

Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien

Richter am BGH a. D. Dr. Detlev Fischer*

Das Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten vom 12.6.2020 (BGBl. 2020 I 1245) fügt einen neuen Untertitel 4 „Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ mit vier Bestimmungen (§§ 656 a – 656 d BGB) in das Maklerrecht des BGB ein. Es tritt am 23.12.2020 in Kraft. Bei der Neuregelung handelt es sich um die erste Reform des Immobilienmaklerrechts seit Inkrafttreten des BGB.

I. Einführung

1Die bisherige Praxis in bestimmten Bundesländern, den Verkäufer von der Provision freizustellen und diese vollständig auf den Käufer abzuwälzen, kann dazu führen, dass der Verkäufer bei der Auswahl des Maklers kein Interesse hat, über die Höhe der Provision zu verhandeln. Auch wird er möglicherweise davon absehen, sich über die Qualifizierung und Eignung des Maklers genauer zu unterrichten.¹ Eine Preisfindung nach Marktgrundsätzen wird dadurch erheblich erschwert, wenn nicht gar unterbunden.² Mit Blick auf die Maklerkosten soll der Verkäufer, der vielfach als erster einen Makler einschaltet, deshalb durch die Neuregelung³ wieder auf die Preisgestaltung im Eigeninteresse achten und hierdurch auch zu einer Reduzierung der Maklerkosten beitragen.⁴

2Die Weitergabe von Maklerkosten wird aber im Hinblick darauf, dass regelmäßig auch dem Käufer die Maklertätigkeit zugutekommt, nicht gänzlich ausgeschlossen; vielmehr gilt insoweit eine maximale Obergrenze von 50 % der insgesamt zu zahlenden Maklerprovision. Zudem wird der Käufer zur Zahlung erst verpflichtet sein, wenn der Verkäufer oder der Makler nachweist, dass der Verkäufer seinen Anteil an der Maklerprovision gezahlt hat (§ 656 d I 2 BGB). Ist dagegen der Käufer, wie etwa bei einem Suchauftrag, alleiniger Vertragspartner des Maklers, gelten diese Grundsätze mit Blick auf die Verursachung der Maklerkosten ebenso: Auch in diesen Fällen bleibt es bei dem Grundsatz, dass in erster Linie der Auftraggeber zahlungspflichtig ist und höchstens eine 50:50-Kostenteilung erwirken kann.

3Wird der Makler im Rahmen einer Doppeltätigkeit von beiden Seiten beauftragt, so wird verbindlich festgelegt, dass nur eine hälftige Tragung der Maklerkosten zulässig ist (§ 656 c BGB).⁵ Damit wird die in den norddeutschen Ländern Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg,⁶ Schleswig-Holstein⁷ sowie im Land Hessen, insbesondere in den dortigen Ballungszentren, praktizierte Verlagerung der Maklerkosten allein auf den Käufer beseitigt und zur hälftigen Tragung der Kosten, wie es auch im übrigen Bundesgebiet bislang ganz überwiegend üblich ist und dem gesetzlichen Leitbild des Doppelmaklers entspricht,⁸ zurückgefunden.⁹ Die hälftige Zuweisung der insgesamt entstehenden Maklerkosten auf die Parteien des Hauptvertrags wird als Halbteilungsprinzip¹⁰ oder Halbteilungsgrundsatz¹¹ bezeichnet.

II. Sachlicher Anwendungsbereich von Untertitel 4

4Die Bestimmungen des Untertitels 4 sind, wie dessen Überschrift ausweist, auf Maklerverträge beschränkt, die sich auf den Nachweis oder die Vermittlung von

Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser beziehen. Ist eine Gewerbeimmobilie oder ein an eine Vielzahl von Par-

Fischer: Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien(NJW 2020, 3553)

3554

teien vermietetes Wohnhaus Gegenstand des Kaufvertrags, liegt keine vergleichbare Zwangslage des Kaufinteressenten vor.¹² Kaufverträge über Grundstücke, die lediglich zur Wohnbebauung vorgesehen sind, werden gleichfalls nicht vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst.¹³

