB. Der Verbraucher nimmt eine nachträgliche Erhöhung der Maklerprovision hin, da er andernfalls Gefahr läuft, aus dem potentiellen Erwerberkreis auszuschneiden. Ein Schutz des Verbrauchers, wie ihn § 558a Absatz 2 BGB oder § 558b Absatz 2 Satz 1

⁶⁸³ Auch von Interessentenseite wird regelmäßig ein schneller und unkomplizierter Informationsfluss erwartet.

⁶⁸⁴ Für die grundsätzliche Möglichkeit eines isolierten Widerrufs s. *Wendt/Lorscheid-Kratz*, BB 2013, 2434 (2436 f.); a.A. aus Gründen der Rechtssicherheit BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 16; *Büllo/Artz*, Rn. 349; *Staudinger/Herresthal* (2021), § 360 Rn. 26.

⁶⁸⁵ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 16.

BGB für Mieter vorsehen, sieht das Maklerrecht nicht vor. Eine teleologische Einschränkung des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB ist in diesem Fall daher nicht angezeigt.

Im Übrigen sind auch nicht die Erwägungen einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf Maklerverträge übertragbar, wonach Verbrauchern bei einer Änderungsvereinbarung zu einem Darlehensvertrag, durch die der ursprünglich vereinbarte Zinssatz geändert wird, kein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen ist.⁶⁸⁶ Die Regelungen der Richtlinie 2002/65/EG zum Verbraucherschutz beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen gelten gemäß ihres Artikels 1 Absatz 2 bei Verträgen über Finanzdienstleistungen mit daran anschließenden Vorgängen nur für die erste Vereinbarung.⁶⁸⁷ Dies könnte dazu führen, dass auch Vereinbarungen, die eine ursprünglich getroffene Provisionsabrede mit einem Immobilienmakler ändern, keinem (erneuten) Verbraucherwiderrufsrecht unterliegen.

Allerdings unterscheiden sich die VRRL und die Richtlinie 2002/65 in einem maßgeblichen Punkt:

Ein Fernabsatzvertrag nach Artikel 2 a) Richtlinie 2002/65/EG erfordert ein Vertragsverhältnis über Finanzdienstleistungen, während der Fernabsatzvertrag nach den Bestimmungen der VRRL jedes Vertragsverhältnis erfasst, Artikel 2 Ziffer 7 VRRL. Die Zinsänderung eines bestehenden Darlehensvertrages, die zudem auch auf eine Neuverhandlungsklausel gestützt wird, stellt keinen Vertrag über Finanzdienstleistungen dar,⁶⁸⁸ sodass ein Verbraucherwiderrufsrecht im Rahmen der Anschlussfinanzierung nicht besteht. Die Änderung der Provisionsabrede mit dem Immobilienmakler stellt hingegen ein Vertragsverhältnis gemäß § 311 Absatz 1 BGB dar, sodass auch sie von Artikel 2 Ziffer 7 VRRL erfasst wird.

Besondere Brisanz wird die nachträgliche Änderung der Maklerprovision im Übrigen dadurch erhalten, dass Grundstücksmakler innerhalb des Anwendungsbereichs des §656c BGB gezwungen sein werden, auch die Provisionsabrede mit der anderen Hauptvertragspartei entsprechend zu ändern, § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB.

2. Änderung der Kaufpreishöhe

Neben der zuvor beschriebenen Änderung der *Provisionsabrede* sind die Verbraucherschutzrechte des Maklerkunden auch dann von großer Bedeu-

⁶⁸⁶ Europäischer Gerichtshof BeckRS 2020, 12786.

⁶⁸⁷ Europäischer Gerichtshof BeckRS 2020, 12786.

⁶⁸⁸ Europäischer Gerichtshof BeckRS 2020, 12786.

tung, wenn sich der avisierte *Kaufpreis* während der Vermarktungsphase für die zu verkaufende Immobilie ändert und der Grundstücksmakler seine Kunden im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB z.B. per E-Mail über diesen Umstand unterrichtet. Hier besteht für den Grundstücksmakler einerseits die Gefahr, seinen Provisionsanspruch gemäß § 654 BGB analog zu verwirken, sofern er sich im Rahmen der Verhandlungen über den Kaufpreis seinem jeweiligen Auftraggeber gegenüber treuwidrig verhält.

Darüber hinaus sieht sich der Makler auch – allerdings aus anderen Gründen als bei der Änderung der *Provisionsabrede* – mit der Frage konfrontiert, ob aufgrund des vom ursprünglichen Angebotspreis abweichenden tatsächlichen Kaufpreises ein neuer Maklervertragsabschluss erforderlich wird und sodann eine erneute Pflicht zur Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht besteht.

Zunächst soll unter a) auf die besondere verbraucherschützende Wirkung des § 654 BGB in derartigen Konstellationen eingegangen und sodann unter b) untersucht werden, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen erneut über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren ist, sofern sich innerhalb der Vermarktungsphase der Immobilie die Höhe des Kaufpreises ändert.

a) Wettbieten der Maklerkunden

Die derzeit vor allem in Ballungsgebieten vorherrschende Marktsituation, wonach einem geringen Angebot an zu verkaufenden Immobilien eine große Anzahl von Kaufinteressenten gegenübersteht,⁶⁸⁹ führt häufig dazu, dass Interessenten versuchen, sich mit Kaufpreisgeboten zu überbieten. Dabei ist der Grundstücksmakler einer Situation ausgesetzt, in der er mit sich diametral gegenüberstehenden Vertragspflichten konfrontiert wird.⁶⁹⁰

aa) Treuepflichten gegenüber dem Verkäufer

Sofern der Grundstücksmakler mit dem verkaufswilligen Eigentümer zur Vermarktung dessen Immobilie einen sog. Alleinauftrag⁶⁹¹ oder einen Qualifizierten Alleinauftrag⁶⁹² geschlossen hat, ist er dadurch u. a. dazu verpflichtet, sich um den Abschluss eines für den Verkäufer vorteilhaften Hauptver-

⁶⁸⁹ S. dazu bereits in der Einleitung.

⁶⁹⁰ *Simanek*, S. 102.

⁶⁹¹ Kapitel B.VII.2.b)aa)(1).

⁶⁹² Kapitel B.VII.2.b)aa)(2).

tragsabschlusses zu bemühen.⁶⁹³ Daraus resultiert auch die Pflicht, im Interesse des Verkäufers einen möglichst hohen Kaufpreis durchzusetzen.⁶⁹⁴

bb) Treuepflichten gegenüber dem Käufer

Anderes gilt für die zwischen dem Grundstücksmakler und seinen jeweiligen Kaufinteressenten bestehenden Maklerverträge. Im Gegensatz zum Makleralleinauftrag bzw. Qualifizierten Alleinauftrag führt der Maklervertrag mit einem Kaufinteressenten zwar grundsätzlich nicht zu einer Tätigkeitspflicht des Maklers,⁶⁹⁵ dennoch resultiert auch aus diesem einfachen Maklervertragsverhältnis die Pflicht, sich für den Kaufinteressenten um einen möglichst niedrigen Kaufpreis zu bemühen.⁶⁹⁶ Die unterschiedlichen Interessen von Käufer und Verkäufer werden dadurch noch verkompliziert, dass der Grundstücksmakler im Rahmen der Vermarktung einer ihm vom Verkäufer an die Hand gegebenen Immobilie häufig mit zahlreichen Interessenten Kontakt hat, die untereinander in Konkurrenz stehen und deren Interessen er treu zu dienen verpflichtet ist. Der Makler hat also nicht nur Treuepflichten gegenüber dem Verkäufer und dem Käufer. Er muss auch dafür Sorge tragen, dass er sich gegenüber seinen verschiedenen Auftraggebern auf der Kaufinteressentenseite jeweils treu verhält.

cc) Hintertreiben des Hauptvertragsabschlusses

Die zuvor beschriebenen Treuepflichten des Grundstücksmaklers gegenüber dem Verkäufer und den Kaufinteressenten können schnell in einer Pflichtenkollision münden und zu einer Verwirkung der Maklerprovision gemäß § 654 BGB analog führen.⁶⁹⁷ Einerseits richtet der Verkäufer seine Erwartung an den Makler, über jedes Kaufpreisangebot informiert zu werden, insbesondere dann, wenn es bisherige Kaufpreisangebote übersteigt.⁶⁹⁸

⁶⁹³ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 248.

⁶⁹⁴ BGHZ 48, 344 = BGH NJW 1968, 150 (151); MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 248.

⁶⁹⁵ *Fischer*, S. 23, Rn. 2.

⁶⁹⁶ BGH NJW 1968, 150, 151 = BGHZ 48, 344.

⁶⁹⁷ Zur Verwirkung des Maklerprovisionsanspruchs bei unerlaubter Doppeltätigkeit s. B.I.1.

⁶⁹⁸ Exemplarisch dazu BGH NJW 2019, 1596: „Der Makler, der aufgrund eines Makleralleinauftrages damit beauftragt ist, dem Verkäufer Kaufinteressenten für ein Grundstück nachzuweisen oder zu vermitteln, verletzt seine Pflichten und ist deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er dem Verkäufer gegenüber ein Kaufangebot unzutreffend darstellt, ihm ein Kaufangebot verschweigt, den Kontakt zu Kaufinteressenten abreißen lässt, keine ausreichenden Vermarktungsbemühungen unternimmt

Andererseits handelt der Makler den Interessen eines Kaufinteressenten offensichtlich zuwider, sofern er dem Verkäufer ein (höheres) Kaufpreisangebot eines weiteren Kaufinteressenten weiterleitet und damit die Erwerbchancen des anderen Kaufinteressenten schmälert.⁶⁹⁹ Der Grundstücksmakler verletzt nämlich seine Treupflichten gegenüber dem Kaufinteressenten, wenn er den Abschluss des Hauptvertrages im Interesse des anderen Kaufinteressenten hintertreibt.⁷⁰⁰ Aus einem solchen Wettbieten heraus entsteht ein *unauflösbarer Interessenskonflikt*, der den Makler verpflichtet, von einer weiteren Tätigkeit abzusehen, sofern die Parteien nach Aufdeckung des Interessenswiderstreits nichts anderes wünschen.⁷⁰¹

Sieht der Grundstücksmakler nämlich davon ab, weitere Kaufpreisangebote an den verkaufswilligen Eigentümer zu übermitteln, verletzt er die ihm aus dem Makleralleinauftrag oder Qualifizierten Alleinauftrag entstehende Pflicht, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen und setzt sich dadurch Schadensersatzansprüchen des Verkäufers aus.

Schlussendlich besteht die Gefahr der Verwirkung einer Käuferprovision auch dann, wenn der Makler ein höheres Kaufpreisgebot eines anderen Kaufinteressenten weiterleitet, der zunächst überbotene Kaufinteressent aber letztlich den Hauptvertrag mit dem Verkäufer schließt, nachdem er seinerseits ein nochmals höheres Kaufpreisangebot unterbreitet hat. In diesem Fall sieht sich der Makler dem Vorwurf ausgesetzt, dass es auch bei einem deutlich niedrigeren Kaufpreisangebot zum Hauptvertragsabschluss gekommen wäre, sofern der Makler den Hauptvertragsabschluss nicht durch treuwidrige Übermittlung eines höheren Kaufpreisgebots des konkurrierenden Kaufinteressenten hintertrieben hätte.

Trotz der zwangsläufigen Interessenskollisionen verbietet das Gesetz eine Doppelmaklertätigkeit insbesondere von Grundstücksmaklern aber nicht grundsätzlich.⁷⁰² Vielmehr wird die Einführung des § 656c BGB dazu füh-

oder bei eigenem Kaufinteresse Kaufinteressenten überhöhte Kaufpreisvorstellungen der Verkäuferseite nennt, um sie von einer Abgabe eines Kaufangebots abzuhalten.“

⁶⁹⁹ Zum Hintertreiben des Maklervertragsabschlusses vgl. MüKoBGB/Althammer, § 654 Rn. 23; a.A. jedoch OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1134: „*Vielmehr nimmt es jeder Auftraggeber im Rahmen eines Doppelauftrages in Kauf, dass der Makler den Gegner über ungünstige Umstände aufklärt, weil dem der Vorteil gegenübersteht, vom Makler auch das zu erfahren, was dem Gegner ungünstig ist.*“ In diese Richtung auch BGHZ 48, 344 = NJW 1968, 150 = MDR 1968, 235; LG Hamburg, RDM Slg A 132 Bl. 1; Hamm, S. 119, Rn. 436.

⁷⁰⁰ Hamm, S. 119, Rn. 436.

⁷⁰¹ Hamm, S. 119, Rn. 436; BGH WM 1983, 385; NJW 1968, 150 = LM § 654 Nr. 5 m. Anm. Mattern; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 1363.

⁷⁰² BeckOK BGB/Kneller, BGB § 654 Rn. 13; BGH NJW-RR 2003, 991 = NZM 2003, 522; BGH NJW-RR 1998, 992 (993) m. w. N.; NJW 2000, 3067 (3068); NZM 2000, 915 (916); Seydel/Heinbuch, Rn. 166.

ren, dass die Doppelmaklertätigkeit den praktischen Regelfall darstellen wird. Allerdings ist der Doppelmakler seinen Vertragsparteien zu strenger Unparteilichkeit verpflichtet.⁷⁰³ Der Umstand, dass es in solchen Konstellationen zu Interessenskollisionen kommen kann, ist offensichtlich.⁷⁰⁴ Die bisherigen Vorgaben der Rechtsprechung zur unparteilichen Doppelmaklertätigkeit sind mit der Praxis jedenfalls kaum in Einklang zu bringen.⁷⁰⁵

dd) Zäsur durch vorvertragliches Schuldverhältnis

Ein schematischer Lösungsansatz bietet sich jedoch in Anknüpfung an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁷⁰⁶ an, wonach ein Treuepflichtverstoß des Grundstücksmaklers jedenfalls dann vorliegt, sofern der Grundstücksmakler trotz Kenntnis einer zwischen den Hauptvertragsparteien erzielten Einigkeit diese zugunsten eines (anderen) Kaufinteressenten hintertreibt.⁷⁰⁷ Bis zu diesem Zeitpunkt müssen Kaufinteressenten hingegen damit rechnen, dass der Grundstücksmakler auch Kontakt zu anderen Kaufinteressenten pflegt und deren Kaufpreisgebote an den verkaufswilligen Eigentümer weiterleitet. Würden Maklertätigkeiten für konkurrierende Kaufinteressenten bereits zu diesem frühen Zeitpunkt zu einer Verwirkung des Provisionsanspruchs im Erfolgsfall führen, § 654 BGB analog, ist für eine Doppelmaklertätigkeit grundsätzlich kein Raum. Maßgeblicher Zeitpunkt für eine Zäsur könnte daher die Aufnahme von konkreten Verhandlungen über den Abschluss eines notariellen Grundstückskaufvertrages zwischen Käufer und Verkäufer sein. Die Hauptvertragsparteien befinden sich dadurch in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis gemäß § 311 Absatz 2 Nr. 2 BGB, das den Grundstücksmakler verpflichtet, den beabsichtigten Hauptvertrag nicht mehr zu gefährden und weitere Maklertätigkeiten zu unterlassen.⁷⁰⁸ Damit einhergehen muss zwingend das (konkludente) Einverständnis des veräußerungswilligen Eigentümers, über weitere Kaufpreisgebote anderer Kaufinteressenten des Maklers nicht mehr informiert zu werden und die Erwartung des Kaufinteressenten an den Makler, weitere Tätigkeiten für konkurrierende Interessenten zu unterlassen. Verstößt der Grundstücksmakler gegen diese

⁷⁰³ Landgericht München BeckRS 2019, 9653.

⁷⁰⁴ So auch BGH NJW 1968, 150 (151).

⁷⁰⁵ Immobilienmaklern ist daher anzuraten, möglichst ausschließlich als Nachweismakler tätig zu werden, um die Gefahr einer unerlaubten Doppeltätigkeit zu reduzieren.

⁷⁰⁶ BGH WPM 78, 245.

⁷⁰⁷ Ähnlich auch Staudinger/*Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 248.

⁷⁰⁸ Andersfalls verhält sich der Immobilienmakler wenigstens einem seiner Auftraggeber gegenüber treuwidrig.

Stillhaltepflichten, verwirkt er seinen Provisionsanspruch gemäß § 654 BGB analog.

Bevor jedoch Käufer und Verkäufer in Verhandlungen über den Abschluss eines Hauptvertrages eintreten, darf die Maklertätigkeit für verschiedene Kaufinteressenten nicht bereits als Treuepflichtverletzung des Grundstücksmaklers eingeordnet werden.⁷⁰⁹

ee) Verbot der doppelten Vermittlungstätigkeit

Die Grenze der erlaubten Doppelmaklertätigkeit wird durch das *Verbot der doppelten Vermittlungstätigkeit* gesetzt.⁷¹⁰ Unter einer Vermittlungstätigkeit versteht man die bewusste finale Herbeiführung der Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des zukünftig noch abzuschließenden notariellen Grundstückskaufvertrages.⁷¹¹ Neben der Offenlegung seiner doppelten Verpflichtung,⁷¹² ist der Grundstücksmakler auch strikt zur Unparteilichkeit verpflichtet.⁷¹³ Daneben treffen den Doppelmakler umfassende Aufklärungspflichten als ehrlicher Makler.⁷¹⁴ Eine Vermittlungstätigkeit für beide Parteien ohne deren Gestattung ist nicht möglich.⁷¹⁵

Der Vermittlungsbegriff, der sich durch die einschlägige Rechtsprechung herausgebildet hat, entspricht dem eines Interessensvertreters, sodass der Grundstücksmakler seinen Provisionsanspruch – zu Recht – verliert, sofern er von beiden Parteien mit Vermittlungstätigkeiten beauftragt ist. Allerdings gilt es auch zu berücksichtigen, dass nicht nur durch die Umsetzung der VRRL in deutsches Recht und die daraus resultierende Einordnung des Maklervertrages als Dienstleistungsvertrag, das heutige Grundstücksmaklergeschäft insbesondere aufgrund der Erwartungshaltung des Maklerkunden sehr von einem Dienstleistungscharakter geprägt ist. Um dem gerecht zu werden, ist der Vermittlungsbegriff zukünftig dahingehend zu öffnen, dass reine Serviceleistungen des Maklers, auch wenn diese für beide Hauptver-

⁷⁰⁹ In diese Richtung auch auch *Hamm*, S. 119, Rn. 436.

⁷¹⁰ BeckOK BGB/*Kneller*, BGB § 654 Rn. 17.

⁷¹¹ BGH NJW-RR 1997, 884; BGH NJW-RR 2009, 1282 (1283), Rn. 8; BGH NJW 2019, 1803 (1804), Rn. 26; BGH, Beschluss vom 29.11.2018, BeckRS 2018, 34954, Rn. 12; OLG Saarbrücken NJW-RR 2016, 58 (59).

⁷¹² BGH NJW 2000, 3067 (3068); NZM 2000, 916; OLG Naumburg NJW-RR 1996, 1082; die Grenze weiterziehend BGH NZM 2000, 145 (146); BGH NJW-RR 2003, 991; gegen eine Offenbarungspflicht jedoch OLG Hamm OLGR 2001, 237 (238) = NZM 2001, 904 f.

⁷¹³ BGHZ 48, 344 (347) = NJW 1968, 150; BGH NJW-RR 1998, 992 (993).

⁷¹⁴ BGH NJW 1965, 1469; BeckRS 2016, 20628.

⁷¹⁵ *Ibold*, S. 153, Rn. 140.

tragsparteien getätigt werden, nicht zur Verwirkung der Maklerprovision gemäß § 654 BGB führen und dadurch der Verbraucherschutz nicht überhandnimmt. Entsprechend ist eine Verwirkung der Maklerprovision auch dann nicht angezeigt, sofern der Makler lediglich als *Bote* die jeweiligen Kaufpreisangebote der Parteien übermittelt bzw. als *Diplomat* beider Parteien versucht, Kaufpreiseinigkeit herbeizuführen, ohne dabei einseitiger Interessensvertreter zu sein.⁷¹⁶ Die Aufgabe des Vermittlungsmaklers lässt sich nämlich nur dann verwirklichen, sofern der Käufer und der Verkäufer zu einem gegenseitigen Nachgeben veranlasst werden.⁷¹⁷

Keine unerlaubte Doppelmaklertätigkeit liegt hingegen dann vor, wenn der Grundstücksmakler für die eine Hauptvertragspartei nur Nachweismaklertätigkeiten erbringt und für die andere Hauptvertragspartei vermittelnd tätig wird.⁷¹⁸ Gleiches gilt, wenn der Grundstücksmakler für beide Hauptvertragsparteien lediglich Nachweismaklertätigkeiten vornimmt.⁷¹⁹ In diesen Fällen ist es daher jeweils auch nicht erforderlich, die Doppelmaklertätigkeit offenzulegen.⁷²⁰

Insgesamt sorgt die Rechtsprechung zum Verbot der unerlaubten Doppelmaklertätigkeit jedenfalls für einen weitreichenden Verbraucherschutz des Maklerkunden, der insbesondere im Hinblick auf die Regelungen des § 656c BGB einer Korrektur bedarf, um einen über das Ziel hinauschießenden Verbraucherschutz zu verhindern.

b) Erforderlichkeit eines neuen Maklervertrages

Neben dem Verbot der unerlaubten Doppelmaklertätigkeit gibt es noch einen weiteren Aspekt, der im Rahmen von Kaufpreisverhandlungen dem Schutz des Maklerkunden dient und besondere Beachtung im Hinblick auf den Online-Kontakt zwischen Grundstücksmakler und Verbraucher verdient.

Ändert sich nämlich im Rahmen der Vermarktungsphase der Immobilie aufgrund unterschiedlicher Kaufpreisgebote der verschiedenen Interessenten der vom Verkäufer erwartete Kaufpreis, hat der Grundstücksmakler zu über-

⁷¹⁶ In diese Richtung bereits OLG Hamm NJW-RR 2001, 567; *Hamm*, S. 76, Rn. 273.

⁷¹⁷ *Fischer*, S. 199, Rn. 84; *Dehner*, S. 74 Rn. 113.

⁷¹⁸ BGH NJW 1970, 1075 (1076); BGH, Beschluss vom 26.03.1998, NJW-RR 1998, 992; *Grüneberg/Retzlaff*, § 654 Rn. 4a.

⁷¹⁹ BGH, Beschluss vom 26.03.1998, NJW-RR 1998, 992; *Grüneberg/Retzlaff*, § 654 Rn. 4a.

⁷²⁰ BGH, Beschluss vom 30.04.2003, NJW-RR 2003, 991; BGH NJW 2012, 2268, Rn. 13; OLG Rostock MDR 2009, 194; OLG München NJOZ 2013, 974 (975); OLG Saarbrücken NJW-RR 2016, 58.

prüfen, ob der beabsichtigte Kaufpreis noch vom jeweils ursprünglichen Maklervertrag erfasst wird oder ein neuer Maklervertrag notwendig ist, um den Provisionsanspruch im Erfolgsfall nicht zu gefährden. Das ist nämlich dann der Fall, wenn es an der für § 652 Absatz 1 BGB erforderlichen wirtschaftlichen Identität mangelt.

aa) Identität zwischen nachgewiesener und tatsächlicher Kaufgelegenheit

Der Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB entsteht nur dann, wenn der Hauptvertrag, mit dessen Herbeiführung der Grundstücksmakler von seinem Vertragspartner beauftragt ist, tatsächlich auch zustande kommt.⁷²¹ Wird ein Hauptvertrag mit anderem Inhalt geschlossen, entsteht hingegen kein Anspruch auf Maklerlohn.⁷²² Maßgeblich ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.⁷²³ Inhaltliche Identität besteht danach dann, wenn der Maklerkunde mit dem tatsächlich geschlossenen Hauptvertrag wirtschaftlich denselben Erfolg erzielt.⁷²⁴ Da der Maklerkunde in aller Regel mit einem gewissen Verhandlungsspielraum in die Vertragsverhandlungen mit dem Hauptvertragspartner geht, darf der Maßstab für die Prüfung der inhaltlichen Identität allerdings nicht allzu eng sein.⁷²⁵

Die erforderliche Identität zwischen dem Inhalt des Maklervertrages und des Hauptvertrages kann aber insbesondere dann entfallen, wenn ein erheblicher Preisunterschied zwischen dem beabsichtigten und dem tatsächlich geschlossenen Grundstückskaufvertrag besteht.⁷²⁶ Dabei ist allerdings auch zu berücksichtigen, ob sich die Kaufpreisabweichung zugunsten oder zuungunsten des Maklerkunden auswirkt: Eine Reduzierung des Kaufpreises zugunsten des Kaufinteressenten spricht eher gegen den Entfall der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit.⁷²⁷ Entsprechend führt eine Erhöhung des ursprüng-

⁷²¹ Fischer, S. 196, Rn. 78; Hamm, S. 132, Rn. 489; Stark, NZM 2008, 832; zu Problemstellungen bei der persönlichen Identität s. Wistokat, NZM 2021, 585 (590).

⁷²² Fischer, S. 196, Rn. 78.

⁷²³ BGHZ 161, 349, 358 = BGH NZM 2005, 346; BGH NJW-RR 2006, 496 (497); BGH NJW-RR 2014, 1272 (1274), Rn. 18; Fischer, NZM 2018, 483.

⁷²⁴ Fischer, S. 196, Rn. 78; BGH, Beschluss vom 14.09.2017, NJW-RR 2018, 435 Rn. 11 = NZM 2018, 211 unter Bezug auf BGH NJW 1995, 3311; BGH NJW-RR 2004, 851 (852); ebenso BGH NJW 2008, 651 (652), Rn. 16.

⁷²⁵ Grüneberg/Retzlaff, § 652 Rn. 42; Dehner, Maklerrecht, S. 74, Rn. 113; Zopfs, Rn. 33.

⁷²⁶ Grüneberg/Retzlaff, § 652 Rn. 43; Hamm, S. 144, Rn. 541; Fischer, S. 204, Rn. 95.

⁷²⁷ MüKoBGB/Althammer, § 652 Rn. 161; Fischer, S. 204, Rn. 95; Hamm, S. 145, Rn. 544; a.A. BGH NJW 2014, 2352 (2353), Rn. 12; unter Verweis auf OLG Ham-

lich beabsichtigten Kaufpreises nicht grundsätzlich zum Entfall der Verkäuferprovision.⁷²⁸

Der Bundesgerichtshof sieht im Falle der Abweichung des tatsächlichen Kaufpreises vom ursprünglich beabsichtigten Kaufpreis in Höhe von 15 % die für den Provisionsanspruch erforderliche Identität als nicht gefährdet an.⁷²⁹ Bei einem Kaufpreisunterschied in Höhe von mehr als 50 % besteht in der Regel allerdings keine wirtschaftliche Identität mehr,⁷³⁰ sodass ein Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB entfällt. Daneben gibt es in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine Vielzahl von Einzelfallentscheidungen.⁷³¹ So hat das OLG Brandenburg⁷³² eine Abweichung in Höhe von 15 % zu Lasten des den Makler beauftragenden Verkäufers für den Entfall der für den Provisionsanspruch erforderlichen Identität ausreichen lassen, in einem anderen Fall⁷³³ schon eine Abweichung zu Lasten des Kunden in Höhe von 7 % für den Verlust der Maklerprovision genügen lassen. Das OLG Dresden⁷³⁴ verneint die wirtschaftliche Identität bei einer Erhöhung des Kaufpreises um 25 % zu Lasten des Kaufinteressenten, das OLG Celle⁷³⁵ lässt die wirtschaftliche Gleichwertigkeit bei 27 % entfallen. Das OLG Bamberg⁷³⁶ verneint die wirtschaftliche Gleichwertigkeit ebenfalls bei einer Abweichung in Höhe von 23,5 %. Das OLG Hamburg⁷³⁷ hingegen betrachtet eine Abweichung des Kaufpreises in Höhe von 20 % zugunsten des Maklerkunden als wirtschaftlich ungleich mit der Folge, dass ein Maklerprovisionsanspruch entfällt. Das OLG München⁷³⁸ wiederum bejaht die wirtschaftliche Identität bei einer Abweichung von 20 % noch. Das OLG Jena⁷³⁹ lässt die wirtschaftliche Identität bei einer Abweichung von 6 % nicht entfallen.

burg, GuT 2003, 227: „Bezüglich der Käuferprovision wird vertreten, dass selbst dann, wenn der Kaufinteressent zu wirtschaftlich günstigeren Konditionen als angeboten abschließen kann, die Gleichwertigkeit nicht gegeben ist.“

⁷²⁸ Fischer, S. 204, Rn. 95; Fischer, DB 2009, 887 (889).

⁷²⁹ BGH NJW 2014, 2352 (2353), Rn. 12; BGH NJW-RR 2014, 1272 (1274), Rn. 21; BGH NJW 2019, 1226 (1227), Rn. 20.

⁷³⁰ BGH NJW 2014, 2352 (2353), Rn. 12; BGH NJW-RR 2014, 1272 (1274), Rn. 21; BGH NJW 2019, 1226 (1227), Rn. 20.

⁷³¹ Fischer, S. 204, Rn. 96 ff.

⁷³² OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 1505, 1506; kritisch hingegen Büchner, ZfR 2005, 310 (312).

⁷³³ OLG Brandenburg ZMR 2007, 973, 975.

⁷³⁴ OLG Dresden MDR 2009, 195.

⁷³⁵ OLG Celle MDR 2007, 1410.

⁷³⁶ OLG Bamberg NJW-RR 1998, 565.

⁷³⁷ OLG Hamburg BeckRS 2004, 692.

⁷³⁸ OLG München NJW-RR 1995, 1524.

⁷³⁹ OLG Jena BeckRS 2011, 21389 = MDR 2011, 970.

Die Vielzahl von Entscheidungen verdeutlicht die Gefahr des Grundstücksmaklers, seinen Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB zu verlieren, sofern es im Rahmen der Verhandlungen über den Kaufpreis schlussendlich zu Abweichungen gegenüber dem ursprünglich beabsichtigten Kaufpreis kommt. Ein Maklerprovisionsanspruch kann dann nur noch entstehen, wenn der ursprüngliche Maklervertrag abgeändert wird.⁷⁴⁰ Sofern der Maklerkunde in Kenntnis der Kaufpreisabweichung die bisherige Maklertätigkeit ausnutzt, stellt dies allerdings nicht einen konkludenten neuen Maklervertrag über die neuen Konditionen oder eine stillschweigende Änderung des ursprünglichen Maklervertrages dar.⁷⁴¹ Andernfalls würde sich die Frage nach der wirtschaftlichen Identität in praxi nie stellen.⁷⁴² Der Grundstücksmakler steht insbesondere vor dem Hintergrund der voranschreitenden Digitalisierung des gesamten Maklergeschäfts vor der Herausforderung, wie er Änderungen des Kaufpreises rechtssicher kommuniziert, um die wirtschaftliche Identität zu wahren und den Verlust des Provisionsanspruchs zu vermeiden.

bb) Inhaltliche Änderung des bestehenden Maklervertrages

Zunächst kann der Grundstücksmakler seinem Verbraucherkunden unter Bezug auf den bereits bestehenden Maklervertrag die Änderung der zuvor benannten Kaufpreishöhe kommunizieren und damit den bestehenden Maklervertrag unter Beibehalt des übrigen Vertragsinhalts ändern. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Änderung des Vertragsverhältnisses ebenfalls den Abschluss eines Vertrages erfordert, § 311 Absatz 1 BGB.

cc) Nachträgliches Provisionsversprechen

Alternativ zur vertraglichen Änderung des ursprünglich geschlossenen Maklervertrages könnte der Grundstücksmakler auch einen separaten Maklervertrag schließen, der die neue, vom Ursursungspreis abweichende, Kaufpreishöhe berücksichtigt und damit die für den Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB erforderliche wirtschaftliche Identität wahrt.

⁷⁴⁰ Hamm, S. 133, Rn. 493.

⁷⁴¹ BGH NJW-RR 1996, 113; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 1695; vgl. auch auch Soergel/Engel, § 652 Rn. 106; Seydewitz S. 415f.; vgl. aber auch BGH NJW 1999, 1255.

⁷⁴² Hamm, S. 133, Rn. 494.

dd) Provisionsabrede unabhängig von § 652 BGB

Unabhängig davon, ob der Grundstücksmakler den fortbestehenden Maklervertrag inhaltlich abändert oder einen weiteren Maklervertrag mit neuem Inhalt schließt, wird er regelmäßig damit konfrontiert sein, dass die für den Provisionsanspruch erforderliche Maklertätigkeit bereits erbracht ist und die Hauptvertragsparteien miteinander bekannt sind. Im Hinblick auf die Änderung des bestehenden Maklervertrages bzw. den Abschluss eines neuen Maklervertrages könnten die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB daher nicht mehr erfüllbar und dem Vorkenntniseinwand des Verbrauchers ausgesetzt sein.

Diese Annahme ließe jedoch unberücksichtigt, dass die für den Provisionsanspruch erforderliche wirtschaftliche Identität aufgrund der erheblichen Kaufpreisabweichung entfällt und der Anspruch des Maklers auf Provision die erneute Erfüllung der Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB erforderlich macht, da es sich unter Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise um eine gänzlich neue Kaufgelegenheit handelt. Die nachgewiesene muss mit der tatsächlichen Kaufgelegenheit jedoch identisch sein, um einen Provisionsanspruch des Maklers zu begründen.⁷⁴³

Alternativ steht es dem Makler frei, mit dem Verbraucher eine Provisionsabrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB zu treffen.⁷⁴⁴ Ein solcher Vertrag muss jedoch individuell zwischen dem Makler und dem Verbraucher geschlossen werden.⁷⁴⁵

c) Pflicht zur erneuten Widerrufsbelehrung

Die Änderung des bestehenden Maklervertrages bzw. der Abschluss eines neuen Maklervertrages führen zwangsläufig zu der Frage, ob der Verbraucher dabei (erneut) über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren ist, sofern die Änderung des bestehenden Maklervertragsverhältnisses oder der neue Maklervertrag im Wege des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB zustande kommen. Diese Frage ist zu bejahen. Sofern der tatsächliche Kaufpreis von dem ursprünglichen Angebot derart abweicht, dass es sich aufgrund der heranzuziehenden *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* um ein neues Kaufangebot handelt, das einen entsprechenden Maklervertrag erforderlich macht, treffen den Grundstücksmakler die Pflichten der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB.

⁷⁴³ *Ibold*, S. 103, Rn. 90.

⁷⁴⁴ Zur Provisionsabrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB s. Kapitel B.IV.2.

⁷⁴⁵ S. Fn. 133, S. 45.

Im Unterschied zur nachträglichen Änderung der Provisionshöhe für den Erfolgsfall, kann der Grundstücksmakler hier aber die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB zur Anwendung kommen lassen. Während die Kaufgelegenheit in dem Fall, dass der Makler und sein Verbraucherkunde nachträglich die Höhe der zu leistenden Maklerprovision abändern, identisch bleibt, weil sich der Kaufpreis nicht oder nicht wesentlich ändert und daher die bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Nachweis- oder Vermittlungsleistungen aufgrund der gleichbleibenden wirtschaftlichen Identität fortwirken, muss der Makler hier neue Tätigkeiten erbringen, sofern aufgrund entfallender wirtschaftlicher Identität ein neuer Maklervertrag im Hinblick auf die wirtschaftlich neue Kaufgelegenheit erforderlich wird. Erbringt der Makler vollständig die erforderlichen neuen Nachweis- oder Vermittlungsleistungen, so erlischt das Verbraucherwiderrufsrecht unter den Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB (erneut).

3. Die Maklerklausel im Hauptvertrag

Der folgende Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Bedeutung der Maklerklausel⁷⁴⁶ im notariellen Grundstückskaufvertrag unter Berücksichtigung des Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss eines Online-Maklervertrages.

Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, ob das Verbraucherwiderrufsrecht vorzeitig erlischt, wenn der Makler seinen Verbraucherkunden nicht oder nicht ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht belehrt hat, sodann aber eine Maklerklausel in den Hauptvertrag zwischen Käufer und Verkäufer aufgenommen wird. Im folgenden Schritt wird untersucht, ob der Verbraucher bei Aufnahme einer Maklerklausel zugunsten des Maklers (erneut) über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren ist und in welchem Verhältnis die zweiwöchige Widerrufsfrist des § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB zu der Zwei-Wochen-Frist gemäß § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG steht.

a) Verlust des Widerrufsrechts durch Maklerklausel

Belehrt der Grundstücksmakler seinen Verbraucherkunden nicht oder nicht ordnungsgemäß über das ihm bei Vertragsabschluss eines Online-Maklervertrags zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB, so hat der Verbraucher die Möglichkeit, den Maklervertrag inner-

⁷⁴⁶ Grundlegend zur Maklerklausel s. *Althammer*, S. 9 ff.; *ders.*, in: *ZfIR* 2012, 765 ff.; *Wälzholz*, *MittBayNot* 2000, 357 ff.; *Bethge*, *NZM* 2002, 193; *Grziwotz*, *MDR* 2004, 61; *Lindemann/Mormann*, *MDR* 2007, 1113; *Roth*, *ZfIR* 2014, 85.

halb einer Frist von einem Jahr und 14 Tagen zu widerrufen, §356 Absatz 3 Satz 2 BGB. Um die Gefahr des Verlusts des Provisionsanspruchs zu vermeiden, könnte der Makler geneigt⁷⁴⁷ sein, eine Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag aufnehmen zu lassen, sofern dadurch das Widerrufsrecht des Verbrauchers vorzeitig erlischt.⁷⁴⁸ Die Maklerklausel im Hauptvertrag kann in zahlreichen Varianten formuliert werden, die Rechtswirkung hängt vom konkreten Wortlaut im Einzelfall ab.⁷⁴⁹ Zu Recht weist *Althammer* auf das Erfordernis der *situativen Betrachtungsweise*⁷⁵⁰ unter Einbeziehung der Interessen aller Beteiligten⁷⁵¹ hin.⁷⁵² Dies muss umso mehr gelten, sollte die Aufnahme einer Maklerklausel zum Erlöschen des verbraucher-schützenden Widerrufsrechts führen. Im Grundsatz gilt es zunächst aus Gründen, die noch aufzuzeigen sind, zwischen deklaratorischen und konstitutiven Maklerklauseln zu unterscheiden.⁷⁵³

aa) Wirkung der deklaratorischen Maklerklausel

Die deklaratorische Maklerklausel zeichnet sich dadurch aus, dass sie eine schon bestehende Vereinbarung zwischen den Parteien nochmals bekräftigt.⁷⁵⁴ Sie dient der Klarstellung tatsachenbezogener Angaben der Hauptvertragsparteien, ohne einen (eigenen) Provisionsanspruch des Maklers zu begründen.⁷⁵⁵ Die deklaratorische Maklerklausel kann sich inhaltlich allein

⁷⁴⁷ *Althammer*, S. 244, bezeichnet die Maklerklausel zu Recht als „letzte Chance“ der Provisionsabsicherung.

⁷⁴⁸ Die Maklerklausel hätte dann die gleiche rechtliche Wirkung wie § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB.

⁷⁴⁹ *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357 (362); *Krauß*, Rn. 2718; *Peter*, in: Kersten/Bühling, § 54 Rn. 511 Ziffer 7; *Bethge*, ZfIR 1997, 368; *Grüneberg/Retzlaff*, § 652 BGB Rn. 23; Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php> (Stand 13.09.2019).

⁷⁵⁰ Zum Begriff s. *Althammer*, S. 11.

⁷⁵¹ Zum Makler als Beteiligten gemäß § 14 BNotO s. *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357 (360). A.A. *Fischer*, S. 244, Rn. 5; BGH NJW-RR 1991, 820.

⁷⁵² *Althammer*, in ZfIR 2012, 765 (766).

⁷⁵³ Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php> (Stand 13.09.2019).

⁷⁵⁴ *Ibold*, S. 62, Rn. 38.

⁷⁵⁵ Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php> (Stand 13.09.2019); Hinweise zur Verwendung von Maklerklauseln in Grundstückskaufver-

darauf beschränken, die Vermittlung des Hauptvertrags durch den Makler zu dokumentieren oder die Angaben des Käufers und/oder Verkäufers zu den essentialia des Maklervertrages klarzustellen.⁷⁵⁶ Sie ist aber streng vom Maklervertrag zu trennen.⁷⁵⁷ Im Ergebnis besteht in dieser Konstellation daher nur *ein* Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB, auf den die Maklerklausel Bezug nimmt.⁷⁵⁸ Die *deklaratorische* Maklerklausel beinhaltet aber keinen eigenen Maklervertrag.

bb) Wirkung der konstitutiven Maklerklausel

Die konstitutive Maklerklausel begründet, im Unterschied zur deklaratorischen Maklerklausel, einen eigenen materiell-rechtlichen Provisionsanspruch des Maklers.⁷⁵⁹ Aufgrund des weitreichenden Regelungsgehalts der konstitutiven Maklerklausel genügt allein das Verlangen des Grundstücksmaklers, eine solche Maklerklausel zu seinem Vorteil in den Hauptvertrag aufzunehmen, nicht.⁷⁶⁰ Über die Aufnahme einer solchen Regelung entscheiden allein die Hauptvertragsparteien.⁷⁶¹ Anderes gilt hingegen, wenn die Aufnahme einer Maklerklausel aus rechtlichen Gründen zwingend erforderlich ist.⁷⁶² Der

tragen, Westfälische Notarkammer, Juli 2015, <https://docplayer.org/12143727-Hinweise-zur-Verwendung-von-maklerklauseln-in-grundstueckskaufvertraegen.html> (Stand 04.10.2019); *Leitmeier*, DNotZ 2019, 648 (649); *Rachlitz*, DNotZ 2015, 461 (472).

⁷⁵⁶ Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php> (Stand 13.09.2019).

⁷⁵⁷ So auch *Mäschle*, S. 123.

⁷⁵⁸ Hinweise zur Verwendung von Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen, Westfälische Notarkammer, Juli 2015, <https://docplayer.org/12143727-Hinweise-zur-Verwendung-von-maklerklauseln-in-grundstueckskaufvertraegen.html> (Stand 04.10.2019).

⁷⁵⁹ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (767); *Ibold*, S. 62, Rn. 38.

⁷⁶⁰ Hinweise zur Verwendung von Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen, Westfälische Notarkammer, Juli 2015, <https://docplayer.org/12143727-Hinweise-zur-Verwendung-von-maklerklauseln-in-grundstueckskaufvertraegen.html> (Stand 04.10.2019).

⁷⁶¹ S. hierzu auch Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php> (Stand 13.09.2019): „Die formularmäßige Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel auf alleinigen Wunsch des am eigentlichen Rechtsgeschäft nicht beteiligten Maklers ist mit den genannten Maßstäben demgegenüber nicht vereinbar.“

⁷⁶² S. dazu *Staudinger/Schumacher* (2018), § 311b Rn. 170; Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufg>

Notar hat dann für die Aufnahme einer Maklerklausel in den notariellen Hauptvertrag Sorge zu tragen.⁷⁶³ Ansonsten kommt die Beurkundung einer konstitutiven Maklerklausel nur dann in Betracht, sofern die Hauptvertragsparteien mit der Aufnahme der Klausel nach eingehender Belehrung des Notars über deren Rechtsfolgen ausdrücklich einverstanden sind.⁷⁶⁴ Anders als bei der deklaratorischen Maklerklausel können⁷⁶⁵ hier *zwei* unterschiedliche Anspruchsgrundlagen nebeneinander bestehen: Zunächst kommt ein Provisionsanspruch aus einem – außerhalb des Hauptvertrages geschlossenen – Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB in Betracht. Zudem begründet die konstitutive Maklerklausel einen separaten Maklerprovisionsanspruch, unabhängig vom Bestehen eines Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 BGB.⁷⁶⁶

cc) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bislang nur in wenigen Fällen mit der Frage befassen müssen, ob ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1 BGB im Hinblick auf einen Maklervertrag vorzeitig erlischt, sofern der notarielle Grundstückskaufvertrag eine Maklerklausel beinhaltet.

ben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php (Stand 13.09.2019); *Althammer*, in: ZfIR 2012, 765 (770). Das ist z. B. dann der Fall, wenn die Provisionsverpflichtung einer Hauptvertragspartei gegenüber dem Makler auf die andere Hauptvertragspartei abgewälzt werden soll. Die Maklerklausel muss dann zwingend im notariellen Grundstückskaufvertrag gemäß § 311b BGB beurkundet werden. Dies deshalb, weil die Abwälzung einen Teil des Austauschverhältnisses des Hauptvertrags berührt, auch wenn sie den außerhalb des Kaufvertrags stehenden Makler betrifft. Notariell zu beurkunden sind sämtliche Abreden, die mit dem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit darstellen.

⁷⁶³ So ist u. a. die Abwälzung der Provisionspflicht zwingend notariell zu beurkunden, s. dazu Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Rundschreiben Nr. 05/20 der Bundesnotarkammer vom 04.12.2020, https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/rundschreiben/details?tx_bnotk_circulars%5Baction%5D=show&tx_bnotk_circulars%5Bcircular%5D=290&cHash=2a888cab433f2f8939064d2e33f45163 (Stand 09.12.2020).

⁷⁶⁴ Hinweise zur Verwendung von Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen, Westfälische Notarkammer, Juli 2015, <https://docplayer.org/12143727-Hinweise-zur-verwendung-von-maklerklauseln-in-grundstueckskaufvertraegen.html> (Stand 04.10.2019).