5Die Begriffe Wohnung und Einfamilienhaus sind hinreichend konkret, so dass der Gesetzgeber davon absehen konnte, hierzu Legaldefinitionen aufzustellen. Eine Wohnung im Sinne des Untertitels ist jede Zusammenfassung von Räumen, die zu Wohnzwecken genutzt wird.¹⁴ Der Begriff Einfamilienhaus erfasst jedes Gebäude, das in erster Linie den Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient.¹⁵ Erwirbt eine alleinstehende Person ein Einfamilienhaus, gilt nichts anderes. Unschädlich ist eine weitere Wohnung von untergeordneter Bedeutung, wie etwa eine Einliegerwohnung.¹⁶ Diese kann auch als Praxis oder Kanzlei genutzt werden.

6Die Begriffe Einfamilienhaus und Eigentumswohnung erschließen sich durch den Erwerbzweck. Wird etwa für eine kinderreiche Familie ein bislang als Zweifamilien- oder Mehrfamilienhaus dienendes Gebäude erworben, um es als Einfamilienhaus zu nutzen, handelt es sich um ein Einfamilienhaus im Sinne des Unterabschnitts. Gleiches gilt beim Erwerb mehrerer Eigentumswohnungen, um diese zu einer Wohnungseinheit zusammenzufügen.

7Auf die rechtliche Ausgestaltung kommt es nicht an. Der Begriff Wohnung erfasst deshalb neben Wohnungseigentum iSd § 1 II WEG beispielweise auch Wohnungserbaurechte (§ 30 WEG), Dauerwohnrechte (§ 31 I 1 WEG) und Miteigentumsanteile an einem Grundstück in Verbindung mit einer Regelung zur Nutzung von Wohnräumen (vgl. § 1010 BGB). Ebenso liegt es beim Begriff Einfamilienhaus. Er beinhaltet neben dem klassischen Grundstückseigentum (vgl. § 93 BGB) auch Erbaurechte nach dem Gesetz über das Erbaurecht.¹⁷

III. Form des Vermittlungsvertrags

8Die erste Bestimmung (§ 656 a BGB) des neuen Untertitels betrifft die Abkehr von der Formfreiheit des Maklervertrags. Zukünftig sind mündliche Vertragsabschlüsse nicht mehr zulässig. Erforderlich ist, dass der Maklervertrag über die Vermittlung von Wohnimmobilien die Textform (§ 126 b BGB) aufweist.

9Im Gegensatz zu den nachfolgenden Bestimmungen ist der persönliche Anwendungsbereich der Formvorschrift nicht auf Verbraucher beschränkt. Auch dann, wenn juristische Personen Wohnimmobilien erwerben, unterliegen sie dem Formerfordernis des § 656 a BGB. Gleiches gilt für die Veräußerung von Wohnimmobilien durch juristische Personen.¹⁸

1. Normzweck

10In § 656 a BGB wird, um die Transparenz und Rechtsklarheit im Wohnimmobilienvermittlungsgeschäft zu erhöhen, die Textform für alle Nachweis- und Vermittlungsverträge verbindlich vorgegeben. Die Regelung bezweckt, dass sowohl für den Kaufinteressenten als auch für den Verkäufer der Inhalt des Maklervertrags dokumentiert

wird. Auf diese Weise sollen Unklarheiten über in der Praxis häufig strittige Fragen hinsichtlich des Inhalts eines Maklervertrags vermieden werden.¹⁹

2. Anforderungen an die Textform

11 Um der Textform zu genügen, muss die Erklärung in einer Urkunde oder in einer anderen, zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden. Danach reichen Verkörperungen auf Papier, USB-Stick, Diskette, CD-Rom, ferner eine E-Mail oder ein Computerfax aus.²⁰ Anders als bei der Schriftform (§ 126 I BGB), bei welcher die Unterschrift den räumlichen Abschluss der Urkunde bildet, kennt die Textform keine starre Regelung für die Kenntlichmachung des Dokumentenendes. Es bedarf jedenfalls eines eindeutig wahrnehmbaren Hinweises, der sich räumlich am Ende befindet und inhaltlich das Ende der Erklärung verlaublich. Zur Erfüllung dieses Zwecks kommt neben der Namensunterschrift ein Zusatz wie „Diese Erklärung ist nicht unterschrieben“, ein Faksimile, eine eingescannte Unterschrift, eine Datierung oder Grußformel in Betracht.²¹

12 Die strengen Grundsätze des *BGH* zum konkludenten Abschluss eines Maklervertrags²² bleiben weiterhin anwendbar. Notwendig ist aber, dass die vertragsrelevanten konkludenten Äußerungen jeweils in Textform erklärt werden. So kann das unter Bezugnahme auf ein entsprechendes Objektinserat per E-Mail erklärte Verlangen eines Kaufinteressenten auf Zusendung eines Objektexposés dann einen Antrag auf Abschluss eines Maklervertrags darstellen, wenn das Inserat ein ausdrückliches Provisionsbegehren enthält.²³ Diesen Antrag kann der Makler etwa dadurch annehmen, indem er dem Interessenten das betreffende Exposé per E-Mail oder durch eine Postsendung zuleitet; Entsprechendes gilt, wenn er per E-Mail einen Besichtigungstermin vereinbart.²⁴ Eine (Annahme-)Erklärung des Maklers nach § 151 BGB, wie etwa durch Aufnahme der Tätigkeit,²⁵ dürfte im Hinblick auf die Informations- und Dokumentationsfunktion der Textform dem Textformerfordernis nicht entsprechen.²⁶

3. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung des Formzwangs

13 Maklerverträge, die sich auf den Nachweis oder die Vermittlung von Wohnimmobilien beziehen, müssen den Anforderungen der Textform genügen. Bleibt das Formerfordernis unbeachtet, ist der Maklervertrag nach § 125 BGB nichtig.²⁷ Der Vergütungsanspruch des Maklers setzt mithin

Fischer: Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien(NJW 2020, 3553)

3555

den Abschluss eines wirksamen Wohnungsimmobilienvermittlungsvertrags voraus.²⁸

IV. Persönlicher Anwendungsbereich des Halbteilungsgrundsatzes

14 Der persönliche Anwendungsbereich des Halbteilungsgrundsatzes wird in § 656 b BGB geregelt.

1. Persönlicher Anwendungsbereich bezogen auf den Makler

15 Während der Regierungsentwurf den persönlichen Anwendungsbereich nur auf Makler beschränkte, die als Unternehmer handeln, ist der Rechtsausschuss zu Recht von dieser Konzeption abgegangen. Der persönliche Anwendungsbereich betrifft auch Makler, die tätig sind, ohne den Status des Unternehmers zu haben. Damit werden auch Gelegenheitsmakler erfasst, die keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb unterhalten.²⁹ Die zunächst vorgesehene Differenzierung zwischen unternehmerisch tätigen Maklern und

Gelegenheitsmaklern ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Zwangslage des Käufers ist bei Maklerverträgen mit Gelegenheitsmaklern ebenso vorhanden wie bei Vertragsverhältnissen mit Maklern, die einen Geschäftsbetrieb unterhalten.³⁰ Hinzukommt, dass bei einem Nichteinbezug der Gelegenheitsmakler die Gefahr besteht, dass Makler, die einen Geschäftsbetrieb unterhalten, durch Zwischenschaltung von Gelegenheitsmaklern die zwingende Regelung des Halbtteilungsgrundsatzes unterlaufen.

2. Persönlicher Anwendungsbereich bezogen auf den Maklerkunden

16Der Regierungsentwurf sah ferner vor, dass die Bestimmungen des Halbtteilungsgrundsatzes (§§ 656c–656 d BGB) immer dann eingreifen, wenn es sich beim Käufer um eine natürliche Person handelt.³¹ Auch diese Regelung hat der Rechtsausschuss zu Recht abgeändert und den Anwendungsbereich auf Verbraucher beschränkt.³² Damit wird unterstrichen, dass es sich bei den in Rede stehenden Vorschriften um Verbraucherschutzbestimmungen handelt.³³ Natürliche Personen, die im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit eine Immobilie erwerben, fallen mangels Schutzbedürftigkeit nicht in den Anwendungsbereich der gesetzlichen Regelungen des Halbtteilungsgrundsatzes.³⁴