⁷⁶⁵ Auch hier stehen nicht immer zwingend zwei separate Anspruchsgrundlagen nebeneinander. Denkbar ist auch, dass bis zur notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrages kein Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB bestand und der Provisionsanspruch erstmalig durch die Aufnahme der Maklerklausel konstitutiv begründet wird, s. dazu *Fischer*, S. 245, Rn. 6.

⁷⁶⁶ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (768).

Das Landgericht Limburg⁷⁶⁷ ist der Auffassung, dass eine Maklerklausel in Form eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses⁷⁶⁸ das Verbraucherrücktrittsrecht des Maklerkunden hinsichtlich eines zuvor geschlossenen Maklervertrages ausschließt. Der Maklerkunde sei daher mit tatsächlichen und rechtlichen Einwänden ausgeschlossen.⁷⁶⁹ Dazu gehöre auch das Widerrufsrecht des Maklerkunden.⁷⁷⁰ Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Maklerklausel allein im Interesse des Maklers in den Hauptvertrag aufgenommen worden sei, ein treuwidriges Verhalten des Maklers gemäß § 242 BGB stelle dies jedenfalls nicht dar.⁷⁷¹

Das Landgericht Hamburg⁷⁷² hat zunächst die Frage diskutiert, ob die streitgegenständliche Maklerklausel⁷⁷³ eine drittbegünstigende Wirkung gemäß § 328 BGB zugunsten des Grundstücksmaklers enthält, verneint dies jedoch im konkreten Fall. Es deutet damit aber an, dass eine (konstitutive) Vereinbarung zugunsten Dritter einen Provisionsanspruch begründen und ein noch bestehendes Verbraucherrücktrittsrecht zum Erlöschen bringen kann, andernfalls wären die Ausführungen hierzu nicht erforderlich. Nach Ansicht des Gerichts könne überdies auch offen bleiben, ob die Maklerklausel ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis über den Abschluss eines Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB darstelle.⁷⁷⁴ Damit würde nämlich nur der ursprünglich verabredete Provisionsanspruch bestätigt, der durch den Widerruf des Maklervertrages aber gerade untergegangen sei.⁷⁷⁵

Entgegen der Meinung des Landgerichts Limburg führt eine Maklerklausel in Form eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses in einem Grundstücks-

⁷⁶⁷ Landgericht Limburg IBRRS 2017, 0009.

⁷⁶⁸ Die Maklerklausel war wie folgt formuliert: „1. Mit der Vermittlung des Kaufvertrages war die Dreiländereck Immobilien UG (haftungsbeschränkt) in ### als Makler betraut. 2. Der Käufer erkennt an, der vorgenannten Immobiliengesellschaft für die Vertragsvermittlung eine Provision in Höhe von 3.927,00 Euro inkl. Mehrwertsteuer zu schulden. Die Provision ist zinslos fällig nach Rechnungslegung. 3. Dem Makler soll eine Abschrift der Urkunde erteilt werden.“

⁷⁶⁹ Landgericht Limburg IBRRS 2017, 0009 unter Verweis auf BeckOK BGB/Gehrlein, BGB § 781 Rn. 10.

⁷⁷⁰ Landgericht Limburg IBRRS 2017, 0009.

⁷⁷¹ Landgericht Limburg IBRRS 2017, 0009.

⁷⁷² Landgericht Hamburg BeckRS 2016, 19940.

⁷⁷³ Die Maklerklausel war wie folgt formuliert: „Die Beteiligten stellen im Verhältnis zueinander klar, dass dieser Vertrag durch den Nachweis bzw. auf Vermittlung der [es folgt die Bezeichnung der Klägerin] als Makler zustande kommt. Die Provision in Höhe von 6,25 % des Kaufpreises inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zahlt der Käufer. Dem Makler soll eine Abschrift dieser Urkunde übersandt werden.“

⁷⁷⁴ Landgericht Hamburg BeckRS 2016, 19940.

⁷⁷⁵ Landgericht Hamburg BeckRS 2016, 19940.

kaufvertrag nach Auffassung des Landgerichts Hamburg also gerade nicht dazu, dass ein noch existierendes Verbraucherwiderrufsrecht erlischt.

dd) Analogie zu Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung

Ergänzend zur Diskussion, ob und wenn ja, welche Form einer Maklerklausel zum Erlöschen des Verbraucherwiderrufsrechts des Maklerkunden führt, ist zu klären, ob vor Aufnahme einer solchen Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag der Verbraucherkunde des Maklers darüber aufzuklären ist, dass ihm im Hinblick auf den Online-Maklervertrag noch ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht, weil der Makler ihn hierüber nicht oder nicht richtig belehrt hat, dass dieses Widerrufsrecht gemäß § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB noch für ein Jahr und 14 Tage seit Abschluss des Online-Maklervertrags fortbesteht, die Möglichkeit des Widerrufs aber aufgrund der Aufnahme einer Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag erlischt.

Dieser Gedanke wurde in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht diskutiert, entspricht aber im Kern der Diskussion über die Wirkung von Maklerklauseln in Verflechtungsfällen⁷⁷⁶.

(1) Aufklärungspflicht bei wirtschaftlicher Verflechtung

Ein Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB entsteht nämlich zunächst nicht, wenn der Makler mit einer der beiden Hauptvertragsparteien in einem nicht unerheblichen wirtschaftlichen Maß⁷⁷⁷ verbunden ist oder zumindest eine solch enge Beziehung⁷⁷⁸ besteht, dass sich der Makler im Streitfall aufgrund eines *institutionalisierten Interessenkonflikts*⁷⁷⁹ regelmäßig auf dessen Seite stellen wird. Umstritten ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen eine Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag die provisionsschädliche Verflechtungssituation zwischen dem Makler und einer Hauptvertragspartei heilt.

⁷⁷⁶ Eingehend zu Verflechtungstatbeständen s. nur beispielhaft *Fischer*, S. 177, Rn. 39 ff.; *Ibold*, S. 126, Rn. 111; zur Zurechnung der Verflechtung des Untermaklers gegenüber dem Hauptmakler *Schneider/Wistokat*, Info M 2013, S. 348.

⁷⁷⁷ Dies stellt eine sog. „echte Verflechtung“ dar, BGH NJW 1971, 1839; LG Konstanz NJW-RR 2007, 447; *Zopfs*, Rn. 45.

⁷⁷⁸ Dies stellt eine sog. „unechte Verflechtung“ dar, BGH, WM 1998, 1187; krit. *Staudinger/Arnold* (2021), §§ 652, 653 Rn. 150; *Lieb*, DB 1981, 2415; *Lieb*, WM 1982, 782.

⁷⁷⁹ Zum Begriff s. BGH WM 1976, 1228; BGH NJW 1987, 1008, 1009; BGHZ 112, 240.

Teils wird vertreten, eine Aufklärung des Maklers gegenüber dem provisionspflichtigen Kunden über die bestehende Verflechtungssituation sei nicht erforderlich. Eine Maklerklausel, die ein selbständiges Provisionsversprechen gemäß § 328 Absatz 1 BGB schaffe, stehe unabhängig von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB.⁷⁸⁰ Daher entstehe der Maklerprovisionsanspruch auch dann, wenn der provisionspflichtige Maklerkunde erst nach Hauptvertragsabschluss Kenntnis von der Verflechtungssituation erlange.⁷⁸¹

Andere sehen eine Aufklärung über die tatsächlichen Beziehungen als erforderlich an. Nach einem obiter dictum des Bundesgerichtshofs⁷⁸² lässt eine Maklerklausel als Vertrag zugunsten Dritter den Provisionsanspruch des Maklers nämlich (nur) dann entstehen, sofern die Voraussetzungen des Anspruchs⁷⁸³ erfüllt sind.⁷⁸⁴ Da die wirtschaftliche Verflechtung einem Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB jedoch entgegensteht, gelte anderes nur dann, sofern die Hauptvertragsparteien einen neuen Schuldgrund unabhängig von § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB schaffen wollen.⁷⁸⁵ Nach dieser Auffassung ist also eine Kenntnis des Maklerkunden von der wirtschaftlichen Verflechtung erforderlich, um einen Provisionsanspruch des Maklers aufgrund der Maklerklausel gemäß § 328 Absatz 1 BGB und unabhängig von § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB entstehen zu lassen.

Darüber hinaus wird auch vertreten, dass der Makler nicht nur über die tatsächlichen Umstände der Verflechtung aufzuklären hat, sondern auch über die Rechtsfolgen, die sich hieraus ergeben. Der Maklerkunde muss danach Rechtskenntnis über die fehlende Provisionszahlungsverpflichtung aufgrund der Verflechtungssituation haben, also *positiv* wissen, dass er den Makler nicht gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB bezahlen muss.⁷⁸⁶ Nur dann könne bei einer Maklerklausel, die einen Provisionsanspruch gemäß § 328 Absatz 1 BGB konstituiere, von einem selbständigen Provisionsanspruch unabhängig

⁷⁸⁰ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 42; BGH NJW 2009, 1199; *Dehner*, NJW 2000, 1986 (1995); *Fischer*, NJW 2009, 3210 (3214); *Roth*, ZfIR 2014, 85 (90).

⁷⁸¹ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 42; *Roth*, RWS-Forum 19, S. 153 (160); *Althammer*, S. 78; *Dehner*, NJW 2000, 1986 (1995).

⁷⁸² BGHZ 138, 170 (173) = BGH NJW 1998, 1552; in diese Richtung auch schon bereits RG DR 1939, 2107.

⁷⁸³ Gemeint sind die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB.

⁷⁸⁴ BGH NJW 1998, 1552 (1553).

⁷⁸⁵ BGH NJW 1998, 1552 (1553); OLG Stuttgart NJW 1973, 1975; *Staudinger/Klump* (2020), § 328 Rn. 293; *Erman/H. P. Westermann* (2014), § 328 Rn. 30; *Soergel/Hadding*, § 328 Rn. 95.

⁷⁸⁶ *Hamm*, S. 218, Rn. 821 unter Verweis auf MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 95; vgl. auch *Wank*, NJW 1979, 190; a.A. *Langemaack*, NZM 2003, 466.

von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB ausgegangen werden.⁷⁸⁷

(2) Vergleichbarkeit mit Widerrufsrecht

Die Diskussion über die Aufklärungspflicht in Verflechtungsfällen ist auf den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts durch Aufnahme einer Maklerklausel in den Grundstückskaufvertrag übertragbar, wengleich sich die Ausgangslage etwas unterscheidet.

In den Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung entsteht ein Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB erst gar nicht. Es mangelt hier schon am erforderlichen Dreipersonenverhältnis zwischen den beiden Parteien des Hauptvertrages und dem Makler.⁷⁸⁸ Eine bereits gezahlte, jedoch aufgrund der Verflechtungssituation nicht geschuldete Provision kann der Maklerkunde gemäß § 812 Absatz 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen, § 814 BGB findet keine Anwendung.⁷⁸⁹

Sofern der Makler seinen Kunden bei Abschluss eines Online-Maklervertrags hingegen nicht, oder nicht richtig, über das diesem zustehende Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, § 312c BGB belehrt, entsteht dennoch ein rechtswirksamer Maklerprovisionsanspruch, sofern die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB erfüllt sind. Die noch widerrufliche Willenserklärung und das daraus resultierende Vertragsverhältnis sind wirksam.⁷⁹⁰ Das Damoklesschwert des Widerrufs des Maklervertrages schwebt lediglich temporär⁷⁹¹ über dem Provisionsanspruch des Maklers, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB.

Während ein Provisionsanspruch in Verflechtungsfällen also mangels einer Tatbestandsvoraussetzung des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB nicht entsteht, besteht ein Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB grundsätzlich auch dann, wenn eine erforderliche Verbraucherwiderrufsbelehrung vollständig unterbleibt oder falsch vorgenommen wird.

⁷⁸⁷ In diese Richtung auch *Hamm*, S. 218, Rn. 821.

⁷⁸⁸ BGH NJW 1985, 2473.

⁷⁸⁹ MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 147.

⁷⁹⁰ Grüneberg/*Grüneberg*, § 355 BGB Rn. 3.

⁷⁹¹ Insofern zutreffend ist die Umschreibung der „schwebenden Wirksamkeit“, s. dazu BT-Drs. 14/2658 S. 47/60 noch zu § 361a a.F. BGB; *Mankowski*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, S. 357; *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049 (2051); MüKoBGB/*Fritsche*, § 355 Rn. 43; *Heinrichs*, FS Medicus, S. 177 (188); OLG Koblenz NJW 2006, 919 (921).

Trotz dieser unterschiedlichen Ausgangslage stellt sich die Frage der Aufklärungspflicht jedoch ebenso in Fällen des Verbraucherwiderrufsrechts, wenn die Aufnahme einer Maklerklausel in den Kaufvertrag dazu führt, dass das Verbraucherwiderrufsrecht entgegen § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB vorzeitig erlischt oder einen (weiteren) Provisionsanspruch konstituiert. In beiden Fällen kann die Aufnahme der Maklerklausel nämlich zur Absicherung eines nicht bestehenden (Verflechtungsfälle) oder unsicheren (Widerrufsfälle) Provisionsanspruchs des Maklers führen.

ee) Stellungnahme

Die Aufnahme einer Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag kann zum Erlöschen eines noch bestehenden Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB im Hinblick auf den Online-Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB führen. Diese Rechtswirkung kann sowohl durch eine deklaratorische⁷⁹² als auch eine konstitutive Maklerklausel herbeigeführt werden.

Entscheidend ist aber, ob, und in welcher Form eine Aufklärung des Maklerkunden über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts erforderlich ist. Dies hängt von der rechtlichen Wirkung der Maklerklausel ab. Hier gilt es zu differenzieren.

(1) Aufklärung bei deklaratorischer Maklerklausel

Die Aufnahme einer *deklaratorischen* Maklerklausel in den Grundstückskaufvertrag allein genügt nicht, um ein noch bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden zum Erlöschen zu bringen.⁷⁹³ Vielmehr ist eine Aufklärung darüber zu fordern, dass ein noch bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht mit Aufnahme der deklaratorischen Maklerklausel erlischt. Der Einwendungsausschluss einer deklaratorischen Maklerklausel erfasst nämlich nur solche Umstände, die dem Maklerkunden zum Zeitpunkt des Hauptvertragsabschlusses *bekannt* sind.⁷⁹⁴ Das Recht zum Verbraucherwiderruf stellt eine besondere Form des Rücktrittsrechts dar.⁷⁹⁵ Es handelt sich daher um

⁷⁹² Entgegen Landgericht Hamburg BeckRS 2016, 19940.

⁷⁹³ A.A. Landgericht Limburg IBRRS 2017, 0009.

⁷⁹⁴ *Ibold*, S. 62, Rn. 38; *Zopfs*, Rn. 10. Zur Reichweite des Einwendungsausschlusses allgemein s. BGHZ 69, 328, 331 f., NJW 1978, 44; BGH NJW 1998, 1492; BGH NJW 1995, 961; BGH NJW 1984, 799; BGH NJW 1963, 2316; Staudinger/*Hau* (2020), § 781 Rn. 11; BeckOK BGB/*Gehrlein*, BGB § 781 Rn. 11.

⁷⁹⁵ Grüneberg/*Ellenberger*, Überblick vor § 104 BGB Rn. 17; MüKoBGB/*Fritsche*, § 355 Rn. 15.

eine rechtsvernichtende Einwendung.⁷⁹⁶ Da die deklaratorische Klausel lediglich Bezug auf einen außerhalb des Hauptvertrags bestehenden und noch widerruflichen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB nimmt, darf ein Einwendungsausschluss im Hinblick auf ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB nur dann Wirkung entfalten, wenn die Maklerklausel in Kenntnis des noch bestehenden Rechts zum Widerruf in den Grundstückskaufvertrag aufgenommen wird.⁷⁹⁷ Andernfalls muss das verbraucherschützende Widerrufsrecht trotz deklaratorischer Maklerklausel fortbestehen. Ein deklaratorisches Anerkenntnis verschafft dem Grundstücksmakler nämlich keinen eigenen Provisionsanspruch.⁷⁹⁸ Die Möglichkeit zum Widerruf des Maklervertrags besteht dann noch fort. Diese Ansicht wird gestützt durch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm⁷⁹⁹, wonach auch ein Anfechtungsrecht im Hinblick auf den Maklervertrag gemäß § 123 Absatz 1 BGB nicht durch eine Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag ausgeschlossen wird. Dies setze nämlich eine Bestätigung gemäß § 144 Absatz 1 BGB voraus.⁸⁰⁰ Eine solche Bestätigung erfordere jedoch, dass der Verbraucher trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit an dem Rechtsgeschäft festhalten wolle und er bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages, der die Maklerklausel beinhalte, den zur Anfechtbarkeit führenden Sachverhalt bereits vollständig gekannt habe.⁸⁰¹ Andernfalls bestehe das Recht des Verbrauchers, den Vertrag anzufechten, fort. Für den Ausschluss des Verbraucherwiderrufsrechts durch die Maklerklausel im Hauptvertrag darf nichts anderes gelten. Auch hier ist daher eine entsprechende Aufklärung erforderlich.

Insofern sind beide Entscheidungen des Landgerichts Limburg⁸⁰² und des Landgerichts Hamburg⁸⁰³ unzutreffend. Während das Landgericht Limburg nämlich pauschal das Widerrufsrecht des Verbrauchers aufgrund der deklaratorischen Maklerklausel und unabhängig von der Kenntnis des Verbrauchers,

⁷⁹⁶ Grüneberg/*Grüneberg*, § 404 BGB Rn. 2.

⁷⁹⁷ So auch Landgericht Krefeld, Urteil vom 11.03.2020, Aktenzeichen 5 O 47/19, n. v.

⁷⁹⁸ *Althammer*, S. 68. Im Übrigen ist angezeigt, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Maklerklausel überhaupt ein Anerkenntnis des gesamten Maklerprovisionsanspruchs enthält oder lediglich einzelne Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB, insbesondere die erforderliche *Kausalität* zwischen Maklertätigkeit und Hauptvertragsabschluss, betrifft.

⁷⁹⁹ OLG Hamm BeckRS 2018, 21215, Rn. 36.

⁸⁰⁰ OLG Hamm BeckRS 2018, 21215, Rn. 36.

⁸⁰¹ OLG Hamm BeckRS 2018, 21215, Rn. 36.

⁸⁰² Landgericht Limburg IBRRS 2017, 0009.

⁸⁰³ Landgericht Hamburg BeckRS 2016, 19940.

den Maklervertrag noch widerrufen zu können, entfallen lässt,⁸⁰⁴ schließt das Landgericht Hamburg per se den Untergang des Verbraucherwiderrufsrechts aufgrund einer deklaratorischen Maklerklausel aus.⁸⁰⁵

Es gilt aber zu unterscheiden:

Hatte der Maklerkunde Kenntnis von einem noch bestehenden Widerrufsrecht und wird trotz dieser Kenntnis eine deklaratorische Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag aufgenommen, umfasst der Einwendungsausschluss der Maklerklausel das Recht zum Verbraucherwiderruf. Ist der Maklerkunde hingegen in Unkenntnis eines ihm noch zustehenden Verbraucherwiderrufsrechts, erlischt dieses auch dann nicht, wenn eine deklaratorische Maklerklausel in den Hauptvertrag Eingang findet. Der Widerruf des Maklervertrags ist dann noch immer innerhalb der Frist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB möglich, weil ein Einwendungsausschluss im Hinblick auf das Widerrufsrecht wegen der Unkenntnis des Verbraucherkunden nicht besteht. Die Wirkung der Maklerklausel geht dann ins Leere, weil sie auf einen durch den Verbraucherwiderruf nicht mehr existenten Maklervertrag Bezug nimmt.

(2) Aufklärung bei konstitutiver Maklerklausel

Eine Aufklärungspflicht über das noch existierende Verbraucherwiderrufsrecht besteht hingegen nicht, sofern die Hauptvertragsparteien eine *konstitutive* Maklerklausel, insbesondere in Form des § 328 Absatz 1 BGB, zugunsten des Maklers in den Hauptvertrag aufnehmen. Zu Recht weist *Althammer*⁸⁰⁶ für den Fall einer Verflechtungssituation darauf hin, dass der Anspruch gemäß § 328 Absatz 1 BGB unabhängig von den Voraussetzungen eines zuvor geschlossenen Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB entsteht.⁸⁰⁷

⁸⁰⁴ In den Entscheidungsgründen heißt es nämlich pauschal: „Es (gemeint ist das deklaratorische Schuldanerkenntnis, Anmerkung des Verfassers) hat zur Folge, dass die Klägerin als Schuldnerin mit Einwänden tatsächlicher und rechtlicher Natur ausgeschlossen ist (vgl. BeckOK BGB/Gehrlein, BGB § 781 Rn. 11). Hierzu gehört auch das Widerrufsrecht. Auf die Frage der Belehrungspflichten des Notars in diesem Zusammenhang kommt es hier nicht an.“

⁸⁰⁵ In den Entscheidungsgründen heißt es nämlich pauschal: „Offen bleiben kann, ob die Maklerklausel zumindest ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellt, dass ein Maklervertrag abgeschlossen wurde (vgl. Staudinger/Arnold, §§ 652, 653 Rn. 193 m. w. N.). Denn damit wäre der ursprüngliche vertragliche Anspruch nur bestätigt worden. Dieser Anspruch ist aber, wie im Folgenden dargestellt wird, aufgrund des späteren Widerrufs untergegangen.“

⁸⁰⁶ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (768).

⁸⁰⁷ *Althammer*, S. 78 unter Verweis auf OLG Hamburg MDR 1997, 819 (820); OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081; OLG Hamm BB 1995, 2287; OLG Hamburg MDR 1978, 403; zustimmend *Gernhuber*, S. 485, Rn. 70; *Staudinger/Klumpff* (2020), § 328 Rn. 293.

Das obiter dictum des Bundesgerichtshofs⁸⁰⁸, wonach der Maklerprovisionsanspruch trotz Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel in der Regel nur dann entstehe, wenn die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB erfüllt sind, verkehrt den Sinn der Maklerklausel.⁸⁰⁹ Sinn und Zweck einer konstitutiven Maklerklausel liegen im Unterschied zur deklaratorischen Maklerklausel darin, eine eigene Regelung zu treffen, die gerade nicht Bezug auf einen eventuellen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB nimmt, der möglicherweise zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber außerhalb der Kaufvertragsurkunde geschlossen wurde. Andernfalls hätte eine konstitutive Maklerklausel ebenso wie eine deklaratorische Maklerklausel zumindest vordergründig nur Beweiswirkung, aus der lediglich mittelbar, sozusagen als Annex einer zuvor erfolgten Aufklärung des Maklerkunden, eine eigene Anspruchsgrundlage des Maklers resultiert. Für die Annahme, dass eine konstitutive Maklerklausel die Aufklärung des Maklerkunden obsolet macht, spricht auch der Wortlaut. Während *deklaratorische* Maklerklauseln *klar- oder feststellende bzw. deutlich bezeichnende* Wirkung haben und daher denknötwendig eine bereits existente Regelung (Maklervertrag!) voraussetzen, auf die Bezug genommen wird, *begründet* die *konstitutive* Maklerklausel einen Anspruch (unabhängig eines bereits bestehenden Maklervertrages).⁸¹⁰ Die Unsicherheit, ob der Verbraucher über den aufklärungswürdigen Umstand auch tatsächlich in Kenntnis gesetzt wurde, beendet die konstitutive Maklerklausel, indem sie ein selbständiges Provisionsversprechen losgelöst von § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB begründet.⁸¹¹ Sie dient damit der Streitvermeidung und vorsorglichen Streitschlichtung.⁸¹²

Diese Grundsätze können auf das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Online-Maklervertrags übertragen werden. Auch hier regelt allein der Inhalt der konstitutiven Maklerklausel den Provisionsanspruch. Auf das Erlöschen des Widerrufsrechts im Hinblick auf den außerhalb des Kaufvertrages

⁸⁰⁸ BGHZ 138, 170 (173) = BGH NJW 1998, 1552.

⁸⁰⁹ MüKoBGB/*Althammer* § 652 Rn. 42.

⁸¹⁰ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (767) weist zwar auch auf die Existenz einer *deklaratorischen Maklerklausel mit konstitutiver Wirkung* hin. Dies ändert jedoch nichts an der Einordnung einer solchen Regelung als rein *deklaratorische* Maklerklausel, weil sie gerade keinen eigenen Anspruch des Maklers begründet. Vielmehr wirkt hier allein der Einwendungsausschluss im Hinblick auf eine Voraussetzung des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB konstitutiv.

⁸¹¹ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (768); *Althammer*, S. 78; a.A.: BGHZ 138, 170 (173) = BGH NJW 1998, 1552 (1553) unter Verweis auf OLG Stuttgart NJW 1973, 1975; *Staudinger/Klumpp* (2020), §§ 328 Rn. 293; *Erman/H. P. Westermann* (2014), § 328 Rn. 30; *Soergel/Hadding*, § 328 Rn. 95

⁸¹² *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357 (360) unter Verweis auf *Bethge*, ZfIR, 1997, 368 (369), BGH DnotZ 1991, 80, 81; *Baumann*, MittRhNotK 1996, 1 (22); *Keim*, MittBayNot 1994, 2 ff.

geschlossenen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB kommt es im Ergebnis nicht an, weil der Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers (allein) durch die konstitutive Maklerklausel begründet wird. Dieser Anspruch bleibt von einem etwaigen Widerruf des Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB unberührt. Die Maklerklausel betrifft nämlich gar nicht den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB. Daher hat auch keine Aufklärung über den Verlust eines noch bestehenden Widerrufsrechts zu erfolgen. Vielmehr ist der Maklerkunde ordnungsgemäß über die Bedeutung eines (neuen) selbständigen Provisionsversprechens aufzuklären.

(3) Inhalt der Aufklärung

Der Inhalt der Aufklärungspflicht unterscheidet sich nach der Art der Maklerklausel.

Sofern die Beteiligten die Aufnahme einer *deklaratorischen* Maklerklausel in den Hauptvertrag beabsichtigen, entfällt das Verbraucherwiderrufsrecht im Hinblick auf den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB nur dann, wenn der Verbraucher über den Verlust des Widerrufsrechts aufgeklärt wird. Klärungsbedürftig ist jedoch der konkrete *Umfang* dieser Aufklärungspflicht.

Einerseits könnte es genügen, nur auf die *Tatsache* des Verlusts über das *noch* bestehende Verbraucherwiderrufsrecht hinzuweisen.⁸¹³ Andererseits könnte über eine *tatsächliche* Aufklärung hinaus erforderlich sein, dass der Maklerkunde auch *Rechtskenntnis* über die nicht bestehende Pflicht zur Provisionszahlung erlangt, sofern er von seinem noch bestehenden Widerrufsrecht Gebrauch macht, er dieses Recht jedoch durch die Aufklärung und die folgende Aufnahme der Maklerklausel in den Hauptvertrag verliert und sodann unter den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB zur Provisionszahlung verpflichtet ist.⁸¹⁴

Im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes ist eine *tatsächliche* Aufklärung über den Verlust des noch bestehenden Widerrufsrechts, nicht aber über die daraus resultierenden *Rechtsfolgen* erforderlich, sofern eine *deklaratorische* Maklerklausel einen Einwendungsverzicht im Hinblick auf den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts bzgl. des Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB bewirken soll. Dem Verlust des Rechts zum Widerruf gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB sind zwar hohe Hürden zu setzen, um Verbraucher umfassend zu schützen. Ein solcher Schutz ist

⁸¹³ Entsprechend für die Fälle der Verflechtung s. BGH WM 1983, 42; *Schwerdtnner*, JZ 1983, 777; a.A. BverfG NJW 1988, 2663.

⁸¹⁴ Entsprechend für selbständige Provisionsversprechen in Verflechtungsfällen s. *Hamm*, S. 218, Rn. 821.

aber bereits dann ausreichend gewährleistet, wenn der Verbraucher um den Verlust des Widerrufsrechts weiß. Zwar könnte man in Anlehnung an *Hamm*⁸¹⁵ zu Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung einen wirksamen Einwendungsverzicht gemäß § 781 Satz 1 BGB hinsichtlich des Verbraucherwiderrufsrechts auch nur unter der Voraussetzung annehmen, dass eine umfassende Aufklärung des Maklerkunden sichergestellt ist und der Verbraucher auch über die *Rechtsfolgen* in Kenntnis gesetzt wird, die aus dem Verlust des Widerrufsrechts entstehen.

Dem steht jedoch der Wortlaut des § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB entgegen. Der Gesetzgeber stellt auch dort auf die *Kenntnis* des Verbrauchers über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts ab.⁸¹⁶ Eine weitergehende Aufklärung des Verbrauchers über die Rechtsfolgen, die aus dem Verlust des Widerrufsrechts resultieren, verlangt die Vorschrift hingegen auch dort nicht. Die *Kenntnis* über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts ist daher erforderlich, aber auch ausreichend.

Die Heranziehung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB ist auch interessensgerecht, weil die Vorschrift ebenso wie die Maklerklausel ein noch bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht vorzeitig zum Erlöschen bringen soll. Daher muss der Maßstab des § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB auch für den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts gelten, sofern die Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel in den Hauptvertrag den Ausschluss des Verbraucherwiderrufsrechts hinsichtlich eines Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB bewirken soll.⁸¹⁷

Anders hingegen ist die Situation, wenn die Parteien die Aufnahme einer *konstitutiven* Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag beabsichtigen. Eine Aufklärung über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss des Online-Maklervertrages ist hier nicht zu fordern, weil die

⁸¹⁵ *Hamm*, S. 201, Rn. 731.

⁸¹⁶ Auch Artikel 16a VRRG, den § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB in deutsches Recht umsetzt, stellt lediglich auf die *Kenntnis* des Verbrauchers ab.

⁸¹⁷ Grundstücksmakler werden in der Praxis bereits hiergegen einwenden, dass kein Maklerkunde nach entsprechender Aufklärung über ein noch bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht eine Maklerklausel in den Hauptvertrag aufnehmen wird, sondern vielmehr erst recht von seinem noch bestehenden Verbraucherwiderrufsrecht Gebrauch machen wird, um sich der Pflicht zur Provisionszahlung zu entledigen. Zweierlei ist dem jedoch entgegen zu halten: 1. Es steht jedem Makler frei, ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss des Online-Maklervertrags zu belehren. 2. Sofern er dies jedoch versäumt und dennoch (zu Lasten des Verbrauchers) die noch laufende Frist von zwölf Monaten und 14 Tagen gemäß § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB vorzeitig zum Erlöschen bringen möchte, ist eine angemessene Aufklärung des Maklerkunden zu fordern, um den Verbraucher umfassend zu schützen.

Regelung einen schon bestehenden Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB unberührt lässt.⁸¹⁸ Sie begründet vielmehr, insbesondere in der Form des § 328 Absatz 1 BGB, einen eigenen und von § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB unabhängig bestehenden Provisionsanspruch des Maklers.⁸¹⁹ Nur dies ist hier Gegenstand einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Verbrauchers. Der Provisionsanspruch des Maklers entsteht also auch dann, sofern der Verbraucher von seinem fortbestehenden Recht zum Widerruf des Maklervertrages Gebrauch macht.

(4) Person des Aufklärungspflichtigen

Neben der inhaltlichen Aufklärung des Verbrauchers ist ebenso zu klären, ob der Notar oder der Grundstücksmakler, der von der Aufnahme der Maklerklausel in den Hauptvertrag profitiert, für eine ordnungsgemäße Aufklärung des Maklerkunden Sorge zu tragen hat. Aufgrund der unterschiedlichen inhaltlichen Anforderungen gilt es auch hier zu differenzieren.

Eine *deklaratorische* Maklerklausel führt nur dann zum Ausschluss eines noch bestehenden Verbraucherwiderrufsrechts, sofern der *Makler* seinen Kunden hierüber zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt hat.⁸²⁰ Eine Pflicht des *Notars*, die dem Makler verpflichtete Hauptvertragspartei über das noch bestehende Verbraucherwiderrufsrecht aufzuklären, besteht hingegen nicht. Vielmehr hat der Notar auch nicht das Recht, eine entsprechende rechtliche Überprüfung vorzunehmen. Aus berufsrechtlichen Gründen ist es ihm nämlich gemäß § 3 Absatz 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG untersagt, eine Beurkundung in einer Angelegenheit vornehmen, in der er zuvor anwaltlich beratend tätig war.⁸²¹ Die Pflicht des Notars gemäß § 17 Absatz 1 Satz 1 BeurkG beschränkt sich im Hinblick auf die *deklaratorische* Maklerklausel also darauf, die Hauptvertragsparteien über die Wirkung der deklaratorischen Maklerklausel als Einwendungsverzicht hinsichtlich aller ihm bekannten Umstände bei Abschluss eines Online-Maklervertrags gemäß §§ 312c, 652 Absatz 1 Satz 1 BGB hinzuweisen. Dazu gehört, nach entsprechender Aufklärung seitens des Maklers,⁸²² auch das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB.

⁸¹⁸ Strenggenommen führt die konstitutive Maklerklausel auch nicht zum Erlöschen des Verbraucherwiderrufsrechts hinsichtlich des Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB, sofern sie nicht (auch) eine entsprechende Regelung enthält.

⁸¹⁹ *Althammer*, NZM 2006, 163; *ders.*, ZfIR 2012, 765 (767).

⁸²⁰ S. dazu auch *Zopfs*, Rn. 10

⁸²¹ BeckOK BGB/*Litzenburger*, BeurkG § 3 Rn. 22.

⁸²² Die Beweislast für eine ordnungsgemäße Aufklärung des Maklerkunden darüber, dass diesem noch ein Verbraucherwiderrufsrecht im Hinblick auf den Online-

Eine *konstitutive* Maklerklausel im Hauptvertrag begründet einen Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers.⁸²³ Da hier der Anspruch aus der Kaufvertragsurkunde selbst resultiert, ist es Aufgabe des Notars und nicht des Maklers, die Beteiligten ordnungsgemäß aufzuklären. Der Notar muss daher über die rechtlichen Folgen des notariell beurkundeten Rechtsgeschäfts belehren, § 17 Absatz 1 Satz 1 BGB.⁸²⁴ Er hat die dem Makler verpflichtete Partei also darüber in Kenntnis zu setzen, dass die *konstitutive* Maklerklausel zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet, ohne dass weitere Voraussetzungen, insbesondere die des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB, erfüllt sein müssen. Eine zuvor erfolgte Aufklärung des Maklers ist unschädlich, ersetzt jedoch nicht die Pflicht des Notars, die Hauptvertragsparteien über die Rechtsfolgen der konstitutiven Maklerklausel in Kenntnis zu setzen.

b) Der Widerruf der Maklerklausel

Vordergründig mag sich der Grundstücksmakler hinsichtlich der Maklerprovision in Sicherheit wiegen, sofern unter den bereits genannten Bedingungen eine Maklerklausel zu seinen Gunsten in den Hauptvertrag aufgenommen wird und damit ein zuvor vereinbarter Online-Maklervertrag vermeintlich nicht mehr widerrufbar ist. Gleiches gilt, sofern durch die Maklerklausel sogar ein neuer, weiterer Schuldgrund geschaffen wird. Dabei wird jedoch übersehen, dass die Aufnahme einer Maklerklausel in den notariellen Grundstücksvertrag ebenfalls dem Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB unterliegen kann.⁸²⁵ Daher soll nachfolgend untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden besteht, sofern eine Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag aufgenommen wird.

aa) Die Maklerklausel als Verbrauchervertrag

Zunächst muss die Maklerklausel einen Verbrauchervertrag gemäß § 310 Absatz 3 Satz 1 BGB beinhalten. Neben der erforderlichen Unternehmer-Verbraucher Stellung zwischen dem Grundstücksmakler und seinem Kunden ist aber insbesondere klärungsbedürftig, ob es sich bei der Maklerklausel überhaupt um ein *Vertragsverhältnis* handelt. Hier gilt es, zwischen *konstitu-*

Maklervertrag zusteht, dieses Recht aber durch Aufnahme der deklaratorischen Maklerklausel in den Hauptvertrag erlischt, trägt der Makler.

⁸²³ *Ibold*, S. 62, Rn. 38.

⁸²⁴ BeckOK BGB/*Litzenburger*, BeurkG § 17 Rn. 6.

⁸²⁵ DnotI-Report 17/2014, S. 130.

tiven und *deklaratorischen* Maklerklauseln zu differenzieren und ein Vertragsverhältnis von einer bloßen Wissenserklärung abzugrenzen.

bb) Abgrenzung zur reinen Wissenserklärung

Konstitutive Maklerklauseln begründen einen materiellen Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers.⁸²⁶ Dies gilt für Vertragsverhältnisse gemäß § 328 Absatz 1 BGB unabhängig von einem bereits bestehenden Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB.⁸²⁷ Gegen ein Verbrauchervertragsverhältnis könnte zunächst der Fall sprechen, dass der Kaufvertrag zwischen zwei Verbrauchern geschlossen wird.⁸²⁸ Zu Recht unterstellt die Literatur jedoch auch dann ein Vertragsverhältnis, wenn die Maklerklausel einen Provisionsanspruch zugunsten des nicht am Hauptvertragsabschluss beteiligten Maklers begründet.⁸²⁹ Zudem ist ein Vertragsverhältnis überdies auch dann anzunehmen, wenn die *konstitutive* Maklerklausel auf Veranlassung des Grundstücksmaklers in den Hauptvertrag aufgenommen wurde.⁸³⁰ Dem steht abschließend auch nicht § 309 Nr. 12 lit. b BGB entgegen. Die Vorschrift regelt nämlich lediglich eine Bestätigung über bestimmte Tatsachen mit entsprechender Beweiswirkung.⁸³¹ Die Regelung könnte daher höchstens Anwendung auf *deklaratorische* Maklerklauseln finden, *konstitutive* Maklerklauseln, die einen *schuld begründenden* Charakter haben, werden hingegen schon vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst.⁸³²

Anders als konstitutive Maklerklauseln nehmen *deklaratorische* Maklerklauseln lediglich Bezug auf ein bereits existentes Maklervertragsverhältnis, ohne dass durch sie ein eigenes Vertragsverhältnis zwischen dem Makler und dem Verbraucher entsteht.⁸³³ Die Erklärungen hinsichtlich des schon bestehenden Maklervertrags könnten dann lediglich bloße Wissenserklärungen

⁸²⁶ Althammer, ZfIR 2012, 765 (767); Bethge, ZfIR 1997, 368.

⁸²⁷ Althammer, ZfIR 2012, 765 (767); NJW-RR 1988, 1202 (1203). Verallgemeinernd Leitmeier, DnotZ 2019, 648 (651, 652)

⁸²⁸ DnotI-Report 17/2014, S. 131.

⁸²⁹ MüKoBGB/Althammer, § 652 Rn. 37; Suppliet, DnotZ 2012, 270 (285); Grziwotz, MDR 2004, 61 (63); Althammer, S. 124 ff.

⁸³⁰ So DnotI-Report 17/2014, S. 131. Dem ist zuzustimmen. In der Praxis übernimmt der Makler regelmäßig als Serviceleistung die Aufgabe, das Notariat mit der Erstellung des Hauptvertrags zu beauftragen. Sofern er dabei „en passant“ auf die Aufnahme der Maklerklausel drängt, ist von einem Vertragsverhältnis auszugehen.

⁸³¹ BeckOK BGB/Becker, BGB § 309 Nr. 12 Rn. 8.

⁸³² Ähnlich DnotI-Report 17/2014, S. 130.

⁸³³ Ibold, S. 62, Rn. 38.

darstellen, denen es an einem rechtsgeschäftlichen Charakter mangelt.⁸³⁴ Daher könnte eine *deklaratorische* Maklerklausel nicht vom Anwendungsbereich der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB erfasst sein. Dieser Annahme kann wiederum entgegen gehalten werden, dass die *deklaratorische* Maklerklausel zumindest mittelbar rechtsgeschäftliche Wirkung entfaltet, indem sie bei vorheriger Aufklärung durch den Makler einen Einwendungsverzicht im Hinblick auf ein noch bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht darstellt.⁸³⁵ Das ändert jedoch formal nichts an dem Umstand, dass die *deklaratorische* Maklerklausel selbst kein Vertragsverhältnis zwischen dem Makler und dem Verbraucher begründet, aufgrund dessen der Makler seine Provision im Erfolgsfall fordern kann. Die Bezugnahme der Maklerklausel auf den Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB lässt die *deklaratorische* Maklerklausel selbst nicht zu einem eigenständigen Vertragsverhältnis werden. Da nach § 355 Absatz 1 BGB aber nur Willenserklärungen einem Verbraucherwiderrufsrecht unterliegen, wird eine reine Wissenserklärung im Rahmen einer deklaratorischen Maklerklausel hiervon nicht erfasst.

Zusammengefasst sind *konstitutive* Maklerklauseln aufgrund ihres schuld begründenden Charakters als Vertragsverhältnis anzusehen. *Deklaratorische* Maklerklauseln hingegen begründen kein eigenes Schuldverhältnis, sondern entfalten lediglich Beweiswirkung. Dem Verbraucher ist daher bei Aufnahme einer *deklaratorischen* Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag kein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB einzuräumen. Gegenstand der weiteren Untersuchung, ob die Aufnahme einer Maklerklausel in den Grundstückskaufvertrag dem Verbraucherwiderrufsrecht unterliegt, sind daher ausschließlich *konstitutive* Maklerklauseln.

⁸³⁴ So DnotI-Report 17/2014, S. 130: „Eine Wissenserklärung ist keine widerrufliche Willenserklärung.“

⁸³⁵ Daher ist der Begründung des DnotI-Report 17/2014, S. 130 an diesem Punkt ausdrücklich zu widersprechen. Zwar sind die Regelungen der §§ 312 ff. BGB tatsächlich darauf ausgerichtet, Verbraucher vor unüberlegten oder voreiligen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen gegenüber einem Unternehmer zu schützen. *Deklaratorische* Maklerklauseln schränken jedoch Einwendungen hinsichtlich eines bereits bestehenden Maklervertragsverhältnisses ein, soweit der Verbraucher zuvor über einzelne Umstände aufgeklärt wurde. Die formal als bloße Wissenserklärung einzuordnende Maklerklausel hat daher mittelbar auch rechtsgeschäftliche Wirkung, allerdings nur für den Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB und nicht für die Maklerklausel.

cc) Entgeltliche Leistung des Maklers

Anders als noch § 312 Absatz 1 BGB a.F.⁸³⁶ setzte der bisherige § 312 Absatz 1 BGB⁸³⁷ neben einem Verbrauchervertrag gemäß § 310 Absatz 3 BGB eine entgeltliche⁸³⁸ *Leistung des Unternehmers* voraus.⁸³⁹ Die *konstitutive* Maklerklausel begründet aber, wie bereits festgestellt, eine Zahlungspflicht des Verbrauchers, unabhängig vom Bestehen eines separaten Maklervertrages und den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB.⁸⁴⁰ *Von Loewenich*⁸⁴¹ spricht sich daher gegen die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 312 ff. BGB aus. Diese Auffassung ist insofern richtig, als dass die *konstitutive* Maklerklausel eine einseitige (Provisions-)Verpflichtung des Verbrauchers begründet, die gerade unabhängig von einer Maklertätigkeit entsteht. Insofern unterscheidet sich die provisionsbegründende Maklerklausel von einem Maklerprovisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB.

In Konsequenz führte diese Ansicht jedoch dazu, dass dem allein verpflichteten Verbraucher ein Verbraucherwiderrufsrecht nicht zustünde. Eine solche, streng dem Wortlaut folgende, Einordnung würde aber dem Sinn und Zweck der Vorschrift und damit einem effektiven Verbraucherschutz entgegenstehen.⁸⁴² Der Verbraucher würde weniger geschützt, sofern er sich nur einseitig allein gegenüber dem Unternehmer verpflichtet. Würde der Zahlungspflicht nämlich eine Leistung⁸⁴³ des Maklers gegenüberstehen, wäre der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB zweifelsfrei eröffnet. Die Auffassung *von Loewenichs* lässt auch außer Betracht, dass die Aufnahme einer *konstitu-*

⁸³⁶ In der vor dem 13.06.2014 geltenden Fassung. Die Regelungen der §§ 312 ff. BGB a.F. waren auch auf solche Vertragsverhältnisse anwendbar, die lediglich den Verbraucher verpflichteten, so BGH DnotZ 2006, 468; MüKoBGB/*Masuch* (2012), § 312 Rn. 29; vgl. zur Haustürgeschäfterrichtlinie EuGH NJW 1998, 1295 (1296).

⁸³⁷ In der seit dem 13.06.2014 geltenden Fassung.

⁸³⁸ Zur Voraussetzung der Entgeltlichkeit eines Maklervertrages s. bereits oben Kapitel B.VII.2.a).

⁸³⁹ Auch § 312 Absatz 1 BGB n.F. setzt eine Pflicht des Verbrauchers zur Zahlung eines Preises voraus.

⁸⁴⁰ S. Fn. 819, S. 188.

⁸⁴¹ *von Loewenich*, NJW 2014, 1409 (1411); a.A. Erman/*Koch*, § 312 Rn. 9; *Janal*, WM 2012, 2314 (2315); *Hilbig Lugani*, ZJS 2013, 441 (445); Palandt/*Grüneberg* (2014), § 312 n.F. Rn. 5 f.; vgl. auch Artikel 3 VRRRL, der keine entsprechende Einschränkung enthält.