a) Käufer als Verbraucher

17Die Verbrauchereigenschaft trifft nicht nur auf Personen zu, die die Wohnung oder das Einfamilienhaus selbst nutzen oder einem Angehörigen zur Verfügung stellen möchten, sondern auch dann, wenn der Wohnimmobilienerwerb einer sicheren Altersvorsorge dienen soll.³⁵ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist eine Verbrauchereigenschaft auch bei der Verwaltung eines eigenen Vermögens anzunehmen.³⁶ Hierzu gehört generell auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie.³⁷ Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist hierbei der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor und die Verbrauchereigenschaft ist zu verneinen.³⁸ Ist streitig, ob ein solcher Geschäftsbetrieb erforderlich ist, hat der Verbraucher darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass es für die Verwaltung seines Immobilienvermögens keines planmäßigen Geschäftsbetriebs bedarf. Bleiben insoweit Zweifel, ist die geltend gemachte Verbrauchereigenschaft nicht nachgewiesen.³⁹

b) BGB-Gesellschaft als Verbraucher

18Vom persönlichen Anwendungsbereich ist auch der Erwerb durch eine ausschließlich aus Verbrauchern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfasst, wenn der Kauf allein zu privaten Zwecken erfolgt.⁴⁰ Auch wenn die Legaldefinition des § 13 BGB den Verbraucherbegriff an die natürliche Person anknüpft, kann auch die BGB-Gesellschaft als teilrechtsfähige Personengesellschaft Verbraucher iSd § 13 BGB sein. Dies gilt allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen. So muss es sich bei der BGB-Gesellschaft um einen Zusammenschluss von natürlichen Personen handeln.⁴¹ Setzt sich die Gesellschaft teilweise aus natürlichen und auch aus juristischen Personen zusammen, fällt dieses Gebilde nicht mehr unter den Verbraucherbegriff des § 13 BGB.⁴² Ferner darf das Handeln der Gesellschaft keine unternehmerischen Ziele verfolgen.⁴³

3. Status des Verkäufers

19Ob der Verkäufer als natürliche oder als juristische Person handelt, ist für die Anwendung dieser Vorschriften unerheblich. Die faktische Zwangslage der Kaufinteressenten, der die Bestimmungen der §§ 656 c und 656 d BGB entgegenwirken sollen, ergibt sich aus der eingetretenen Marktentwicklung und den als üblich vorgegebenen Vertragsgestaltungen und Provisionsätzen, welche nicht auf Verkäufe von Unternehmern an natürliche Personen beschränkt sind. Ist dagegen der Käufer eine juristische Person, liegt eine vergleichbare Zwangslage des Kaufinteressenten nicht vor; mithin ist es nicht geboten, auch für diesen Bereich die Vertragsfreiheit der Parteien zu beschränken.⁴⁴

Fischer: Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien(NJW 2020, 3553)

3556

V. Regelung des § 656 c BGB

1. Halbteilungsgrundsatz bei Doppeltätigkeit

20Die Provisionszahlungspflicht der Beteiligten richtet sich nicht danach, welche Partei aufgrund der örtlichen Gegebenheiten und der allgemeinen Marktsituation in der Lage ist, eine Abwälzung der Maklerkosten auf die andere Partei durchzusetzen. Sie soll sich in Ansehung der tatsächlichen Gegebenheiten beim Immobilienkauf vielmehr daran orientieren, dass der Makler in vielen Fällen den legitimen Interessen beider Parteien dient und eine hälftige Teilung der Provision daher grundsätzlich angemessen ist. Dies gilt namentlich dann, wenn der Makler sowohl mit dem Verkäufer als auch mit dem Käufer über einen Maklervertrag verbunden ist und mithin als Doppelmakler tätig wird.⁴⁵ Für die einvernehmliche Doppeltätigkeit, die bei Immobiliengeschäften weitgehend üblich ist,⁴⁶ ist kennzeichnend, dass sie von strengen Neutralitätspflichten des Maklers geprägt ist, so dass keine Gründe für eine abweichende Verteilung der Kosten bestehen. Damit sich auch unter dem Eindruck einer angespannten Marktlage keine Partei von vornherein veranlasst sieht, hinsichtlich der Maklerkosten eine anderweitige Vereinbarung abzuschließen, ist die hälftige Teilung der Provision in diesen Fällen gem. § 656 c I 1 BGB zwingend vorgesehen.