⁸⁴² Ähnlich HK-BGB/*Hans Schulte-Nölke*, § 312 Rn. 4 unter Verweis auf den Umstand, dass die Gefahr einer Überrumpelung oder übereilter Vertragsschlüsse auch dann besteht, wenn der Unternehmer systematisch außerhalb von Geschäftsräumen z.B. Gebrauchtwagen kauft.

⁸⁴³ In der Regel handelt es sich um Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten des Grundstücksmaklers.

tiven Maklerklausel in aller Regel auf die Inanspruchnahme eines Grundstücksmaklers zurückzuführen ist und damit zumeist auf einer Tätigkeit des Maklers beruht, die zwar nicht den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB entsprechen muss, den Hauptvertragsabschluss jedoch mindestens gefördert hat.⁸⁴⁴

Der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB muss daher *erst recht* auch dann eröffnet sein, wenn die *konstitutive* Maklerklausel eine Zahlungspflicht des Verbrauchers beinhaltet.⁸⁴⁵ Dies muss auch unabhängig davon gelten, ob der Aufnahme der Maklerklausel im Einzelfall eine Maklertätigkeit zugrunde liegt oder nicht.

dd) Die Maklerklausel als Fernabsatzvertrag

Die Aufnahme einer *konstitutiven* Maklerklausel in den Hauptvertrag müsste einen Fernabsatzvertrag gemäß § 312c Absatz 1 BGB darstellen. Erforderlich dafür ist, dass für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsabschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel gemäß § 312c Absatz 2 BGB verwendet werden. Unproblematisch wird diese Voraussetzung in der Regel im Hinblick auf die *Vertragsverhandlungen* erfüllt sein. Üblicherweise beauftragt der Makler im Namen seines Auftraggebers ein Notariat mit der Erstellung eines Kaufvertragsentwurfs⁸⁴⁶ und veranlasst seinerseits die Aufnahme einer Maklerklausel. Den Entwurf leitet der Makler dann den Hauptvertragsparteien, zumeist per E-Mail, mit der Bitte um Rückäußerung zu, die sodann ebenfalls online per E-Mail erfolgt und ggfls. an das Notariat zur Anpassung des Vertragsentwurfs weitergeleitet wird.⁸⁴⁷ Die inhaltliche Abstimmung des notariellen Kaufvertrages erfolgt daher fast ausschließlich digital.

⁸⁴⁴ Nur in krassen Ausnahmefällen wird es sich bei der *konstitutiven* Maklerklausel um eine Schenkung im Sinne des § 518 Absatz 1 BGB handeln, der überhaupt keine Leistung des Grundstücksmaklers zugrunde liegt. Dann könnte die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 312 ff. BGB tatsächlich fraglich sein.

⁸⁴⁵ Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass *deklaratorische* Maklerklauseln keine entgeltliche Leistung des Maklers beinhalten, da sie bereits nicht schuldbegründend wirken. Auch aus diesem Grund finden die Regelungen der §§ 312 ff. BGB auf sie keine Anwendung.

⁸⁴⁶ OLG München BeckRS 2014, 19389; LG Freiburg NJOZ 2016, 988 (989). Zur Haftung des Maklers für Notarkosten *Wistokat*, NZM 2023, 383.

⁸⁴⁷ Selbst wenn der Makler und die ihm provisionsverpflichtete Hauptvertragspartei zwischendurch z. B. Telefonate zur Maklerklausel führen, ist dies unschädlich im Hinblick auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 312c BGB. Es ist nicht erforderlich, dass die Parteien ausschließlich dasselbe Fernkommunikationsmittel verwenden, s. dazu BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312c Rn. 18; Erman/*Koch*, § 312c Rn. 11.

Äußerst fraglich ist aber, ob auch der Vertragsschluss unter den Voraussetzungen des § 312c BGB zustande gekommen ist. Sofern der Makler nicht an der Beurkundung des Hauptvertrags teilnimmt, kommt das Vertragsverhältnis, das aus der konstitutiven Maklerklauseln resultiert, zwar nicht bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit zustande, § 312c Absatz 2 BGB. Die Voraussetzungen eines Fernabsatzvertragsverhältnisses sind aber dennoch nicht erfüllt, weil das der Maklerklausel immanente Rechtsgeschäft nicht durch die in § 312c Absatz 2 BGB genannten Fernkommunikationsmittel zustande kommt. Vielmehr wird der Hauptvertrag mitsamt Maklerklausel zugunsten des Grundstücksmaklers in Anwesenheit der Hauptvertragsparteien vor dem Notar geschlossen, *ohne* dass dabei Fernkommunikationsmittel verwendet werden.

Die Voraussetzungen eines *außerhalb von Geschäftsräumen* geschlossenen Vertragsverhältnisses gemäß § 312b Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 BGB sind hingegen ebenfalls nicht erfüllt. Zwar kann ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenes Vertragsverhältnis gemäß § 312b BGB bereits dann vorliegen, wenn der Vertrag in den Büroräumen des Notars beurkundet wird.⁸⁴⁸ Weitere Voraussetzung des § 312b Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 BGB ist jedoch, dass auch der Makler während der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags in den Räumlichkeiten des Notars körperlich anwesend ist.⁸⁴⁹ Sofern er an der Beurkundung jedoch nicht teilnimmt, sind die Voraussetzungen des § 312b Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 BGB hingegen ebenfalls nicht erfüllt. Ebenso wenig liegen auch die Voraussetzungen des § 312b Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BGB vor, da der Verbraucher kein Angebot auf Aufnahme einer Maklerklausel bei *gleichzeitiger körperlicher* Anwesenheit des Maklers abgegeben hat.

Das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312 g Absatz 1, 312b, 312c BGB wäre dann im Hinblick auf Maklerklauseln, die aufgrund von vorherigen Online-Absprachen Eingang in den Hauptvertrag finden, grundsätzlich nicht anwendbar. Der Makler könnte sich sogar durch bewusstes Fernbleiben vom Hauptvertragsabschluss seinen Pflichten zur Belehrung über ein Verbraucherwiderrufsrecht entziehen. Dies, obwohl die Gefahr besteht, dass dem Verbraucher dadurch erst recht eine Maklerklausel „untergeschoben“ werden könnte, deren alleiniger Nutznießer der Makler ist.⁸⁵⁰

⁸⁴⁸ Erman/Koch, § 312b Rn. 1; Grüneberg/Grüneberg, § 312 Rn. 9; DnotI-Report 12/2014, 94 (95); Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/13951 S. 61.

⁸⁴⁹ So auch DnotI-Report 17/2014, 129 (131).

⁸⁵⁰ Leitmeier, DnotZ 2019, 648 (656): „Damit ist Nutznießer der Klausel allein der ‚vertragsfremde‘ Makler (und evtl. in geringem Umfang der Notar). Der kritische Punkt ist jedenfalls dann erreicht, wenn alleine der Notar die Maklerklausel anregt, weil ihm der beteiligte Makler diesen Vorschlag unterbreitet hat.“ Nichts anderes

Dieses Ergebnis bedarf einer Korrektur. Das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB soll den Verbraucher vor den Rechtsfolgen eines übereilt abgeschlossenen Online-Maklervertrags gemäß § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB schützen. Umso mehr muss ein Verbraucher daher auch dann in den Genuss der verbraucherfreundlichen Regelungen der §§ 312 ff. BGB kommen, sofern eine *konstitutive* Maklerklausel in den Hauptvertrag aufgenommen werden soll, die eine Zahlungspflicht des Verbrauchers gegenüber dem Makler sogar unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 Satz 1 BGB begründet.

Insofern ist es interessensgerecht, für die rechtliche Einordnung zugunsten des Verbrauchers auf die Online-Abrede über die spätere Aufnahme einer Maklerklausel abzustellen. Für die Frage der Anwendbarkeit des § 312c BGB ist nämlich auch die *Phase der Vertragsanbahnung* zu berücksichtigen.⁸⁵¹ Äußerst treffend ist die Einordnung des Vertragsschlusses als ein *Kontinuum*, das mit der ersten Anbahnung des Vertrags beginnt und mit dem Abschluss des Vertrags endet.⁸⁵² Ebenso stellt die Begriffsbestimmung des Fernabsatzvertrages gemäß Art. 2 Nr. 7 VRRG darauf ab, dass *bis einschließlich* zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Fernkommunikationsmittel verwendet werden. Die Regelung deutet damit an, dass auch die Vertragsverhandlungen vor Abschluss bei der rechtlichen Einordnung zu berücksichtigen sind.⁸⁵³ Der Verbraucher wird nämlich als schützenswert angesehen, wenn er sich vor Abschluss des Vertragsverhältnisses in einer Situation des fortwährenden Informationsdefizits befindet.⁸⁵⁴ Die Voraussetzungen eines Fernabsatzvertrages gemäß § 312c BGB sind daher auch dann erfüllt, sofern die Abrede zwischen dem Makler und dem Verbraucher über die Aufnahme einer *konstitutiven* Maklerklausel in den Hauptvertrag ausschließlich durch Fernkommunikationsmittel gemäß § 312c Absatz 2 BGB, insbesondere also online, getroffen wird. Die Situation unterscheidet sich nicht von einem sonstigen Online-Maklervertragsabschluss gemäß §§ 312c, 652 Absatz 1 Satz 1 BGB.

muss gelten, wenn die Maklerklausel auf Veranlassung des Grundstücksmaklers Eingang in den Hauptvertrag findet.

⁸⁵¹ MüKoBGB/Wendehorst, § 312c Rn. 19; Grüneberg/Grüneberg, § 312c Rn. 4; Härting, § 1 Rn. 57; Reich, EuZW 1997, 581 (582); Fuchs, ZIP 2000, 1273 (1275); Meents, CR 2000, 610 (610 f.); Bittner/Clausnitzer/Föhlisch/Föhlisch, Rn. 80; unklar Micklitz, ZEuP 1999, 875 (876 f.).

⁸⁵² MüKoBGB/Wendehorst, § 312c Rn. 19; Formulierung nach Reich, EuZW 1997, 581 (582); Micklitz/Reich/Micklitz, § 15, S. 3; HK-VertriebsR/Tonner, § 312b a.F. Rn. 42.

⁸⁵³ MüKoBGB/Wendehorst, § 312c Rn. 19.

⁸⁵⁴ BeckOK BGB/Martens, BGB § 312c Rn. 14 unter Verweis auf Rn. 5 f.

ee) Bereichsausnahme gemäß § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) BGB

Gegen die Pflicht, den Verbraucher bei Aufnahme einer Maklerklausel über ein Verbraucherwiderrufsrecht belehren zu müssen, könnte die Regelung des § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) 1. Hs. BGB sprechen. Danach sind auf notariell beurkundete Verträge, die keine Verträge über Finanzdienstleistungen sind, lediglich die Regelungen des § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 BGB anwendbar. Die Maklerklausel ist keine Finanzdienstleistung im Sinne der Legaldefinition des § 312 Absatz 5 Satz 1 BGB. Im Hinblick auf Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen bestünde dann grundsätzlich kein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB.

ff) Rückausnahme gemäß § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) Hs. 2 BGB

Zwingend zu berücksichtigen ist jedoch die Rückausnahmeregelung des § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) Hs. 2 BGB. Bei Verträgen, für die eine gesetzliche Pflicht zur notariellen Beurkundung *nicht* besteht, gilt die eingeschränkte Anwendung der Vorschriften über Verbraucherverträge nach Halbsatz 1 nämlich nur dann, wenn der Notar über den Entfall der Informationspflichten gemäß § 312d Absatz 1 BGB und das Widerrufsrecht nach § 312g Absatz 1 BGB belehrt.⁸⁵⁵

Daher ist zur Klärung der Frage, ob dem Verbraucher bei Aufnahme einer Maklerklausel in den Grundstückskaufvertrag ein Verbraucherwiderrufsrecht zusteht, danach zu differenzieren, ob überhaupt eine gesetzliche Pflicht besteht, eine Maklerklausel notariell zu beurkunden. Dafür ist entscheidend auf die konkrete Maklerklausel und deren Inhalt im Einzelfall abzustellen. Auch hier ist zwischen *deklaratorischen* und *konstitutiven* Maklerklauseln sowie dem jeweiligen Motiv für die Aufnahme einer Maklerklausel in den Hauptvertrag zu differenzieren.

(1) Beurkundungspflicht von deklaratorischen Maklerklauseln

Maklerklauseln unterliegen der Pflicht zur notariellen Beurkundung gemäß § 311b Absatz 1 Satz 1 BGB, sofern sie das Austauschverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer betreffen.⁸⁵⁶ Daher besteht keine gesetzliche

⁸⁵⁵ BeckOK BGB/Martens, BGB § 312 Rn. 19.

⁸⁵⁶ Althammer, ZfIR 2012, 765 (770); BeckNotar-Hdb/Krauß, § 1 Rn. 477; Grziwotz, MDR 2004, 61 (62); Suppliet, DNotZ 2012, 270 (277); Wälzholz, MittBayNot 2000; 357 (358).

Pflicht zur notariellen Beurkundung von *deklaratorischen* Maklerklauseln, da diese nicht das hauptvertragliche Austauschverhältnis betreffen, sondern lediglich Beweiswirkung im Hinblick auf eine bereits bestehende Provisionsabrede des Maklers mit der ihm schon verpflichteten Hauptvertragspartei entfalten.⁸⁵⁷ Die andere Hauptvertragspartei bleibt von der deklaratorischen Maklerklausel unberührt.

(2) Beurkundungspflicht von konstitutiven Maklerklauseln

Beinhaltet der notarielle Grundstückskaufvertrag hingegen eine *konstitutive Maklerklausel*, so ist für die Klärung der Frage, ob eine gesetzliche Pflicht zur notariellen Beurkundung der Maklerklausel besteht, nach dem Motiv für die Aufnahme der Maklerklausel und dem daraus resultierenden Inhalt der Regelung zu unterscheiden.

Solche Klauseln, die eine Lastenverteilung der Maklerprovision vorsehen, sind zwingend notariell zu beurkunden.⁸⁵⁸ Beurkundungsbedürftig sind daher alle Abreden zwischen den Hauptvertragsparteien, die mit dem Grundstückskaufvertrag derart verbunden sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen.⁸⁵⁹ Besonders relevant ist dies in den Fällen der Abwälzung der Maklerprovision von der einen auf die andere Hauptvertragspartei. So betrifft die Übernahme einer Provisionsverpflichtung das kaufvertragliche Synallagma, sodass die Maklerklausel zwingend gemäß § 311b Absatz 1 BGB notariell zu beurkunden ist.⁸⁶⁰

Anderes gilt für *konstitutive* Maklerklauseln, die einen Schuldgrund zugunsten des begünstigten Maklers schaffen, ohne die Rechte und Pflichten der anderen Hauptvertragspartei zu tangieren.⁸⁶¹ Eine gesetzliche Pflicht zur notariellen Beurkundung besteht hier gerade nicht, weil die Maklerklausel eine Provisionsregelung zwischen dem Verpflichteten und dem Makler trifft,

⁸⁵⁷ Auf die Frage der Beurkundungspflicht einer *deklaratorischen* Maklerklausel kommt es allerdings auch nicht an, da es insoweit bereits an einem Vertragsverhältnis mangelt, sodass schon aus diesem Grunde das Verbraucherwiderrufsrecht keine Anwendung findet.

⁸⁵⁸ BeckOK BGB/*Gehrlein*, BGB § 311b Rn. 24; Staudinger/*Schumacher* (2018), § 311b Rn. 170; *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (770).

⁸⁵⁹ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (770); BGHZ 101, 393 (396) = NJW 1988, 132; BGH NJW 1997, 250 (252); Grüneberg/*Grüneberg*, § 311b Rn. 32; *Piehler*, DnotZ 1983, 229; *Seeger*, MittBayNot 2003, 11 ff.

⁸⁶⁰ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (770).

⁸⁶¹ Dies betrifft z.B. Sachverhalte, in denen eine konstitutive Maklerklausel als Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB in den Hauptvertrag aufgenommen wird, um etwaige Unsicherheiten eines zuvor geschlossenen Maklervertragsverhältnisses zu überwinden, s. dazu *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (770).

ohne die andere Hauptvertragspartei zu berühren.⁸⁶² Es handelt sich hier lediglich um eine übliche Provisionsabrede, die auch dann keine notarielle Beurkundung erfordert, sofern sie außerhalb der Kaufvertragsurkunde geschlossen wird.

(3) Zusammenfassung

Danach ist festzuhalten, dass *deklaratorische* Maklerklauseln nicht beurkundungspflichtig gemäß § 311b Absatz 1 BGB sind. *Konstitutive* Maklerklauseln unterliegen der Pflicht zur notariellen Beurkundung, allerdings nur, sofern sie nach ihrem Inhalt das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien betreffen. Andernfalls besteht auch für *konstitutive* Maklerklauseln keine *Beurkundungspflicht*.

Lediglich solche konstitutiven Maklerklauseln, die mit dem Hauptvertrag „stehen und fallen“ sollen und daher zwingend beurkundungspflichtig sind, unterliegen nicht mehr einem Verbraucherwiderrufsrecht, sobald sie notariell beurkundet sind. Konstitutive Maklerklauseln, die das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien hingegen nicht betreffen und für die aus diesem Grund auch keine Pflicht zur notariellen Beurkundung besteht, unterliegen hingegen nur dann nicht mehr einem Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 312g BGB, sofern der Verbraucher vor Beurkundung über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts belehrt wird. Dies gilt entsprechend auch für lediglich deklaratorisch wirkende Maklerklauseln, die jedoch als reine Wisenserklärung ohnehin nicht einem Verbraucherwiderrufsrecht unterliegen.⁸⁶³

gg) Verhältnis von § 312g BGB und § 312 BGB

Nach der Regelung des § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) Hs. 2 BGB könnte für den Fall, dass eine entsprechende Belehrung des Notars unterbleibt, entweder ein vierzehntägiges Widerrufsrecht gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB bestehen oder sogar die Vorschrift des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB mit der Folge Anwendung finden, dass im Hinblick auf die Maklerklausel eine Widerrufsfrist von zwölf Monaten und 14 Tagen läuft.

Dem wiederum könnte § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB entgegenstehen, wonach ein Verbraucherwiderrufsrecht bei notariell beurkundeten

⁸⁶² *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (770) weist zu Recht auf den Umstand hin, dass die andere Hauptvertragspartei in solchen Fällen bei Abschluss eines Vertrages zugunsten Dritter lediglich Mitwirkungsfunktion „technischer Art“ übernimmt, ohne ansonsten von den Regelungen einer solchen Maklerklausel betroffen zu sein.

⁸⁶³ Es mangelt hier an einem erforderlichen Verbrauchervertragsverhältnis.

Verträgen unabhängig von weiteren Voraussetzungen nicht besteht. Dies gilt insbesondere für sog. Maklerklauseln.⁸⁶⁴

Dieser Annahme könnte vorgehalten werden, dass die Regelung des § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB entgegen ihrem Wortlaut und aufgrund ihrer Systematik nur dann Anwendung findet, sofern die Voraussetzungen des § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) 2. Hs. BGB erfüllt sind und der Notar ordnungsgemäß über den Verlust des Widerrufsrechts gemäß § 312g Absatz 1 BGB belehrt hat.⁸⁶⁵ Diese Lesart steht jedoch nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers. Vielmehr hat schon der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags in seiner Beschlussempfehlung zum *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung* den Vorrang des § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB als *lex specialis* zu § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) 2. Hs. BGB zum Ausdruck gebracht und von einer entsprechenden Gesetzesänderung abgesehen.⁸⁶⁶ In Konsequenz soll es daher im Hinblick auf das Verbraucherwiderrufsrecht unerheblich sein, ob der Notar pflichtgemäß über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts belehrt; es erlischt mit notarieller Beurkundung des Hauptvertrages.⁸⁶⁷

Zu Recht bezeichnet *Wendehorst*⁸⁶⁸ dieses Ergebnis als „qualifiziert unsinnig“ und verweist auf zwei naheliegende Lösungsansätze, wonach das Verbraucherwiderrufsrecht als Sanktion der nicht ordnungsgemäß vorgenommenen Aufklärung entweder gerade fortbestehen muss oder aber das Kapitel 2 über *außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge* per se keine Anwendung auf Verträge finden darf, die, unabhängig von einer gesetzlichen Pflicht, notariell beurkundet werden.

In der Tat ist nicht recht einzusehen, warum ein Verbraucherwiderrufsrecht im Hinblick auf eine nicht beurkundungsbedürftige Maklerklausel trotz ausbleibender Belehrung gemäß § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB entfallen soll. Vielmehr könnte dadurch gerade ein Anreiz geschaffen wer-

⁸⁶⁴ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312g Rn. 16.

⁸⁶⁵ DnotI-Report 17/2014, 129 (132); s. hierzu auch *Hau*, NZM 2015, 435 (440).

⁸⁶⁶ Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drucks. 17/13951 S. 62; *Erman/Koch*, § 312 Rn. 26; *Grüneberg/Grüneberg*, § 312 Rn. 9

⁸⁶⁷ *BeckOK BGB/Martens*, BGB § 312 Rn. 19; *BeckOK BGB/Martens*, BGB § 312g Rn. 57, der diesen Umstand jedoch unter Verweis auf *MüKoBGB/Wendehorst* § 312g Rn. 56 kritisch sieht; *Schulte-Nölke, HK-BGB/Hans Schulte-Nölke* § 312 Rn. 11 erkennt die Problematik, ohne Partei für die ein oder andere Seite ergreifen zu wollen: „Die Bereichsausnahme für notariell beurkundete Verträge ist kompliziert geraten.“

⁸⁶⁸ *MüKoBGB/Wendehorst*, § 312g Rn. 57.

den, von einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung abzusehen, weil das Recht zum Widerruf unabhängig von einer entsprechenden Aufklärung des Notars gemäß § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) 2. Hs. BGB und unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 17 Absatz 1 Satz 1 BeurkG aufgrund der Regelung von § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB erlischt. Der Zweck der notariellen Beurkundung besteht aber insbesondere in einer Warn- und Betreuungsfunktion und damit einhergehenden Aufklärungspflichten.⁸⁶⁹ Die Missachtung einer solchen Verbraucherschutzvorschrift darf daher nicht zum Entfall des Verbraucherwiderrufsrechts führen. Vielmehr muss dann im Gegenteil die verlängerte Widerrufsfrist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB Anwendung finden.

Überdies spricht auch ein Vergleich mit der richterlichen Protokollierung, die der notariellen Beurkundung gemäß § 127a ZPO gleichsteht,⁸⁷⁰ für das Fortbestehen des Verbraucherwiderrufsrechts, wenn nicht ordnungsgemäß über den Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts aufgeklärt wird. Zwar besteht ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs gemäß § 312g Absatz 2 Nr. 13 BGB nicht.⁸⁷¹ Der Schutz des Verbrauchers wird hier in aller Regel aber dadurch gewährleistet, dass er seine Interessen vor Gericht⁸⁷² anwaltlich vertreten lässt, sodass dadurch eine entsprechende Kenntnis und Aufklärung über die Rechtsfolgen des gerichtlichen Vergleichs gewährleistet ist. Insofern unterscheidet sich der Sachverhalt von der Online-Abrede über die Aufnahme einer Maklerklausel in den Hauptvertrag und dessen notarieller Beurkundung: Im Rahmen der Verhandlungen und des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrages besteht keine Anwaltpflicht, einziges Korrektiv ist der Notar im Rahmen seiner Amtsbefugnisse. Daher ziehen Verbraucher in der Regel auch keine Rechtsanwälte bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrages über eine (selbstgenutzte) Wohnraumimmobilie zu Rate, sodass ein besonderer Verbraucherschutz im Hinblick auf die ausbleibende Aufklärung des Notars § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB nicht besteht. Die Missachtung von § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 2. Hs. BGB darf daher gerade nicht zum Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß § 312g Absatz 2 Nr. 13 BGB führen.

⁸⁶⁹ BeckOK BGB/*Gehrlein*, BGB § 311b Rn. 1.

⁸⁷⁰ AG Hanau BeckRS 2015, 14439.

⁸⁷¹ AG Hanau, BeckRS 2015, 14439.

⁸⁷² Es besteht sogar eine Anwaltpflicht in den Fällen des § 78 Absatz 1 Satz 1 ZPO.

hh) Rechtsfolgen der fehlenden bzw. fehlerhaften Widerrufsbelehrung

Da *konstitutive* Maklerklauseln, die das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien nicht betreffen, auch nicht beurkundungspflichtig sind, entfällt das grundsätzlich bestehende Widerrufsrecht des Verbrauchers nur unter der Voraussetzung, dass der Notar gemäß § 312 Absatz 2 Nr. 1 lit. b) Hs. 2 BGB neben dem Verlust der Informationspflichten gemäß § 312d Absatz 1 BGB auch über das Erlöschen des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß § 312g Absatz 1 BGB belehrt. Andernfalls gilt die verlängerte Widerrufsfrist von einem Jahr und 14 Tagen, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB.⁸⁷³ Kritisch ist sodann der Fall zu betrachten, wenn der Verbraucher nach Abschluss des notariell beurkundeten Hauptvertrages von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht. Da die Grundlage für den Maklerprovisionsanspruch durch die Maklerklausel in den Grundstückskaufvertrag eingebettet ist, gilt es zu klären, ob der Widerruf des Verbrauchers lediglich die Maklerklausel entfallen lässt oder sogar zur Rückabwicklung des gesamten Hauptvertrages führt.⁸⁷⁴ In sachlicher Hinsicht erfordert § 360 BGB zwei Vertragsverhältnisse.⁸⁷⁵ Neben den eigentlichen Hauptvertragspflichten zwischen Käufer und Verkäufer begründet die *konstitutive* Maklerklausel zusätzlich eine Provisionsverpflichtung mindestens einer der beiden Hauptvertragsparteien gegenüber dem Grundstücksmakler und damit ein weiteres Vertragsverhältnis. Dennoch sind die Voraussetzungen des § 360 Absatz 2 Satz 1 BGB nicht erfüllt. Zwar lässt sich ein Bezug des übrigen Hauptvertrages zur widerrufenen Maklerklausel immerhin noch dadurch begründen, dass dieser Bestandteil der Kaufvertragsurkunde ist. Deutlich gegen eine Durchgriffswirkung des Widerrufs auf den gesamten Hauptvertrag spricht aber, dass die Parteien des Hauptvertrages von dem Unternehmer unabhängige Dritte sind, sodass es an einer *Leistung des Unternehmers* mangelt. Der Widerruf der aus der *konstitutiven* Maklerklausel resultierenden Provisionsverpflichtung betrifft daher ausschließlich diese; das übrige Hauptvertragsverhältnis bleibt hiervon unberührt. Hierfür spricht auch, dass ein Hauptvertrag, der eine nicht beurkundungsbedürftige Maklerklausel beinhaltet, mit dieser gerade nicht „stehen und fallen“ soll.

⁸⁷³ In diese Richtung auch MüKoBGB/Wendehorst, § 312g Rn. 57, solange der Anwendungsbereich von Kapitel 2 nicht vollständig von notariell beurkundeten Verträgen ausgeschlossen wird.

⁸⁷⁴ Die Thematik ähnelt insofern der nachträglichen Online-Änderung eines bestehenden Maklervertrages, s. Kapitel B.XIII.1.

⁸⁷⁵ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 360 Rn. 7.

ii) Zusammenfassung

Die Aufnahme einer *deklaratorischen* Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag unterliegt nicht den Regelungen über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c, 312b BGB, da es hier bereits an der Voraussetzung einer Willenserklärung mangelt.

Bei konstitutiven Maklerklauseln gilt es hingegen danach zu differenzieren, ob sie einer Pflicht zur notariellen Beurkundung unterliegen oder nicht. Solche konstitutiven Maklerklauseln, die eine Provisionspflicht gegenüber dem Grundstücksmakler begründen, ohne auch das Vertragsverhältnis zur anderen Hauptvertragspartei zu berühren, sind nicht zwingend notariell zu beurkunden. Das Recht, die aus einer solchen Maklerklausel resultierende Provisionsverpflichtung zu widerrufen, erlischt daher nur dann, wenn der Notar hierüber belehrt, § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 2. Hs. BGB. Andernfalls läuft eine Widerrufsfrist von einem Jahr und 14 Tagen, § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB, sofern eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung unterblieben ist. § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB findet hier keine Anwendung, andernfalls bestünde die Gefahr, dass Verbraucher durch diese nicht beurkundungsbedürftige Maklerklausel überrascht würden, ohne durch ein Verbraucherwiderrufsrecht geschützt zu sein, zumal sogar eine entsprechende Aufklärung des Verbrauchers, die § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 2. Hs. BGB vorsieht, wegen § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB nicht erforderlich wäre. Das ist mit einem effektiven Verbraucherschutz nicht zu vereinbaren. Anders jedoch bei konstitutiven Maklerklauseln, die zwingend notariell zu beurkunden sind. Dabei handelt sich um solche Regelungen, die das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien betreffen. Ein Verbraucherwiderrufsrecht besteht hier gemäß § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB nicht. Das ist auch interessensgerecht, da derartige Maklerklauseln häufig auf Veranlassung der Hauptvertragsparteien in den notariellen Grundstückskaufvertrag aufgenommen werden, um die Provisionspflicht auch im Verhältnis der Hauptvertragsparteien untereinander klarzustellen. Im Übrigen werden Verbraucher hier auch durch entsprechende Anweisungen der Notarkammern an ihre Mitglieder geschützt, wonach Notare konstitutive Maklerklauseln nicht formalmäßig in die Kaufvertragsurkunde aufnehmen sollen.⁸⁷⁶

⁸⁷⁶ Amtspflichten des Notars bei der Beurkundung von Maklerklauseln, Rundschreiben Nr. 5/15 der Bundesnotarkammer vom 02.06.2015, <https://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Aufgaben-und-Taetigkeiten/Rundschreiben/index.php> (Stand 25.08.2020); Westfälische Notarkammer, Juli 2015, S. 5, <https://docplayer.org/12143727-Hinweise-zur-Verwendung-von-maklerklauseln-in-grundstueckskaufvertraegen.html> (Stand 25.08.2020); Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Rundschreiben Nr. 05/20 der Bundesnotarkammer vom 04.12.2020, <https://www.bnotk.de/aufgaben->

c) Zwei-Wochen-Frist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG

Die Aufnahme einer Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag könnte neben dem 14-tägigen Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB auch die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 a.E. BeurkG in Gang setzen, wonach dem Verbraucher der Text des Rechtsgeschäfts im Regelfall zwei Wochen vor der notariellen Beurkundung zur Verfügung gestellt werden soll.⁸⁷⁷ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der sachliche und der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift kumulativ eröffnet sind.⁸⁷⁸

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Klärungsbedürftig ist zunächst die Frage, ob der sachliche Anwendungsbereich des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eröffnet ist. Die Vorschrift setzt ein Verbrauchervertragsverhältnis voraus, das der *Beurkundungspflicht* gemäß § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 BGB unterliegt. Es ist daher zu untersuchen, ob die Maklerklausel, die Eingang in den notariellen Grundstückskaufvertrag finden soll, zwingend gemäß § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 BGB notariell beurkundet werden muss. Hier gilt es, wie auch schon im Rahmen der zuvor erörterten Frage, ob das Verbraucherwiderrufsrecht auf die Aufnahme der Maklerklausel in den Hauptvertrag Anwendung findet, zwischen den verschiedenen Arten von Maklerklauseln, dem Motiv für die Aufnahme und dem daraus resultierenden Inhalt zu differenzieren.

Deklaratorische Maklerklauseln berühren nicht das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien, sodass eine Pflicht zur notariellen Beurkundung nicht besteht.⁸⁷⁹ Der sachliche Anwendungsbereich von § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 2. Hs. BeurkG ist daher nach seinem Wortlaut nicht eröffnet.

Gleiches gilt für *konstitutive* Maklerklauseln, sofern sie nicht das Synallagma zwischen Käufer und Verkäufer betreffen, sondern lediglich *eine* Hauptvertragspartei gegenüber dem Grundstücksmakler verpflichten. Eine Pflicht zur notariellen Beurkundung derartiger Maklerklauseln gemäß § 311b Absatz 1 Satz 1 BGB besteht ebenfalls nicht.⁸⁸⁰

und-taetigkeiten/rundschreiben/details?tx_bnotk_circulars%5Baction%5D=show&tx_bnotk_circulars%5Bcircular%5D=290&cHash=2a888cab433f2f8939064d2e33f45163 (Stand 09.12.2020).

⁸⁷⁷ BeckOK BGB/Litzenburger, BeurkG § 17 Rn. 48.

⁸⁷⁸ Althammer, MittBayNot 2014, 297 (302).

⁸⁷⁹ Leitmeier, DNotZ 2019, 648 (658).

⁸⁸⁰ Leitmeier, DNotZ 2019, 648 (658); a.A. Suppliet, DNotZ 2012, 270 (273).

Lediglich solche *konstitutive* Maklerklauseln, die eine Lastenverteilung zwischen den Hauptvertragsparteien vornehmen, sind zwingend gemäß § 311b Absatz 1 BGB notariell zu beurkunden.⁸⁸¹ Andere Formen der Maklerklausel werden vom Wortlaut der Norm nicht erfasst. Sie unterliegen allerdings der Regelung des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 1. Hs. BeurkG. Danach hat der Notar jedoch lediglich sicherzustellen, dass der Verbraucher die Möglichkeit erhält, sich ausreichend mit dem Gegenstand der notariellen Beurkundung auseinanderzusetzen.⁸⁸² Die dafür zu beachtende Frist ist einzelfallabhängig zu bestimmen und richtet sich nach der Art und der Schwierigkeit des zu beurkundenden Vertrages sowie der Sachkunde der Hauptvertragsparteien.⁸⁸³

bb) Persönlicher Anwendungsbereich

Neben der sachlichen Pflicht zur notariellen Beurkundung findet die Regelung des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ausschließlich dann Anwendung, wenn dem Rechtsgeschäft auch ein *Verbrauchervertrag* gemäß § 310 Absatz 3 BGB⁸⁸⁴ zugrunde liegt.⁸⁸⁵ Der Grundstücksmakler wird in aller Regel als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB anzusehen sein.⁸⁸⁶ Im Hinblick auf den Maklerkunden gilt es jedoch im Zweifel zu prüfen, ob dieser den Maklervertrag als Verbraucher gemäß § 13 BGB schließt.⁸⁸⁷ Sofern Zweifel an der Verbrauchereigenschaft des Urkundsbeteiligten bestehen, ist der Notar angehalten, den sichersten Weg zu wählen und den Beteiligten wie einen Verbraucher gemäß § 13 BGB zu behandeln.⁸⁸⁸ Sollte der Maklerkunde in unternehmerischer Eigenschaft mit dem Makler verbunden sein, ist der Anwendungsbereich des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nach seinem Wortlaut nicht eröffnet. Dann allerdings steht dem Maklerkunden ebenso auch kein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu. Fraglich ist die Anwendbarkeit der Zwei-Wochen-Frist auch dann, wenn beide Hauptvertragsparteien Verbraucher sind und die Aufnahme der Maklerklausel auf Veranlassung einer Hauptvertragspartei oder des Notars erfolgt.⁸⁸⁹ Dies geschieht insbesondere in Fällen, in denen die Maklerklausel

⁸⁸¹ BeckNotar-HdB/*Krauß*, § 1 Rn. 472.

⁸⁸² So wohl auch *Rieger*, MittBayNot 2013, 225 (331); *Winkler*, § 17 Rn. 95, 98.

⁸⁸³ BeckOK BGB/*Litzenburger*, BeurkG § 17 Rn. 27.

⁸⁸⁴ So *Armbrüster*, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, § 17 Rn. 195; *Struck*, MittBayNot 2003, 259 (263); *Püzhoven*, NotBZ 2002, 273.

⁸⁸⁵ *Althammer*, MittBayNot 2014, 297 (298).

⁸⁸⁶ S. hierzu auch Kapitel B.VIII.1.

⁸⁸⁷ Zur teils schwierigen Abgrenzung s. *Solveen*, RnotZ 2002, 318 (319).

⁸⁸⁸ BGH BeckRS 2020, 12794.

⁸⁸⁹ *Althammer*, MittBayNot 2014, 297 (303).

rechtliche und wirtschaftliche Folgen zwischen den Kaufvertragsparteien entfaltet und sich daher nur sekundär und en-passant zugunsten des Maklers auswirkt. Von einem Verbrauchervertragsverhältnis gemäß § 310 Absatz 3 BGB ist aber dann auszugehen, sofern der Grundstücksmakler seinerseits maßgeblich darauf drängt, die Maklerklausel in den Hauptvertrag aufzunehmen.⁸⁹⁰

cc) Kritik

*Althammer*⁸⁹¹ schlussfolgert nach dem Wortlaut der Vorschrift stringent, dass fremdnützige Maklerklauseln, die das Austauschverhältnis nicht betreffen und daher nicht dem Beurkundungszwang von § 311b Absatz 1 Satz 1 BGB unterliegen, nicht von der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 2. Hs. BeurkG erfasst werden, um eine zweckentfremdende Ausdehnung der Vorschrift zu vermeiden. Neben entsprechenden *konstitutiven* Maklerklauseln werden daher auch *deklaratorische* Maklerklauseln vom Anwendungsbereich nicht erfasst.

Diese wortlautgetreue Auslegung der Vorschrift des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 2. Hs. BeurkG ist aus Verbraucherschutzgründen teilweise zu öffnen.⁸⁹²

Zwar fallen *deklaratorische* Maklerklauseln tatsächlich nicht in den Regelungsbereich der Norm, weil diese schon kein Vertragsverhältnis zwischen dem Makler und dem Verbraucher begründen und im Übrigen auch nicht der notariellen Beurkundungspflicht des § 311b Absatz 1 BGB unterliegen. Anderes muss aber für solche *konstitutiven* Maklerklauseln gelten, die zwar nicht das kaufvertragliche Synallagma betreffen und daher nicht gemäß § 311b Absatz 1 BGB beurkundungspflichtig sind, jedoch eine von einem Maklervertrag unabhängige Anspruchsgrundlage für einen Maklerprovisionsanspruch schaffen. Wenn nämlich die Zwei-Wochen-Frist schon in den Konstellationen zu berücksichtigen ist, in denen eine Hauptvertragspartei eine bereits *bestehende* Provisionspflicht auf die andere Hauptvertragspartei abwälzt, muss dies *erst-Recht* in den Fällen gelten, in denen eine völlig *neue* Grundlage für den Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers begründet wird. Denn der Provisionsanspruch unterliegt hier in der Regel nicht einmal den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB.⁸⁹³ Eine solche Klausel be-

⁸⁹⁰ von Rintelen, RnotZ 2001, 3 (39); Grziwotz, ZfIR 2006, 189.

⁸⁹¹ Althammer, MittBayNot 2014, 297 (301).

⁸⁹² Weniger einschränkend auch *Suppliet*, DnotZ 2012, 270 (285), der nicht nach der Pflicht zur Beurkundung der Maklerklausel differenziert und die Anwendbarkeit bejaht, sofern diese „zugunsten des Maklers bzw. als Vertrag mit Schutzwirkung für den Makler“ in den Hauptvertrag aufgenommen wird.

⁸⁹³ Anders jedoch BGHZ 138, 170 (173) = BGH NJW 1998, 1552.

trifft zwar nicht das kaufvertragliche Austauschverhältnis, überrascht den betroffenen Verbraucher aber mindestens in gleichem Maße.

Anderes kann im Einzelfall für *konstitutive* Maklerklauseln gelten, die das Vertragsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer berühren. Zu Recht weist *Althammer*⁸⁹⁴ auf den Umstand hin, dass Abwälzungsvereinbarungen über eine bestehende Provisionspflicht überwiegend dem Interesse der Hauptvertragsparteien entsprechen, da insbesondere die dem Makler bisher verpflichtete Hauptvertragspartei die Aufnahme einer solchen Klausel zum Gegenstand des Grundstückskaufvertrages machen möchte.

Das ist richtig, verdeutlicht aber auch den Unterschied zur konstitutiven Maklerklausel, die das kaufvertragliche Synallagma nicht berührt. Die Aufnahme einer solchen Provisionsklausel erfolgt nämlich in der Regel auf Veranlassung des Maklers, dessen Provision dadurch nachhaltig gesichert wird. Daher gilt es anhand der Motivation für die Aufnahme einer *konstitutiven* Maklerklausel und dem daraus resultierenden Inhalt der Regelung zu unterscheiden: Sofern sie beurkundungspflichtig ist, weil sie das kaufvertragliche Austauschverhältnis betrifft und damit hauptsächlich von Interesse für Käufer und Verkäufer ist, mangelt es an einem Verbrauchervertrag gemäß § 310 Absatz 3 BGB, wenn beide Hauptvertragsparteien Verbraucher sind. Der Makler als Unternehmer fungiert hier lediglich als alternative Zahlstelle.⁸⁹⁵ Die Aufnahme einer Maklerklausel in den Hauptvertrag beruht letztlich auf einer ordnungsgemäßen Tätigkeit des *Notars*, der seinen Amtspflichten nachkommt.⁸⁹⁶ Veranlasst hingegen der Makler die Aufnahme einer Maklerklausel in den Hauptvertrag, die zwar nicht das Austauschverhältnis der Kaufvertragsparteien betrifft und daher nicht der Beurkundungspflicht des § 311b Absatz 1 BGB unterliegt, ihm aber eine *neue* Anspruchsgrundlage für seinen Provisionsanspruch verschafft, ist *erst-Recht* und über den Wortlaut des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 2. Hs. BeurkG hinaus, die Wahrung der 14-Tages-Frist zu verlangen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der durch die Maklerklausel verpflichtete Verbraucher aufgrund einer zu restriktiven Anwendung der 14-Tages-Frist durch die Maklerklausel überrascht wird, für die mangels Beurkundungspflicht gemäß § 311b Absatz 1 BGB nicht einmal ein Erfordernis zur Aufnahme in den Hauptvertrag besteht.

⁸⁹⁴ *Althammer*, MittBayNot 2014, 297 (298).

⁸⁹⁵ *Althammer*, MittBayNot 2014, 297 (303).

⁸⁹⁶ S. hierzu OLG München, RnotZ 2002, 344f. Danach hat der Notar nämlich darauf hinzuwirken, einen wirksamen Hauptvertrag zu beurkunden. Wenn er Kenntnis davon hat, dass die Parteien beurkundungspflichtige Regelungen, die das Austauschverhältnis betreffen, lediglich außerhalb der notariellen Kaufvertragsurkunde regeln wollen, hat er auf eine wirksame Regelung *im Kaufvertrag* hinzuwirken.

d) *Verhältnis von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG
und Widerrufsrecht*

In der praktischen Umsetzung wird der Grundstücksmakler vor große Herausforderungen gestellt, sofern die konkrete Maklerklausel im Einzelfall den Anwendungsbereich des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und den der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB eröffnet.

Zunächst gilt es festzustellen, dass nur *konstitutive* Maklerklauseln, die das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien *nicht* berühren, kumulativ von den Regelungen des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB erfasst werden.

Rein *deklaratorische* Maklerklauseln sind von beiden Normen nicht betroffen, weil diese bereits kein eigenes *Vertragsverhältnis* begründen und auch nicht beurkundungspflichtig sind. *Konstitutive* Maklerklauseln, für die das Gesetz eine notarielle Beurkundung gemäß § 311b BGB zwingend vorsieht, weil sie das Synallagma des Grundstückskaufvertrages berühren, unterliegen wegen § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 1. Hs. BGB nicht den Regelungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB. Ebenso findet auch die beurkundungsrechtliche Zwei-Wochen-Frist hier regelmäßig keine Anwendung.

Im Hinblick auf *konstitutive* Maklerklauseln, die das Synallagma nicht berühren, ist die Eröffnung beider Anwendungsbereiche jedoch deshalb von besonderer Bedeutung, weil die hierbei zu beachtenden Fristen für ihren Beginn auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellen.

Die Verbraucherwiderrufsfrist der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB beginnt mit *Vertragsschluss*, § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB und daher im Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Grundstückskaufvertrags, der die (provisionsbegründende) Maklerklausel enthält. § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG sieht hingegen vor, dass dem Verbraucher der zu beurkundende Vertragstext zwei Wochen *vor* der notariellen Beurkundung zur Verfügung gestellt werden soll. Dies könnte im Einzelfall dazu führen, dass der Verbraucher den Schutz einer *doppelten* Zwei-Wochen-Frist beanspruchen könnte. Da der Beginn der beiden Fristen auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellt und der Ablauf der Zwei-Wochen-Frist nach dem Beurkundungsgesetz mit dem Abschluss des Hauptvertrages nahtlos das vierzehntägige Verbraucherwiderrufsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Gang setzen würde, entpuppte sich die *doppelte* Zwei-Wochen-Frist in der Rechtswirklichkeit als ein neues *vierwöchiges Verbrauchersonderschutzrecht*, das einen überbordenden Verbraucherschutz darstellen würde und daher abzulehnen ist. Aus diesem Grund gilt es, die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und das vierzehntägige Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB gesetzeskonform unter Berücksichtigung eines effektiven,

nicht aber über das Ziel hinauschießenden Verbraucherschutzes zu harmonisieren und miteinander in Einklang zu bringen.

Anknüpfungspunkt für eine solche Harmonisierung könnte zunächst der gleichzeitige Beginn beider Fristen sein, sodass die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und das vierzehntägige Widerrufsrecht gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB zeitgleich parallel laufen. Während § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vorsieht, dem Verbraucher den Vertragstext zwei Wochen *vor* Beurkundung vorzulegen und eine Unterschreitung dieser Frist nur unter Angabe von Gründen hierfür erfolgen soll, sieht § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB den Beginn der Verbraucherwiderrufsfrist mit *Vertragsabschluss* vor, *soweit nichts anderes bestimmt ist*.

Man könnte insofern vertreten, dass der Grundstücksmakler die Verbraucherwiderrufsbelehrung gemäß der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB aufgrund des § 355 Absatz 2 Satz 2 2. Hs. BGB zeitlich vorverlagern und bereits dann vornehmen kann, wenn der Notar dem Maklerkunden den beabsichtigten Text des Hauptvertrages zur Verfügung stellt und damit auch die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in Gang setzt. Dadurch könnte neben einem gleichzeitigen Fristbeginn auch ein gleichzeitiges Fristende ermöglicht werden, das im Hinblick auf die konstitutive Maklerklausel insofern Rechtssicherheit schafft, als dass ein Widerruf der Provisionsverpflichtung aufgrund der *konstitutiven* Maklerklausel nach notarieller Beurkundung des Hauptvertrages nicht mehr möglich ist. Für eine solche Lösung spricht jedenfalls, dass das Verbraucherschutzrecht zwar grundsätzlich Widerrufsrechte vorsieht, um übereilt geschlossene Verträge *nachträglich* korrigieren zu können, die speziellen Regelungen des Beurkundungsgesetzes für notariell beurkundete Verträge jedoch eine Überlegungsfrist *vor* Abschluss des Vertrages bevorzugen.⁸⁹⁷

Gegen die Möglichkeit einer zeitlichen Vorverlagerung des Fristbeginns der Verbraucherwiderrufsbelehrung spricht hingegen der Verbraucherschutzgedanke, dass die Verbraucherwiderrufsfrist zwar zeitlich zugunsten des Verbrauchers hinausgeschoben werden kann, ein *vorzeitiger* Fristbeginn schon vor Abschluss des Vertrages (hier Hauptvertragsabschluss) hingegen nicht in Betracht kommt.⁸⁹⁸ Für diese Ansicht spricht auch die Abkehr des Gesetzgebers von der Regelung des § 355 Absatz 3 Satz 1 BGB⁸⁹⁹ a.F., die

⁸⁹⁷ So zu Recht *Rieger*, in: MittBayNot 2013, 325 (329), der darauf hinweist, dass die notarielle Beurkundung gemäß §§ 8 ff. BeurkG auf einen verbindlichen Abschluss (des Hauptvertrages) ausgerichtet ist.

⁸⁹⁸ In diese Richtung BeckOGK/Mörsdorf, § 355 Rn. 81; *Knops/Spiegelberg*, jurisPR-BKR 10/2015 Anm. 4).

⁸⁹⁹ § 355 Absatz 3 Satz 1 BGB a.F. in der bis zum 13.06.2014 geltenden Form lautete: „Die Widerrufsfrist beginnt, wenn dem Verbraucher eine den Anforderungen

für den Beginn der Widerrufsfrist noch eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung in Textform ausreichen ließ, wodurch der Fristbeginn auch vor Vertragsabschluss liegen konnte.⁹⁰⁰ Die neue Regelung des § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB hingegen stellt auf den Vertragsabschluss als frühesten Zeitpunkt des Fristbeginns ab.⁹⁰¹ Spezielleren Vorschriften wie den §§ 356 Absatz 2, 3 Satz 1, 356a Absatz 1–4, 356b Absatz 1–3 und 356c BGB ist zudem gemein, dass sie den Fristbeginn des Widerrufsrechts hinausschieben, einen früheren Fristbeginn hingegen gerade nicht vorsehen.⁹⁰² Die vermeintliche Öffnungsklausel des § 355 Absatz 2 Satz 2 2. Hs. BGB ermöglicht daher keinen früheren Beginn des Verbraucherwiderrufsrechts vor Hauptvertragsabschluss.

Ein weiterer Lösungsansatz könnte darin liegen, dass die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und das vierzehntägige Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB unabhängig von einem unterschiedlichen Fristbeginn zumindest gleichzeitig mit Abschluss des notariellen Hauptvertrages enden. Sofern man jedoch der Ansicht folgt, dass das Verbraucherwiderrufsrecht des Maklerkunden nicht bereits aufgrund von § 312g Absatz 2 Nr. 13 BGB erlischt, könnte allenfalls die Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB heranzuziehen sein. Diese setzt allerdings voraus, dass der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher entsprechend zugestimmt hat und zudem seine Kenntnis darüber bestätigt, dass er sein Verbraucherwiderrufsrecht bei vollständiger Erfüllung des (zugrunde liegenden) Vertrages verliert. Die *konstitutive* Maklerklausel begründet jedoch *unabhängig* von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB einen Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers,⁹⁰³ sodass auch eine entsprechende Anwendung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB nicht in Betracht kommt. Andernfalls würde dadurch § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 2. Hs. BGB unterlaufen, der das Erlöschen des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß § 312g Absatz 2 Nr. 13 BGB gerade ausschließt.

Das Verbraucherwiderrufsrecht hat jedoch bei Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel, die das Austauschverhältnis der Hauptvertragsparteien nicht betrifft, unter der Voraussetzung, dass der Notar die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ordnungsgemäß wahrt, zurücktreten. Die Wahrung der beurkundungsrechtlichen Zwei-Wochen-Frist heilt einen

des § 360 Absatz 1 entsprechende Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform mitgeteilt worden ist.“

⁹⁰⁰ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 355 Rn. 28; BGH NJW 2002, 3396.

⁹⁰¹ Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 74.

⁹⁰² BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 355 Rn. 28; Grüneberg/Grüneberg, § 355 Rn. 10; Looschelders, § 41 Rn. 28.

⁹⁰³ A.A. BGHZ 138, 170 (173) = BGH NJW 1998, 1552 (1553).

Verstoß des Notars gegen dessen Belehrungspflicht gemäß § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 2. Hs. BGB über den Entfall des Verbraucherwiderrufsrechts.

Zunächst ist im Rahmen einer grundsätzlichen Wertung und zur Vermeidung eines überbordenden Verbraucherschutzes ein Vorrang der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor dem Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB anzunehmen. Die Vereinbarung eines *vertraglichen Rücktrittsrechts* in einem Grundstückskaufvertrag rechtfertigt nicht die Missachtung der beurkundungsrechtlichen Zwei-Wochen-Frist.⁹⁰⁴ Diese Annahme beruht auf dem Umstand, dass ein zeitlich-befristetes Rücktrittsrecht eine stärkere rechtliche und psychologische Bindung des Verbrauchers begründet als die vorverlagerte Überlegungsfrist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG.⁹⁰⁵ Dann aber darf im Grundsatz auch nicht auf die beurkundungsrechtliche Zwei-Wochen-Frist verzichtet werden, sofern dem Verbraucher daneben ein *gesetzliches Widerrufsrecht* gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht. Dem lediglich *zeitlich befristeten vertraglichen Rücktrittsrecht* und dem *gesetzlichen Verbraucherwiderrufsrecht* ist nämlich gemein, dass für deren Ausübung lediglich die vertraglich vereinbarte bzw. gesetzliche Frist zu beachten ist. Weiteren Ausübungsvoraussetzungen unterliegen beide Rechte nicht. Insofern ist anzunehmen, dass ebenso wie bei einem zeitlich befristeten vertraglichen Rücktrittsrecht die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG auch dann zu beachten ist, sofern dem Verbraucher daneben ein Widerrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht.

Andererseits ist die Einräumung eines Verbraucherwiderrufsrechts jedoch dann nicht angezeigt, sofern die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ordnungsgemäß Anwendung findet. Das Spannungsverhältnis beider verbraucherschützenden Regelungen ist daher zugunsten der beurkundungsrechtlichen Vorschrift des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aufzulösen. Zu Recht weist der Bundesgerichtshof⁹⁰⁶ auf die andere Qualität des nachträglichen Lösungsrechts („Alles oder Nichts“) im Hinblick auf eine vor Hauptvertragsabschluss eingeräumte Überlegungsfrist hin. So hat sich der Gesetzgeber zum Schutz des Verbrauchers für eine *vorherige* und *rechtzeitige* Unterrichtung des Verbrauchers entschieden und gegen eine Rück-

⁹⁰⁴ BGH NJW 2015, 2646 Rn. 19; BeckOK BGB/*Litzenburger*, BeurkG § 17 Rn. 50; Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 20/2003 v. 28.04.2003, 9; *Ganter*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter*, HdB der Notarhaftung, 5. Auflage, Kap. 3 Rn. 1441; *Staudinger/Hertel* (2023), §§ 125–129 BeurkG Rn. 530; *Winkler*, § 17 Rn. 182; *Bücker/Viefhues*, ZnotP 2008, 106 (107); *Grziwotz*, ZIP 2002, 2109 (2111); *ders.*, ZfIR 2009, 627 (630); *Rieger*, MittBayNot 2002, 325 (335).

⁹⁰⁵ BeckOK BGB/*Litzenburger*, BeurkG § 17 Rn. 50; *Winkler*, § 17 Rn. 182; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325 (333); a.A. jedoch *Strunz*, ZnotP 2002, 389.

⁹⁰⁶ BGH NJW 2015, 2646 (2647), Rn. 19bb).

tritts- bzw. Widerrufslösung.⁹⁰⁷ Zweck der beurkundungsrechtlichen Zwei-Wochen-Frist ist es, dem Verbraucher die Gelegenheit zu verschaffen, sich in einem angemessenen zeitlichen Rahmen mit dem Inhalt des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vertraut zu machen, *bevor* eine rechtliche Bindung stattfindet.⁹⁰⁸ Der Schutz des Verbrauchers vor Abschluss eines übereilt eingegangenen Online-Maklervertrages, den ansonsten das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB gewährleisten soll, wird im Hinblick auf die Provisionsverpflichtung des Verbrauchers durch eine konstitutive Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag bereits durch § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG sichergestellt. Insofern bietet die beurkundungsrechtliche Zwei-Wochen-Frist ausreichend Schutz des Verbrauchers vor einem übereilt eingegangenen Maklervertragsverhältnis, zumal der Verbraucher den Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts in der Regel zwei Wochen vor Beurkundung erhalten soll. Gegen einen entsprechenden Vorrang der beurkundungsrechtlichen Zwei-Wochen-Frist vor dem Verbraucherwiderrufsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch spricht auch nicht der Umstand, dass § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG die Möglichkeit vorsieht, die Regelfrist von zwei Wochen zu unterschreiten und damit nachteilig zu Lasten des Verbrauchers vom vierzehntägigen Widerrufsrecht des § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB abzuweichen.⁹⁰⁹ Der Notar soll dann nämlich die Gründe für die Unterschreitung der Frist in der Niederschrift angeben, § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Dass es sich hier auch nicht lediglich um eine Formalie handelt, wird daran deutlich, dass bereits die Unterschreitung der Frist um nur einen Tag im Grundsatz eine Amtspflichtverletzung darstellt.⁹¹⁰ Insofern bietet die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG einen angemessenen, aber auch ausreichenden Schutz des Verbrauchers bei Aufnahme einer nicht beurkundungspflichtigen konstitutiven Maklerklausel in den Kaufvertrag. Insofern heilt die ordnungsgemäße Beachtung des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG auch den Verstoß des Notars gegen seine Belehrungspflichten nach § 312 Absatz 2 Nr. 1 b) 2. Hs. BGB, sodass ein Verbraucherwiderrufsrecht hier nicht mehr besteht.

4. Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung

Nicht selten geschieht es in der maklergeschäftlichen Praxis, dass sich der Maklerkunde bei Abschluss eines Maklervertrages durch einen Dritten ge-

⁹⁰⁷ BGH NJW 2015, 2646 (2647), Rn. 19bb).

⁹⁰⁸ BGH NJW 2015, 2646 (2647), Rn. 19bb).

⁹⁰⁹ Eine Ausnahme von der Regelfrist kann aber grundsätzlich gerechtfertigt sein, *Weber*, NJW 2015, 2619 (2621).

⁹¹⁰ BGH BeckRS 2018, 21225, Rn. 18.

mäß § 164 Absatz 1 BGB vertreten lässt. Sofern der Grundstücksmakler hier einen Online-Maklervertrag gemäß §§ 652 Absatz 1 BGB, 312c BGB schließt, sieht er sich mit der Frage konfrontiert, wen der handelnden Akteure der Immobilienmakler über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren hat.

a) Person des Vertreters oder Person des Vertretenen

Das Verbraucherwiderrufsrecht könnte einerseits dem Maklervertragspartner einzuräumen sein. Andererseits könnte aber auch dem Vertreter des Maklervertragspartners ein Verbraucherwiderrufsrecht zustehen. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

aa) Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof hat sich in verschiedenen Fällen mit dieser Frage beschäftigt.⁹¹¹ Danach besteht ein Verbraucherwiderrufsrecht, wenn im Hinblick auf den Vertretenen die *persönlichen* Voraussetzungen erfüllt sind, der Vertretene den Vertrag also als Verbraucher gemäß § 13 BGB schließt und im Hinblick auf den Vertreter die *situationsbezogenen* Voraussetzungen erfüllt sind, spricht der Vertragsschluss im Rahmen eines Haustürgeschäfts⁹¹² zustande kommt.⁹¹³ Dies gilt selbst dann, wenn der Verbraucher durch einen Unternehmer vertreten wird.⁹¹⁴ Raum für eine andere rechtliche Einordnung besteht nur dann, wenn der Vertreter einer konkreten Weisung des Vertretenen unterliegt und keinen eigenen Entscheidungsspielraum hat.⁹¹⁵

⁹¹¹ Hoffmann, JZ 2012, 1156.

⁹¹² Die Rechtsfolgen sind im Hinblick auf einen Vertrag, der im Fernabsatz gemäß § 312c Absatz 1 BGB zustande kommt, gleich.

⁹¹³ BGH NJW-RR 1991, 1073 (1075); BGH NJW 2000, 2268 (2269); BGH NJW 2000, 2270 (2271); BGH ZIP 2000, 1158 f.; BGH NJW 2001, 1931 (1932); seither ständige Rechtsprechung: BGH NJW 2003, 2091; BGH NJW 2003, 2319; BGH NJW-RR 2004, 632 (634); BGH NJW 2004, 154 (155); BGH NJW 2005, 664 (668); BGH NJW 2006, 2118 f.; aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Lösung nach BverfG NJW 2004, 151 (152) „zumindest vertretbar“.

⁹¹⁴ Grüneberg/Ellenberger, § 13 Rn. 5; LG Rostock, NZM 2007, 370.

⁹¹⁵ BGH NJW 00, 2268; Gedanke des § 166 Absatz 2 BGB.

bb) Abweichende Auffassung

Während einige Teile der Literatur der Auffassung der Rechtsprechung folgen,⁹¹⁶ besteht nach anderer Auffassung ein Verbraucherwiderrufsrecht des Vertretenen nur dann, wenn die personen- und situationsbezogenen Voraussetzungen in der Person des *Vertreters* erfüllt sind.⁹¹⁷ Daher sei nicht erforderlich, dass auch der Vertretene als Verbraucher gemäß § 13 BGB einzuordnen sei.⁹¹⁸ Dem entgegen wird wiederum an anderer Stelle vertreten, es sei maßgeblich und allein auf die Person des *Vertretenen* abzustellen.⁹¹⁹

cc) Streitentscheid

Vorzugswürdig ist die Ansicht des Bundesgerichtshofs⁹²⁰, wonach hinsichtlich der persönlichen und situationsbezogenen Voraussetzungen zu unterscheiden ist und ein Verbraucherwiderrufsrecht dann besteht, sofern der Vertretene ein Verbraucher gemäß § 13 BGB ist und der Vertreter den Vertrag in einer Situation des § 312b BGB oder des § 312c BGB schließt. Ausdrücklich zu widersprechen ist zunächst der Ansicht, wonach allein auf die Person des Vertreters abzustellen ist.⁹²¹ Dies führte im Ergebnis dazu, dass auch ein Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB den Schutz eines Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB in Anspruch nehmen könnte, sofern er nur für den Vertragsschluss einen Verbraucher gemäß § 13 BGB vorschickt. Eine solche extensive Ausweitung des Verbraucherwiderrufsrechts ist abzulehnen.⁹²² Eben so wenig überzeugend ist die Ansicht, wonach die Voraussetzungen des Verbraucherwiderrufsrechts allein in der Person des Vertretenen vorliegen müssen. Die besondere Situation des Vertragsabschlusses durch den Stellvertreter bliebe dabei vollkommen unberücksichtigt. Insofern ist dem Bundesgerichtshof zuzustimmen, der in persönlicher und situativer Hinsicht die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB differenziert und dadurch einen effektiven Verbraucherschutz gewährleistet, ohne den Anwendungsbereich unnötig auszuweiten.

⁹¹⁶ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312b Rn. 8; *Bülow/Artz*, Rn. 55, 161; *MüKoBGB/Schubert*, § 166 Rn. 41 ff.; *Erman/Saenger*, § 13 Rn. 11; *HK-BGB/Hans-Schulte-Nölke*, § 312b Rn. 12.

⁹¹⁷ *Schreindorfer*, Verbraucherschutz und Stellvertretung, S. 264 ff.

⁹¹⁸ *Staudinger/Thüsing* (2019), § 312b Rn. 43.

⁹¹⁹ *Eckardt*, S. 53 ff.; *MüKoBGB/Schürnbrand/Weber*, § 491 Rn. 14.

⁹²⁰ S. Fn. 913, S. 212.

⁹²¹ So aber *Hoffmann*, JZ 2012, S. 1156 (1157).

⁹²² *Masuch*, BB 2003 S. 16 (19); *Schreindorfer*, S. 255 („Treu und Glauben“).

b) Adressat der Widerrufsbelehrung

Neben der grundsätzlichen Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit bei Abschluss eines Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB durch ein Stellvertretergeschäft ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB besteht, hat der Grundstücksmakler sicherzustellen, dass er auch seinen Informationspflichten gemäß § 312d Absatz 1 Satz 1 BGB ordnungsgemäß nachkommt. In der praktischen Umsetzung offenbart sich hier häufig große Unsicherheit bei Maklern, wengleich sich das Gesetz dazu eindeutig äußert.

Adressat der Widerrufsbelehrung und Inhaber des Verbraucherwiderrufsrechts ist die Person des *Vertretenen*. Anderes gilt auch dann nicht, wenn man der Auffassung folgt, wonach ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages durch einen Stellvertreter nur dann besteht, sofern die Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB in der Person des Vertreters vorliegen.⁹²³ Hierfür spricht der klare Wortlaut des § 164 Absatz 3 BGB, wonach die Entgegennahme einer Erklärung dem Vertretenen zuzurechnen ist, wenn die Erklärung offensichtlich an diesen gerichtet ist und der Erklärungsempfänger Vertretungsmacht besitzt.⁹²⁴ Der Grundstücksmakler hat daher für den Fall, dass ein Online-Maklervertrag gemäß §§ 652 Absatz 1, 312c BGB geschlossen werden soll und der Verbraucher sich hierbei durch einen Stellvertreter gemäß § 164 Absatz 1 BGB vertreten lässt, sicherzustellen, dass er seine Informationspflichten gemäß § 312d Absatz 1 Satz 1 BGB an die Person des Vertretenen adressiert. Andernfalls könnte es an einer ordnungsgemäßen Verbraucherwiderrufsbelehrung mangeln mit der Folge, dass die verlängerte Widerrufsfrist des § 355 Absatz 3 Satz 2 BGB in Gang gesetzt wird.

5. Verbraucherwiderruf bei Verlust der Verfügungsbefugnis des Eigentümers

Möchte der Insolvenzverwalter in der Insolvenz einer Privatperson eine zur Insolvenzmasse gehörende Immobilie veräußern und beauftragt der Insolvenzverwalter hierfür einen Grundstücksmakler, muss dieser prüfen, mit wem der provisionspflichtige Maklervertrag zustande kommt und ob er verpflichtet ist, bei Abschluss eines Online-Maklervertrages ein Verbraucherwi-

⁹²³ So führt auch *Hoffmann*, JZ 2012, S. 1156 (1158), aus: „Der Vertretene kann einen Vertrag nach § 312d Absatz 1 Satz 1 BGB widerrufen, wenn der Vertreter einen Fernabsatzvertrag geschlossen hat und der Stellvertretung keine gewerbliche oder selbständige Tätigkeit zugrunde liegt.“

⁹²⁴ HK-BGB/Heinrich Dörner, § 164 Rn. 13.

derrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB einzuräumen. Dabei gilt es zunächst, die Stellung des Insolvenzverwalters von einem Stellvertreter gemäß § 164 Absatz 1 BGB abzugrenzen. Im zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob ein Insolvenzverwalter als ein Verbraucher gemäß § 13 oder als ein Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB anzusehen ist.⁹²⁵ Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten.

a) Abgrenzung zur Stellvertretung

Zunächst ist die Tätigkeit des Insolvenzverwalters von der eines Stellvertreters gemäß § 164 Absatz 1 BGB zu unterscheiden. Während der Stellvertreter nach außen erkennbar *im Namen des Vertretenen* handeln muss,⁹²⁶ tritt der Insolvenzverwalter *nicht* im Namen eines Vertretenen auf, sondern handelt rein objektbezogen hinsichtlich des von ihm verwalteten Vermögens.⁹²⁷ Der Insolvenzverwalter ist also nicht Stellvertreter des Schuldners, sondern vielmehr im Gegenteil selbst Partei kraft Amtes.⁹²⁸ Aus diesem Grund handelt der Insolvenzverwalter stets im eigenen Namen und aus eigenem Recht, wengleich dies mit Wirkung für und gegen die Insolvenzmasse geschieht.⁹²⁹ Dieser Unterschied führt dazu, dass auch der Maklervertrag zur Vermarktung der sich in der Insolvenzmasse befindlichen Immobilie mit dem Insolvenzverwalter zu schließen ist und nicht etwa mit dem Schuldner. Andernfalls könnte auch ein Provisionsanspruch des Maklers trotz eines erfolgreichen Hauptvertragsabschlusses nicht durchsetzbar sein, da der Schuldner aufgrund des Verlusts der Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse den Grundstücksmakler hieraus nicht befriedigen darf.

b) Verbraucher- oder Unternehmerinsolvenz

Überwiegende Einigkeit besteht zunächst darüber, dass der Insolvenzverwalter jedenfalls dann als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB einzuordnen ist, sofern es sich auch um die Insolvenzmasse eines Unternehmers handelt.⁹³⁰ Ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1,

⁹²⁵ Eingehend zu dieser Thematik s. DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

⁹²⁶ HK-BGB/Heinrich Dörner, § 164 Rn. 5.

⁹²⁷ Grüneberg/Ellenberger, Einf v § 164 Rn. 9.

⁹²⁸ BGH ZinsO 2006, 260; Schmidt/Kuleisa, § 80 Rn. 4 ff.; MüKoInsO/Vuia, § 80 Rn. 27.

⁹²⁹ DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

⁹³⁰ Hertel, in: Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach dem neuen Schuldrecht, 2. Auflage 2003, S. 350; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Auflage 2022, § 310 BGB Rn. 18; Grüneberg/Ellenberger, § 14 Rn. 2; Reul/Heckschen/Wienberg InsR/Gehlich, § 8 Rn. 38.

312c BGB besteht dann bei Abschluss eines Online-Maklervertrages nicht, da die Voraussetzungen eines Verbrauchervertrages gemäß § 310 Absatz 3 BGB nicht erfüllt sind.

Nicht so eindeutig hingegen ist der Fall, wenn Gegenstand der Vermarktung die Insolvenzmasse eines Verbrauchers gemäß § 13 BGB ist. Hierzu wird nämlich vertreten, dass im Rahmen der rechtlichen Einordnung maßgeblich auf die Person des Schuldners abzustellen sei, sodass bei einer Verbraucherinsolvenz zwangsläufig auch der Insolvenzverwalter als Verbraucher gemäß § 13 anzusehen ist.⁹³¹ Begründet wird diese Ansicht mit einem Vergleich zum Stellvertretungsrecht. Sofern sich nämlich ein Verbraucher bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch einen Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB vertreten lässt,⁹³² ist maßgeblich auf die Person des Vertretenen abzustellen, nicht aber auf die Person des Vertreters analog § 166 Absatz 1 BGB.⁹³³ Diese Auffassung beruht auf dem Gedanken, dass im Rahmen eines Vertreterhandelns allein der Vertretene verpflichtet wird und dieser daher besonders schutzbedürftig ist, sofern es sich bei dem Vertretenen um einen Verbraucher gemäß § 13 BGB handelt.⁹³⁴

Andere hingegen stufen den Insolvenzverwalter auch in dem Fall der Verbraucherinsolvenz rechtlich als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB ein, da dieser für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 61 InsO persönlich haftet und insofern gerade nicht auf die Person des Insolvenzschuldners abzustellen sei.⁹³⁵ Diese Ansicht wird weiter damit begründet, dass der Insolvenzverwalter stets Vertragspartner, nicht aber Schuldner ist, dessen Vermögen innerhalb der Insolvenzmasse jedoch von dem jeweiligen Vertragsschluss betroffen ist, sodass Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters grundsätzlich auch für und gegen den Schuldner wirken.⁹³⁶ Das ändere jedoch nichts an dem Umstand, dass der Insolvenzverwalter die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse hat.⁹³⁷

⁹³¹ Reul/Heckschen/Wienberg *InsR/Gehlich*, § 8 Rn. 39; ähnlich auch *Basty*, Rn. 1126.

⁹³² DnotI-Report 4/2009, S. 25, 26.

⁹³³ LG Rostock NZM 2007, 370; Grüneberg/*Ellenberger*, § 13 Rn. 5; MüKoBGB/*Micklitz*, § 13 Rn. 28.

⁹³⁴ DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

⁹³⁵ *Hertel*, in: Amann/Brambring/Hertel, *Vertragspraxis nach dem neuen Schuldrecht*, 2. Auflage 2003, S. 350.

⁹³⁶ DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

⁹³⁷ DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

c) Keine Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht

Dem Insolvenzverwalter steht evident kein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Online-Maklervertrages zu, sofern es sich um eine Unternehmerinsolvenz handelt, da es hier bereits an einem Verbrauchervertrag gemäß § 310 Absatz 3 BGB mangelt.

Im Übrigen ist der Insolvenzverwalter aber auch dann nicht über ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren, sofern der Grundstücksmakler einen Online-Maklervertrag schließt, der die Vermarktung einer Immobilie aus einer Verbraucherinsolvenz betrifft.

Zunächst handelt der Insolvenzverwalter bei Abschluss des Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB nicht als Stellvertreter des Schuldners gemäß § 164 Absatz 1 BGB, sondern als eigene Partei.⁹³⁸ Hierfür spricht bereits der Wortlaut von § 80 Absatz 1 InsO, wonach *das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter geht*.⁹³⁹ Daher ist eine Einordnung unter Heranziehung der Grundsätze über die Stellvertretung grundsätzlich abzulehnen.⁹⁴⁰

Auch die Frage, ob der Insolvenzverwalter bei Abschluss des Maklervertrages als Verbraucher oder Unternehmer einzuordnen ist, erfordert daher keinen Rückgriff auf die Person des Schuldners. Vielmehr ist maßgeblich auf die Person des Insolvenzverwalters abzustellen. Im Übrigen ist es dem Grundstücksmakler hier auch nicht zuzumuten, zunächst Nachforschungen darüber anzustellen, ob es sich bei der vom Insolvenzverwalter verwalteten Insolvenzmasse um die eines Unternehmers gemäß § 14 Absatz 1 BGB oder um die eines Verbrauchers gemäß § 13 BGB handelt.⁹⁴¹ Denn während dem Grundstücksmakler bei einem Stellvertretergeschäft schon aufgrund des Offenkundigkeitsgrundsatzes⁹⁴² bekannt ist, dass der Vertrag nicht mit dem Vertreter, sondern mit dem Vertretenen zustande kommt und es daher naturgemäß im Interesse des Grundstücksmaklers ist, sich näher über seinen Vertragspartner zu informieren, bliebe hier vollkommen unberücksichtigt, dass im Unterschied zur Stellvertretung gerade nicht der Schuldner Vertragspartner des Maklers ist. Vielmehr kommt der Maklervertrag zwischen dem Grund-

⁹³⁸ DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

⁹³⁹ MüKoInsO/Vuia, § 80 Rn. 6, 7.

⁹⁴⁰ Insofern beifallswert DnotI-Report 4/2009, S. 25 (26).

⁹⁴¹ Der Grundstücksmakler ist hier u.U. mit schweren rechtlichen Abgrenzungsfragen konfrontiert.

⁹⁴² Das Vertretergeschäft wirkt sich nur dann unmittelbar für und gegen den Vertretenen aus, wenn der Vertreter für den Vertragspartner erkennbar im Namen des Vertretenen auftritt, Grüneberg/Ellenberger, Einf v § 164 Rn. 2.

stücksmakler und dem Insolvenzverwalter zustande, sodass im Rahmen der rechtlichen Einordnung, ob dieser als Verbraucher oder Unternehmer handelt, auch allein auf seine Person abzustellen ist. Andernfalls stünde dem Insolvenzverwalter ggfls. ein Verbraucherwiderrufsrecht zu, wenngleich der Insolvenzverwalter ausschließlich seinen Pflichten als gesetzlicher Vermögensverwalter⁹⁴³ des Schuldners nachkommt. Der Wortlaut von § 14 Absatz 1 BGB spricht für eine Einordnung des Insolvenzverwalters als Unternehmer. Danach ist Unternehmer, wer ein Rechtsgeschäft in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abschließt. Insbesondere Freiberufler werden vom Unternehmerbegriff erfasst.⁹⁴⁴ Zu den sog. freien Berufen gehören u. a. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder auch Steuerberater.⁹⁴⁵ Da Insolvenzverwalter in aller Regel einem dieser Berufszweige angehören, spricht auch dieses Indiz dafür, den Insolvenzverwalter als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB einzuordnen. Zudem nimmt der Insolvenzverwalter seine Tätigkeit auch gerade nicht zu privaten Zwecken vor,⁹⁴⁶ sondern handelt entgeltlich mit entsprechenden beruflichen Haftungsrisiken mit Wirkung für und gegen die Insolvenzmasse.⁹⁴⁷ Der Insolvenzverwalter ist daher als Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB einzuordnen, sodass ihm ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Online-Maklervertrages auch dann nicht einzuräumen ist, wenn Gegenstand des Maklervertrages eine Immobilie aus einer Verbraucherinsolvenz ist.

XIV. Einschränkungen des Widerrufsrechts

Bisher wurde aufgezeigt, in welchen Situationen der Grundstücksmakler verpflichtet ist, seinen Kunden über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB aufzuklären. Im Folgenden soll auf verschiedene Situationen eingegangen werden, in denen ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages keinesfalls besteht.

1. Der Maklervertrag in den Geschäftsräumlichkeiten des Maklers

Ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht steht dem Maklerkunden nicht zu, sofern der Vertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB in den *Geschäftsräum-*

⁹⁴³ Grüneberg/*Ellenberger*, Einf vor § 164 Rn. 9.

⁹⁴⁴ Grüneberg/*Ellenberger*, § 14 BGB Rn. 2.

⁹⁴⁵ BeckOK BGB/*Bamberger*, BGB § 14 Rn. 35; s. hierzu auch § 1 Absatz 2 Satz 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG).

⁹⁴⁶ Das ist aber Voraussetzung für eine Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB, vgl. Grüneberg/*Ellenberger*, § 13 Rn. 3.

⁹⁴⁷ MüKoInsO/*Vuia*, § 80 Rn. 8.

lichkeiten des Maklers zustande kommt. Die Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312b BGB sind dann nicht erfüllt. § 312b Absatz 2 Satz 1 BGB enthält eine Legaldefinition und regelt den Begriff der *Geschäftsräume* als *unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, und bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt*.⁹⁴⁸ Andererseits ist der Makler aber dann verpflichtet, seinen Kunden über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, § 312b BGB aufzuklären, sofern die Provisionsabrede gemäß § 652 Absatz 1 BGB z.B. im Rahmen einer Besichtigung in der zum Verkauf stehenden Immobilie zustande kommt.⁹⁴⁹ Gleiches gilt für Maklervertragsabschlüsse auf allen öffentlich zugänglichen Örtlichkeiten wie Straßen, der Privatwohnung des Verbrauchers oder dessen Arbeitsplatz.⁹⁵⁰ Fraglich könnte hingegen sein, ob dem Verbraucherkunden auch dann ein Verbraucherwiderrufsrecht gemäß § 355, 312g Absatz 1, 312b BGB zusteht, sofern der provisionspflichtige Maklervertrag im Pkw des Grundstücksmaklers zustande kommt.⁹⁵¹ Maßgeblich dafür ist, ob es sich bei dem Pkw nach dem *konkreten Erscheinungsbild* aus Sicht der Öffentlichkeit um bewegliche Geschäftsräume handelt.⁹⁵² Die Beurteilung richtet sich danach, ob der Makler seine Tätigkeiten für gewöhnlich von diesem Ort ausübt, sodass der Verbraucher regelmäßig damit rechnen kann, dass er zu kommerziellen Zwecken vom Unternehmer angesprochen wird, sofern er sich an diese Örtlichkeit begibt.⁹⁵³ Die Tätigkeit des Grundstücksmaklers spielt sich in der Praxis häufig außerhalb seiner Geschäftsräumlichkeiten ab, insbesondere gibt es regelmäßigen Kundenkontakt im Rahmen von Besichtigungsterminen. Bei gemeinsamen Fahrten von oder zur Immobilie finden Gespräche über die Immobilie statt und es werden Unterlagen und Informationen über diese ausgetauscht. Aus diesen Gründen könnte das Auto des Grundstücksmaklers jedenfalls dann als beweglicher Gewerberaum einzuordnen sein, wenn aufgrund entsprechender Werbung und Beschriftung des Fahrzeugs für den Verbraucher

⁹⁴⁸ BeckOK BGB/*Maume*, BGB § 312b Rn. 29.

⁹⁴⁹ Zum Vertragsabschluss außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten s. Kapitel B.X.

⁹⁵⁰ BeckOK BGB/*Maume*, BGB § 312b Rn. 30 unter Verweis auf Erwägungsgrund 22 VRRL.

⁹⁵¹ Hintergrund ist, dass Grundstücksmakler zu Besichtigungsterminen häufig mit dem Pkw anreisen, der als „*rollende Werbung*“ und damit als Marketing-Tool verwendet wird und dadurch den Bekanntheitsgrad des jeweiligen Maklerhauses steigern sollen.

⁹⁵² Grüneberg/*Grüneberg*, § 312b Rn. 2; BGH NJW-RR 19, 1069 (1071), Rn. 24d) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 07.08.2018, ECLI:EU:C:2018:642 = EuZW 2018, 742 = WRP 2018, 1183.

⁹⁵³ Grüneberg/*Grüneberg*, § 312b Rn. 2; BGH NJW-RR 19, 1069 (1071), Rn. 26 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 07.08.2018, ECLI:EU:C:2018:642 = EuZW 2018, 742 = WRP 2018, 1183 Rn. 43.

offensichtlich ist, dass dieses vom Makler geschäftlich genutzt wird.⁹⁵⁴ Offensichtlich handelt es sich dann nämlich nicht um ein *öffentliches Verkehrsmittel*, das die Voraussetzung eines Geschäftsraumes keinesfalls erfüllt.⁹⁵⁵ Von der Ausübung psychologischen Drucks oder der Ausnutzung eines Überraschungsmoments⁹⁵⁶ könnte jedoch aufgrund der räumlichen Nähe im Fahrzeug und des Umstands ausgegangen werden, dass ein Fahrzeug aufgrund des Verkehrs nicht ohne weiteres jederzeit verlassen werden kann, wie dies bei festen Geschäftsräumlichkeiten der Fall ist. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied. Die Situation unterscheidet sich vom Abschluss eines provisionspflichtigen Maklervertrages in den festen Geschäftsräumlichkeiten des Grundstücksmaklers dadurch, dass der Verbraucher nicht ohne Weiteres in der Lage ist, den Pkw des Grundstücksmaklers zu verlassen. Dies führt im Hinblick auf die Pflicht zur Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages dazu, dass dem Verbraucher hier die Rechte nach §§ 355, 312g Absatz 1, 312b BGB einzuräumen sind.

2. Tätigkeit nach Ablauf der Widerrufsfrist

In der Rechtstheorie möglich, in der Praxis jedoch nahezu ausgeschlossen ist die Variante, bei Abschluss eines Online-Maklervertrages ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren, dann jedoch die vierzehntägige Frist des § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB abzuwarten, bevor der Makler seine Nachweis- und Vermittlungsleistungen erbringt. Der Gedanke wird zwar insbesondere durch den Umstand gestützt, dass § 652 Absatz 1 BGB eine (unverzügliche) *Tätigkeitspflicht* gerade nicht vorsieht.⁹⁵⁷ Die maklergeschäftliche Praxis und die fortschreitende Digitalisierung schließen jedoch aus, insbesondere Kaufinteressenten zunächst über einen Zeitraum von 14 Tagen warten zu lassen, bevor sie nähere Informationen über die jeweilige Immobilie erhalten. Zudem ist der Grundstücksmakler auch dann zu einer schnelleren Tätigkeit verpflichtet, wenn mit der Eigentümerseite ein Alleinauftrag besteht, der ihn verpflichtet, sich um alle möglichen Abschlusschancen zu bemühen. Insofern kollidieren hier die Pflichten und Interessen des Maklers gegenüber seinen jeweiligen Auftraggebern.

⁹⁵⁴ In diese Richtung auch MüKoBGB/Wendehorst § 312b Rn. 13, allerdings insoweit einschränkend, als dass sich der Verbraucher selbst auf den Geschäftsraum zubewegen muss; HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, Rn. 2.

⁹⁵⁵ S. dazu Erwägungsgrund 22 VRRL.

⁹⁵⁶ S. hierzu MüKoBGB/Wendehorst, § 312b Rn. 13.

⁹⁵⁷ Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 213.

3. Provisionsrechnungsstellung nach Ablauf von einem Jahr und 14 Tagen

Das Gesetz zur Umsetzung der VRRl in deutsches Recht vom 20.09.2013⁹⁵⁸ sieht in § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB n.F. eine Verbraucherwiderrufsfrist von maximal einem Jahr und 14 Tagen seit Vertragsschluss vor.⁹⁵⁹ Die Regelung setzt Artikel 10 Absatz 1 VRRl um.⁹⁶⁰ Diese zeitliche Befristung ist von großer Bedeutung, weil sie eine Abkehr vom „ewigen“ Verbraucherwiderrufsrecht darstellt, das § 355 Absatz 4 Satz 3 BGB a.F. noch vorsah.⁹⁶¹ Diese Neuregelung stellt einen erheblichen Nachteil zu Lasten des Verbrauchers dar.⁹⁶² Dieser kann nach Ablauf eines Zeitraumes von einem Jahr und 14 Tagen seit Vertragsschluss selbst dann nicht mehr den Vertrag widerrufen, wenn der Unternehmer den Verbraucher nicht oder nicht ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht aufgeklärt hat.⁹⁶³ In Praxi führt dies dazu, dass, sofern die übrigen Voraussetzungen des Provisionsanspruchs erfüllt sind, Immobilienmakler einen Zeitraum von einem Jahr und 14 Tage verstreichen lassen, bevor sie ausstehende Provisionen gerichtlich geltend machen und es versäumt haben, den bestehenden Informationspflichten gemäß § 312d Absatz 1 BGB nachzukommen. Grundstücksmakler können sodann noch innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB den Maklerprovisionsanspruch geltend machen und dadurch eine erhebliche Gefahrenquelle, die zum Verlust des Provisionsanspruchs führen könnte, umgehen, denn kaum ein Verbraucher macht von einem Widerrufsrecht Gebrauch, das ihm, insbesondere im Hinblick auf den Maklervertragsabschluss, häufig gänzlich unbekannt ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn keine Forderung gegen ihn gestellt wird. „Waffengleichheit“ im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes könnte tatsächlich dadurch geschaffen werden, dass der Gesetzgeber die Frist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB zugunsten des Verbrauchers verlängert und einen Einklang mit den für den Maklerprovisionsanspruch geltenden Verjährungsfristen herstellt. Dadurch würde ein echter Interessensausgleich und somit wirklicher Rechtsfrieden geschaffen. Andernfalls kann der Verbraucher der Provisionsrechnung, die ihn nach einem Jahr und 14 Tagen seit Abschluss des Online-Maklervertrages erreicht, lediglich die Vorschrift des § 242 BGB mit dem Hinweis darauf entgegensetzen, dass er mit der Zahlung

⁹⁵⁸ BGBl. I, S. 3642

⁹⁵⁹ BGH NJW 2017, 2337 (2339), Rn. 41.

⁹⁶⁰ BeckOK BGB/Müller-Christmann, BGB § 356 Rn. 21.

⁹⁶¹ Vgl. MüKoBGB/Fritsche, § 356 Rn. 30.

⁹⁶² MüKoBGB/Fritsche, § 356 Rn. 30.

⁹⁶³ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 17/13951 S. 65.

einer Maklerprovision nicht mehr zu rechnen hatte. Das aber stellt keinen effektiven Verbraucherschutz dar.

XV. Neues Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten

Mit Wirkung zum 23.12.2020 ist das neue *Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser* in Kraft getreten, s. Artikel 3 des Gesetzes.⁹⁶⁴ Es sieht in Artikel 2 eine Übergangsregelung vor, wonach auf Rechtsverhältnisse, die vor dem 23.12.2020 entstanden sind, noch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung weiter Anwendung finden.

Die Änderungen und Ergänzungen des Bürgerlichen Gesetzbuches beabsichtigen, durch bundesweit geltende und verbindliche Regelungen Transparenz und Rechtssicherheit bei der Vermarktung von Wohnungen und Einfamilienhäusern zu gewährleisten und *Käufer*⁹⁶⁵ vor der Ausnutzung von faktischen Zwangslagen zu schützen.⁹⁶⁶ Die neuen gesetzlichen Regelungen sollen verhindern, dass vom Verkäufer durch die Beauftragung eines Immobilienmaklers verursachte Kosten in voller Höhe oder zu einem ganz überwiegen- den Teil auf den Käufer abgewälzt werden.⁹⁶⁷ Grund hierfür ist ein angespannter Immobilienmarkt, der Käufer praktisch dazu zwingt, die Maklerkosten zu tragen,⁹⁶⁸ um nicht vorzeitig aus dem Kreis potentieller Erwerber auszuschneiden. Der Erwerb von Wohneigentum wird ohnehin durch hohe Erwerbsnebenkosten, zu denen auch die Maklerprovision gehört, erschwert, da diese in der Regel durch Eigenkapital gedeckt sein müssen.⁹⁶⁹

⁹⁶⁴ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 28, ausgegeben zu Bonn am 23.06.2020, 1245.

⁹⁶⁵ Zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs, wenn Maklervertragspartner und Käufer personenverschieden sind oder eine unterschiedliche Zweckrichtung in der Form vorliegt, dass eine der handelnden Personen kein Verbraucher gemäß § 13 BGB ist, s. *Wistokat*, NZM 2021, 905 (909).

⁹⁶⁶ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 1.

⁹⁶⁷ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 1.

⁹⁶⁸ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 8.

⁹⁶⁹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827, S. 1.

Die Gesetzesmaterialien enthalten im Hinblick auf die neuen Regelungen des Maklerrechts keinen ausdrücklichen Hinweis auf den Umgang mit dem Verbraucherwiderrufsrecht, das Verbrauchern u. a. bei Abschluss eines Online-Maklervertrages zusteht und das Grundstücksmaklerrecht in den vergangenen Jahren durch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen⁹⁷⁰ (mit-)geprägt und Verbraucherrechte in besonderem Maße gestärkt hat. Der Gesetzgeber hat das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages offensichtlich überhaupt nicht im Blick gehabt. Lediglich an zwei Stellen enthält die Gesetzesbegründung einen allgemeinen Hinweis, wonach ein *nachträglicher Wegfall des Provisionsanspruchs auch zugunsten der anderen Partei wirkt*.⁹⁷¹ Eine pauschale Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs des Maklervertrages auch zugunsten der anderen Hauptvertragspartei ist jedoch nicht angezeigt. Auf die Gründe hierfür soll nachfolgend näher eingegangen werden.

1. Verbraucherschutz durch Textformerfordernis, § 656a BGB

Zunächst verpflichtet § 656a BGB Grundstücksmakler fortan, Maklerverträge, die eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus betreffen, unter Wahrung der Textform gemäß § 126b BGB zu schließen.⁹⁷² Hintergrund dieser Regelung ist, Maklerverträge und deren Inhalt für den Maklervertragspartner zu dokumentieren und dadurch Unklarheiten hinsichtlich des Vertragsinhalts zu vermeiden.⁹⁷³ Ein Maklervertrag über den Erwerb eines Zweifamilienhauses unterliegt hingegen nicht der Regelung des § 656a BGB, selbst wenn es sich bei dem Erwerber um einen Verbraucher handelt. Dies stellt keinen effektiven Verbraucherschutz dar.⁹⁷⁴ Die Einordnung der Objektart hat im Übrigen anhand objektiver Kriterien zu erfolgen, auf den Erwerbzweck ist hingegen nicht abzustellen.⁹⁷⁵ Die Missachtung der Formvorschrift führt zur Nichtigkeit des Maklervertrages gemäß § 125 Satz 1 BGB.⁹⁷⁶ Maklerverträge zur

⁹⁷⁰ S. dazu Kapitel B.II.3.b).