21Hiervon abweichende Vereinbarungen sind nicht nur unwirksam,⁴⁷ sondern führen nach § 656 c II 1 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Maklervertrags. Vereinbart beispielsweise der Doppelmakler, dass der Käufer 70 % und der Verkäufer 30 % der Maklerkosten zu tragen hat, kann diese unzulässige Regelung nicht etwa im Rahmen einer geltungserhaltenen Reduktion auf den Halbteilungsgrundsatz zurückgeführt werden, dass mithin beide Teile jeweils 50 % der Vergütung zu entrichten haben, sondern beide Verträge sind nichtig. Damit entfällt der Vergütungsanspruch gegenüber beiden Kunden. Wird zunächst mit dem Verkäufer ein höherer Provisionsatz vereinbart, den aber der Käufer als Verbraucher nicht akzeptiert, so dass nur ein niedriger Provisionsatz mit ihm ausgehandelt werden kann, dann muss der Makler auch diesen niedrigeren Provisionsatz dem Verkäufer einräumen und den mit ihm abgeschlossenen Maklervertrag darauf umstellen. Geschieht dies nicht, sind beide Maklerverträge nichtig. Es ist daher im eigenen Provisionsinteresse des Maklers, dass er bei der Ausgestaltung der jeweiligen Provisionsabreden strikt auf die Einhaltung des Halbteilungsgrundsatzes achtet.⁴⁸

22Nach § 656 c I 1 BGB gilt der Halbteilungsgrundsatz als zwingende Regelung, wenn sich der Makler von beiden Parteien des Kaufvertrags einen Maklerlohn versprechen lässt. Der Wortlaut der Regelung erfasst damit als mögliche Auftraggeber lediglich die Parteien des Hauptvertrags (Kaufvertrag). Nach herkömmlichem Maklerrecht muss ein Immobilienmaklervertrag nicht zwingend nur vom Verkäufer oder Erwerber abgeschlossen

werden. Auftraggeber eines Maklervertrags kann auch eine andere Person sein, etwa ein Familienangehöriger⁴⁹ oder ein Grundschuldgläubiger.⁵⁰ Diese erweiternde Sichtweise, was die Partner eines Maklervertrags angeht, ist auch im Rahmen des § 656 c BGB zu beachten. Trägt ein Dritter die Maklerkosten, so hat er gegenüber dem Käufer vielfach ein Rückgriffsrecht, was unmittelbar zu einer erhöhten Provisionslast des Käufers führen würde.⁵¹ Der Normzweck der genannten Bestimmung zielt auf eine Entlastung des Käufers von den Maklerkosten.⁵² Der Sinn und Zweck des § 656 c BGB als Verbraucherschutzbestimmung⁵³ lässt sich nur erreichen, wenn auch Vertragsgestaltungen, bei denen nicht der Käufer, sondern eine andere Person als Auftraggeber handelt, dem Halbteilungsgrundsatz unterliegen.

23Vom Anwendungsbereich des § 656 c BGB nicht erfasst sind Fallgestaltungen, in denen eine Kaufvertragspartei den Makler unter Ausschluss der Doppeltätigkeit allein mit der Wahrnehmung ihrer Anliegen beauftragt. Dies ist weiterhin zulässig. Im Fall eines ausschließlichen Suchauftrags des Kaufinteressenten oder eines alleinigen Vermittlungsauftrags des Verkäufers besteht nur zwischen jeweils einer Partei und dem Makler eine vertragliche Beziehung, so dass auch zunächst nur der Auftraggeber die vereinbarte Provision schuldet.⁵⁴