⁹⁷¹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 18.

⁹⁷² Bislang bedurften nur solche Maklerverträge der Textform, die Maklertätigkeiten für den Mietwohnbereich vorsehen, § 2 Absatz 1 WoVermRG.

⁹⁷³ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 18 und 19.

⁹⁷⁴ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (906).

⁹⁷⁵ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (906); a.A. *Fischer*, NJW 2020, 3553 Rn. 6; *Schmidt*, NZM 2021, 289 (292).

⁹⁷⁶ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 17.

Vermarktung einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses bedürfen im Übrigen auch dann der Textform, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen des § 656b BGB nicht erfüllt sind.⁹⁷⁷ § 656b BGB regelt nämlich nur den persönlichen Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d BGB, während § 656a BGB unabhängig von den Voraussetzungen des § 656b BGB gilt. Das Textformerfordernis soll dem Umstand Rechnung tragen, dass provisionspflichtige Maklerverträge in praxi bislang häufig stillschweigend zustande kamen.⁹⁷⁸ Daraus resultierten zahlreiche Beweisprobleme in Provisionsprozessen.⁹⁷⁹ Grundstücksmakler sind durch die neue Vorschrift des § 656a BGB hingegen gezwungen, ihre Provisionserwartung für den Erfolgsfall gemäß § 652 Absatz 1 BGB nunmehr ausdrücklich unter Wahrung der Textform zu dokumentieren. Das Textformerfordernis gemäß § 126b BGB wird daher eine erhebliche Formalisierung des Grundstücksmaklergeschäfts bewirken. Rechtsstreitigkeiten, ob, wann und mit welchem Inhalt konkludent ein provisionspflichtiger Maklervertrag geschlossen wurde, werden zukünftig nur noch solche Maklerverträge betreffen, die nicht auf die Vermarktung einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses gerichtet sind und daher von § 656a BGB nicht erfasst werden.

§ 126b Satz 1 BGB setzt im Einzelnen voraus, dass eine *lesbare*⁹⁸⁰ Erklärung auf einem *dauerhaften Datenträger* abgegeben wird, in der die Person des *Erklärenden*⁹⁸¹ genannt wird.

Grundstücksmakler werden in aller Regel sicherstellen, dass die Provisionserwartung für den Erfolgsfall gemäß § 652 Absatz 1 BGB lesbar ist und sich der Makler oder dessen Unternehmung aus der Erklärung ergeben. Genauer zu untersuchen ist jedoch die Voraussetzung, diese Erklärung auf einem *dauerhaften Datenträger* abzugeben. § 126b Satz 2 BGB enthält hierfür eine Legaldefinition.⁹⁸² Davon erfasst werden u. a. Erklärungen auf Papier⁹⁸³ oder elektronische Erklärungen, insbesondere E-Mails.⁹⁸⁴ Dadurch werden in praxi all diejenigen Situationen erfasst, in denen der Grundstücksmakler seinem Kunden z. B. ein Exposé über die Immobilie in Papierform aushändigt

⁹⁷⁷ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 17.

⁹⁷⁸ Fischer, S. 58, Rn. 7.

⁹⁷⁹ Fischer, NJW 2016, 3281.

⁹⁸⁰ Zur Voraussetzung der Lesbarkeit s. Brox/Walker, § 13 Rn. 4; BeckOK BGB/Wendtland, BGB § 126b Rn. 3, 4.

⁹⁸¹ Zur Voraussetzung des Erklärenden s. Brox/Walker, § 13 Rn. 5; BeckOK BGB/Wendtland, BGB § 126b Rn. 6.

⁹⁸² Brox/Walker, § 13 Rn. 6

⁹⁸³ Brox/Walker, § 13 Rn. 6.

⁹⁸⁴ BeckOK BGB/Wendtland, BGB § 126b Rn. 8.

und dieses einen ausdrücklichen Provisionshinweis enthält. Gleiches gilt für den Fall, dass der Grundstücksmakler seine Provisionserwartung per E-Mail mitteilt. Die Digitalisierung des Immobilienmaklergeschäfts hat aber dazu geführt, dass Makler die ihnen zur Vermarktung an die Hand gegebenen Immobilien in aller Regel auf Online-Portalen inserieren.⁹⁸⁵ Die Anzeigen enthalten regelmäßig auch einen Provisionshinweis. Daher kam bisher bereits dann ein provisionspflichtiger Maklervertrag zustande kam, sofern der Kunde unter Bezug auf das Online-Inserat⁹⁸⁶ Kontakt zum Makler aufnahm und dieser sodann den Namen und die Kontaktdaten des Verkäufers mitteilte.⁹⁸⁷ § 656a BGB schließt diese in der Maklerbranche weit verbreitete und praktizierte Arbeitsweise für Wohnungen und Einfamilienhäuser zukünftig aus. Die Textform gemäß § 126b wird nämlich nur dann gewahrt, sofern das genutzte Medium geeignet ist, die Erklärung *unverändert wiederzugeben*, § 126b Satz 2 Nr. 2 BGB. Andernfalls erfolgt die Erklärung nicht auf einem *dauerhaften Datenträger*. Es ist daher nicht ausreichend, die Erklärung auf einer Webseite, die durch den Erklärenden jederzeit veränderbar ist, bereit zu halten.⁹⁸⁸ Inserate, die von Maklern auf eigenen Webseiten oder auf Online-Vertriebsportalen, die von Dritten betrieben werden, eingestellt werden, können jedoch jederzeit geändert werden. Daher wahren derartige Immobilienanzeigen regelmäßig nicht die Textform des § 126b BGB. Anderes gilt nur dann, sofern technische Vorkehrungen getroffen werden, die sicherstellen, dass der Verbraucher die Erklärung durch einen Zwangsdownload z. B. ausdrucken oder auf einer Festplatte speichern kann.⁹⁸⁹ Grundstücksmakler werden sich daher zukünftig nicht auf Online-Inserate mit Provisionshinweis verlassen können, um einen provisionspflichtigen Maklervertrag zu schließen. Vielmehr werden sie gezwungen sein, nach Kontaktaufnahme des Verbrauchers diesem nochmals die Provisionserwartung für den Erfolgsfall gemäß § 652 Absatz 1 BGB unter Beachtung des § 126b BGB zukommen zu lassen.

⁹⁸⁵ Mankowski, ZMR 2002, 317.

⁹⁸⁶ BGH NJW 2012 2268 (2269), Rn. 11; BGH NJW 2017, 1024 (1025), Rn. 17; BGH BeckRS 2018, 43110, Rn. 12; Fischer, NJW 2009, 3210 (3211); Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 11; Soergel/Engel, § 652 Rn. 16; Hamm, S. 38, Rn. 127.

⁹⁸⁷ BGH NJW 2012, 2268 (2269), Rn. 11; BGH WM 2017, 1120 (1122), Rn. 25; ebenso Anm. Hogenschurz, ZfIR 2012, 543 (545); Roth, LMK 2012, 334936; MüKo-BGB/Althammer, § 652 Rn. 54; Fischer, NJW 2009, 3210.

⁹⁸⁸ BeckOK BGB/Wendtland, BGB § 126b Rn. 10; EuGH NJW 2012, 2637 (2639); Reiff, ZJS 2012, 432 (440); Grüneberg/Ellenberger, § 126b Rn. 3.

⁹⁸⁹ EFTA-Gerichtshof BeckRS 2010, 9830 = VersR 2010, 793, 797; Thalmair, NJW 2011, 14 (18); Reiff, FS von Hoffmann, 823 (835); BGH NJW 2014, 2857 (2858).

Fischer⁹⁹⁰ bezeichnet dieses – zukünftig gesetzlich verankerte – ausdrückliche Provisionsverlangen als ein *maklerunfreundliches Postulat*, das im Rechtsalltag nur äußerst selten anzutreffen sei,⁹⁹¹ obwohl Unklarheiten zulasten des Maklers gehen.⁹⁹² Die durch das neue Recht beabsichtigte Rechtssicherheit dürfte aber letztlich auch im Interesse der Maklerbranche sein. Die Bedeutung des § 653 Absatz 1 BGB, der durch die *Unklarheitenregel*⁹⁹³ ohnehin bereits nur stark eingeschränkte Anwendung fand, wird hingegen weiter abnehmen.⁹⁹⁴ Die Vorschrift findet fortan in all denjenigen Fällen keine Anwendung, in denen § 656a BGB ein Textformerfordernis gemäß § 126b BGB vorschreibt. Die Auffangwirkung des § 653 Absatz 1 BGB ist in diesen Fällen ausgeschlossen.⁹⁹⁵

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass § 656a BGB nicht nur für die Erklärung des Grundstücksmaklers, mit der er seine Provisionserwartung kundtut, die Wahrung der Textform vorsieht. Vielmehr bedarf nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm der *Maklervertrag* der Textform. Das ist insofern bemerkenswert, als die Regelung des § 126b BGB nach seinem Wortlaut auf *Erklärungen* ausgerichtet ist.⁹⁹⁶ Anders als z. B. das Schriftformerfordernis in § 126 Absatz 2 Satz 1 BGB oder die elektronische Form in § 126a Absatz 2 BGB trifft 126b BGB keine ausdrückliche Regelung über *Verträge*, die in Textform geschlossen werden. Entsprechend werden Grundstücksmakler nunmehr darauf zu achten haben, dass nicht nur die Erklärung über das Angebot auf Abschluss eines Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB unter Wahrung des § 126b BGB erfolgt, sondern auch die Erklärung über dessen Annahme. Andernfalls ist der Maklervertrag wegen des Formverstößes unwirksam und gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.⁹⁹⁷ Die damit zwangsläufig einhergehende Formalisierung von Maklerverträgen über eine

⁹⁹⁰ Fischer, S. 60, Rn. 10.

⁹⁹¹ Fischer, S. 58, Rn. 5.

⁹⁹² Fischer, S. 60, Rn. 10.

⁹⁹³ Staudinger/Arnold (2021), §§ 652, 653 Rn. 4; Soergel/Engel, § 652 Rn. 9; Hopt/Roth, HGB § 93 Rn. 16; Ibold, S. 38, Rn. 13; ders., S. 53, 29; Reuter, NJW 1990, 1321 (1323); Fischer, NZM 2002, 480; Oechsler, Rn. 1251; vgl. aber auch Fischer, NZM 2011, 529 (530): Ausdrücklichkeitsgebot.

⁹⁹⁴ So wohl auch Fischer, S. 60, Rn. 10.

⁹⁹⁵ Die Gesetzesmaterialien weisen auf diesen Umstand allerdings nicht klarstellend hin.

⁹⁹⁶ Das Gesetz ordnet an verschiedenen Stellen Textform an, u. a. in § 556a Absatz 2 Satz 1, § 556b Absatz 2 Satz 1, § 557b Absatz 3 Satz 1, 558a Absatz 1 BGB, § 410 Absatz 1 HGB, § 438 Absatz 4 Satz 1 HGB, § 48 Absatz 2 GmbHG etc. Hier handelt es sich aber jeweils nur um *einseitige* Erklärungen. Allein § 3a Absatz 1 Satz 1 RVG ähnelt insofern § 656a BGB. Auch dort bedarf eine entsprechende *Ver einbarung* der Textform.

⁹⁹⁷ Grüneberg/Retzlaff, § 656a Rn. 5.

Wohnung oder ein Einfamilienhaus steht in einem gewissen Widerspruch zur fortschreitenden Digitalisierung des Grundstücksmaklergeschäfts. Während es bisher möglich war, formlos, konkludent und damit schnell einen Maklervertrag zu schließen, wird die zukünftige Wahrung des Textformerfordernisses gemäß § 656a BGB und die damit verbundene Ausdrücklichkeit des Maklervertragsabschlusses den Vermarktungsprozess zum Schutze des Verbrauchers verlangsamen.

2. Der Widerruf im Anwendungsbereich des § 656c BGB

§ 656c Absatz 1 BGB regelt nach seiner Überschrift den Provisionsanspruch des Maklers bei Tätigkeit für beide Hauptvertragsparteien.⁹⁹⁸ Die Norm stellt damit klar, dass dem Makler eine Doppeltätigkeit für beide Hauptvertragsparteien gestattet ist. Dies war auch bislang schon der Fall, sofern die Maklertätigkeit nicht dem Maklervertrag zuwider auch für den anderen Teil erfolgte, § 654 BGB.⁹⁹⁹ Die Doppelmaklertätigkeit wird in praxi zukünftig den Regelfall der Maklertätigkeit darstellen.¹⁰⁰⁰ Dem Makler ist es nach § 656c BGB gestattet, für beide Parteien des Hauptvertrages provisionspflichtige Maklertätigkeiten zu erbringen, die Höhe des vereinbarten Maklerlohns muss dabei jedoch für beide Maklervertragspartner zwingend gleich sein, § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB.¹⁰⁰¹ Eine Vereinbarung, die es einer der beiden Parteien für den Erfolgsfall ermöglicht, eine geringere Maklerprovision leisten zu müssen, als die andere Partei, ist unwirksam, § 656c Absatz 2 Satz 1 BGB. Anders als in § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB geregelt, ist es dem Grundstücksmakler daher insbesondere auch nicht gestattet, sich von dem durch das Gesetz besonders geschützten *Käufer* eine Maklerprovision versprechen zu lassen, die geringer ist als die mit dem *Verkäufer* vereinbarte Courtage.¹⁰⁰² Nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB besteht hingegen die Mög-

⁹⁹⁸ Zur dogmatischen Abgrenzung der Anwendungsbereiche von §§ 656c und 656d BGB s. *Wistokat*, NZM 2021, 905 (908, 909).

⁹⁹⁹ *Fischer*, S. 270, Rn. 3.

¹⁰⁰⁰ So auch *Jeep*, 225 (226).

¹⁰⁰¹ Zum paritätischen Halbteilungsgrundsatz des § 656c BGB s. *Wistokat*, NZM-Info 10/2022, V. Zu den Folgen einer Disparität im Anwendungsbereich von § 656c BGB s. *Wistokat*, NJW 2023, 3065 Rn. 10.

¹⁰⁰² Dies hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zu Recht kritisiert und verweist auf den Gesetzeszweck, der den Schutz des Käufers in den Mittelpunkt stellt. Daher sei eine Abweichung von der starren hälftigen Teilung der Maklerprovision zugunsten des Käufers geboten, s. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827, S. 26. Dieser Einwand wurde jedoch im Gesetz schlussendlich nicht berücksichtigt.

lichkeit, dass die Partei, mit der ein Maklervertrag besteht, die Maklerprovision auf die andere Hauptvertragspartei abwälzen darf, sofern der Maklervertragspartner selbst weiterhin *mindestens in gleicher Höhe* verpflichtet bleibt. Aus dieser Formulierung folgt, dass die Höhe des Provisionsanteils, den die andere Hauptvertragspartei zu leisten hat, auch geringer sein kann.¹⁰⁰³ Ob es sich dabei um den Verkäufer oder den Käufer handelt, ist innerhalb des Anwendungsbereichs des § 656d BGB davon abhängig, wer den Makler zuerst beauftragt hat. Anders als § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB enthält § 656c BGB keine Regelung darüber, dass ein Provisionsanspruch gegen eine Partei des Hauptvertrages erst dann *fällig* wird, wenn auch die andere Partei, sinnvollerweise der Erst-Auftraggeber des Maklers, seinerseits seiner Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision nachgekommen ist. Vielmehr enthält § 656c BGB nur Regelungen über die schuldrechtliche Pflicht, innerhalb des Anwendungsbereichs mit beiden Hauptvertragsparteien eine Maklerprovision in jeweils gleicher Höhe vereinbaren zu müssen. Auch die Gesetzesbegründung äußert sich hierzu nicht weiter. In Konsequenz könnte der Makler also mit dem Käufer und mit dem Verkäufer eine Maklerprovision in gleicher Höhe vereinbaren, diese jedoch tatsächlich nur gegen den Käufer durchsetzen. Der von der Gesetzesnovelle beabsichtigte Verbraucherschutz des Käufers liefe damit vollkommen leer. Allerdings wird die Regelung des § 654 BGB, die über § 656c Absatz 2 Satz 2 BGB Anwendung findet, den Käufer vor einer faktisch alleinigen Provisionsverpflichtung schützen. Eine deutlichere Klärung seitens des Gesetzgebers wäre jedoch wünschenswert.

a) Rechtsfolgen des Widerrufs für andere Hauptvertragspartei

Widerruft eine der beiden Hauptvertragsparteien den bestehenden Maklervertrag gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB, führt dies zum Verlust des Maklerprovisionsanspruchs gegen diese Maklervertragspartei in voller Höhe. Dies könnte auch zum Verlust des Provisionsanspruchs gegen die andere Hauptvertragspartei führen. Für eine solche Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs scheinen jedenfalls die Regelungen des §§ 656c Absatz 1 Satz 2–4 sowie Absatz 2 BGB zu sprechen.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰³ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 20.

¹⁰⁰⁴ Grundlegend zur Durchgriffswirkung im Anwendungsbereich des § 656c BGB *Wistokat*, NZM 2021, 905 (910).

aa) § 656c Absatz 1 Satz 2–4 und Absatz 2 BGB

Zunächst führt die Vereinbarung einer unentgeltlichen Maklertätigkeit für eine der beiden Hauptvertragsparteien zwingend dazu, dass sich der Makler auch von der anderen Hauptvertragspartei keine Maklerprovision versprechen lassen darf, § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB. Entsprechend entfaltet ein (nachträglicher) Erlass der Maklerprovision auf der einen Seite dergestalt Wirkung, dass dieser auch für den Maklerprovisionsanspruch auf der anderen Seite gilt, § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB. Davon darf im Übrigen auch durch Vertrag nicht abgewichen werden, § 656c Absatz 1 Satz 4 BGB. Zudem ist ein Maklervertrag, der von § 656c Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB abweicht, unwirksam, § 656c Absatz 2 Satz 1 BGB. Ergänzend enthält § 656c Absatz 2 Satz 2 BGB einen wichtigen Hinweis, wonach die Regelung des § 654 BGB unberührt bleibt. Der Verstoß gegen die Regelungen des § 656c BGB führt daher zur Verwirkung des gesamten Maklerprovisionsanspruchs gegenüber beiden Hauptvertragsparteien, § 654 BGB analog.¹⁰⁰⁵

Die Intention des Gesetzgebers, die Hauptvertragsparteien im Rahmen der von § 656c BGB erlaubten Doppelmaklertätigkeit in gleicher Höhe mit der zu zahlenden Maklerprovision zu belasten, ist evident. Wenngleich der Wortlaut der Norm eine solche Gleichbehandlung für den Fall des Verbraucherwiderrufs eines der beiden Maklervertragsverhältnisse nicht ausdrücklich regelt, liegt ein Durchgriff des Verbraucherwiderrufs auf den Maklervertrag mit der anderen Hauptvertragspartei nahe, um den Gedanken des § 656c BGB effektiv durchzusetzen. So heißt es auch in der Gesetzesbegründung¹⁰⁰⁶ ohne weitere Einschränkung: „*Ein nachträglicher Wegfall oder eine Herabsetzung des Provisionsanspruchs gegen eine Partei wirkt sich auch zugunsten der anderen Partei aus.*“ Der Widerruf des Maklervertrages durch eine Hauptvertragspartei müsste danach zum Verlust des Provisionsanspruchs gegen beide Parteien führen, um dem Gedanken des § 656c BGB zu entsprechen.

Andererseits bliebe dabei unberücksichtigt, dass es sich beim Verbraucherwiderruf des Maklervertrages gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB gerade nicht um einen nachträglichen Erlass gemäß § 397 BGB handelt, den § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB regelt. § 397 Absatz 1 BGB setzt nämlich einen entsprechenden *Vertrag* zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner voraus, wonach die bestehende Schuld erlischt.¹⁰⁰⁷ Ein *einseitiger* Verzicht ist hinge-

¹⁰⁰⁵ Zur Bedeutung des § 654 BGB s. Kapitel B.I.1.

¹⁰⁰⁶ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁰⁷ *Looschelders*, § 19 Rn. 7.

gen nicht möglich.¹⁰⁰⁸ Beim Widerruf des Maklervertrages handelt es sich jedoch um ein *einseitiges Gestaltungsrecht* des *Verbrauchers*,¹⁰⁰⁹ das den Maklerprovisionsanspruch entfallen lässt. Es mangelt hier am Merkmal der Einvernehmlichkeit, das § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB jedoch voraussetzt.¹⁰¹⁰ Der Verlust des Provisionsanspruchs aufgrund des Verbraucher Widerrufs erfolgt vielmehr sogar gegen den Willen des Maklers, der schon aus wirtschaftlichen Gründen ein Interesse an der erfolgreichen Geltendmachung und Durchsetzung des Provisionsanspruchs hat. Im Gegensatz zum vertraglich vereinbarten Erlass befindet sich der Makler im Falle des Verbraucher Widerrufs in einer Passivsituation, da er den Verbraucherwiderwurf, abgesehen von der Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB, nicht abwenden kann, sofern der Maklervertrag nicht in den Geschäftsräumlichkeiten des Maklers geschlossen wird und daher ein Verbraucherwiderwurfsrecht nicht besteht. Zudem versucht der Makler hier auch gerade nicht aus einer Aktiv-Position heraus, die Zwangslage der verhandlungsschwächeren Hauptvertragspartei auszunutzen und dieser alleinig die Maklerprovision aufzuerlegen, während er im Einvernehmen mit der verhandlungsstärkeren Maklervertragspartei deren Provisionspflicht erlässt.

Ebenso liegt im Fall des Verbraucher Widerrufs auch kein Fall des § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB vor, denn der Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB beinhaltet gerade die Provisionsabrede, die durch den späteren Verbraucherwiderwurf einseitig wieder zu Fall gebracht wird. Eine Vereinbarung über eine unentgeltliche Maklertätigkeit besteht daher nicht.¹⁰¹¹ Vielmehr hat der Grundstücksmakler sich mit beiden Hauptvertragsparteien auf eine Maklerprovision in gleicher Höhe geeinigt. Eine Abweichung von den Regelungen des § 656c Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB liegt daher nicht vor, sodass auch § 656c Absatz 2 Satz 1 BGB ebenfalls nicht einschlägig ist.

Insofern bestehen grundsätzliche dogmatische Zweifel, ob der Widerruf des Maklervertrages, der mit der einen Hauptvertragspartei besteht, nach der Intention des Gesetzgebers auch zwingend zum Verlust des Provisionsanspruchs gegen die andere Hauptvertragspartei führt.

¹⁰⁰⁸ MüKoBGB/*Schlüter*, § 397 Rn. 1; BGH NJW 1987, 3203; RGZ 72, 168 (171); RGZ 110, 409 (418); RGZ 114, 155 (158); Grüneberg/*Grüneberg*, § 397 Rn. 4; Soergel/*Schreiber*, § 397 Rn. 1; Erman/*Wagner*, § 397 Rn. 1; Staudinger/*Rieble* (2022), § 397 Rn. 1 ff.

¹⁰⁰⁹ *Looschelders*, § 41 Rn. 25.

¹⁰¹⁰ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (911).

¹⁰¹¹ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (911).

bb) Rechtsfolgendurchgriff bei Widerruf des Kaufinteressenten

Nach Sinn und Zweck der Neuregelung ist ein Rechtsfolgendurchgriff insbesondere dann nicht angezeigt, sofern der *Käufer* den Widerruf des provisionspflichtigen Maklervertrages erklärt. Die Neuregelung des Maklerrechts erfolgt nämlich vor dem Hintergrund, den *Käufer* vor einer faktischen Zwangslage zu schützen und so zu verhindern, diesen mit Maklerkosten zu belasten, die in aller Regel vom *Verkäufer* verursacht werden.¹⁰¹² Widerruf der Käufer den mit dem Grundstücksmakler bestehenden provisionspflichtigen Maklervertrag, befreit ihn dies von der Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision und trägt dem Zweck der Neuregelung Rechnung, den Käufer besonders zu schützen. Der Verlust des gegen den Verkäufer bestehenden Provisionsanspruchs ist nach Sinn und Zweck der Änderungen des Maklerrechts hingegen nicht gerechtfertigt. Die Gesetzesmaterialien unterstellen, dass sich der Verkäufer insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Marktlage *nicht* in einer ähnlich schützenswerten Position wie der Käufer befindet, weil er aufgrund des geringen Angebots von zu veräußernden Immobilien aus einer Position der Stärke heraus größeren Einfluss auf den Inhalt des Maklervertrages und damit insbesondere die Höhe der zu zahlenden Maklerprovision hat.¹⁰¹³ Diesen Gedanken hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme¹⁰¹⁴ aufgegriffen und eine Änderung des Gesetzesentwurfes angeregt, wonach sich der Makler vom *Käufer* innerhalb des Anwendungsbereichs des § 656c BGB eine Maklerprovision versprechen lassen dürfe, die niedriger sei, als der mit dem Verkäufer vereinbarte Maklerlohn. Der Bundesrat beruft sich dabei auf den Umstand, dass der Käufer innerhalb des Anwendungsbereichs der Norm schlechter stünde als außerhalb. Dieser Hinweis ist richtig. Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d BGB ist nach § 656b BGB nämlich nur dann eröffnet, sofern der Käufer ein Verbraucher gemäß § 13 BGB ist.¹⁰¹⁵ Andernfalls finden die Regelungen der §§ 656c und 656d

¹⁰¹² S. hierzu Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 04.09.2019 über den Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser.

¹⁰¹³ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 10.

¹⁰¹⁴ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 26.

¹⁰¹⁵ S. dazu Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/19203, S. 5.

BGB keine Anwendung.¹⁰¹⁶ Insofern könnten Grundstücksmakler mit einer Käuferin, die z. B. als professionell agierende juristische Person auftritt und damit mangels Verbraucherstellung nicht vom Anwendungsbereich des neuen Maklerrechts betroffen ist, eine geringere Maklerprovision vereinbaren als mit einem Verkäufer, selbst wenn es sich bei diesem um einen Verbraucher handelt, der deutlich geschäftsunererfahrener ist, als die Käuferin. Eine Regelung zum Schutz des Verkäufers enthält § 656b BGB nämlich nicht. Verbrauchern hingegen ist es im Anwendungsbereich der §§ 656b, 656c BGB gesetzlich verwehrt, eine geringere Provision zahlen zu müssen, als der Verkäufer, selbst wenn dieser unternehmerisch tätig ist.¹⁰¹⁷ Eine derartige Ungleichbehandlung erscheint hinsichtlich des Gesetzeszwecks, Käufer, bei denen es sich um Verbraucher handelt, besonders zu schützen, nicht gerechtfertigt. Zu Recht hat der Bundesrat daher eine Änderung des Gesetzentwurfs angeregt, dem Grundstücksmakler die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu verschaffen, um mit einem Käufer, der insbesondere als Verbraucher gemäß § 13 BGB handelt, eine geringere Maklerprovision vereinbaren zu können, als mit der Verkäuferseite.¹⁰¹⁸ Der Gesetzgeber hat eine entsprechende Umsetzung jedoch verpasst. Im Übrigen ist zum Zeitpunkt der Vermarktung ex-ante auch noch gar nicht klar, ob der spätere Käufer tatsächlich ein Verbraucher ist und damit wegen § 656b BGB die Vorschriften der §§ 656c und 656d BGB zwingend Anwendung finden. Sofern dies nämlich nicht der Fall ist, könnte die Provisionslast weiterhin komplett dem Käufer auferlegt werden, selbst wenn der Erstkontakt zwischen dem Verkäufer und dem Makler bestand. Insofern gilt nämlich das bisherige Recht fort. Faktisch wird der Makler allerdings gezwungen sein, mit dem Eigentümer eine Provision auszuhandeln, da er andernfalls Gefahr läuft, wegen § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB komplett ohne Provisionsanspruch zu arbeiten, sollte es sich bei dem Erwerber letztlich um einen Verbraucher gemäß § 13 BGB handeln.

Nimmt man den richtigen Gedanken des Bundesrates jedenfalls auf, so dürfte kein Verlust des Maklerprovisionsanspruchs gegen den *Verkäufer* dro-

¹⁰¹⁶ § 656b BGB enthält zudem auch keine Regelung darüber, ob der persönliche Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d BGB eröffnet ist, wenn Käufer und Maklervertragspartner personenverschieden sind und es sich bei der Person des Käufers nicht um einen Verbraucher handelt, beim Maklervertragspartner hingegen die Voraussetzungen des § 13 BGB erfüllt sind. Zur Thematik s. auch *Wistokat*, NZM 2021, 905 (909).

¹⁰¹⁷ Anderes wiederum gilt im Anwendungsbereich des § 656d BGB.

¹⁰¹⁸ In der Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/15827, S. 32, heißt es sodann auch hierzu: „Die Bundesregierung wird diese Anregung prüfen. Wenngleich die praktische Relevanz eher gering erscheint, soll mit dem Gesetzentwurf im Ergebnis die spürbare Senkung der Nebenkosten für Käufer von Wohnimmobilien erreicht werden.“ Der Hinweis des Bundesrates wurde jedoch im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht mehr berücksichtigt.

hen, sofern der *Käufer* den Maklervertrag gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB wirksam widerruft. Dem Gesetzeszweck würde nämlich auch ohne Durchgriff des Verbraucher Widerrufs zugunsten des Verkäufers vollumfänglich Genüge getan. Die Auffassung des Bundesrates fortentwickelnd, würde der Käufer nämlich erst recht geschützt, sofern er nicht nur eine geringere Maklerprovision leisten müsste, als der Verkäufer, sondern aufgrund des Widerrufs des Maklervertrages sogar vollständig von der Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision befreit würde. Eine Durchgriffswirkung des Verbraucher Widerrufs auf den mit dem Verkäufer bestehenden Maklervertrag ist hingegen nicht erforderlich, um den Gesetzeszweck effektiv durchzusetzen. Dies muss vor allem dann gelten, wenn es sich beim Verkäufer um einen Unternehmer gemäß § 14 Absatz 1 BGB handelt, dem selbst ohnehin kein Verbraucher Widerrufsrecht bei Abschluss des eigenen Maklervertrages gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zusteht. Eine Durchgriffswirkung des Verbraucher Widerrufs der einen Hauptvertragspartei zugunsten der anderen Hauptvertragspartei, bei der es sich um einen Unternehmer handelt, ist mit einem effektiven, aber angemessenen Verbraucherschutz nicht mehr vereinbar.

cc) Unabhängigkeit der Maklervertragsverhältnisse

Grundsätzlich gegen einen Durchgriff des Verbraucher Widerrufs auch auf das Maklervertragsverhältnis mit der anderen Hauptvertragspartei, unabhängig davon, ob der Käufer oder der Verkäufer den Maklervertrag gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB widerruft, spricht zudem, dass es sich bei den beiden Maklerverträgen, die zwischen dem Grundstücksmakler und dem Käufer sowie dem Verkäufer bestehen, formal um zwei voneinander unabhängige Vertragsverhältnisse handelt, deren Konnexität im Hinblick auf die Provisionshöhe erst durch § 656c BGB hergestellt wird. Insofern ist die rechtliche Einordnung von der Ausgangslage des § 656d BGB zu unterscheiden. Dort nämlich besteht lediglich ein Maklervertragsverhältnis, das die Grundlage für die Teilabwälzung der Maklerprovision auf die andere Hauptvertragspartei bildet. Der Makler erbringt daher auch nur für die mit ihm vertraglich verbundene Partei die vereinbarten Maklertätigkeiten. Wird der Maklervertrag jedoch widerrufen, liegt eine Befreiung von der Pflicht zur Provisionszahlung insbesondere im Hinblick auf die Partei, mit der kein Maklervertragsverhältnis besteht, nahe.

Anders jedoch ist die Situation im Anwendungsbereich des § 656c BGB. Hat der Grundstücksmakler hier mit beiden Hauptvertragsparteien jeweils einen Online-Maklervertrag geschlossen und z. B. den Käufer ordnungsgemäß über das diesem zustehende Verbraucher Widerrufsrecht belehrt, dies

hingegen auf der Verkäuferseite versäumt, so würde der Käufer aufgrund der auf § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB beruhenden Durchgriffswirkung des Verkäuferwiderrufs ebenfalls von der Pflicht zur Provisionszahlung befreit. Der Käufer käme dadurch in den Genuss eines, über das eigene Widerrufsrecht hinausgehenden, *erweiterten Widerrufsrechts*, da er von dem Widerruf des anderen Maklervertrages ebenfalls profitiert, obwohl der dortige Verlust des Provisionsanspruchs gerade nicht aus einem einvernehmlichen Handeln mit dem Grundstücksmakler resultiert.

Ähnlich liegt der bereits beschriebene Fall, dass dem Verkäufer bei Abschluss des Maklervertrages mangels Verbraucherstellung überhaupt kein Verbraucherwiderpruchsrecht zusteht. Dem Verkäufer dann dennoch mittelbar aufgrund der Durchgriffswirkung eines Käuferwiderpruchs einen so weitreichenden Verbraucherschutz zuzugestehen, ist im Hinblick auf den Provisionsanspruch des Maklers unbillig. Eine Durchgriffswirkung kommt insbesondere auch dann nicht in Frage, wenn der Makler den anderen Hauptvertragspartner nicht nur ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderpruchsrecht belehrt, sondern auch vertragskonform Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten erbracht hat, die sodann zum Abschluss eines formwirksamen Hauptvertrages geführt haben. Eine derart weitreichende Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderpruchsrechts mit der Folge, dass der Grundstücksmakler seinen Provisionsanspruch auch gegen die andere Hauptvertragspartei vollständig verliert, erscheint nicht interessensgerecht. Die Konnexität des § 656c BGB führte zu einem weiteren *Widerrufsjoker*¹⁰¹⁹, der noch dazu aus einem fremden Vertragsverhältnis herrührt und mit einem vernünftigen Verbraucherschutzrecht nicht mehr in Einklang zu bringen ist.

Im Übrigen findet hier auch die Regelung des § 360 BGB keine Anwendung. Während § 656c BGB ein Dreiecksverhältnis dergestalt voraussetzt, dass der Grundstücksmakler sowohl mit dem Verkäufer als auch mit dem Käufer jeweils durch einen Maklervertrag vertraglich verbunden ist, regelt § 360 BGB einen Sachverhalt, wonach *ein* Verbraucher aus *zwei* Vertragsverhältnissen berechtigt und verpflichtet wird. Bei den beiden Maklervertragsverhältnissen, die der Grundstücksmakler innerhalb des Anwendungsbereichs des § 656c BGB mit den beiden Maklervertragsparteien schließt, handelt es sich daher nicht um zusammenhängende Verträge gemäß § 360 Absatz 2 Satz 1 BGB. Auch aus diesen Gründen ist eine grundsätzliche Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderpruchs im Anwendungsbereich des § 656c BGB

¹⁰¹⁹ Zur Begrifflichkeit s. auch *Genz*, NZM 2021, 791 (792); *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079 Rn. 3: „Und oft werden Maklerverträge – auch nach Beurkundung des Grundstückskaufvertrags – (wirksam) widerrufen.“

unabhängig davon, ob der Käufer- oder Verkäufermaklervertrag widerrufen wird, abzulehnen.¹⁰²⁰

dd) (Prozessualer) Vergleich oder Urteil
im Hinblick auf das Widerrufsrecht

Streitet sich der Makler im Anwendungsbereich des § 656c BGB mit einer der beiden Hauptvertragsparteien über die Wirksamkeit des Widerrufs des Maklervertrages und einigen sich die Parteien in einem (Prozess-)Vergleich, § 779 Absatz 1 BGB, § 278 ZPO, auf die teilweise Zahlung bzw. Rückerstattung der Maklerprovision, wirkt diese Regelung zunächst nur *inter partes*.¹⁰²¹ Jedoch liegt auch hier nahe, dass der Gesetzgeber eine spezialgesetzliche Durchgriffswirkung zugunsten der anderen Maklervertragspartei auf Grundlage des § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB beabsichtigt hat. Hinzu kommt, dass die Einigung zwischen den Parteien materiell-rechtlich einen Vertrag darstellt, § 779 Absatz 1 BGB.¹⁰²² Ein Verstoß gegen § 656c Absatz 2 Satz 1 BGB besteht zwar dem Wortlaut nach nicht, da nicht der ursprüngliche *Maklervertrag* von § 656c Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB abweicht und der Vergleich gemäß § 779 Absatz 1 BGB über die Höhe der Maklerprovision kein Maklervertragsverhältnis gemäß § 652 Absatz 1 BGB darstellt. Gegen das zuvor genannte Argument, ein Verstoß gegen § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB könne formal deswegen nicht bestehen, weil der Wegfall bzw. die Reduzierung der Maklerprovision durch die einseitige Ausübung des Verbraucherwiderrufsrechts erfolgt, könnte hingegen sprechen, dass die Änderung der Höhe der zu leistenden Maklerprovision zwar ihren Ursprung im Verbraucherwiderruf des Maklervertrages hat, schlussendlich aber auf dem (Vergleichs-) *Vertrag* beruht. Hinzu kommt, dass nach dem Gesetzeswortlaut gemäß § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB ein (*vollständiger*) Erlass, der ebenfalls ein Vertragsverhältnis gemäß § 397 Absatz 1 BGB darstellt,¹⁰²³ auch zugunsten der anderen Maklervertragspartei wirkt, wovon zudem auch nicht durch Vertrag abgewichen werden darf, § 656c Absatz 1 Satz 4 BGB. Diese weitreichende gesetzliche Durchgriffswirkung könnte dazu führen, dass dann *erst recht* ein

¹⁰²⁰ Zur Problematik bei der Durchsetzung einer Verkäufermaklerprovision, wenn der Hauptvertrag mit einem vom nachgewiesenen Kaufinteressenten personenverschiedenen Dritten geschlossen wird, *Wistokat*, NZM 2023, 112 (114).

¹⁰²¹ Eine Wirkung Dritten gegenüber kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn es sich bei dem Vergleich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB handelt, so BGHZ 58, 216 (220) = NJW 1972, 942 (943); BGH WM 2000, 1003 (1004); OLG Hamm NJW-RR 1996, 1157 (1158); MüKoBGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 28.

¹⁰²² BeckOK BGB/*Rudolf Fischer*, BGB § 779 Rn. 9.

¹⁰²³ BeckOK BGB/*Dennhardt*, BGB § 397 Rn. 1.

teilweiser Erlass der Maklerprovision im Rahmen eines (Prozess-)Vergleichs auch zugunsten des anderen Vertragspartners des Grundstücksmaklers Wirkung entfaltet.¹⁰²⁴

Ebenso könnte unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks, den zuvor genannten Erwägungen und dem Wortlaut der Norm eine Durchgriffswirkung anzunehmen sein, wenn sich die Maklervertragsparteien gerichtlich über die (Un-)Wirksamkeit des Verbraucherwiderrufs streiten und hierüber ein Urteil ergeht, das zum Verlust des Provisionsanspruchs führt. Anders als im Falle des Vergleiches treffen die Parteien hier zwar keine einvernehmliche Vereinbarung über eine *Reduzierung* oder einen *Erlass* der zuvor vereinbarten Maklerprovision. Vielmehr trifft allein das zuständige Gericht eine Entscheidung über die (Un-)Wirksamkeit des Verbraucherwiderrufs, sodass weder ein einvernehmlicher Erlass im Sinne des § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB vorliegt, noch die Voraussetzungen des § 656c Absatz 2 Satz 1 BGB erfüllt sind. Eine Ungleichbehandlung der Rechtsfolgen eines (gerichtlichen) Vergleichs und eines gerichtlichen Urteils könnte jedoch im Hinblick auf die Absicht des Gesetzgebers, die Maklervertragspartner im Anwendungsbereich des § 656c BGB hinsichtlich der Höhe der zu leistenden Maklerprovision gleich zu behandeln, nicht angezeigt sein.

Gegen eine Durchgriffswirkung einer vergleichweisen Einigung oder eines Urteils spricht aber, dass sich auch hier die Sachverhalte deutlich von der Regelungsabsicht des § 656c BGB unterscheiden. Die Vorschrift soll grundsätzlich verhindern, dass der Grundstücksmakler im Einvernehmen mit einer Hauptvertragspartei eine Provision erlässt, § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB, oder schon von Beginn an *im Einvernehmen* mit einer Partei unentgeltlich tätig wird, § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB. Wird hingegen eine Einigung erzielt, die aus einem einseitigen Verbraucherwiderruf des Maklervertrages resultiert, so stellt dies lediglich bedingt ein einvernehmliches Handeln dar. Deutlich wird dies insbesondere dann, wenn der Grundstücksmakler den Verbraucherwiderruf zurückweist und er seinen Provisionsanspruch durch Urteil nach einem streitigen Rechtsverfahren verliert. Der Verlust des Provisionsanspruchs erfolgt dann offensichtlich nicht im Einvernehmen. Der Sachverhalt unterscheidet sich daher maßgeblich vom Regelungszweck des § 656c BGB, sodass eine Durchgriffswirkung des (Prozess-)Vergleichs oder eines gerichtlichen Urteils zugunsten der Provisionspflicht der anderen Hauptvertragspartei im Ergebnis abzulehnen ist.

Gegen eine Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs auf den mit der anderen Hauptvertragspartei bestehenden Maklervertrag spricht auch der

¹⁰²⁴ So jedenfalls der Branchenverband IVD in seiner Handlungsempfehlung zu der Neuregelung der Maklerprovision, Stand 18.06.2020, IVD Rechtsnewsletter Juni 2020.

Umstand, dass weder § 656c BGB noch die Gesetzesmaterialien eine *zeitliche* Beschränkung einer solchen Durchgriffswirkung vorsehen, sodass der andere Maklervertragspartner von dem Widerruf des Maklervertrages auch dann noch profitieren könnte, wenn zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses oder der Verkündung eines Urteils über die Wirksamkeit des Verbraucherwiderrufs entweder die verlängerte Frist zum Widerruf des eigenen Maklervertrages gemäß § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB abgelaufen oder ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich der selbst geleisteten Maklerprovision gemäß §§ 195, 199 BGB sogar verjährt ist. Die Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs ähnelte dann einem ewigen Verbraucherwiderrufsrecht, das § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB jedoch in Umsetzung von Artikel 10 Absatz 1 VRRl und im Unterschied zur vorherigen Rechtslage ausschließt.¹⁰²⁵

ee) Umgehung der doppelten Provisionspflicht

Schwächen offenbart die bisherige Argumentation auf den ersten Blick, sollte der Grundstücksmakler mit einer der beiden Maklervertragsparteien kollusiv zusammenwirken: Unterlässt es der Makler im Anwendungsbereich des § 656c Absatz 1 BGB z.B. bei Abschluss des provisionspflichtigen Maklervertrages mit der *marktstärkeren* Partei bewusst, ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB zu belehren, entfällt die Provisionspflicht dieser Partei, wenn diese von dem ihr zustehenden Verbraucherwiderrufsrecht Gebrauch macht. Mangels Durchgriffswirkung könnte dadurch der *marktschwächeren* Hauptvertragspartei, wie von Beginn an beabsichtigt, alleinig die Last auferlegt werden, eine Maklerprovision zu zahlen. Die Ausnutzung dieser faktischen Zwangslage soll § 656c BGB gerade verhindern.¹⁰²⁶ Dennoch ist die marktschwächere Hauptvertragspartei auch hier nicht schutzlos. Nach § 656c Absatz 2 Satz 2 BGB bleibt die Vorschrift des § 654 BGB nämlich unberührt. Die Norm enthält einen Strafcharakter,¹⁰²⁷ wonach sich der Makler als lohnunwürdig erweist, wenn er objektiv den Interessen seines Kunden in schwerwiegender Weise zuwiderhandelt und subjektiv entweder vorsätzlich oder grob leichtfertig agiert.¹⁰²⁸ Sollte der Grundstücksmakler mit einer der beiden Haupt-

¹⁰²⁵ HK-BGB/*Reiner Schulze*, § 356 Rn. 7.

¹⁰²⁶ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰²⁷ BGHZ 36, 323 (326) = NJW 1962, 734 (735); OLG Oldenburg BeckRS 2014, 15156; OLG Hamm NJW-RR 2013, 170 (172); OLG Köln, MDR 2005, 974; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1278; OLG Karlsruhe, WM 1995, 2095; LG Schwerin, NZI 2008, 692 (693).

¹⁰²⁸ S. hierzu MüKoBGB/*Althammer*, § 654 Rn. 2 m. w. N.

vertragsparteien vorsätzlich oder grob fahrlässig unter Verstoß gegen die Regelung des § 656c BGB *gemeinsame Sache machen*, führte dies zweifellos dazu, dass er seinen Provisionsanspruch gegen die weiterhin provisionsverpflichtete Hauptvertragspartei, die nicht in den Genuss der Durchgriffswirkung des widerrufenen Maklervertrages kommt, gemäß § 654 BGB verwirkt. Ein Restrisiko bliebe in der Praxis dennoch: Die weiterhin provisionsverpflichtete Hauptvertragspartei muss nämlich erst einmal darlegen und beweisen, dass der Widerruf des Maklervertrages mit der anderen Hauptvertragspartei von vornherein kollusiv zu Lasten der anderen Hauptvertragspartei verabredet war.

b) Keine Durchgriffswirkung

Der Verbraucherwiderruf entfaltet im Anwendungsbereich des § 656c BGB unabhängig davon, ob der Käufer oder der Verkäufer den Maklervertrag widerruft, keine Durchgriffswirkung auf den Maklervertrag mit der anderen Hauptvertragspartei.

Gegen eine Durchgriffswirkung spricht zunächst der Regelungsgehalt des § 656c BGB, wonach die unentgeltliche Tätigkeit für eine Hauptvertragspartei dazu führt, dass sich der Grundstücksmakler auch von der anderen Hauptvertragspartei keinen Maklerlohn versprechen lassen kann, § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB. Ebenso wirkt auch ein Erlass der Maklerprovision zugunsten der anderen Hauptvertragspartei, § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB, wovon durch Vertrag nicht abgewichen werden darf, § 656c Absatz 1 Satz 4 BGB. Im Übrigen darf ein Maklervertrag auch nicht von § 656c Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB abweichen, § 656c Absatz 2 Satz 1 BGB.

Die in § 656c BGB geregelte Durchgriffswirkung findet auf den Verbraucherwiderruf des Maklervertrages keine Anwendung. § 656c BGB setzt nämlich ein einvernehmliches Handeln des Grundstücksmaklers mit einer Hauptvertragspartei voraus. Beim Verbraucherwiderrufsrecht handelt es sich hingegen um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Verbrauchers, das auch gegen den Willen des Maklers ausgeübt werden kann. Daher besteht hier gerade nicht die Gefahr, dass der Grundstücksmakler im Einvernehmen mit einer Hauptvertragspartei der anderen, marktschwächeren Hauptvertragspartei, die alleinige Pflicht zur Provisionszahlung auferlegt, wovor die Regelungen des neuen Maklerrechts nach den Gesetzesmaterialien aber schützen sollen.

Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass im Anwendungsbereich des § 656c BGB, anders als bei § 656d BGB, zwei voneinander unabhängige Maklervertragsverhältnisse bestehen, deren Konnexität im Hinblick auf die Provisionshöhe erst durch § 656c BGB hergestellt wird. Ein Durchgriff des Verbraucherwiderrufs auch auf den fremden Maklervertrag würde in seiner Wirkung

einem doppelten Widerrufsrecht gleichkommen, das mit einem angemessenen Verbraucherschutz nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Eine entsprechende Anwendung des § 656c BGB auf den Verbraucherwiderruf des Maklervertrages ist daher abzulehnen.

Gegen eine Durchgriffswirkung insbesondere des Widerrufs des *Käufer*-maklervertrages auf den Maklervertrag mit dem Verkäufer sprechen zudem folgende Gründe. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zielt ausdrücklich darauf ab, Käufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage zu schützen.¹⁰²⁹ Daher wird dem Gesetzeszweck dadurch Genüge getan, wenn der Käufer durch die Ausübung des ihm zustehenden Verbraucherwiderrufs bei Abschluss eines Online-Maklervertrages gemäß §§ 652 Absatz 1, 312c BGB von der Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision befreit wird. Ein Durchgriff des Verbraucherwiderrufs auch auf den mit dem Verkäufer bestehenden Maklervertrag ist zur Verwirklichung des Gesetzeszwecks nicht erforderlich. Gegen eine Durchgriffswirkung spricht zudem die gedankliche Fortentwicklung der Stellungnahme des Bundesrates¹⁰³⁰, die eine Änderung des Gesetzesentwurfs forderte, wonach auch § 656c BGB eine unterhältige Teilung der Maklerprovision zugunsten der Käuferseite ermöglichen solle, um Verbraucher nicht gesetzlich schlechter zu stellen, als professionelle Käufer.¹⁰³¹ Abschließend ist ein Durchgriff des widerrufenen Maklervertrages auf den Verkäufermaklervertrag auch dann zu versagen, wenn der Verkäufer kein Verbraucher gemäß § 13 BGB ist. Zwar kann auch hier der persönliche Anwendungsbereich des § 656c BGB eröffnet sein, da § 656b BGB hinsichtlich des Verkäufers keine einschränkenden Voraussetzungen enthält. Es ist aber nicht ersichtlich, warum der Makler aufgrund des Widerrufs des Käufermaklervertrages ebenfalls seinen Provisionsanspruch gegen den Verkäufer verlieren sollte, wenn diesem selbst mangels Verbraucherstellung ohnehin kein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss des eigenen Maklervertrages zusteht.

Anders könnte auf den ersten Blick der Fall liegen, wenn der *Verkäufer* den Widerruf von der Provisionsabrede erklärt, denn der Gesetzesentwurf¹⁰³²

¹⁰²⁹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 1.

¹⁰³⁰ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 31.

¹⁰³¹ Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 28.

¹⁰³² Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser BT-Drs. 19/15827 S. 1, 8 und 9.

weist an verschiedenen Stellen auf die faktische Zwangslage von *Käufern* beim Erwerb von Wohnraum und die Inanspruchnahme von Maklertätigkeiten hin, die einen effektiven Schutz von Käufern erforderlich macht. Im Gegensatz zum Fall des Käuferwiderrufs könnte daher die effektive Durchsetzung des Gesetzeszwecks einen Durchgriff des Widerrufs eines Verkäufermaklervertrages auch auf den Käufermaklervertrag erforderlich machen. Ohne eine Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs hätte der Käufer wiederum allein die vereinbarte Maklerprovision zu tragen, was der neue Gesetzesentwurf ausdrücklich zu verhindern beabsichtigt.¹⁰³³

Eine Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs auch auf den Käufermaklervertrag würde jedoch zunächst außer Acht lassen, dass Käufer in verschiedenen Regionen Deutschlands im Gegensatz zu Verkäufern und entgegen den Gesetzesmaterialien überhaupt nicht besonders schützenswert sind. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung stellt allein den Schutz von Personen und Familien mit geringem oder mittlerem Einkommen, bezahlbaren Wohnraum zu finden, in den Vordergrund,¹⁰³⁴ während Eigentümer als die Marktstärkeren gelten und die Konditionen des Maklervertrages bestimmen. Diese Annahme des Gesetzgebers mag für Großstädte und Ballungsgebiete in aller Regel zutreffen, sie gilt jedoch nicht flächendeckend in der BRD. Vielmehr führt der Demografie- und Strukturwandel in einigen Teilen Deutschlands dazu, dass das Wohnraumangebot die Nachfrage übersteigt. Dies gilt insbesondere für ländliche Regionen sowie für einige Teile Ostdeutschlands.¹⁰³⁵ Dies führt in den betroffenen Gegenden zu einer hohen Leerstandsquote, sodass Verkäufer kaum einen Erwerber für ihre Immobilie finden. Daher tragen dort bereits jetzt Verkäufer vermehrt die Provisionslast, während Erwerber lediglich eine geringe oder sogar gar keine Provision zu leisten haben.¹⁰³⁶ In diesen Fällen verschaffen die Marktverhältnisse Käufern

¹⁰³³ So heißt es im Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827, S. 1: „*Es soll verhindert werden, dass Maklerkosten, die vom Verkäufer verursacht wurden und vor allem in seinem Interesse angefallen sind, im Kaufvertrag vollständig oder zu einem überwiegenden Anteil dem Käufer aufgebürdet werden.*“

¹⁰³⁴ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 9.

¹⁰³⁵ <https://www.demografie-portal.de/SharedDocs/Blog/DE/191028-Wohnungs-leerstand-in-Deutschland-Wo-sind-die-Herausforderungen-besonders-gross.html> (Stand 05.06.2020).

¹⁰³⁶ Ebenso werden auch im Bereich der Vermarktung von Gewerberaumflächen häufig nur Provisionsabsprachen mit der Verkäufer-/Vermieterseite getroffen, da auch hier das Angebot die Nachfrage zumeist übersteigt. Dies gilt selbst für Großstädte und Ballungsgebiete.

eine stärkere Position gegenüber Verkäufern. Ein Durchgriff des Widerrufs auch auf den Käufermaklervertrag ist daher nicht angezeigt. Auch insofern lässt das neue Maklerrecht einen fairen und ausgewogenen Verbraucherschutz vermissen, indem er lediglich Käufer zu schützen beabsichtigt, Verkäufer hingegen, bei denen es sich um Verbraucher gemäß § 13 handelt, vollkommen unberücksichtigt lässt.

Ein Durchgriff des widerrufenen Verkäufermaklervertrages auf die Provisionsabrede mit dem Käufer ist ebenso abzulehnen, wenn sich der Käufer tatsächlich in der marktschwächeren Position befindet, was in Großstädten und Ballungsgebieten aufgrund des geringeren Angebots und der hohen Nachfrage nach Wohnraum zweifellos der Fall ist. Handelt es sich bei dem Verkäufer zunächst um ein großes Wohnungsunternehmen o.ä. und daher nicht um einen Verbraucher gemäß § 13 BGB, besteht schon kein Verbraucherwiderrufsrecht, das Durchgriffswirkung entfalten könnte. Dafür müsste vielmehr auch dem Verkäufer ein eigenes Verbraucherwiderrufsrecht hinsichtlich des eigenen Maklervertrages zustehen. In Abgrenzung zu § 656d BGB ist ein solcher Durchgriff zugunsten des Käufers jedoch abzulehnen. Dabei bliebe nämlich zum einen formal unberücksichtigt, dass das Widerrufsrecht auch Wirkung für ein Vertragsverhältnis entfalten würde, für das es gar nicht eingeräumt wurde. Zum anderen beruht der Verlust auf der einseitigen Ausübung eines Gestaltungsrechts des Verbrauchers, sodass der Regelungszweck des § 656c BGB keine Anwendung findet. Eine Durchgriffswirkung ist zudem erst recht abzulehnen, wenn dem Käufer selbst bei Abschluss des Maklervertrages kein Verbraucherwiderrufsrecht zustand, weil der Maklervertrag in den Geschäftsräumlichkeiten des Maklers geschlossen wurde. Der Durchgriff des widerrufenen Verkäufermaklervertrages auf den Maklervertrag mit dem Käufer führte so zu einem Widerrufsjoker, der mit einem angemessenen Verbraucherschutz nicht zu vereinbaren ist.

Ebenso ist eine Durchgriffswirkung auch für den Fall der einvernehmlichen Einigung bei Uneinigkeit über die Wirksamkeit des Verbraucherwiderrufs bzw. einem gerichtlichen Urteil hierüber zu versagen. Sowohl die einvernehmliche Einigung als auch das Urteil resultieren aus dem einseitigen Verbraucherwiderruf und rechtfertigen insofern keine abweichende Rechtsfolge. Andernfalls würde der Durchgriff des Widerrufs in seiner Wirkung einem ewigen Widerrufsrecht ähneln, das der Gesetzgeber in Umsetzung der VRRL und im Gegensatz zum alten Recht nunmehr ausschließt, um Rechtssicherheit zu schaffen. Vor einer kollusiven Umgehung des § 656c BGB und einer Provisionsbelastung allein einer der beiden Hauptvertragsparteien schützt im Übrigen § 654 BGB, dessen Anwendbarkeit aufgrund des § 656c Absatz 2 Satz 2 BGB unberührt bleibt.

3. Der Widerruf im Anwendungsbereich des § 656d BGB

Im Gegensatz zu § 656c BGB regelt § 656d BGB den Fall, dass der Grundstücksmakler nur mit einer Partei des Hauptvertrages eine Provisionsabrede getroffen hat.¹⁰³⁷ Nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB ist eine Abrede, die auch die andere Hauptvertragspartei zur Zahlung der Maklerprovision verpflichtet, ausschließlich dann wirksam, wenn die Hauptvertragspartei, mit der ein provisionspflichtiger Maklervertrag geschlossen wurde, zur Zahlung der Provision in *mindestens gleicher Höhe* verpflichtet bleibt. Eine Verpflichtung in gleicher Höhe ist daher im Gegensatz zu § 656c BGB nicht zwingend erforderlich. Vielmehr kann die Höhe der zu leistenden Maklerprovision zugunsten der Partei, mit der kein Maklervertrag besteht, dergestalt abweichen, dass diese einen geringeren Teil der Maklerprovision zu tragen hat.¹⁰³⁸ Dies widerspricht dem ausdrücklichen Zweck der Neuregelung des Maklerrechts, die den Schutz des *Käufers* beabsichtigt. Es ist daher im Rahmen des § 656d BGB auch weiterhin möglich, dass der *Verkäufer* keine oder eine geringere Maklerprovision zahlt, als der *Käufer*.¹⁰³⁹ Sofern die Hauptvertragspartei, mit der ein Maklervertrag besteht, wirksam von dem ihr zustehenden Verbraucherwiderrufsrecht unter den Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB Gebrauch macht, führt dies nach dem Gedanken des § 656d Absatz 1 BGB ebenfalls zum Entfall der Zahlungspflicht der anderen Hauptvertragspartei.

a) Sachlicher Anwendungsbereich des § 656d BGB

Der sachliche Anwendungsbereich des § 656d Absatz 1 BGB setzt voraus, dass lediglich ein Maklervertragsverhältnis mit *einer* der beiden Hauptvertragsparteien besteht.¹⁰⁴⁰ Andernfalls findet die Vorschrift des § 656c BGB Anwendung, sofern mit beiden Parteien ein Maklervertrag geschlossen wur-

¹⁰³⁷ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18. Kritisch zum praktischen Anwendungsbereich *Wistokat*, NZM 2021, 905 (909).

¹⁰³⁸ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰³⁹ Das ist z.B. der Fall, wenn der Käufer dem Grundstücksmakler einen Suchauftrag erteilt und sich die Immobilie, die der Käufer später erwirbt, zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Bestand des Maklers befindet.

¹⁰⁴⁰ In § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB heißt es wörtlich: „*Hat nur eine Partei des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklervertrag abgeschlossen, (...)*.“

de.¹⁰⁴¹ Die Abgrenzung, unter welchen Voraussetzungen der sachliche Anwendungsbereich des § 656d BGB eröffnet ist und wann die Schwelle zum Anwendungsbereich des § 656c BGB überschritten wird, erscheint damit auf den ersten Blick trennscharf. In praxi ist die Abgrenzung der beiden sachlichen Anwendungsbereiche jedoch nicht gelungen.

So ist bereits fraglich, ob § 656d BGB Anwendung findet, wenn der Makler z.B. mit dem Verkäufer maklervertraglich gemäß § 652 Absatz 1 BGB verbunden ist, er aber zudem auch Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten für den Kaufinteressenten erbringt, ohne mit diesem eine Provisionsabrede zu treffen.¹⁰⁴² Dogmatisch ist nämlich umstritten, ob eine Vereinbarung zwischen dem Makler und seinem Kunden über eine unentgeltliche Maklertätigkeit in Form von Nachweis- oder Vermittlungsleistungen überhaupt ein Maklervertragsverhältnis darstellt.¹⁰⁴³ Sofern man dies allerdings bejaht, ist der sachliche Anwendungsbereich des § 656d BGB schon nicht eröffnet, sodass fraglich ist, welcher praxisnahe Sachverhalt im Rahmen eines üblichen Immobilienvermarktungsprozesses in concreto überhaupt von § 656d BGB erfasst wird. Klar ist jedenfalls, dass es sich bei der *Vereinbarung*, die auch die andere Hauptvertragspartei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, nicht um einen Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB handeln darf, andernfalls findet § 656d BGB keine Anwendung. Darüber hinaus ist das Abgrenzungsmerkmal des Gesetzgebers, wonach *nur eine Partei des Kaufvertrags einen Maklervertrag geschlossen* haben darf, aber äußerst kritisch zu betrachten und erweist sich als in der Praxis untauglich.

Eine klare Abgrenzung zum sachlichen Anwendungsbereich des § 656c BGB wäre u. a. dadurch möglich, dass § 656d BGB nur dann Anwendung findet, wenn lediglich eine Partei des Kaufvertrags einen *provisionspflichtigen* Maklervertrag schließt. Diese Formulierung hätte, selbst für den Fall, dass innerhalb des § 656d BGB eine Teilabwälzung der Provisionspflicht auf die andere Hauptvertragspartei erfolgt, einen deutlichen Unterschied zur Regelung des § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB dargestellt, wonach *beide Parteien des Kaufvertrags einen Maklerlohn versprechen*. Denn innerhalb des Anwen-

¹⁰⁴¹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁴² Zur Problematik der faktischen Doppelmaklertätigkeit s. auch *Wistokat*, NZM 2021, 905 (909).

¹⁰⁴³ Für die Annahme eines Maklervertragsverhältnisses BGH NJW 1981, 1444; *Fischer*, S. 24, Rn. 6; *Hamm*, S. 29, Rn. 105. Gegen die Annahme eines Maklervertragsverhältnisses MüKoBGB/*Althammer*, § 652 Rn. 27; *Staudinger/Arnold* (2021), Vorbem zu §§ 652 ff. Rn. 18; AG Pinneberg, ZMR 2008, 308 mit abl. Anmerkung *Späth*.

dungsbereichs des § 656d BGB schuldet allein *eine* Partei *originär* eine Maklerprovision. Die Pflicht der anderen Hauptvertragspartei, einen Teil der Maklerprovision zu tragen, resultiert aus einer weiteren Vereinbarung, die zur Zahlung verpflichtet, ohne selbst ein Maklervertragsverhältnis zu begründen. Damit wäre der sachliche Anwendungsbereich des § 656d BGB auch in den Fällen eröffnet, in denen die Hauptvertragspartei, mit der kein Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB besteht, unentgeltliche Leistungen des Maklers unabhängig von der konkreten Vertragsgestaltung¹⁰⁴⁴ in Anspruch nimmt. Eine solche Regelung würde insbesondere auch der Rechtswirklichkeit entsprechen.

Gegen diesen Vorschlag zur Abgrenzung von § 656c BGB könnte wiederum der Wortlaut der Gesetzesbegründung sprechen. Dort heißt es: „Sofern kein Fall des § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB-E vorliegt, können die beteiligten Parteien nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB Vereinbarungen zur anteiligen Übernahme der Maklerkosten durch die Partei treffen, die in keinem *Vertragsverhältnis* zu dem Makler steht.“¹⁰⁴⁵ Nach diesem Wortlaut dürfte also zwischen dem Makler und der anderen Hauptvertragspartei, *unabhängig* von der Art des Vertrages, überhaupt kein Vertragsverhältnis bestehen. Dann aber wäre fraglich, inwiefern der Grundstücksmakler innerhalb des § 656d BGB überhaupt Vermarktungstätigkeiten für die andere Hauptvertragspartei ausüben soll. In Betracht kämen lediglich reine Nachweismaklertätigkeiten, da man insofern noch argumentieren könnte, dass der Nachweis einer Kaufgelegenheit noch kein *Vertragsverhältnis* zu der anderen Hauptvertragspartei begründet, sondern lediglich einen Tipp darstellt, bei dem es sich nur um eine einseitige *Wissenserklärung* des Maklers handelt.¹⁰⁴⁶ Weitere Vermittlungsleistungen, insbesondere die Übermittlung von Informationen über die Grundstücksgröße, Bebaubarkeit etc. würden jedoch automatisch in einem (konkludenten) Vertragsverhältnis mit entsprechenden Rechten und Pflichten münden, sodass § 656d BGB keine Anwendung finden würde. Mangels Praxistauglichkeit des § 656d BGB wäre daher zu erwarten, dass die Vorschrift des § 656c BGB den praktischen Regelfall darstellen und § 656d BGB kaum zur Anwendung kommen würde. Insofern ist anzunehmen, dass sich der Gesetzgeber hier unpräzise ausgedrückt hat und nicht *jegliche* Art von Vertrags-

¹⁰⁴⁴ Nicht in Betracht kommt jedenfalls aufgrund der Vergütungspflicht ein Dienstvertrag gemäß § 611 Absatz 1 BGB, ebensowenig ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 Absatz 1 BGB. Denkbar wäre jedoch ein Auftrag gemäß § 662, der zwar eine Pflicht zum Tätigwerden begründet, diese jedoch unentgeltlich erfolgt. Ebenso kommt ein unentgeltlicher Vertrag *sui generis* in Betracht.

¹⁰⁴⁵ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁴⁶ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (909).

verhältnis mit der anderen Hauptvertragspartei ausschließen wollte, sondern in Abgrenzung zu § 656c BGB nur solche Vertragsverhältnisse meinte, die ebenfalls eine *originäre* Provisionspflicht der anderen Hauptvertragspartei gegenüber dem Grundstücksmakler begründen würden.

b) Zahlungsnachweis nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB

Zunächst ist in praxi grundsätzlich zu erwarten, dass Grundstücksmakler alles daransetzen werden, die Vermarktung einer Immobilie nicht innerhalb des Anwendungsbereichs des § 656d BGB vorzunehmen. Ausgehend vom praktischen Fall, dass der Makler nur mit dem Verkäufer eine Maklerprovision vereinbart und dieser einen Teil der Provisionspflicht auf den Käufer abwälzt, ist es in vielen Fällen so, dass der Verkäufer die Maklerprovision erst leistet, nachdem er seinerseits den Kaufpreis vom Käufer erhalten hat, insbesondere, weil er überhaupt nicht über die entsprechenden Barmittel verfügt, um seine Provisionspflicht früher zu erfüllen. Der Käufer ist daher erst dann seinerseits verpflichtet, den auf ihn entfallenden Provisionsteil zu zahlen, wenn er den Kaufpreis für die Immobilie gezahlt hat, der Verkäufer seiner Provisionsverpflichtung nachgekommen ist und ein entsprechender Nachweis hierüber vorgelegt wird, § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB. Diese Wartezeit werden Grundstücksmakler vermeiden wollen.

Überdies lässt der Widerruf des provisionspflichtigen Maklervertrages die Pflicht des Verbrauchers zur Zahlung der Maklerprovision entfallen, § 357 Absatz 1 BGB. Dadurch könnte auch die Pflicht der anderen Hauptvertragspartei nicht mehr bestehen, den mit ihr zuvor verabredeten Teil der Maklerprovision zu zahlen, der nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB freilich nicht mehr als 50% der Gesamtprovision betragen darf.¹⁰⁴⁷ Der Wortlaut von § 656d Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB lässt zunächst darauf schließen, dass der Verbraucherwideruf des Maklervertrages auch die Teilzahlungspflicht der anderen Hauptvertragspartei entfallen lässt. Nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB ist nämlich erforderlich, dass die Partei, die den Maklervertrag geschlossen hat, *zur Zahlung des Maklerlohns in gleicher Höhe verpflichtet bleibt*. Diese Pflicht zur Zahlung entfällt aber dann, wenn der Maklervertragspartner aufgrund des Verbraucherwiderrufs nicht mehr zur Zahlung der Maklercourtage verpflichtet ist bzw. eine bereits geleistete Maklerprovision zurückverlangen kann. Zudem ist der Anspruch gegen die andere Hauptvertragspartei nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB erst dann fällig, *wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, ihrer Verpflichtung zur*

¹⁰⁴⁷ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist und sie oder der Makler einen Nachweis hierüber erbringt. Ein solcher Nachweis wird jedoch gar nicht erbracht, sofern der Widerruf des Maklervertrages vor Leistung der Maklerprovision erfolgt; überdies wird der Zahlungsnachweis auch dann nachträglich unwirksam, sofern eine bereits geleistete Maklerprovision aufgrund des Widerrufs des Verbrauchers zurückgefordert wird. Insofern gibt der Wortlaut der Vorschrift einen Hinweis darauf, dass der Widerruf des Maklervertrages auch auf die Zahlungspflicht der anderen Hauptvertragspartei durchgreift und deren Pflicht zur Zahlung der Maklerprovision entfallen lässt.¹⁰⁴⁸

c) *Verpflichtung der anderen Hauptvertragspartei*

§ 656d BGB trifft keine Regelung darüber, *wer* die Vereinbarung über die Zahlung oder Erstattung der Maklerprovision mit der Hauptvertragspartei schließt, die *nicht* maklervertraglich gebunden ist. Der Maklervertragspartner kann daher einerseits selbst eine Abrede mit der anderen Hauptvertragspartei treffen, andererseits steht es auch dem Makler frei, seinerseits einen Vertrag mit der Hauptvertragspartei zu schließen, die nicht Maklervertragspartner ist.¹⁰⁴⁹ Es darf sich dabei freilich nicht um einen Maklervertrag handeln. Andernfalls ist der Anwendungsbereich des § 656d BGB nicht eröffnet.¹⁰⁵⁰ In beiden Fällen muss der *Maklervertragspartner* jedoch verpflichtet bleiben, mindestens die Hälfte der vereinbarten Gesamt-Maklerprovision zu zahlen.¹⁰⁵¹ Ein Schuldbeitritt ist daher nicht möglich, weil § 656d BGB eine Gesamtschuldnerschaft gemäß § 421 Absatz 1 Satz 1 BGB, wonach der Grundstücksmakler auch die Hauptvertragspartei *in voller Höhe* in Anspruch nehmen kann, die nicht Maklervertragspartei ist, ausschließt.¹⁰⁵² Andernfalls bestünde entgegen des ausdrücklichen Telos des neuen Maklerrechts, Käufer zu schützen, weiterhin die Möglichkeit, die verhandlungsschwächere Haupt-

¹⁰⁴⁸ Grundlegend zur Durchgriffswirkung bei § 656d BGB s. *Wistokat*, NZM 2021, 905 (911).

¹⁰⁴⁹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁵⁰ Dann nämlich ist der paritätische Halbteilungsgrundsatz des § 656c BGB zu beachten, *Fischer*, NJW 2020, 3553 (3556).

¹⁰⁵¹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁵² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 04.09.2019 über den Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, S. 18.

vertragspartei auf Zahlung der gesamten Maklerprovision in voller Höhe in Anspruch zu nehmen. Das soll aber zukünftig ausgeschlossen sein.

Um die Rechtsfolgen des Verbraucherwiderrufs für die andere Hauptvertragspartei einordnen zu können, ist zwischen den verschiedenen in Betracht kommenden Vertragskonstruktionen zu unterscheiden, die auch diese Partei zur Zahlung eines Teils des Maklerlohns verpflichtet. Als rechtliche Instrumente kommen nach den Gesetzesmaterialien ein Vertrag zugunsten Dritter, eine Erfüllungsübernahme, eine Freistellung oder eine Schuldübernahme in Betracht.¹⁰⁵³ Grundsätzlich unterfallen aber Abwälzungsfälle der Pflicht zur notariellen Beurkundung, da die (teilweise) Übernahme der Provisionspflicht eine Gegenleistung im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses darstellt und somit von der Regelung des § 311b Absatz 1 BGB erfasst wird.¹⁰⁵⁴

aa) Vertrag zugunsten Dritter

Die Hauptvertragsparteien können im Hinblick auf den Provisionsteil, der nicht vom Maklervertragspartner zu leisten sein soll, mittels einer Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, einen echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB¹⁰⁵⁵ schließen. Der Grundstücksmakler erhält dadurch einen eigenen und unmittelbaren Leistungsanspruch auch gegen die andere Hauptvertragspartei.¹⁰⁵⁶ Macht der Maklervertragspartner jedoch von seinem Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB Gebrauch, entfällt im Valutaverhältnis gemäß § 357 Absatz 1 BGB die ursprüngliche Grundlage für den Provisionsanspruch. Der Maklervertragspartner ist dann nicht mehr verpflichtet, die mit dem Makler vereinbarte Maklerprovision zu zahlen, eine bereits geleistete Provisionszahlung ist zurückzuerstatten. Dies müsste auch zum Verlust des Anspruchs gegen die andere Hauptvertragspartei führen. Eine Vereinbarung, die auch die andere

¹⁰⁵³ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁵⁴ *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (770); BeckNotar-HdB/*Krauß*, § 1 Rn. 472; *Grziwotz*, MDR 2004, 61 (62).

¹⁰⁵⁵ BGH NJW 1998, 1552 f.; BGH MittBayNot 1997, 97 ff. = NJW 1996, 654 = BB 1996, 395 = ZIP 1996, 424 = MittRhNotK 1996, 320 ff.; vgl. auch BGH NJW 1986, 1165 f.; BGH NJW 1991, 168; BGH NJW 1977, 582 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1526 (1527); OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 151 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1995, 233 f.; OLG Celle MittBayNot 1986, 13; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 1986, 1176 f.; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1202 f.; LG Berlin NZM 1999, 323 (324).

¹⁰⁵⁶ *Looschelders*, § 51 Rn. 2; BeckOK BGB/*Janoschek*, BGB § 328 Rn. 16.

Hauptvertragspartei verpflichtet, einen Teil der Maklerprovision zu zahlen, ist nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB nämlich nur dann wirksam, wenn die ursprüngliche Maklervertragspartei mindestens in gleicher Höhe verpflichtet *bleibt*. § 656d BGB verfolgt den Zweck, zukünftig auszuschließen, dass der Grundstücksmakler von einer anderen Partei als seinem Vertragspartner die Maklerprovision in voller Höhe verlangen kann.¹⁰⁵⁷ Um dieser Absicht des Gesetzgebers zu entsprechen, ist die Formulierung „*bleibt*“ in § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB also nicht nur *konditional* zu verstehen, sondern setzt auch in *zeitlicher* Hinsicht eine fortdauernde Provisionsverpflichtung des Maklervertragspartners voraus, die im Nachhinein nicht entfallen darf. Hinzu kommt, dass der Anspruch gegen die nicht maklervertraglich gebundene Partei erst dann nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB fällig wird, wenn die mittels Maklervertrag verpflichtete Partei oder der Makler selbst nachweist, dass die originäre Provisionsverpflichtung erfüllt wurde.¹⁰⁵⁸ Diese Regelung ist nur dann effizient, wenn der Nachweis nicht nur temporär erbracht wird, sondern von dauerhafter Wirkung ist.

Die Regelung des § 328 Absatz 1 BGB steht der von § 656d BGB beabsichtigten Durchgriffswirkung jedoch entgegen. Entfällt nämlich im Anwendungsbereich des § 328 Absatz 1 BGB der Rechtsgrund im Valutaverhältnis, berührt dies nicht automatisch das Verhältnis zwischen dem Grundstücksmakler und der anderen Hauptvertragspartei (Vollzugsverhältnis).¹⁰⁵⁹ Zudem sind auch das Deckungs- und das Valutaverhältnis grundsätzlich unabhängig voneinander.¹⁰⁶⁰ Die andere Hauptvertragspartei kann daher keine Einwendungen¹⁰⁶¹ aus dem zwischen dem Makler und der provisionspflichtigen Hauptvertragspartei bestehenden Maklervertrag (Valutaverhältnis) herleiten und die Zahlung seines Provisionsanteils gegenüber dem Makler verwei-

¹⁰⁵⁷ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁵⁸ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁵⁹ So Grüneberg/Grüneberg, Einf vor § 328 BGB Rn. 4: *Mängel des Zuwendungsverhältnisses lassen die Wirksamkeit des Vertrages zugunsten Dritter unberührt*. Ebenso auch BeckOK BGB/Janoschek, BGB § 328 Rn. 8: *Dagegen wird die Verpflichtung des Versprechenden zur Leistung an den Dritten durch das Fehlen eines Rechtsgrundes im Valutaverhältnis nicht berührt*.

¹⁰⁶⁰ Staudinger/Klump (2020), § 328 Rn. 18; Jauernig/Stadler, § 328 Rn. 10; Grüneberg/Grüneberg, Einf v § 328 Rn. 4; Jousen, Rn. 1174; zur Struktur Westermann/Bydlinski/Arnold, Rn. 1138 ff.; vgl. BGHZ 128, 125 (132) = NJW 1995, 1082 (1084).

¹⁰⁶¹ Beim Verbraucherwiderrufsrecht handelt es sich um eine rechtsvernichtende Einwendung. Vgl. Würdinger, NZM 2017, 545 (549); Bülow/Artz, Rn. 118 ff.

gern.¹⁰⁶² Sie kann sich insbesondere auch nicht auf die Rechte des § 334 BGB berufen. Die Vorschrift findet nämlich nur dann Anwendung, sofern sich die Einrede aus dem Deckungsverhältnis zwischen den Hauptvertragsparteien ergibt.¹⁰⁶³ Das ist jedoch nicht der Fall, weil der Widerruf (des Maklervertrages) das Hauptvertragsverhältnis (Kaufvertrag) zwischen Käufer und Verkäufer unberührt lässt und ausschließlich den Maklervertrag zwischen der provisionspflichtigen Hauptvertragspartei und dem Grundstücksmakler betrifft.¹⁰⁶⁴

Der Mechanismus des § 328 Absatz 1 BGB schließt eine Durchgriffswirkung zugunsten der nicht maklervertraglich verpflichteten Partei auch deswegen aus, weil der hieraus resultierende Anspruch *unabhängig* von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB besteht.¹⁰⁶⁵ Der Widerruf des provisionspflichtigen Maklervertrages gemäß § 652 Absatz 1 BGB berührt einen Provisionsanspruch, der aus einer Maklerklausel als Vertrag zugunsten Dritter resultiert, gerade nicht.¹⁰⁶⁶ Abschließend ist daher festzuhalten, dass die teilweise Abwälzung der Provisionspflicht auf die andere Hauptvertragspartei mittels eines Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB der ausdrücklichen Regelung des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB, wonach der Maklervertragspartner die Provision mindestens in gleicher Höhe leisten soll, entgegensteht, da die andere Hauptvertragspartei hierdurch auch dann zur Zahlung der Provision verpflichtet bleibt, wenn die maklervertraglich verpflichtete Hauptvertragspartei den Widerruf des Maklervertrages erklärt. Das Konstrukt des § 328 Absatz 1 BGB ist daher, wie auch der Schuldbeitritt, nicht mit dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der in § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck kommt, in Einklang zu bringen und verhindert die darin beabsichtigte Durchgriffswirkung zugunsten der anderen Hauptvertragspartei. Auch die Fälligkeitsregelung des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB bietet innerhalb dieses Konstrukts keinen ausreichenden Verbraucherschutz.

¹⁰⁶² BeckOK BGB/*Janoschek*, BGB § 328 Rn. 8; *Althammer*, ZfIR 2012, 765 (767).

¹⁰⁶³ BeckOK BGB/*Janoschek*, BGB § 334 Rn. 2.

¹⁰⁶⁴ So auch *Staudinger/Klumpp* (2020), § 328 Rn. 18, wonach der Wegfall eines Rechtsgrundes im Valutaverhältnis das Deckungsverhältnis grundsätzlich unberührt lässt.

¹⁰⁶⁵ *Althammer*, S. 78 unter Verweis auf OLG Hamburg MDR 1997, 819 (820); OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081; OLG Hamm BB 1995, 2287; OLG Hamburg MDR 1978, 403; zustimmend *Gernhuber*, S. 485, Rn. 70; *Staudinger/Klumpp* (2020), § 328 Rn. 293; a.A. *Leitmeier*, DnotZ 2019, 648 (652).

¹⁰⁶⁶ Zur Wirkung der konstitutiven Maklerklausel s. auch Kapitel B.XIII.3.a)bb).

bb) Erfüllungsübernahme und Freistellung

Neben einem echten Vertrag zugunsten Dritter kommt auch eine Erfüllungsübernahme¹⁰⁶⁷ oder eine Freistellung¹⁰⁶⁸ durch die andere Hauptvertragspartei in Betracht.¹⁰⁶⁹ Bei einer Erfüllungsübernahme verspricht die andere Hauptvertragspartei ausschließlich dem Schuldner, den Gläubiger vereinbarungsgemäß zu befriedigen und dadurch von der Schuld zu befreien.¹⁰⁷⁰ Im Gegensatz zum echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB erhält der Gläubiger hier jedoch keinen eigenen Anspruch gegen die andere Hauptvertragspartei.¹⁰⁷¹ Der Grundstücksmakler kann daher nicht selbst einen Anspruch gegen die andere Hauptvertragspartei geltend machen.

Alternativ können der Maklervertragspartner und die andere Hauptvertragspartei auch eine Freistellungsvereinbarung treffen, die den Übernehmenden verpflichtet, den Schuldner in sonstiger Weise von einer Inanspruchnahme des Gläubigers freizustellen.¹⁰⁷² Jedoch auch eine solche Freistellungsvereinbarung begründet keinen eigenen Anspruch des Maklers gegen den Freistellenden.¹⁰⁷³ In beiden Fällen bleibt allein der ursprüngliche Maklervertragspartner gegenüber dem Makler verpflichtet; insbesondere erfolgt hier kein Schuldneraustausch, der im Übrigen einer Zustimmung seitens des Maklers bedürfte. Macht der Maklervertragspartner von seinem Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB Gebrauch und widerruft den provisionspflichtigen Maklervertrag, entfällt die Grundlage und damit einhergehend die Pflicht für die Erfüllungsübernahme bzw. Freistellung durch die andere Hauptvertragspartei. Der Widerruf des Maklervertrages wirkt dadurch auch zugunsten der anderen Hauptvertragspartei, die von der Pflicht zur Erfüllungsübernahme bzw. Freistellung befreit wird und daher keine Provision an den Grundstücksmakler leisten muss. Anders als bei der Teilabwälzung mittels eines Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB besteht hier auch keine weitere vertragliche Grundlage, die einen eigenen Anspruch des Maklers gegen die andere Hauptvertragspartei trotz Widerruf des Maklervertrages begründet.

¹⁰⁶⁷ OLG Düsseldorf, OLG-Report 1993, 172 (173); OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1081; OLG Hamm NJW-RR 1996, 627 f.

¹⁰⁶⁸ Vgl. auch den Sachverhalt in BGH NJW 2000, 282 ff.

¹⁰⁶⁹ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁷⁰ MüKoBGB/Gottwald, § 329 Rn. 1.

¹⁰⁷¹ OLG Koblenz NJW-RR 2004, 758; Grüneberg/Grüneberg, § 329 Rn. 1; Staudinger/Klump (2020), § 329 Rn. 2; Looschelders, § 51 Rn. 3.

¹⁰⁷² Vgl. BGH FamRZ 2009, 768.

¹⁰⁷³ Grüneberg/Grüneberg, § 329 Rn. 1.

cc) Schuldübernahme

Der Gesetzesentwurf¹⁰⁷⁴ sieht überdies die Möglichkeit einer Schuldübernahme¹⁰⁷⁵ durch die andere Hauptvertragspartei vor. Dogmatisch ist zwischen der privativen (befreienden) und der kumulativen (Schuldbeitritt) Schuldübernahme zu unterscheiden.¹⁰⁷⁶ Eine kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt) ist jedoch im Rahmen des § 656d BGB ausgeschlossen.¹⁰⁷⁷ Die Verpflichtung der anderen Hauptvertragspartei unter den Voraussetzungen des § 656d BGB kann daher nur über eine *befreiende* Schuldübernahme erfolgen. Diese kommt entweder durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer, § 414 BGB, oder zwischen Schuldner und Übernehmer, § 415 BGB, zustande. Vor dem Hintergrund, dass die Solvenz des Schuldners von wesentlicher Bedeutung für den Gläubiger ist, bedarf es für einen Schuldnerwechsel jedenfalls der Mitwirkung des Gläubigers.¹⁰⁷⁸ Dies ist für den Fall, dass der Schuldübernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer geschlossen wird, § 414 BGB, ohnehin sichergestellt, weil der Gläubiger Partei dieses Vertrages ist. Wird der Schuldübernahmevertrag hingegen zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer geschlossen, so hängt die Wirksamkeit dieses Vertrages von der Genehmigung des Gläubigers ab, § 415 Absatz 1 Satz 1 2. Halbsatz BGB.¹⁰⁷⁹ Der Übernehmer tritt jedenfalls an die Stelle des Schuldners, der dadurch von der Pflicht zur Leistung befreit wird.¹⁰⁸⁰ Der Gläubiger erhält, anders als bei der Erfüllungsübernahme, einen unmittelbaren Anspruch gegen den Übernehmer.¹⁰⁸¹ Die Verpflichtung geht damit zwar auf den Übernehmer über, er tritt aber im Übrigen nicht in die rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner ein, sodass

¹⁰⁷⁴ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁷⁵ BGH NJW 1986, 1165 (1166), erörtert von OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 106 f.; OLG Düsseldorf, OLG-Report 1993, 271 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1081; OLG Celle MittBayNot 1986, 13 ff.

¹⁰⁷⁶ *Looschelders*, § 53 Rn. 1.

¹⁰⁷⁷ Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Rundschreiben Nr. 05/20 der Bundesnotarkammer vom 04.12.2020 https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/rundschreiben/details?tx_bnotk_circulars%5Baction%5D=show&tx_bnotk_circulars%5Bcircular%5D=290&cHash=2a888cab433f2f8939064d2e33f45163 (Stand 09.12.2020).

¹⁰⁷⁸ *Looschelders*, § 53 Rn. 1; *MüKoBGB/Heinemeyer*, Vor § 414 Rn. 2.

¹⁰⁷⁹ S. hierzu auch *BeckOK BGB/Rohe*, BGB § 414 Rn. 8, wonach die Genehmigung nicht im technischen Sinne des § 184 BGB einzuordnen ist. Es genügt ebenfalls auch die vorherige Einwilligung gemäß § 183 BGB.

¹⁰⁸⁰ *Looschelders*, § 53 Rn. 12; OLG Köln WM 1992, 623.

¹⁰⁸¹ Vgl. *MüKoBGB/Heinemeyer*, Vor § 414 Rn. 25.

der bisherige Schuldner weiterhin Vertragspartei des Gläubigers bleibt.¹⁰⁸² Dies ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil der Übernehmer aus diesem Grund auch keine Gestaltungsrechte ausüben kann.¹⁰⁸³ Diese verbleiben beim bisherigen Schuldner.¹⁰⁸⁴ Eine entsprechende Anwendung des § 770 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht.¹⁰⁸⁵ Der Übernehmer kann daher nicht selbst ein möglicherweise bestehendes Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB geltend machen. Bittet der Übernehmer den Schuldner hingegen um die Ausübung des Widerrufsrechts und kommt der Schuldner dem nicht nach, sodass der Übernehmer aufgrund des ausbleibenden Verbraucherwiderrufs zur Zahlung des vom ihm übernommenen Teils der Maklerprovision verpflichtet bleibt, setzt sich der Schuldner ggfls. Schadensersatzansprüchen des Übernehmers aus.¹⁰⁸⁶

Macht der bisherige Schuldner von dem ihm noch zustehenden Gestaltungsrecht Gebrauch und übt den Verbraucherwiderruf des Maklervertrages gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB aus, erlischt auch die Pflicht des Übernehmers zur Zahlung des von diesem übernommenen Provisionsanteils. Die Wirkung der befreienden Schuldübernahme beschränkt sich nämlich allein auf die übernommene Verpflichtung.¹⁰⁸⁷ Die Verpflichtung bleibt hingegen inhaltlich identisch.¹⁰⁸⁸ Anders als beim Vertrag zugunsten Dritter besteht neben dem Maklervertrag gemäß § 652 Absatz 1 BGB kein weiteres Vertragsverhältnis. Der Widerruf des Maklervertrages durch den Schuldner führt daher auch hier dazu, dass der Übernehmer ebenfalls nicht mehr verpflichtet ist, die Maklerprovision an den Grundstücksmakler zu zahlen. Eine bereits geleistete Maklerprovision kann gemäß § 357 Absatz 1 BGB zurückgefordert werden. Im Übrigen richtig ist zwar der Hinweis, dass die befreiende Schuldübernahme gegenüber der maklervertraglich verpflichteten Partei des Hauptvertrages die Befreiung von einer Verbindlichkeit enthält, wenngleich die Fälligkeitsvoraussetzungen für einen Maklerprovisionsanspruch noch nicht

¹⁰⁸² *Looschelders*, § 53 Rn. 12.

¹⁰⁸³ *Looschelders*, § 53 Rn. 12 und 15.

¹⁰⁸⁴ *Looschelders*, § 53 Rn. 12; *MüKoBGB/Heinemeyer*, Vor § 414 Rn. 7, § 417 Rn. 5; *BeckOK BGB/Rohe*, BGB § 414 Rn. 21; *BeckOK BGB/Rohe*, BGB § 417 Rn. 5.

¹⁰⁸⁵ <https://ruessmann.jura.uni-saarland.de/bvr2006/Vorlesung/schulduebernahme.htm> (Stand: 07.03.2020).

¹⁰⁸⁶ S. auch *BeckOK BGB/Rohe*, BGB § 414 Rn. 25; BGHZ 72, 246, 249 ff. = NJW 1979, 157, wonach sich der Ausgleich zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Dritten nach den internen Rechtsbeziehungen richtet.

¹⁰⁸⁷ *BeckOK BGB/Rohe*, BGB § 414 Rn. 21.

¹⁰⁸⁸ *BeckOK BGB/Rohe*, BGB § 414 Rn. 21; BGHZ 58, 251, 254 f. = NJW 1972, 939; OLG Köln WM 1992, 622 (623); *MüKoBGB/Heinemeyer*, Vor § 414 Rn. 6 m. w. N.

bestehen.¹⁰⁸⁹ Die Fälligkeitsregelung des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB schützt den Verbraucher hier, anders als bei einem Vertrag zugunsten Dritter oder einem Schuldbeitritt, umfassend.

d) Durchgriffswirkung bei § 656d BGB

Anders als innerhalb des Anwendungsbereichs des § 656c BGB befreit der Verbraucherwiderruf des Maklervertrags im Anwendungsbereich des § 656d BGB grundsätzlich auch die andere Hauptvertragspartei von der Pflicht, den von ihr übernommenen Teil der Maklerprovision leisten zu müssen.¹⁰⁹⁰ Maßgeblich ist zunächst, dass innerhalb des § 656d BGB nur eine Hauptvertragspartei maklervertraglich zur Provisionszahlung verpflichtet ist. Die Verpflichtung auch der anderen Hauptvertragspartei hat ihren Ursprung allein in diesem Maklervertragsverhältnis, sodass eine deutlich engere Konnexität besteht und sich die Ausgangssituation dadurch maßgeblich von der des § 656c BGB unterscheidet, wo beide Hauptvertragsparteien durch zwei voneinander unabhängige provisionspflichtige Maklerverträge gegenüber dem Grundstücksmakler verpflichtet sind.¹⁰⁹¹ Im Anwendungsbereich des § 656d BGB besteht hingegen eine Art Über-Unterordnungsverhältnis: Ohne den originären Maklervertrag mit einer Hauptvertragspartei ist eine Teilabwälzung der Maklerprovision auf die andere Hauptvertragspartei ausgeschlossen.¹⁰⁹² Diese Rangordnung kommt auch durch die Fälligkeitsregelung des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck.¹⁰⁹³

Nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB soll der originäre Maklervertragspartner auch in dem Fall, dass eine Teilabwälzung der Provisionspflicht auf die andere Hauptvertragspartei erfolgt, mindestens in gleicher Höhe zur Zahlung des Maklerlohns verpflichtet *bleiben*.

Daher eignet sich der vom Gesetzgeber angeregte Mechanismus, wonach eine Teilabwälzung der Provision mittels eines Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB möglich sein soll, nicht, um dem Gesetzeszweck zu entsprechen. Denn hierdurch entsteht ein eigener und separater Anspruch

¹⁰⁸⁹ Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, Rundschreiben Nr. 05/20 der Bundesnotarkammer vom 04.12.2020 https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/rundschreiben/details?tx_bnotk_circulars%5Baction%5D=show&tx_bnotk_circulars%5Bcircular%5D=290&cHash=2a888cab433f2f8939064d2e33f45163 (Stand 09.12.2020).

¹⁰⁹⁰ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (911).

¹⁰⁹¹ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (911).

¹⁰⁹² *Wistokat*, NZM 2021, 905 (911).

¹⁰⁹³ *Wistokat*, NZM 2021, 905 (912).

des Grundstücksmaklers unabhängig von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB, sodass die andere Hauptvertragspartei auch dann weiterhin zur teilweisen Leistung der Maklerprovision verpflichtet bliebe, wenn der originäre Maklervertrag widerrufen wird.¹⁰⁹⁴ Dadurch hätte der Vertrag zugunsten Dritter eine vergleichbare Rechtsfolgenwirkung wie ein Schuldbeitritt, den der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich ausschließt.¹⁰⁹⁵ Während der Schuldbeitritt eine Gesamtschuld der Hauptvertragsparteien gemäß § 421 BGB begründet, sodass der Makler entgegen § 656d BGB auch die nicht durch den Maklervertrag verpflichtete Hauptvertragspartei in voller Höhe auf Zahlung der Provision in Anspruch nehmen könnte, ermöglichte es der Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB, von der anderen Hauptvertragspartei immerhin bis zur Hälfte der Gesamtprovision zu fordern, selbst wenn die Verpflichtung aus dem originären Maklervertragsverhältnis wegen des Verbraucher Widerrufs entgegen dem Wortlaut des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB nicht mehr bestünde.¹⁰⁹⁶ Dadurch würde eine Durchgriffswirkung des Verbraucher Widerrufs zugunsten der anderen Hauptvertragspartei ausgeschlossen. Eine Teilabwälzung der Maklerprovision mittels eines Vertrages zugunsten Dritter ist daher mit dem Gesetzeszweck des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB ebenso wie ein Schuldbeitritt nicht in Einklang zu bringen.

Andererseits gilt es aber zu beachten, dass die partielle Abwälzung der Provisionspflicht auf die andere Partei des Hauptvertrages zwingend der notariellen Beurkundung bedarf, da die (teilweise) Übernahme der Provisionsverpflichtung Teil der Gegenleistung der anderen Hauptvertragspartei ist.¹⁰⁹⁷

Dem Gesetzgeber ist daher anzuraten, im Anwendungsbereich des § 656d BGB die Teilabwälzung der Maklerprovision mittels eines Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB ebenso wie eine Gesamtschuldnerschaft gemäß § 421 BGB auszuschließen, jedoch klarzustellen, dass die Ab-

¹⁰⁹⁴ Anderes gilt nur dann, wenn man der Auffassung folgt, wonach ein Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers aufgrund eines Vertrages zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB nicht besteht, sofern nicht zugleich die Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB erfüllt sind, s. dazu oben Kapitel B.XIII.3.a)ee)(2).

¹⁰⁹⁵ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁹⁶ Insofern hätte ein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB sogar noch eine weitreichendere Wirkung als ein Schuldbeitritt. Der Widerruf des Maklervertrages könnte nämlich in entsprechender Anwendung des § 423 BGB auch zugunsten des der Schuld Beitretenden wirken und dessen Provisionsverpflichtung entfallen lassen. Eine solche Durchgriffswirkung schließt § 328 Absatz 1 BGB hingegen aus.

¹⁰⁹⁷ *Althammer*, S. 113, 114.

wälzung der Maklerprovision durch andere vertragliche Mechanismen grundsätzlich der notariellen Form bedarf.

Die übrigen vom Gesetzgeber¹⁰⁹⁸ vorgeschlagenen Mechanismen¹⁰⁹⁹, auch die andere Hauptvertragspartei anteilig zur Zahlung der Maklerprovision zu verpflichten, begründen hingegen, anders als der Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB, keinen neuen, von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB unabhängigen Schuldgrund gegenüber dem Grundstücksmakler. Dadurch wird sichergestellt, dass der Widerruf des Maklervertrages auch die andere Hauptvertragspartei von der Pflicht, den von ihr übernommenen Provisionsanteil leisten zu müssen, befreit. Eine effektive Durchsetzung des Gesetzeszwecks ist damit sichergestellt. Denn § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass die maklervertraglich gebundene Hauptvertragspartei mindestens in gleicher Höhe zur Zahlung des Maklerlohns verpflichtet bleibt und diese Pflicht nicht im Nachhinein wieder entfällt. Erlischt sodann die Provisionsverpflichtung aufgrund des Widerrufs des Maklervertrages gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB, entfaltet der Widerruf des Maklervertrages auch Durchgriffswirkung zugunsten der anderen Hauptvertragspartei und befreit diese ebenso von der Pflicht zur Leistung des übernommenen Provisionsanteils.

Der Verweis in § 656d Absatz 2 BGB, wonach § 656c Absatz 1 Satz 3 und 4 BGB entsprechend gilt, schließt eine Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs im Anwendungsbereich des § 656d BGB ebenfalls nicht aus. Wengleich im Anwendungsbereich des § 656c BGB eine Durchgriffswirkung des Verbraucherwiderrufs abgelehnt wurde, erfordert ein effektiver Verbraucherschutz im Regelungsbereich des § 656d BGB hingegen, die Hauptvertragspartei, die mit dem Makler überhaupt nicht maklervertraglich verbunden ist, vor der Pflicht einer (teilweisen) Provisionszahlung zu schützen, wenn sogar der *originäre* Maklervertragspartner aufgrund des Verbraucherwiderrufs von der Pflicht zur Provisionszahlung befreit wird. So findet § 656d Absatz 2 BGB ohnehin nur sekundär Anwendung, sofern eine effektive Durchsetzung der verbraucherschützenden Regelung des § 656d Absatz 1 BGB gefährdet ist.

¹⁰⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser, BT-Drs. 19/15827 S. 18.

¹⁰⁹⁹ Erfüllungsübernahme, Freistellungsvereinbarung und Schuldübernahme.

C. Schlussbetrachtung und Ergebnisse

Die Anwendung des Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB auf den Abschluss eines Online-Maklervertrages ist entgegen der ganz herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung abzulehnen. Verbraucher werden bereits aufgrund der Erfolgsabhängigkeit des Maklerprovisionsanspruchs gemäß § 652 Absatz 1 BGB ausreichend und umfassend geschützt.¹ Auch das Dreiecksverhältnis zwischen Käufer, Verkäufer und Makler spricht gegen ein Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes, da die aus einem Widerruf des Maklervertrages resultierenden Rechtsfolgen den Hauptvertrag unberührt lassen und den Makler dadurch unangemessen stark benachteiligen.²

I. Entwicklung des Widerrufsrechts bei Abschluss des Maklervertrages

1. Diskussion um die Anwendbarkeit des Verbraucherwiderrufsrechts

Zunächst war lange umstritten, ob das Verbraucherwiderrufsrecht überhaupt Anwendung auf den Abschluss des Maklervertrages findet, sofern dieser im Wege des Fernabsatzes oder außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten (zuvor sog. *Haustürgeschäft*) zustande kommt. Literatur und Rechtsprechung haben sich kontrovers mit der Fragestellung befasst, wobei von Beginn an eine grundsätzliche Tendenz für die Anwendbarkeit des Verbraucherwiderrufsrechts erkennbar war.³ Der Schwerpunkt der Diskussion lag darin, ob es sich beim Grundstücksmaklervertrag um einen Dienstleistungsvertrag handelt, da dies nach altem Recht eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Verbrauchwiderrufsrechts war.⁴

¹ Kapitel B.XI.7.a).

² Kapitel B.XI.7.b).

³ Kapitel B.II.3.

⁴ Kapitel B.II.1.

2. Grundsätzliche Entscheidung für ein Widerrufsrecht

Der Bundesgerichtshof beendete die Debatte durch zwei Urteile und entschied, dass Maklerverträge als Dienstleistungsverträge einzuordnen sind.⁵ Daher unterliegen auch solche Maklervertragsverhältnisse, die vor dem 13.06.2014 geschlossen wurden, dem Verbraucherwiderrufsrecht.⁶

Für Maklerverträge, die seit dem 13.06.2014 geschlossen werden, wird die Anwendung des Verbraucherwiderrufsrechts aufgrund der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU in deutsches Recht mit Wirkung zum 13.06.2014 unter Verweis auf Artikel 2 Nr. 6 VRRl und Erwägungsgrund 26 a. E. VRRl fast durchweg bejaht.⁷

3. Kritik

Überzeugend ist die Befürwortung eines Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss eines Online-Maklervertrages aber bereits deshalb nicht, weil erfolgsabhängige Maklerverträge gemäß § 652 Absatz 1 BGB von der bisherigen Begriffsbestimmung des Artikel 2 Nr. 6 VRRl nicht erfasst werden.⁸ Die Regelung erfasste nach ihrem Wortlaut bis zur Änderung durch die Richtlinie 2019/2161/EU nämlich nur solche Vertragsverhältnisse, die eine Tätigkeitsvergütung („*hierfür*“) vorsahen, unabhängig eines aufgrund der Tätigkeit eintretenden *Erfolges*.⁹

II. Differenzierung der Maklervertragsverhältnisse

1. Abgrenzung von Käufer- und Verkäufermaklervertrag

Daneben ist auch eine pauschale Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB auf sämtliche Arten von Online-Maklerverträgen abzulehnen.¹⁰ Erforderlich ist vielmehr eine Differenzierung nach dem Pflichtenkanon des konkreten Maklervertragsverhältnisses.¹¹ Danach zeigt sich, dass sich Rechtsprechung und Literatur zwar fast ausschließlich mit Fällen des Verbraucherwiderrufs durch *Käufer* beschäftigen, die maklervertraglich gebunden sind, tatsächlich aber regelmäßig nur Verkäufer durch

⁵ Kapitel B.II.3.d).

⁶ Kapitel B.II.3.d).

⁷ Kapitel B.IV.

⁸ Kapitel B.IV.2.

⁹ Kapitel B.IV.2.

¹⁰ Kapitel B.VII.2.b).

¹¹ Kapitel B.VII.2.b).

Pflichten, die aus einem (Qualifizierten) Makleralleinauftrag resultieren, in ihren Rechten besonders eingeschränkt werden und ein Recht zum Verbraucherwiderruf nahelegen. Allerdings korrespondieren die besonderen Pflichten des Verkäufers aus einem solchen (Qualifizierten) Alleinauftrag auch mit solchen des Maklers, der hier insbesondere zum Tätigwerden verpflichtet ist. Das sorgt für einen gerechten Interessensausgleich zwischen den Maklervertragsparteien, sodass ein Widerrufsrecht zum Schutz des Verbrauchers im Ergebnis auch hier nicht erforderlich ist.¹²

Andere Maklervertragsverhältnisse, die insbesondere auf Käuferseite geschlossen werden, erfordern schon aufgrund der Erfolgsabhängigkeit des Provisionsanspruchs gemäß § 652 Absatz 1 BGB keinen darüber hinaus gehenden besonderen Schutz durch ein Verbraucherwiderrufsrecht.

2. Gegenleistung durch Preisgabe von Daten

Neben der Differenzierung von Käufer- und Verkäufermaklerverträgen ist ebenso von besonderer praktischer Relevanz, ob auch solche Maklervertragsverhältnisse den Regelungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB unterliegen, die zwar keine pekuniäre Zahlungspflicht des Verbrauchers gegenüber dem Makler vorsehen, § 312 Absatz 1 BGB, jedoch die Preisgabe von personen- und objektbezogenen Daten beinhalten.¹³ Von besonderer Bedeutung ist dabei die Regelung des § 312 Absatz 1a Satz 1 BGB. Hier gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass die Übermittlung entsprechender Daten zwingende Voraussetzung für die Erfüllung des Maklervertrages ist, sodass Maklervertragsverhältnisse, die keine Vergütung in Geld beinhalten, nicht dem Verbraucherwiderrufsrecht unterliegen, § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB.¹⁴ Das gilt im Ergebnis auch unabhängig davon, ob es sich um ein Maklervertragsverhältnis mit der Käufer- oder mit der Verkäuferseite handelt. Findet hingegen eine Zweckänderung statt und verwendet der Makler die personenbezogenen Daten nicht ausschließlich zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem Maklervertrag, sondern z. B. auch für anderweitige Werbemaßnahmen, findet die Ausnahmeregelung des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB keine Anwendung.¹⁵ Der Verbraucher kann sich dann auf ein Verbraucherwiderrufsrecht nach den Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB berufen.

¹² Kapitel B.VII.2.b)cc).

¹³ Kapitel B.VII.3.b).

¹⁴ Kapitel B.VII.3.b).

¹⁵ Kapitel B.VII.3.b)bb).

III. Auswirkungen in der Praxis

1. Maklerverträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Der digitalisierte Maklervertragsabschluss im Rahmen des Fernabsatzes gemäß § 312c BGB führt zunächst dazu, dass Grundstücksmakler die Regelungen der §§ 312i und 312j BGB zu beachten haben.¹⁶ Wenngleich die Pflicht zur Nutzung eines sog. „zahlungspflichtig bestellen“-Button bei Abschluss eines Online-Maklervertrages beim Verbraucher nur Unverständnis hervorrufen wird, da dieser zwangsläufig davon ausgehen muss, bereits durch Inanspruchnahme von Maklerleistungen unabhängig von einem Hauptvertragsabschluss zahlungspflichtig zu sein, ist nach derzeitiger Rechtslage der Anwendungsbereich dieser Vorschriften bei Abschluss eines Online-Maklervertrages eröffnet.¹⁷ Die Pflicht zur Nutzung einer solchen Schaltfläche ist aber kategorisch abzulehnen, da sie für Verbraucher im Kontext zum erfolgsabhängigen Maklerrecht überhaupt nicht plausibel erscheint und insbesondere klarstellende Erklärungen hierzu ausgeschlossen sind. Tatsache ist, dass kaum ein Grundstücksmakler in Deutschland eine entsprechende Schaltfläche bei Abschluss eines Online-Maklervertrages nutzt, sodass regelmäßig bereits kein wirksames Online-Maklervertragsverhältnis zustande kommt, § 312j Absatz 4 BGB.¹⁸

2. Änderung der Maklerprovision

Die nachträgliche Änderung der Maklerprovisionshöhe konfrontiert den Grundstücksmakler mit hoch komplexen Rechtsfragen, ob und wie eine ordnungsgemäße Verbraucherwiderrufsbelehrung zu erfolgen hat und führt letztlich zu einem äußerst unbefriedigenden Ergebnis. Der Makler ist hier derzeit nämlich nicht nur verpflichtet, unter den Voraussetzungen der §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB erneut über das Widerrufsrecht zu belehren, sondern läuft im Falle des Widerrufs Gefahr, seinen gesamten Provisionsanspruch zu verlieren.¹⁹ Allein über die Regelung des § 242 BGB können vernünftige Korrekturen vorgenommen und angemessene Ergebnisse erzielt werden.²⁰ Der Widerruf des Maklervertrages ist insbesondere dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Makler dem Verbraucher zu dessen Gunsten im Wege des

¹⁶ Kapitel B.XII.2.

¹⁷ Kapitel B.XII.1.c).

¹⁸ Kapitel B.XII.2.

¹⁹ Kapitel B.XIII.1.d)aa) und B.XIII.1.d)bb).

²⁰ Kapitel B.XIII.1.f).

Fernabsatzes eine Reduzierung der zuvor vereinbarten Maklerprovision gewährt.²¹

3. Änderung des Kaufpreises

Eine ähnliche Problematik stellt der Fall dar, dass der notariell beurkundete Kaufpreis für eine Immobilie derart vom ursprünglichen Angebotspreis des Immobilienmaklers abweicht, dass ein neuer Maklervertragsabschluss erforderlich wird, weil ein Provisionsanspruch andernfalls mangels erforderlicher Identität nicht mehr besteht oder mindestens gefährdet ist.²² Auch hier ist der Grundstücksmakler gezwungen, über das Verbraucherwiderrufsrecht zu belehren, sofern der Maklervertrag als Fernabsatzvertrag zustande kommt. Da es sich hier aber um ein wirtschaftlich neues Angebot handelt, kann das Recht zum Widerruf immerhin durch § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB vorzeitig zu Fall gebracht werden.²³ Bei dieser Vorschrift handelt es sich nicht nur an dieser Stelle um eine der zentralen Normen zur Absicherung des Provisionsanspruchs.²⁴

4. Schutz durch Maklerklausel

Allein die Aufnahme einer Maklerklausel in den notariellen Grundstückskaufvertrag schützt nicht vor dem Widerruf des Maklervertrages. Die Problemstellung ist mit der Wirkung von Maklerklauseln in Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung vergleichbar, wenn auch nicht identisch: Während aufgrund einer Verflechtungssituation ein Provisionsanspruch gemäß § 652 Absatz 1 BGB erst gar nicht entsteht, kommt ein Provisionsanspruch hingegen auch dann rechtswirksam zustande, wenn der Makler den Verbraucher nicht oder nicht ordnungsgemäß über das Verbraucherwiderrufsrecht gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB belehrt. Es droht allenfalls der Widerruf des Maklervertrages innerhalb der Frist des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB. In beiden Fällen ist jedoch zu klären, ob die Aufnahme einer Maklerklausel den Provisionsanspruch des Maklers effektiv absichert.²⁵

Für die Fälle der wirtschaftlichen Verflechtung wird vertreten, dass allein die Aufnahme einer Maklerklausel als Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Absatz 1 BGB einen Provisionsanspruch begründet. Andere Stimmen fordern

²¹ Kapitel B.XIII.1.f).

²² Kapitel B.XIII.2.b).

²³ Kapitel B.XIII.2.c).

²⁴ Kapitel B.XI.1.b)bb).

²⁵ Kapitel B.XIII.3.a)dd)(2).

eine vorherige Aufklärung des Verbrauchers über den tatsächlichen Umstand, dass eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem Makler und der Hauptvertragspartei besteht. Darüber hinaus verlangen einige, dass nicht nur eine Aufklärung über die tatsächlichen Umstände der Verflechtung zu erfolgen hat, sondern auch über die Rechtsfolgen, die daraus resultieren. Der Verbraucher soll danach in Kenntnis gesetzt werden, dass ein Provisionsanspruch aufgrund der bestehenden wirtschaftlichen Verflechtung nicht besteht, jedoch durch die Maklerklausel begründet wird.²⁶

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage für den Fall eines noch bestehenden Verbraucherwiderrufsrechts bislang nicht überzeugend auseinandergesetzt. Vielmehr gilt es zu differenzieren:

Deklaratorische Maklerklauseln führen nur dann, ähnlich der Regelung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB, zum Verlust des Verbraucherwiderrufsrechts, wenn der Verbraucher Kenntnis von dem noch bestehenden Widerrufsrecht hinsichtlich des Maklervertrages hat und in *Kenntnis* dieses Umstands eine deklaratorische Maklerklausel in den Hauptvertrag aufgenommen wird.²⁷ Eine Aufklärung über die Rechtsfolgen ist jedoch nicht zu fordern. Hierfür spricht auch die Heranziehung des Wortlauts von § 356 Absatz 4 Nr. 2 c) BGB: Dort genügt ebenfalls die *Kenntnis*.²⁸

Konstitutive Maklerklauseln begründen hingegen zumeist einen eigenen Maklerprovisionsanspruch, unabhängig von einem außerhalb der Kaufvertragsurkunde bereits bestehenden Maklervertragsverhältnis. Der Verbraucherwiderruf eines zuvor geschlossenen Maklervertrages berührt den Provisionsanspruch, der aus der Maklerklausel heraus resultiert, daher nicht.²⁹ In dem Fall, dass es sich bei der Maklerklausel um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt, entsteht der Provisionsanspruch auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 652 Absatz 1 BGB. Insofern ist es Aufgabe des Notars, die hieraus verpflichtete Hauptvertragspartei grundsätzlich über die Rechtsfolgen und Wirkung einer solchen Maklerklausel aufzuklären.³⁰

5. Widerruf der Maklerklausel

Die Aufnahme einer deklaratorischen Maklerklausel in den Hauptvertrag führt nicht zur Pflicht des Maklers, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht ein-

²⁶ Kapitel B.XIII.3.a)dd)(1).

²⁷ Kapitel B.XIII.3.a)ee)(1).

²⁸ Kapitel B.XIII.3.a)ee)(3).

²⁹ Kapitel B.XIII.3.a)ee)(2).

³⁰ Kapitel B.XIII.3.a)ee)(4).

zuräumen, da sie kein eigenes Schuldverhältnis begründet, sondern lediglich Beweiswirkung entfaltet.³¹

Dem Verbraucher ist hingegen dann ein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen, sofern eine konstitutive Maklerklausel Eingang in den notariellen Grundstückskaufvertrag finden soll, die einen separaten Provisionsanspruch des Maklers begründet. Hier gilt es jedoch ebenfalls zu differenzieren:

Ein Verbraucherwiderrufsrecht besteht nämlich nicht bei solchen konstitutiven Maklerklauseln, die einen beurkundungspflichtigen Inhalt haben, § 312g Absatz 2 Satz 1 Nr. 13 1. Hs. BGB. Hintergrund ist, dass der Inhalt derartiger Klauseln regelmäßig Absprachen zwischen den Hauptvertragsparteien betrifft und der Grundstücksmakler daher nur mittelbar betroffen ist.³²

Anders liegt der Fall jedoch, sofern die konstitutive Maklerklausel einen Inhalt aufweist, der einer Beurkundungspflicht regelmäßig nicht unterliegt. Dem Verbraucher wäre dann zwingend ein Verbraucherwiderrufsrecht einzuräumen, um ihn vor einer überraschenden Provisionsverpflichtung im Rahmen des Hauptvertragsabschlusses zu schützen, da entsprechende Klauseln häufig auf Veranlassung und im Interesse des Maklers Eingang in die Kaufvertragsurkunde finden.³³

6. Kollision der verbraucherschützenden Fristen

Für den Fall, dass eine konstitutive Maklerklausel mit einem nicht beurkundungspflichtigen Inhalt Eingang in die Kaufvertragsurkunde finden soll, müsste der Makler nicht nur die Widerrufsfrist von 14 Tagen beachten, § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB. Vielmehr gilt es dann auch, die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu berücksichtigen.³⁴ Während die beurkundungsrechtliche Frist von zwei Wochen *vor* Hauptvertragsabschluss zu beachten ist, beginnt die Widerrufsfrist erst mit *Abschluss* des Hauptvertrages. Im Rahmen einer grundsätzlichen Wertung begründet die zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG einen effektiven, jedoch auch ausreichenden Verbraucherschutz. Darüber hinaus ist die Einräumung eines Verbraucherwiderrufsrechts nicht angezeigt. Diese grundsätzliche Entscheidung beruht auf dem Gedanken, dass Verbraucher effektiver über die wirtschaftlichen Folgen ihres Handelns geschützt werden, sofern ihnen *vor* Eingehung von vertraglichen Bindungen eine Überlegungsfrist eingeräumt wird, als ihnen lediglich die Möglichkeit einzuräumen, sich innerhalb einer

³¹ Kapitel B.XIII.3.b)bb).

³² Kapitel B.XIII.3.b)ii).

³³ Kapitel B.XIII.3.b)ii).

³⁴ Kapitel B.XIII.3.c)cc).

Frist von bereits eingegangenen Vertragspflichten wieder lösen zu können. Das Verbraucherwiderrufsrecht hat daher in diesem Fall hinter die verbraucher-schützenden Regelungen des Beurkundungsgesetzes zurückzutreten, um ein unnötiges *vierwöchiges Verbrauchersonderschutzrecht* zu vermeiden.³⁵

7. Bedeutung des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB

Die stark zunehmende Digitalisierung des Maklergeschäfts führt dazu, dass Makler über Online-Plattformen in sehr kurzer Zeit eine große Zahl von Kaufinteressenten erreichen und ansprechen können. Zudem gibt es, insbesondere in Ballungsgebieten, eine große Nachfrage für ein sehr begrenztes Angebot von zu verkaufenden Immobilien.³⁶ Das führt dazu, dass Kaufinteressenten häufig zu schnellen Entscheidungen gezwungen sind.³⁷ Das Verbraucherwiderrufsrecht soll Verbraucher bei Abschluss eines Maklervertrages vor unüberlegten Entscheidungen schützen. Die vierzehntägige Widerrufsfrist des § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB steht dem Geschäftsmodell und auch der Erwartungshaltung des Kaufinteressenten, kurzfristig Informationen über eine Kaufgelegenheit zu erhalten, entgegen.³⁸

Von besonderer Bedeutung für das digitalisierte Maklergeschäft ist daher die Vorschrift des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB. Danach erlischt das Recht zum Widerruf des Maklervertrages auch dann, wenn der Makler die Maklertätigkeit vollständig erbracht hat und mit der Maklertätigkeit erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Erfüllung des Maklervertrages durch den Makler verliert.³⁹

Der Maklervertrag wird durch Nachweis- oder Vermittlungsleistungen erfüllt.⁴⁰ Der Abschluss eines formwirksamen Hauptvertrages oder die Zahlung der vereinbarten Maklerprovision sind für die Erfüllung des Maklervertrages hingegen nicht erforderlich.⁴¹ Sofern die Voraussetzungen des § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB nicht vorliegen, wird der Makler zunächst die Frist des § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB abwarten, bevor er Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten erbringt. Andernfalls läuft er Gefahr, dass der Maklervertrag nach ordnungsgemäßer Erbringung der Maklertätigkeit innerhalb der vierzehntägi-

³⁵ Kapitel B.XIII.3.d).

³⁶ Kapitel A.

³⁷ Kapitel A.

³⁸ Kapitel B.XI.1.b).

³⁹ Kapitel B.XI.1.b).

⁴⁰ Kapitel B.XI.1.b)aa).

⁴¹ Kapitel B.XI.1.b)bb).

gen Widerrufsfrist noch widerrufen wird und ein Provisionsanspruch trotz des Abschlusses eines formwirksamen Hauptvertrages nicht besteht.

8. Rechtsfolgen des Widerrufs

Der Umstand, dass das Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines Maklervertrages nicht so recht passen mag, wird besonders deutlich anhand der Rechtsfolgen, die aus dem Widerruf des Maklervertrages resultieren. Zunächst wird der Verbraucher von seiner Provisionspflicht befreit.⁴² Andererseits bleibt aber der von dem Verbraucher bezweckte Hauptvertrag vom Widerruf des Maklervertrages unberührt.⁴³ Der Makler wird auf einen Wertersatzanspruch gemäß § 357a Absatz 2 BGB verwiesen, der allerdings nur dann besteht, sofern der Verbraucher zuvor *ordnungsgemäß* über sein Verbraucherwiderrufsrecht belehrt wurde. Andernfalls besteht weder ein Provisionsanspruch, noch ein Wertersatzanspruch. Das Ergebnis ist grob unbillig, verbleiben die Früchte der Maklerleistung doch vollumfänglich und einschränkungslos beim Verbraucher.⁴⁴

a) Höhe des Wertersatzes

Während sich die Höhe des Wertersatzes vor Umsetzung der VRRL in deutsches Recht noch am *objektiven Wert* der Leistung orientierte, ist nunmehr der *vereinbarte Gesamtpreis* zugrunde zu legen.⁴⁵ Der zu zahlende Wertersatz ist dabei nicht mit dem vereinbarten Gesamtpreis gleichzusetzen, sondern vielmehr anteilig vom Gesamtpreis zu berechnen. Unberücksichtigt bleibt dabei jedoch, dass die Maklertätigkeit für Verbraucher jedenfalls dann ohne jeden Wert ist, sofern es nicht zum Abschluss eines Hauptvertrages kommt.⁴⁶

b) Dogmatischer Widerspruch

Ein Wertersatzanspruch des Maklers steht auch grundsätzlich nicht im Einklang mit einer rein erfolgsabhängigen Tätigkeit des Grundstücksmaklers gemäß § 652 Absatz 1 BGB. Er führt vielmehr zu einer *erfolgsunabhängigen* Vergütung des Maklers für bis zum Widerruf des Verbrauchers erbrachte

⁴² Kapitel B.XI.5.b).

⁴³ Kapitel B.XI.5.b).

⁴⁴ Kapitel B.XI.5.b).

⁴⁵ Kapitel B.XI.5.c)bb).

⁴⁶ Kapitel B.XI.5.c)bb).

Teilleistungen, die im Falle eines Hauptvertragsabschlusses jedoch keinen Provisionsanspruch des Maklers begründen würden. Handelt es sich hingegen um vollständige Nachweis- oder Vermittlungstätigkeiten, so besteht im Regelfall wegen § 356 Absatz 4 Nr. 2 BGB kein Widerrufsrecht mehr. Dem Makler steht dann bei Abschluss des Hauptvertrages ein Provisionsanspruch in voller Höhe zu. Ein Wertersatzanspruch für Teilleistungen des Maklers führt daher mittelbar zu einer *erfolgsunabhängigen* Tätigkeitsvergütung, die § 652 Absatz 1 BGB gerade nicht vorsieht und daher strikt abzulehnen ist.⁴⁷

IV. Durchgriffswirkung nach neuem Recht

Besondere Bedeutung erlangt das Verbraucherwiderrufsrecht innerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 656c und 656d BGB. Sofern der Grundstücksmakler für beide Parteien des Hauptvertrages provisionspflichtig tätig wird, könnte der Makler seinen Provisionsanspruch auf den ersten Blick nicht nur gegen die Hauptvertragspartei verlieren, die von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch macht, sondern aufgrund der Regelungen in § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB auch gegen die andere Hauptvertragspartei.⁴⁸ Entsprechend könnte der Makler seinen Provisionsanspruch im Anwendungsbereich des § 656d BGB auch gegen diejenige Hauptvertragspartei, mit der er nicht maklervertraglich verbunden ist, unter Verweis auf § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB, verlieren.⁴⁹

Tatsächlich gilt es aber zu unterscheiden.

Liegen die Voraussetzungen des § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB vor, so führt der Widerruf des mit einer Hauptvertragspartei bestehenden Maklervertrages nicht auch zum Verlust des Provisionsanspruchs gegen die andere Hauptvertragspartei. Es handelt sich beim Verbraucherwiderrufsrecht um ein einseitiges Gestaltungsrecht, während § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB einen Erlassvertrag gemäß § 397 Absatz 1 BGB voraussetzt. Eine Durchgriffswirkung nach § 656c Absatz 1 Satz 3 BGB im Fall des Widerrufs des Maklervertrages ist daher ausgeschlossen.⁵⁰ Dies gilt insbesondere dann, wenn der *Käufer* von seinem Verbraucherwiderrufsrecht Gebrauch macht.⁵¹

Besteht hingegen nur mit einer Hauptvertragspartei eine Provisionsabrede gemäß § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB und wird diese widerrufen, so entfaltet der Widerruf auch Durchgriffswirkung zugunsten der nicht maklervertraglich

⁴⁷ Kapitel B.XI.5.c)cc).

⁴⁸ Kapitel B.XV.2.a).

⁴⁹ Kapitel B.XV.3.

⁵⁰ Kapitel B.XV.2.a)aa).

⁵¹ Kapitel B.XV.2.a)bb).

gebundenen Hauptvertragspartei und befreit diese von der Pflicht, den von ihr übernommenen Anteil der Provision an den Makler zu leisten.⁵²

V. Ausschluss des Widerrufsrechts gemäß § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB analog

Stimmen gegen die Einräumung eines Verbraucherwiderrufsrechts bei Abschluss des Maklervertrages sind äußerst rar. Begrüßenswert ist daher der Ansatz von *Würdinger*, die Regelung des § 312 Absatz 4 Satz 2 BGB entsprechend auch auf Maklerverträge Anwendung finden zu lassen, sofern der Verbraucher die Immobilie nach Absprache einer Maklerprovision für den Erfolgsfall und vor Abschluss eines Hauptvertrages besichtigt hat.⁵³ Der Verbraucher hat dann nämlich genügend Zeit, sich über seine Pflicht zur Zahlung einer Maklerprovision im Erfolgsfall bewusst zu werden und er kennt zudem auch die Immobilie, die Gegenstand des Kaufvertrages ist. Die typischen Gefahren eines Online-Geschäfts bestehen dann nicht mehr. Es gilt daher, einem *überbordenden* und *über das Ziel hinausschießenden* Verbraucherschutz eine Absage zu erteilen und von der Einräumung eines Verbraucherwiderrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB abzusehen.⁵⁴

VI. Rechtsmissbrauch des Widerrufsrechts

Die Rechtsprechung hat sich ebenfalls, jedoch nur in wenigen Fällen, überzeugend gegen ein Widerrufsrecht des Verbrauchers gestellt. Dem Ansatz *Würdingers* entsprechend hat das Landgericht Schwerin den Widerruf eines Maklervertrages als rechtsmissbräuchlich eingeordnet, nachdem der Verbraucher die Immobilie vor Abschluss des Hauptvertrages besichtigt hatte. Die Gefahr einer Überrumpelung bestehe hier nicht, die Pflicht zur Provisionszahlung sei dem Verbraucher bewusst gewesen.⁵⁵

Nach Ansicht des Landgerichts Hamburg verstößt der Widerruf des Maklervertrages jedenfalls dann gegen § 242 BGB, sofern er nach Inanspruchnahme der Maklertätigkeiten erfolgt und der Verbraucher nicht übereilt gehandelt hat.⁵⁶ Vielmehr nutze der Verbraucher dann allein eine formale Rechtsposition aus, um sich der Pflicht zur Provisionszahlung zu entziehen.

⁵² Kapitel B.XV.3.d).

⁵³ Kapitel B.XI.1.d).

⁵⁴ Kapitel B.XI.1.d).

⁵⁵ Kapitel B.XI.6.

⁵⁶ Kapitel B.XI.6.

Dies gelte insbesondere dann, wenn der Widerruf acht Monate nach Abschluss der Provisionsabrede erfolge.⁵⁷

Die Entscheidungen des Landgerichts Schwerin und des Landgerichts Hamburg verdeutlichen exemplarisch, dass das Verbraucherwiderrufsrecht im Maklerrecht *in praxi* oftmals allein dem Zweck dient, sich der Pflicht zur Provisionszahlung zu entziehen, nachdem die Maklertätigkeiten in Anspruch genommen und die Früchte daraus gezogen wurden.

VII. Ablehnung eines Widerrufsrechts im Maklerrecht

Grundstücksmaklerverträge werden heute in aller Regel digital, also online per E-Mail, auf Webseiten der Makler oder Immobilienvermarktungsportalen geschlossen. Ein besonderer Schutz des Maklerkunden bei Abschluss eines solchen Online-Maklervertrages durch Einräumung eines Widerrufsrechts gemäß §§ 355, 312g Absatz 1, 312c BGB ist jedoch nicht erforderlich, um Verbraucher umfassend zu schützen. Das Textformerfordernis des § 656a BGB wird Grundstücksmakler jedenfalls im Hinblick auf Wohnungen und Einfamilienhäuser zukünftig dazu anhalten, die Provisionserwartung transparent offenzulegen.⁵⁸ Dies, und der Umstand, dass der Maklerkunde allein dann zur Provisionszahlung verpflichtet ist, wenn er auch den erstrebten Kaufvertrag schließt, der in aller Regel erst nach reiflicher Überlegung zustande kommt, schützen den Verbraucher umfassend.⁵⁹ Anders als beim typischen Online-Erwerb von Waren hat der Verbraucher genügend Zeit, sich ein Bild von der zu erwerbenden Immobilie zu machen und die damit einhergehende Provisionspflicht zu überdenken. Die Gefahr einer übereilten und unüberlegten Provisionsverpflichtung besteht daher nicht.

VIII. Vorschlag de lege ferenda

Anknüpfend an *Würdinger*⁶⁰ ist daher eine Abkehr vom Verbraucherwiderrufsrecht bei Abschluss eines digitalen Maklervertrages im Wege des Fernabsatzes zu fordern.

⁵⁷ Kapitel B.XI.6.

⁵⁸ Kapitel B.XV.1.

⁵⁹ Kapitel B.XI.7.a).

⁶⁰ Kapitel B.XI.1.d) und *Würdinger*, JM 3, März 2019, S. 98 (100).

Dies setzt zunächst eine Änderung des Erwägungsgrundes 26 a. E. VRRRL sowie eine Klarstellung im Bürgerlichen Gesetzbuch voraus, die in einem neuen § 312 Absatz 6a BGB⁶¹ wie folgt lauten könnte:

„Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren, keine Anwendung auf Vertragsverhältnisse über den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder über die Vermittlung eines Vertrags über Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte.“

Dadurch würde zugleich sichergestellt, dass die Regelungen der §§ 312i und 312j BGB ebenfalls keine Anwendung auf Online-Maklerverträge finden und Immobilienmakler daher insbesondere nicht verpflichtet sind, einen „zahlungspflichtig bestellen“-Button bei Abschluss von Maklerverträgen im Internet zu verwenden.

⁶¹ § 312 Absatz 6 BGB betrifft die Vermittlung von Versicherungen. Insofern bietet es sich im Kontext an, eine neue Regelung über die Vermittlung von Immobilien in einem sich an § 312 Absatz 6 BGB anschließenden neuen § 312 Absatz 6a BGB zu regeln.

Literaturverzeichnis

- Althammer*, Christoph: Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, Regensburg 2004. Zitiert: *Althammer*, S. ...
- Althammer*, Christoph: Die Bedeutung von Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen, *ZfIR* 2012, 765 ff. Zitiert: *Althammer*, *ZfIR* 2012, 765 (...)
- Althammer*, Christoph: Maklerklauseln im Anwendungsbereich der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG n.F. – Zur Reichweite des notariellen Verbraucherschutzes, *MittBayNot* 2014, S. 297 ff. Zitiert: *Althammer*, *MittBayNot* 2014, 297 (...)
- Althammer*, Christoph: Die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch den drittbegünstigten Makler (§ 328 BGB), *NZM* 2006, 163 ff. Zitiert: *Althammer*, *NZM* 2006, 163 (...)
- Armbrüster*, Christian/*Preuß*, Nicola/*Renner*, Thomas: Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 9. Auflage, Bonn 2023. Zitiert: *Bearbeiter*, in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, *BeurkG*, § ..., Rn. ...
- Basty*, Gregor: Der Bauträgervertrag, 10. Auflage, Köln 2020. Zitiert: *Basty*, Rn. ...
- Baumann*, Wolfgang: Das Amt des Notars – Seine öffentlichen und sozialen Funktionen, *MittRhNotK* 1996, 1 ff. Zitiert: *Baumann*, *MittRhNotK* 1996, 1 (...)
- Becker*, Rolf/*Föhlich*, Carsten: Von Quelle bis eBay: Reformaufarbeitung im Versandhandelsrecht, *NJW* 2005, 3377. Zitiert: *Becker/Föhlich*, *NJW* 2005, 3377 (...)
- Beck'sches Notarhandbuch, 7. Auflage 2019, München 2019. Zitiert: *BeckNotarHdB/Bearbeiter*, § ..., Rn. ...
- Bergt*, Matthias: Praktische Probleme bei der Umsetzung neuer gesetzlicher Vorgaben im Webshop, *NJW* 2012, 3541 ff. Zitiert: *Bergt*, *NJW* 2012, 3541 (...)
- Bethge*, Uwe: Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen, *ZfIR* 1997, 368 ff. Zitiert: *Bethge*, *ZfIR* 1997, 368 (...)
- Bethge*, Uwe: Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen, Eine Herausforderung für die notarielle Vertragsgestaltung, *NZM* 2002, 193 ff. Zitiert: *Bethge*, *NZM* 2002, 193 (...)
- Bittner*, Silke/*Clausnitzer*, Jochen/*Föhlich*, Carsten: Das neue Verbrauchervertragsrecht, Leitfaden für die Beratungspraxis, Köln 2014. Zitiert: *Bittner/Clausnitzer/Föhlich/Föhlich*, Rn. ...
- Brönneke*, Tobias: Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, *VuR* 2014, 3 ff. Zitiert: *Brönneke*, *VuR* 2014, 3 (...)

- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeiner Teil des BGB, 46. Auflage, München 2022. Zitiert: *Brox/Walker*, § ... Rn. ...
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeines Schuldrecht, 47. Auflage, München 2023. Zitiert: *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § ... Rn. ...
- Büchner, Christoph*: Probleme der wirtschaftlichen Identität beim Maklervertrag, *ZfIR* 2005, 310 ff. Zitiert: *Büchner*, *ZfIR* 2005, 312 (...)
- Bücker, Ludger/Viefhues, Wolfram*: Notarprüfung: Häufige Fehler bei der notariellen Amtsführung (13. Teil), *ZnotP* 2008, 106. Zitiert: *Bücker/Viefhues*, *ZnotP* 2008, 106 (...)
- Bülow, Peter/Artz, Markus*: Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, *NJW* 2000, 2049. Zitiert: *Bülow/Artz*, *NJW* 2000, 2049 (...)
- Bülow, Peter/Artz, Markus*: Verbraucherprivatrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2018. Zitiert: *Bülow/Artz*, Rn. ...
- Dehner, Walter*: Das Maklerrecht – Leitfaden für die Praxis, Heidelberg 2001. Zitiert: *Dehner*, S. ..., Rn. ...
- Dehner, Walter*: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 1994, *NJW* 1997, 18 ff. Zitiert: *Dehner*, *NJW* 1997, 18 (...)
- Dehner, Walter*: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 1997, *NJW* 2000, 1986 ff. Zitiert: *Dehner*, *NJW* 2000, 1986 (...)
- Döll, Alexander*: Widerruf von Verbraucherdarlehen und damit verbundenen Kfz-Kaufverträgen („Widerrufsjoker“), *DAR* 2018, 61 ff. Zitiert: *Döll*, *DAR* 2018, 61 (...)
- Drasdo, Michael*: Neues zum Maklervertrag im BGB, *NJW-Spezial* 2020, 545 ff. Zitiert: *Drasdo*, *NJW-Spezial* 2020, 545 (...)
- Eckardt, Birte*: Verbraucherschutz und Repräsentationsprinzip, Belehrungen, Informationen und Widerruf bei Einschaltung eines Stellvertreters des Verbrauchers in die Vertragsverhandlungen, Baden-Baden 2006. Zitiert: *Eckardt*, S. ...
- Engel, Johannes*: Die häufigsten Irrtümer und Missverständnisse im Maklerrecht, *MDR* 2009, 1090 ff. Zitiert: *Engel*, *MDR* 2009, 1090 (...)
- Erman, Walter*: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, 16. Auflage, Köln 2020. Zitiert: *Erman/Bearbeiter*, § ... Rn. ...
- Erman, Walter*: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, 14. Auflage, Köln 2014. Zitiert: *Erman/Bearbeiter* (2014), § ... Rn. ...
- Ernst, Stefan*: Widerruf von Anwaltsverträgen im Fernabsatz?, *NJW* 2014, 817 ff. Zitiert: *Ernst*, *NJW* 2014, 817 (...)
- Fervers, Matthias*: Der Vermieter als Unternehmer, *NZM* 2018, 640 ff. Zitiert: *Fervers*, *NZM* 2018, 640 (...)
- Fischer, Detlev*: Maklerrecht, 7. Auflage, Frankfurt am Main 2023. Zitiert: *Fischer*, S. ..., Rn. ...
- Fischer, Detlev*: Fehler und lückenhafte Maklerprovisionsabreden in der Praxis, *NZM* 2002, 480 ff. Zitiert: *Fischer*, *NZM* 2002, 480 (...)

- Fischer*, Detlev: Nachweis- und Vermittlungsleistung im Lichte der maklerrechtlichen Rechtsprechung, NJW 2007, 183 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2007, 183 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2007, NJW 2009, 3210 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2009, 3210 (...)
- Fischer*, Detlev: Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Immobilien-Maklerrecht, Die Entwicklung des Richterrechts zwischen 2005 und 2011, NZM 2011, 529 ff. Zitiert: *Fischer*, NZM 2011, 529 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2012, NJW 2013, 3410 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2013, 3410 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2013, NJW 2014, 3281 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2014, 3281 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2015, NJW 2016, 3281 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2016, 3281 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Entwicklung des Maklerrechts im ersten Halbjahr 2018, NJW 2018, 3287 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2018, 3287 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Problematik der persönlichen Identität des Hauptvertrags in der aktuellen maklerrechtlichen Judikatur, NZM 2018, 483 ff. Zitiert: *Fischer*, NZM 2018, 483 (...)
- Fischer*, Detlev: Die wirtschaftliche Identität des Hauptvertrages im Maklerrecht, DB 2009, 887 ff. Zitiert: *Fischer*, DB 2009, 887 (...)
- Fischer*, Detlev: Das Kausalitätserfordernis im Maklerrecht, WM 2020, 1757 ff. Zitiert: *Fischer*, WM 2020, 1757 (...)
- Fischer*, Detlev: Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien, NJW 2020, 3553 ff. Zitiert: *Fischer*, NJW 2020, 3553 (...)
- Föhlisch*, Carsten/*Dyakova*, Tanya: Das Widerrufsrecht im Onlinehandel – Änderungen nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterrichtlinie, MMR 2013, 71 ff. Zitiert: *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71 (...)
- Föhlisch*, Carsten/*Löwer*, Daniel: Die Entwicklung des E-Commerce-Rechts seit Mitte 2017, VuR 2019, 48 ff. Zitiert: *Föhlisch/Löwer*, VuR 2019, 48 (...)
- Förster*, Christian: Neues Verbraucherrecht im BGB, Anwendungsbereich, Informationspflichten und Widerrufsrecht bei Außergeschäftsraum- und Fernabsatzverträgen seit dem 13.06.2014, ZIP 2014, 1569 ff. Zitiert: *Förster*, ZIP 2014, 1569 (...)
- Fuchs*, Andreas: Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, 1273 ff. Zitiert: *Fuchs*, ZIP 2000, 1273 (...)
- Ganter*, Hans Gerhard/*Gerhard*, Christian/*Wöstmann*, Heinz: Handbuch der Notarhaftung, 5. Auflage, Köln 2023. Zitiert: *Ganter*, in: *Ganter/Hertel/Wöstmann/Bearbeiter*, HdB der Notarhaftung, 5. Auflage, Kap. ... Rn. ...
- Geiger*, Rudolf: EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3. Auflage, München 2000. Zitiert: *Geiger*, EUV/EGV, 3. Auflage (2000), Art. ... EGV, Rn. ...

- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.*: Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen, München, 1997. Zitiert: *Geimer/Schütze*, EUZivilVerfR, Art. ... EuGVÜ, Rn. ...
- Genz, Florian Martin*: Der private Immobilieninvestor: Ein Lehrstück in Sachen Verbraucherschutz, NZM 2021, 791 ff. Zitiert: *Genz*, NZM 2021, 791 (...)
- Gernhuber, Joachim*: Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderungen, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989. Zitiert: *Gernhuber*, S. ..., Rn. ...
- Grams, Hartmut A.*: Widerrufsrecht bei einem über das Internet geschlossenen Immobilien-Maklervertrag ohne Verbraucherbelehrung, ZfIR 2014, 319 ff. Zitiert: *Grams*, ZfIR 2014, 319 (...)
- Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter*: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Auflage, Baden-Baden 1997. Zitiert: *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Bearbeiter*, EUV/EGV, 5. Auflage (1997), Art. ..., Rn. ...
- Grüneberg, Christian*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Auflage, München 2023. Zitiert: *Grüneberg-Bearbeiter*, § ..., Rn. ...
- Grziwotz, Herbert*: (Verbraucher-)Schutz vor dem Notar oder durch den Notar?, ZIP 2002, 2109 ff. Zitiert: *Grziwotz*, ZIP 2002, 2109 (...)
- Grziwotz, Herbert*: Grundstückskaufverträge – Aufnahme und Gestaltung von Maklerklauseln, MDR 2004, 61 ff. Zitiert: *Grziwotz*, MDR 2004, 61 (...)
- Grziwotz, Herbert*: Verbraucherverträge zugunsten Dritter, ZfIR 2006, 189 ff. Zitiert: *Grziwotz*, ZfIR 2006, 189 (...)
- Grziwotz, Herbert*: Vom Mitternachts- zum Sonntagsnotar, ZfIR 2009, 627. Zitiert: *Grziwotz*, ZfIR 2009, 627 (...)
- Gsell, Beate*: Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht, WuM 2014, 375. Zitiert: *Gsell*, WuM 2014, 375 (...)
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger*: Das neue Schuldrecht, München 2002. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Das neue Schuldrecht, S. ...
- Hamm, Christoph*: Maklerrecht, 8. Auflage, München 20203. Zitiert: *Hamm*, S. ..., Rn. ...
- Härting, Niko*: Fernabsatzgesetz, Köln 2000. Zitiert: *Härting*, §. ..., Rn. ...
- Hättig, Susanne*: Das kleine Makler-AGB – Was der Makler über Kleingedrucktes unbedingt wissen muss, NZM 2000, 113 ff. Zitiert: *Hättig*, NZM 2000, 113 (...).
- Hau, Wolfgang*: Verbraucherschützende Widerrufsrechte im Wohnraummietrecht, NZM 2015, 435 ff. Zitiert: *Hau*, NZM 435 (...)
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*, Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, Edition 66 (Stand 12.08.2023). Zitiert: *BeckOK BGB/Bearbeiter*, BGB § ..., Rn. ...
- Heiderhoff, Bettina*: Europäisches Privatrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2020. Zitiert: *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 5. Auflage 2020, Rn. ...

- Heinig*, Jens: Verbraucherschutz – Schwerpunkte der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, MDR 2012, 323 ff. Zitiert: *Heinig*, MDR 2012, 323 (...)
- Heinrichs*, Helmut: Das Widerrufsrecht nach der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG, in: Festschrift für Dieter Medicus, Köln 1999. Zitiert: *Heinrichs*, FS Medicus, S. 177 (...)
- Hilbig-Lugani*, Katharina: Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrechtsrecht – Teil 1, ZJS 2013, 441 ff. Zitiert: *Hilbig-Lugani*, ZJS 2013, 441 (...)
- Hoffmann*, Herbert: Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2016, NJW 2017, 525 ff. Zitiert: *H. Hoffmann*, NJW 2017, 525 (...)
- Hoffmann*, Jan Felix: Verbraucherwiderruf bei Stellvertretung, JZ 2012, 1156 ff. Zitiert: *Hoffmann*, JZ 2012, 1156 (...)
- Hogenschurz*, Johannes: Anmerkung zu Landgericht Hamburg, Urteil vom 03.05.2012, III ZR 62/11, Eindeutiges Provisionsverlangen durch entsprechenden Hinweis in Makleranzeige im Internet, ZfIR 2012, 543 ff. Zitiert: *Hogenschurz*, ZfIR 2012, 543 (...)
- Hogenschurz*, Johannes: Entscheidungsbesprechung zu Landgericht Hamburg, Urteil vom 03.05.2012, 307 O 42/12, Maklervertrag: Widerruf bei Abschluss über Internetkontakte?, IMR 2013, 301. Zitiert: *Hogenschurz*, IMR 2013, S. ...
- Hopt*, Klaus: Handelsgesetzbuch, 42. Auflage, München 2023. Zitiert: *Hopt/Bearbeiter*, HGB § ... Rn. ...
- Ibold*, Hans Christian: Maklerrecht, 3. Auflage, Berlin 2015. Zitiert: *Ibold*, S. ..., Rn. ...
- Janal*, Ruth: Alles neu macht der Mai: Erneute Änderungen im Recht der besonderen Vertriebsformen, WM 2012, 2314 ff. Zitiert: *Janal*, WM 2012, 2314 (...)
- Jansen-Behnen*, Catrin: Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht, Oldenburg und Bayreuth 2016. Zitiert: *Jansen-Behnen*, S.
- Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, München 2021. Zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*, § ..., Rn. ...
- Jeep*, Jens: Das neue Maklerrecht – Warum einfach, wenn es auch kompliziert geht?, Notarielle Umsetzung – und ein Vorschlag de lege ferenda, notar 2020, 225 ff. Zitiert: *Jeep*, 225 (...)
- Joerss*, Ulrich: Maklerverträge, Köln 2004. Zitiert: *Joerss*, Rn. ...
- Joussen*, Jacob: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stuttgart 2023. Zitiert: *Joussen*, Rn. ...
- Keim*, Christopher: Streitverhütung, Streitregelung – die Rolle des Notars, MittBayNot 1994, 2 ff. Zitiert: *Keim*, MittBayNot 1994, 2 (...)
- Kienzler*, Martin/*Goerke*, Christoph: Widerrufsbelehrung zum Maklervertrag bei automatisierten E-Mail-Versandsystemen, NJW 2021, 3079 ff. Zitiert: *Kienzler/Goerke*, NJW 2021, 3079 (...)
- Klink-Straub*, Judith: Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht, NJW 2021, 3217 ff. Zitiert: *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217 (...)

- Knops, Kai-Oliver/Spiegelberg, Lea*: Anmerkung. Anforderung an eine Widerrufsbelehrung und Beginn der Widerrufsfrist bei Verbraucherdarlehensverträgen. Zitiert: jurisPR-BKR 10/2015 Anm. 4).
- Koch, Raphael*: Ausweitung des Verbraucherschutzrechts: Der Widerruf im Mietrecht, VuR 2016, 92 ff. Zitiert: *Koch*, VuR, 92 (...)
- Koch, Rolf*: Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, 2. Auflage, Stuttgart 2014. Zitiert: *Koch*, S. ...
- Krauß, Hans-Frieder*: Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Auflage, Köln 2020: Zitiert: *Krauß*, Rn. ...
- Kühling, Jürgen*: Gentrifizierung als Rechtsproblem: Wohnungspolitik ohne rechtsstaatliche Leitplanken?, NZM 2020, 521 ff. Zitiert: *Kühling*, NZM 2020, 521 (...)
- Lange, Christian/Werneburg, Martin*: Makler und Verbraucher im Internet, NJW 2015, 193 ff. Zitiert: *Lange/Werneburg*, NJW 2015, 193 (...)
- Langemaack, Hans-Eberhard*: Maklerprovision für WEG-Verwalter – Selbstständiges Versprechen, NZM 2003, 466 ff. Zitiert: *Langemaack*, NZM 2003, 466 (...)
- Larenz/Wolf*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997. Zitiert: *Larenz/Wolf*, § ... Rn. ...
- Lechner, Herbert*: Der Immobilienmakler in den Fängen des Europarechts, Der Maklervertragsabschluss – u. a. per E-Mail – als Fernabsatzgeschäft mit Widerrufsmöglichkeit oder: Das Ende eines Geschäftsmodells?, NZM 2013, 751 ff. Zitiert: *Lechner*, NZM 2013, 751 (...)
- Leenen, Detlef*: BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Auflage, München 2015. Zitiert: *Leenen*, § ..., Rn. ...
- Leitmeier, Lorenz*: Die fragwürdige konstitutive Maklerklausel im notariellen Kaufvertrag, DNotZ 2019, 648 ff. Zitiert: *Leitmeier*, DNotZ 2019, 648 (...)
- Lieb, Manfred*: Bauherrenmodell: Anspruch des Vertriebsunternehmens auf Maklerprovision bei gesellschaftsrechtlicher Verflechtung mit dem Treuhänder?, DB 1981, 2415 ff. Zitiert: *Lieb*, DB 1981, 2415 (...)
- Lieb, Manfred*: Wende in der Verflechtungsrechtsprechung?, WM 1982, 782 ff. Zitiert: WM 1982, 782 (...)
- Lindner, Eric*: Der Makler im digitalen Zeitalter: Verbraucherschutz und elektronischer Rechtsverkehr, ZfIR 2016, 773 ff. Zitiert: *Lindner*, ZfIR 2016, 773 (...)
- Loewenich, Albrecht von*: Einbeziehung von Finanzdienstleistungen in das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 1409 ff. Zitiert: *von Loewenich*, NJW 2014, 1409 (...)
- Looschelders, Dirk*: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 20. Auflage, München 2022. Zitiert: *Looschelders*, § ..., Rn. ...
- Mankowski, Peter*: Welche Bedeutung hat das Fernabsatzrecht für die Wohnungswirtschaft, ZMR 2002, 317 ff. Zitiert: *Mankowski*, ZMR 2002, 317 (...)
- Mäschle, Walter*: Maklerrecht, Lexikon des öffentlichen und privaten Maklerrechts, 3. Auflage, München 2017. Zitiert: *Mäschle*, S. ...

- Masuch*, Andreas: Vertreterereinsatz beim Abschluss von Verbraucherverträgen, BB 2003, Beilage 6, S. 16 ff. Zitiert: *Masuch*, BB 2003, S. 16 (...)
- Meents*, Jan Geert: Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet, CR 2000, 610 ff. Zitiert: *Meents*, CR 2000, 610 (...)
- Mesch*, Sieglinde: Verbraucherschutz bei Wohnungsmaklerverträgen, VuR 2015, 251 ff. Zitiert: *Mesch*, VuR 2015, 251 (...)
- Michalski*, Lutz: Die erfolgsunabhängige Maklerprovision, NZM 1998, 209 ff. Zitiert: *Michalski*, NZM 1998, 209 (...).
- Michalski*, Lutz: Die erfolgsunabhängige Maklerprovision, NZM 1998, 209 ff. Zitiert: *Michalski*, NZM 1998, 209 (...)
- Micklitz*, Hans-Wolfgang.: Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, ZEuP 1999, 875. Zitiert: *Micklitz*, ZEuP 1999, 875 (...)
- Micklitz*, Hans-Wolfgang/*Tonner*, Klaus: Vertriebsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2002. Zitiert: *Micklitz/Tonner*, Rn. ...
- Micklitz*, Hans-Wolfgang/*Reich*, Norbert: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2003. Zitiert: *Micklitz/Reich/Bearbeiter*, § ... S. ...
- Mischau*, Lena: Daten als „Gegenleistung“ im neuen Verbrauchervertragsrecht, ZEuP 2020, 335 ff. Zitiert: *Mischau*, ZEuP 2020, 335 (...)
- Moraht*, Mona: Anwendbarkeit des Fernabsatzgesetzes auf Immobiliennachweis- und -vermittlungsverträge? – Erwiderung auf Neises, NZM 2000, 889 ff., NZM 2001, 883. Zitiert: *Moraht*, NZM 2000, 883 (...)
- Mormann*, Felix/*Lindemann*, Harald: Maklerklauseln und Vorkaufsrechte, MDR 2007, 1113 ff. Zitiert: *Mormann/Lindemann*, MDR 2007, 1113 (...)
- Mormann*, Josef: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Maklerrecht des BGB, WM 1968, 954 ff. Zitiert: *Mormann*, WM 1968, (...).
- Münch*, Mathias: Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Maklerverträgen, MietRB 2016, 151 ff. Zitiert: *Münch*, MietRB 2016, 151 (...).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg, Band 1 – Allgemeiner Teil (§§ 1–240), 9. Auflage, München 2021; Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (§§ 311–432), 9. Auflage, München 2021; Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil I (§§ 433–534), 8. Auflage, München 2019; Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III (§§ 631–704), 9. Auflage, München 2023. Zitiert: *MükoBGB/Bearbeiter*, § ..., Rn. ...
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg, Band 2 – Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 7. Auflage, München 2016. Zitiert: *MükoBGB/Bearbeiter* (2016), § ..., Rn. ...
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von F. J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg, Band 2 – Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 6. Auflage, München 2012; Band 4 – Recht der Schuldverhältnisse (§§ 611–704), 6. Auflage, München 2012. Zitiert: *MükoBGB/Bearbeiter* (2012), § ..., Rn. ...

- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von R. Stürner, H. Eidenmüller, H. Schoppmeyer, Band 2 – §§ 80–2016, 4. Auflage, München 2019. Zitiert: *MüKoInsO/Bearbeiter*, § ... Rn. ...
- Mutschler*, Wolfram: Maklerrecht, Leitfaden des Immobilienmaklers für Studium und Praxis, Stuttgart 2013. Zitiert: *Mutschler*, S. ...
- Neises*, Reiner: Konsequenzen für Immobilienmakler aus dem Fernabsatzgesetz – Das Ende der telefonischen Wohnungsvermittlung?, NZM 2000, 889 ff. Zitiert: *Neises*, NZM 2000, 889 (...)
- Neuner*, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, München 2023. Zitiert: *Neuner*, BGB AT § ..., Rn. ...
- Niebler*, Jürgen: Die Geschäftsbedingungen des Immobilienmaklers, ZMR 2008, 183 ff. Zitiert: *Niebler*, ZMR 2008, 183 (...).
- Oechsler*, Jürgen: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Tübingen 2017. Zitiert: *Oechsler*, Rn. ...
- Ohnesorge*, Randolf: Provisionen im Maklerrecht, Das Abwälzen der Provisionslast auf Dritte, Marburg 1995. Zitiert: *Ohnesorge*, S. ...
- Palandt*, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 73. Auflage, München 2014; 72. Auflage, München 2013; 69. Auflage, München 2010. Zitiert: *Palandt/Bearbeiter* (Jahr), § ..., Rn. ...
- Petri*, Igor/*Wieseler*, Michael: Handbuch des Maklerrechts, Für Makler und deren Rechtsberater, Baden-Baden 1998. Zitiert: *Petri/Wieseler*, S. ..., Rn. ...
- Pfeiffer*, Thomas: Umsatzsteueroption unerheblich für Verbrauchereigenschaft, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2020, Az. XI ZR 461/18. LMK 2020, 429247. Zitiert: *Pfeiffer*, LMK 2020, 429247.
- Piehler*, Klaus: Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen, DNotZ 1983, 229 ff. Zitiert: *Piehler*, DNotZ 1983, 229 (...)
- Püzhoven*, Andreas: Die Verbraucher-Unternehmer-Eigenschaft in der notariellen Verhandlung, NotBZ 2002, 273 ff. Zitiert: *Püzhoven*, NotBZ 2002, 273 (...)
- Rachlitz*, Richard: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 1/14, Amtspflichten bei Maklerklauseln, Gebührenerhebungspflicht, DNotZ 2015, 461 ff. Zitiert: *Rachlitz*, DNotZ 2015, 461 (...)
- Raue*, Benjamin: „Kostenpflichtig bestellen“ – ohne Kostenfalle? – Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR 2012, 438 ff. Zitiert: *Raue*, MMR 2012, 438 (...)
- Rauscher*, Thomas: Internationales Privatrecht, mit internationalem Verfahrensrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2017. Zitiert: *Rauscher*, Rn. ...
- Reich*, Norbert: Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581 ff. Zitiert: *Reich*, EuZW, 1997, 581 (...)
- Reiff*, Peter: Die Erfüllung unionsrechtlicher Informationspflichten durch Inhalte einer Webseite, in: Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, 823 ff. Zitiert: *Reiff*, FS von Hoffmann, 823 (...)

- Reiff*, Peter: Die Wahrung der Textform nach § 126b BGB durch den Inhalt einer Webseite, ZJS 4/2012, 432 ff. Zitiert: *Reiff*, ZJS 2012, 432 (...)
- Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger*: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Immobilien-, Gesellschafts-, Erb-, und Familienrecht, 3. Auflage, München 2022. Zitiert: *Reul/Heckschen/Wienberg InsR/Bearbeiter*, §..., Rn. ...
- Reuter*, Dieter: Das Maklerrecht als Sonderrecht der Maklertätigkeit – Versuch einer dogmatischen Ortsbestimmung, NJW 1990, 1321. Zitiert: *Reuter*, NJW 1990, 1321 (...)
- Rieger*, Gregor: Neue Regeln für die Beurkundung von Verbraucherverträgen, MittBayNot 2002, 325 ff. Zitiert: *Rieger*, MittBayNot 2002, 325 (...)
- Rieger*, Gregor: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, MittBayNot 2013, 325 ff. Zitiert: *Rieger*, MittBayNot 2013, 325 (...)
- Ring*, Gerhard: „Widerrufsjoker“ beim finanzierten Autokauf, zugleich Besprechung von Landgericht Berlin, Urteil vom 05.12.2017, 4 O 150/16, SVR 2018, 321 ff. Zitiert: *Ring*, SVR 2018, 321 (...)
- Rintelen*, Askan von: Probleme und Grenzen der Vollstreckungsunterwerfung in der notariellen Urkunde, RnotZ 2001, 3 ff. Zitiert: *von Rintelen*, RnotZ 2001, 3 (...)
- Roth*, Herbert: Maklerklauseln in notariellen Grundstückskaufverträgen, in: Thode/Uechtritz/Wochner, RWS-Forum 19 Immobilienrecht 2000, Köln 2001, 153 ff. Zitiert: *Roth*, RWS-Forum 19, S. 153 (...)
- Roth*, Herbert: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.05.2012, III ZR 62/11, Zur Frage des eindeutigen Provisionsverlangens eines gewerblichen Immobilienmaklers, der ein zum Verkauf stehendes Objekt mittels einer Internetanzeige (hier unter „ImmobilienScout24“) mit dem Hinweis „Provision 7,14%“ anbietet, LMK 2012, 334936. Zitiert: *Roth*, LMK 2012, 334936.
- Roth*, Herbert: Maklerprovisionsvereinbarungen und Maklerklauseln in Grundstückskaufverträgen, ZfIR 2014, 85 ff. Zitiert: *Roth*, ZfIR 2014, 85 (...)
- Sailer*, Erwin Lorenz: Die Entwicklung der Maklergebühren, AIZ 1969, 217. Zitiert: *Sailer*, AIZ 1969, 217 (...)
- Schärfl*, Christoph: Der verbraucherschützende Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen, JuS 2014, 577 ff. Zitiert: *Schärfl*, JuS 2014, 577 (...)
- Schinkels*, Boris von: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.07.2016, I ZR 30/15, LMK 2017, 387053. Zitiert: *Schinkels*, LMK 2017, 387053
- Schlick*, Wolfgang: Der Anspruch des Maklers auf Wertersatz, in: Festschrift für Detlev Fischer, Karlsruhe 2018, S. 449 ff. Zitiert: *Schlick*, FS Fischer, S. 449 (...)
- Schmidt*, Andreas: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Auflage, Köln 2022. Zitiert: *Schmidt/Bearbeiter*, § ..., Rn. ...
- Schmidt*, Joachim: Maklerlohn nach der Reform 2020: Wer verteilt? Wer zahlt? Und was? Vor allem: Wann?, NZM 2021, 289 ff. Zitiert: *Schmidt*, NZM 2021, 289 (...)
- Schmidt-Salzer*, Joachim: Der Vertragsschluss im Maklerrecht, MDR 1969, 182 ff. Zitiert: *Schmidt-Salzer*, MDR 1969, 182 (...)

- Schön*, Wolfgang: Widerruf von Kfz-Finanzierungsdarlehen – der neue Diesel-Skandal-Widerrufsjoker?, in: BB 2018, 2115. Zitiert: *Schön*, BB 2018, S. ...
- Schreindorfer*, Benedikt: Verbraucherschutz und Stellvertretung, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Einschaltung einer Hilfsperson auf Kundenseite, Berlin 2012. Zitiert: *Schreindorfer*, S. ...
- Schulte-Nölke*, Hans/*Schulze*, Reiner: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Münster u.a. 2001. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Schulte-Nölke/Schulze, S. ...
- Schulte-Thoma*, Leontin: Zubehörveräußerung bei Grundstückskaufverträgen, RNotZ 2004, 61 ff. Zitiert: *Schulte-Thoma*, RNotZ 2004, 61 (...)
- Schulze*, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage, 2022. Zitiert: HK-BGB/*Bearbeiter*, § ..., Rn. ...
- Schwertner*, Peter: Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Maklerrecht, JZ 1983, 777 ff. Zitiert: *Schwertner*, JZ 1983, 777 (...)
- Seeger*, Bernhard: Die „einseitige Abhängigkeit“ – zum Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit zusammengesetzter Grundstücksgeschäfte, MittBayNot 2003, 11 ff. Zitiert: *Seeger*, MittBayNot 2003, 11 (...)
- Seydel*, Helmut/*Heinbuch*, Holger: Maklerrecht, Ein Leitfaden für Makler und ihre Kunden, 4. Auflage, Herne 2005. Zitiert: *Seydel/Heinbuch*, Rn. ...
- Sieber*, Ulrich/*Liesching*, Marc: Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, MMR-Beilage 2007, 1 ff. Zitiert: *Sieber/Liesching*, MMR-Beilage 2007, 1 (...)
- Simanek*, Christian: Pflichtenkollisionen bei Doppelmaklertätigkeit zum Abschluss von Grundstückskaufverträgen, Münster 2004. Zitiert: *Simanek*, S. ...
- Soergel*, Hans-Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328–432, 13. Auflage Stuttgart 2010; Band 10, Schuldrecht 8, §§ 652–704, 13. Auflage Stuttgart 2011. Zitiert: *Soergel/Bearbeiter*, § ... Rn. ...
- Solveen*, Dirk: Die Ergänzung des § 17 Abs. 2a BeurkG und ihre Folgen für die notarielle Praxis, RnotZ 2002, 318 ff. Zitiert: *Solveen*, RnotZ 2002, 318 (...)
- Spindler*, Gerald/*Schuster*, Fabian, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Auflage, München 2019. Zitiert: *Spindler/Schuster/Bearbeiter*, BGB § ... Rn. ...
- Stark*, Ralf: Wirtschaftliche Identität im Maklerrecht, NZM 2008, 832 ff. Zitiert: *Stark*, NZM 2008, 832 (...)
- Staudenmayer*, Dirk: Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497 ff. Zitiert: *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497 (...)
- Staudinger*, J. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, Einl. zum BGB; §§ 1–14; VerschG (Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer), Neubearbeitung Berlin 2018. §§ 125–129; BeurkG (Formvorschriften AT; Beurkundung), Neubearbeitung Berlin 2023. §§ 90–124; 130–133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), Neubearbeitung Berlin 2021. Buch 2, Recht der Schuld-

- verhältnisse, §§ 311, 311a–c (Vertragsschluss), Neubearbeitung Berlin 2018. §§ 312, 312a–k (Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen), Neubearbeitung Berlin 2019. §§ 328–345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Neubearbeitung Berlin 2020. §§ 358–360 (Verbundene und zusammenhängende Verträge, Neubearbeitung Berlin 2021. §§ 397–432 (Erlas, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearbeitung Berlin 2022. §§ 652–655; 656a–656d (Maklervertrag, Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser), Neubearbeitung Berlin 2021. §§ 652–656 (Maklerrecht), Neubearbeitung Berlin 2010. §§ 779–882 (Vergleich Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis), Neubearbeitung Berlin 2020. Zitiert: *Staudinger/Bearbeiter* (Jahreszahl), § ..., Rn. ...
- Struck*, Nicola: Der Verbraucher-/Unternehmerbegriff im BGB, *MittBayNot* 2003, 259 ff. Zitiert: *Struck*, *MittBayNot* 2003, 259 (...)
- Strunz*: Eine Entgegnung auf Hertel, „Erste Anmerkungen auf Ergänzung des § 17 Absatz 2a BeurkG“, *ZnotP* 2002, 389. Zitiert: *Strunz*, *ZnotP* 2002, 389 (...)
- Suppliet*, Roland: Zweifelsfragen in der notariellen Praxis hinsichtlich von Dienstleistungen für Immobilienmakler, *DNotZ* 2012, 270 ff. Zitiert: *Suppliet*, *DNotZ* 2012, 270 (...)
- Tamm*, Marina: Verbraucherschutzrecht, Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, Tübingen 2012. Zitiert: *Tamm*, S. ...
- Thalmair*, Peter: Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, *NJW* 2011, 14 ff. Zitiert: *Thalmair*, *NJW* 2011, 14 (...)
- Tonner*, Klaus: Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick, *VuR* 2013, 443 ff. Zitiert: *Tonner*, *VuR* 2013, 443 (...)
- Ulmer*, Peter: AGB-Recht, Kommentar zur den §§ 305 – 310 BGB und zum UklaG, 13. Auflage 2016. Zitiert: *Bearbeiter*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, *AGB-Recht*, 13. Auflage 2022, § 310 BGB Rn. ...
- Völker*, Christian: Übersicht zu der Neuregelung des Widerrufs durch die Umsetzung der europäischen Verbraucherrechterichtlinie, *ZJS* 6/2014, 602 ff. Zitiert: *Völker*, *ZJS* 6/2014, 602 (...)
- Wälzholz*, Eckhard: Zulässigkeit und Ausgestaltung von Maklerklauseln in der notariellen Praxis, *MittBayNot* 2000, 357 ff. Zitiert: *Wälzholz*, *MittBayNot* 2000, 357 (...)
- Wank*, Rolf: Die Verflechtung des Maklers mit einer Vertragspartei, *NJW* 1979, 190 ff. Zitiert: *Wank*, *NJW* 1979, 190 (...)
- Weber*, Johannes: Notarielle Verbraucherverträge – Die Zwei-Wochen-Frist und ihre Ausnahmen, *NJW* 2015, 2619 ff. Zitiert: *Weber*, *NJW* 2015, 2619 (...)
- Weiss*, Alexander: Die Untiefen der „Button“-Lösung, *JuS* 2013, 590 ff. Zitiert: *Weiss*, *JuS* 2013, 590 (...)

- Wendehorst*, Christiane: Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterrichtlinie, NJW 2014, 577 ff. Zitiert: *Wendehorst*, NJW 2014, 577 (...)
- Wendt*, Domenik Henning/*Lorscheid-Kratz*, Barbara: Das Widerrufsrecht bei „zusammenhängenden Verträgen“, BB 2013, 2434 ff. Zitiert: *Wendt/Lorscheid-Kratz*, BB 2013, 2434 (...)
- Westermann*, Harm Peter/*Bydlinski*, Peter/*Arnold*, Stefan: BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Heidelberg 2020. Zitiert: *Westermann/Bydlinski/Arnold*, Rn. ...
- Wilke*, Carsten: Die Maklerprovision, Durchsetzung und Abwehr, Frankfurt 2013. Zitiert: *Wilke*, S. ...
- Winkler*, Karl: Beurkundungsgesetz, 19. Auflage, München 2019. Zitiert: *Winkler*, § ... Rn. ...
- Wistokat*, Tim: Typische Fallstricke im Maklergeschäft, NJW 2023, 3065 ff. Zitiert: *Wistokat*, NJW 2023, 3065 (...)
- Wistokat*, Tim: Keine Maklerhaftung für Notarkosten bei Auftragserteilung in offener Stellvertretung inklusive „deklaratorischer Maklerklausel“, Anmerkung zu OLG Schleswig, Az. 9 Wx 15/22, NZM 2023, 383 ff. Zitiert: *Wistokat*, NZM 2023, 383 (...)
- Wistokat*, Tim: Maklerrechtliches „Dreierlei“: Dritterwerb, Verkäufermakler, neues Recht, NZM 2023, 112 ff. Zitiert: *Wistokat*, NZM 2023, 112 (...)
- Wistokat*, Tim: Doppelmakerei und paritätischer Halbteilungsgrundsatz: War da was?, NZM-Info 10/2022, V ff. Zitiert: *Wistokat*, NZM-Info 2022, V (...)
- Wistokat*, Tim: Jahr 1 nach der Reform des Maklerrechts: Mehr Fragen als Antworten, NZM 2021, 905 ff. Zitiert: *Wistokat*, NZM 2021, 905 (...)
- Wistokat*, Tim: Die Rechtsprechungsentwicklung zum Maklerrecht von 2017 bis Mitte 2021, NZM 2021, 585 ff. Zitiert: *Wistokat*, NZM 2021, 585 (...)
- Wistokat*, Tim/*Schneider*, Selma: Maklerprovision: Muss sich der Hauptmakler die Verflechtung seines Untermaklers zurechnen lassen?, Info M 8/13, 348. Zitiert: *Schneider/Wistokat*, Info M 2013, S. 348.
- Würdinger*, Markus: Maklers Reservierungsgebühr – quo vadis?, NZM 2011, 539 ff. Zitiert: *Würdinger*, NZM 2011, 539 (...)
- Würdinger*, Markus: Maklerrecht im Zeitalter der Europäisierung und Digitalisierung, NZM 2017, 545 ff. Zitiert: *Würdinger*, NZM 2017, 545 (...)
- Würdinger*, Markus: Mieterhöhung und verbraucherschützender Widerruf im Fernabsatz, juris – Die Monatszeitschrift JM3, März 2019, 98 ff. Zitiert: *Würdinger*, JM3, März 2019, S. 98 (...)
- Würdinger*, Markus: Im Sprung gehemmt? Eine kritische Analyse zum neuen Recht für Immobilienmakler, juris – Die Monatszeitschrift JM2, Februar 2021, 46 ff. Zitiert: *Würdinger*, JM2, Februar 2021, S. 46 (...)
- Zopfs*, Jannpeter: Das Maklerrecht in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Auflage, Köln 1996. Zitiert: *Zopfs*, Rn. ...

Stichwortverzeichnis

- AGB** 62, 63, 96, 98, 99, 105
- allgemeine Geschäftsbedingungen 96
- Alleinauftrag** 25–27, 34–36, 38, 39, 61, 62, 66, 68–71, 74, 76–78, 80, 89, 91, 164–166, 220, 258
- Qualifizierter Alleinauftrag 63–66, 70, 71, 78, 164–166, 258
- Allgemeinauftrag** 66
- Änderung**
- Kaufpreis 163, 172, 260
 - Maklerprovision 148, 150, 154, 163, 259
 - Maklervertrag 148–150, 154–156, 160, 172, 173
 - Provisionsabrede 148, 150, 163, 164
 - Provisionshöhe 152, 154, 161, 174, 235, 259
- Änderungsvertrag** 149, 150, 154–163
- Aufhebung** 149–154, 156, 158
- Aufklärungspflicht** 120, 168, 179, 181, 182, 184, 186, 200
- Person des Aufklärungspflichtigen 182
- BeurkG** 129, 174, 188, 200, 203–205, 207–211, 262
- Zwei-Wochen-Frist 129, 174, 203, 205–211, 262
- Beurkundungspflicht** 196–198, 201, 203, 205–207, 211, 262
- Bundesverfassungsgericht** 27, 31
- Daten** 57, 58, 72–79, 258
- Datenträger** 108, 114, 224, 225
- Dienstleistung** 23, 29, 32, 33, 37, 42–44, 61, 79, 81, 88, 101–103, 122, 127, 131, 135, 136, 209
- Dienstleistungsvertrag** 23–25, 29, 32, 34, 42, 43, 47, 56, 81, 82, 150, 168, 256
- Doppelmakler** 21, 166–169, 227, 229,
- Doppeltätigkeit** 227
- Durchgriffswirkung** 131, 155, 157, 158, 160, 162, 201, 223, 228, 233–241, 248, 249, 253–255, 265
- E-Commerce** 18, 105, 133, 135, 137, 139–141, 143, 145–147
- Erfolgsabhängigkeit** 45, 46, 54, 55, 71, 78, 97, 98, 145, 256, 258
- Erfüllungsübernahme** 247, 250, 251
- Erwägungsgrund** 17, 25, 30–32, 40, 42–44, 46, 56, 82, 112–114, 257, 268
- ex-nunc** 27, 118, 126, 151–154, 156
- Exposé** 51, 109, 123, 124, 224
- ex-tunc** 151–153
- Fernabsatzvertrag** 17, 22–24, 26–28, 30–32, 35–37, 40, 47, 56, 61, 87–89, 92, 93, 103, 107, 108, 110, 130, 137, 141, 148, 151, 154, 157, 160, 163, 193–195, 199, 260
- Fernkommunikationsmittel** 23, 88–91, 133, 134, 193–195
- Finanzdienstleistungsvertrag** 80–82
- Form**
- notarielle Form 63
 - Textform 55, 89, 92, 104–106, 112–114, 129, 147, 160, 161, 209, 223–227, 267
- Fortbestehen des Maklervertrages** 149, 154–156, 173, 179
- Franchise** 84, 85
- Freistellung** 247, 250

- Gesamtschuld** 246, 254
- Geschäftsräumlichkeiten** 22, 28, 38, 39, 91, 148, 162, 218–220, 230, 241, 256
- Grundstückskaufvertrag** 18, 60, 112, 118, 132, 145, 167, 168, 170, 174, 175, 177, 179, 181–184, 187, 189, 191, 194, 196, 197, 200–203, 206, 207, 210, 211, 247, 260, 262
- Hauptvertrag** 16, 19, 20, 26, 28, 30, 38, 41, 42, 45, 49, 51, 52, 54, 59, 60, 63, 65, 66, 69, 71, 80, 84–86, 94–96, 99, 100, 102, 107, 108, 110, 111, 116–118, 120, 121, 123–125, 128–132, 135–137, 139–141, 145, 147, 151–154, 156, 161, 163, 165–170, 174–178, 180–190, 193–211, 215, 223, 227–230, 233–235, 242, 243, 247, 249, 252, 256, 259, 261–267
- **Hintertreiben des Hauptvertrages** 165
- Hauptvertragspartei** 49, 95, 163, 169, 179, 188, 197, 198, 202–206, 223, 228, 229, 230, 233, 234, 236–238, 242–251, 253–255, 261, 265, 266
- Identität** 140, 170–174, 260
- Insolvenz** 214
- **Unternehmerinsolvenz** 215, 217
- **Verbraucherinsolvenz** 216–218
- Insolvenzmasse** 215–218
- Insolvenzverwalter** 214–218
- Internet** 16, 38, 39, 47, 49, 50, 52, 54, 72, 73, 75, 93, 109, 129, 130, 133, 134, 142, 147, 268
- Invitatio ad offerendum** 49, 50, 52, 53, 134
- Kaufpreis** 69, 70, 130, 136, 164–166, 170–174, 245, 260
- Kausalität** 140
- **Ursächlichkeit** 66, 94, 131, 140, 154
- Kaufvertrag** *siehe* Hauptvertrag
- **Haustürgeschäft** 22, 27, 39, 212, 256
- Legaldefinition** 22, 82, 88, 196, 219, 224
- Lesebestätigung** 97, 114, 115
- Maklerklausel** 18, 174–189, 191, 193–203, 205–207, 247, 249, 260, 261
- **deklaratorisch** 175, 177, 178, 182–188, 190, 191, 196–198, 202, 203, 205, 207, 261
- **konstitutiv** 176, 177, 184–187, 189–198, 201–209, 211, 261, 262
- **Vertrag zugunsten Dritter** 178, 180, 247, 249, 250, 252–255, 260, 261
- Maklerkosten** 19, 71, 84, 86, 222, 231, 244
- Maklertätigkeit** 21, 24, 44–46, 50, 51, 54, 59, 60, 69, 75, 79–81, 85, 91, 93, 94, 96, 97, 106, 116, 117, 120, 121, 123, 124, 127, 131, 132, 139–141, 143, 145, 148–150, 152, 153, 155, 158, 159, 161, 166–169, 172, 173, 192, 193, 223, 227, 229, 230, 240, 243, 244, 263, 264, 266, 267
- **Nachweis** 44, 51, 59, 65–67, 75, 83, 94–96, 107, 119, 120, 124, 125, 129, 135, 136, 139, 150, 152, 153, 158, 161, 169, 174, 220, 234, 243, 244, 263, 265, 268
- **Sofortige Tätigkeit** 93, 96
- **Vermittlung** 19, 29, 32, 44, 48, 51, 59, 65, 66, 75, 94–96, 119, 120, 124, 125, 129, 135, 136, 139, 150, 152, 158, 161, 168, 174, 176, 220, 234, 243, 244, 263, 265, 268
- Maklervertrag** 17, 23–30, 32–36, 38, 41, 43–47, 49–51, 53–56, 59–62, 64, 67, 68, 72, 74, 79, 81–83, 85, 88, 90–92, 94–96, 99, 103, 104, 107–111, 117–120, 122, 125, 129–132, 134, 138, 139, 141, 143–146, 149, 150, 152, 153, 155, 156, 158, 160, 161, 165, 170, 172–177, 179, 182–186, 188–191, 204, 205, 212, 214, 215, 217–219, 223–231, 233–236, 238, 239, 241–246, 248–250, 252–254, 258, 260, 263

- Erfüllung des Maklervertrages 76, 94, 95, 97, 129, 158, 258, 263
- Maklerdienstvertrag 26, 79, 80, 97, 145
- Maklerwerkvertrag 80
- Neuabschluss 149, 150, 155
- Musterwiderrufsbelehrung *siehe* Widerrufsbelehrung
- Muster-Widerrufsformular 93, 101–103, 106, 110

- Notar 177, 188, 189, 194, 196, 199–202, 204, 208, 209, 211

- Offerte ad incertas personas 53, 104
- Online-Bestellung 38
- Online-Maklervertrag 18–20, 22, 37–40, 42, 43, 47, 53, 78, 79, 83, 87, 96, 100, 104–106, 109, 128, 129, 133, 134, 140, 147, 174, 179, 181, 182, 185, 187–189, 195, 211, 212, 214, 216–218, 220, 221, 223, 233, 239, 256, 257, 259, 267, 268
- Online-Vermarktungsportal 16, 47, 50, 79, 88, 90, 104, 108–111, 125, 141, 146, 147, 225, 263

- Provisionsrechnung 221
- Provisionsrechnungsstellung 221

- Rechtsmissbrauch 126–128, 159, 259, 266
- Reservierungsvereinbarung 64, 65
 - Reservierungsgebühr 66
- Rücktrittsrecht 117, 182, 210

- Schadensersatz 30, 50, 52, 64, 70, 95, 166, 252
- Schuldübernahme 247, 251, 252
- Selbständiges Provisionsversprechen 180, 185
- Suchauftrag 68, 69, 77

- Treupflicht 164, 165
- Treuwidrigkeit 158, 159, 162

- Übergangsregelung 40, 222
- Umgehung 237, 241
- Unklarheiten 49, 55, 223, 226
- Unternehmer 20, 37, 42, 44, 47, 57, 58, 60, 72–74, 76, 82–85, 87, 89, 90, 92–98, 101–104, 106, 111, 112, 114–116, 119, 122, 128, 133–135, 137–143, 149–151, 155, 189, 192, 201, 204, 206, 209, 212, 213, 215–219, 221, 232, 233

- Verbraucher 17, 18, 20–22, 27–30, 37, 41–45, 48, 49, 52, 54, 55, 57–60, 62, 64, 66, 67, 70, 71, 74, 75, 77–79, 82, 83, 85–98, 101–109, 111–120, 122, 123, 126–132, 134, 135, 137–140, 142–146, 149–151, 154–159, 161, 162, 169, 173, 174, 183, 185–192, 194–196, 198, 200–221, 223, 225, 231, 232, 234, 239, 241, 253, 258–264, 266, 267
- Verbraucherrechterichtlinie 47, 82, 199
 - VRRL 17, 18, 22, 23, 25, 29–33, 37, 40–47, 56, 58, 59, 70, 72, 80, 82, 88, 112–114, 116, 120, 150, 156, 157, 162, 163, 168, 195, 221, 237, 241, 257, 264, 268
- Verbraucherschutz 18, 20–22, 26, 29, 33, 34, 38, 39, 45–47, 53, 55, 56, 59, 60, 63, 64, 71–74, 77, 79, 83, 85, 98–101, 104, 111, 113, 115, 125, 140, 144, 146–148, 150, 151, 154, 157–161, 163, 164, 169, 175, 183, 186, 192, 200, 202, 205, 207, 208, 210, 213, 218, 221–223, 228, 233, 234, 239, 241, 249, 255, 262, 263, 266
- Verbrauchervertrag 41, 57, 59, 71, 74, 82, 83, 85, 87, 133–135, 137, 140, 149, 189, 190, 192, 196, 203–206, 216, 217
- Verbraucherwiderruf *siehe* Widerruf
- Verbraucherwiderrufsrecht *siehe* Widerrufsrecht
- Verwirkung 21, 128, 165–167, 169, 229

- Vorkenntnis 173
- Vorschlag de lege ferenda 267
- W**ertersatz 98, 99, 116, 119–126, 131, 132, 138, 264, 265
- Wettbieten 164, 166
- Widerruf 18, 20, 26, 27, 34, 40, 92–94, 96, 102, 103, 112–121, 124, 126, 127, 131, 132, 143, 151, 154–162, 178, 183, 184, 186, 188, 189, 200, 201, 208, 214, 227, 229–231, 234–239, 242, 245, 246, 249, 250, 252, 253, 255, 256, 258–261, 263–267
- Widerrufsbelehrung 54, 92, 93, 95, 97–99, 101–112, 115, 116, 119, 126, 127, 137, 138, 142, 148, 150–152, 159, 181, 200–202, 208, 209, 214, 259
- Widerrufsrecht 17–25, 27–29, 32–40, 42, 43, 45, 46, 49, 54–57, 60, 63, 69–71, 78, 80, 82, 83, 85–88, 91–97, 100–112, 114–116, 118, 124, 127–133, 141, 142, 147–155, 157–165, 169, 173–175, 177–179, 181–189, 191–200, 202–204, 207–215, 217–221, 223, 230, 233–235, 237–239, 241, 242, 247, 250, 252, 256–267
- Ablauf der Widerrufsfrist 93, 96, 103, 106, 220
 - Ablauf von einem Jahr und 14 Tagen 221
 - Einschränkung 18, 161, 163, 218
 - Erlöschen 93, 95–97, 152, 158, 175, 178, 179, 182, 185, 187, 201, 209, 263
- Wirtschaftliche Verflechtung 180, 261
- Wissenserklärung 190, 191, 198, 224
- Z**ahlungspflichtig bestellen 18, 45, 140–142, 144–147, 259, 268