2. Verbot von Unentgeltlichkeitsabreden

24Der Halbteilungsgrundsatz kann nicht dadurch umgangen werden, dass der Makler, wie es in den Fällen des so genannten An-die-Hand-Gebens häufig erfolgt, mit dem ersten Auftraggeber – in der Regel der Verkäufer – die Unentgeltlichkeit seiner Tätigkeit vereinbart und sich anschließend nur vom Käufer eine Provision versprechen lässt. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich hervorgehoben, dass selbst wenn in diesen Fällen aufgrund der negativen Provisionsabrede sowie der gegebenenfalls fehlenden Textform nicht von einem Maklervertrag iSd §§ 652, 656 a BGB auszugehen sein sollte, der Makler tatsächlich dennoch für diese Partei tätig wird. In diesen Fällen darf der Makler auch mit der anderen Partei des Kaufvertrags keine Provisionsabrede mehr abschließen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Regelung des § 656 c BGB dadurch umgangen wird, dass der Makler für den Verkäufer unentgeltlich tätig wird und mit dem Käufer unter Ausnutzung einer faktischen Zwangslage eine unangemessen hohe Provision vereinbart. Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Unentgeltlichkeit bereits von Anfang an vereinbart wird oder sich erst aus einem späteren Erlass (§ 397 BGB), der keiner besonderen Form bedarf und auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann, ergibt.⁵⁵

25Ein nachträglicher Wegfall oder eine Herabsetzung des Provisionsanspruchs gegen eine Partei wirkt sich auch zugunsten der anderen Partei aus.⁵⁶ Dies betrifft aber nur entsprechende Absprachen der Parteien. Wird etwa dem Verkäufermakler wegen einer schwerwiegenden Treupflichtverletzung nach § 654 BGB die Provision aberkannt, so betrifft dies, soweit keine Pflichtverletzung auch gegenüber dem Kaufinteressenten vorliegt, nicht die Käuferprovision. Diese ist mithin weiterhin bestandswirksam.

Fischer: Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien(NJW 2020, 3553)

3557

3. § 656 c II 2 BGB

26Der Gesetzgeber hat im Hinblick darauf, dass die Voraussetzungen der zulässigen Doppeltätigkeit des Maklers aufgrund der in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze geklärt sind, eine nähere Regelung hierzu mit Recht für nicht geboten

angesehen. Der in § 656 c II 2 BGB aufgenommene Zusatz „§ 654 BGB bleibt unberührt“ ist allerdings ebenfalls entbehrlich. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann ohnehin jede schwerwiegende Pflichtverletzung des Maklers zur Provisionsverwirkung führen.⁵⁷

VI. Regelung des § 656 d BGB

1. Übernahme der Maklerkosten des anderen Teils

27Die beteiligten Parteien können nach § 656 d I 1 BGB Vereinbarungen zur anteiligen Übernahme der Maklerkosten durch die Partei treffen, die in keinem Vertragsverhältnis zu dem Makler steht, soweit kein Fall des § 656 c I 2 BGB vorliegt. Dies betrifft zum einen Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrags untereinander, aus denen sich ein unmittelbarer oder mittelbarer Anspruch des Maklers ergibt. Derartige Regelungen können im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter oder einer Erfüllungsübernahme sowie einer Freistellung getroffen werden. Zum anderen sind auch Vereinbarungen des Maklers mit der Partei, die nicht sein Vertragspartner ist, zulässig, wie etwa im Wege der Schuldübernahme. Voraussetzung ist aber jeweils, dass der Vertragspartner des Maklers zur Zahlung einer Provision mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt; mithin darf die andere Partei allenfalls die Begleichung der hälftigen Gesamtkosten übernehmen.⁵⁸ Auch bei diesen Fallgestaltungen ist der Halbtteilungsgrundsatz zwingendes Recht; hiergegen verstoßende Abreden sind unwirksam (§§ 656 d II, 656 c I 4 BGB).

2. Weitere Konsequenzen des Halbtteilungsgrundsatzes

28Ein Schuldbeitritt der nicht am Maklervertrag beteiligten Partei kommt damit künftig nicht mehr in Betracht, weil dieser zur Entstehung einer Gesamtschuld führt. Der Makler soll jedoch gerade nicht in die Lage versetzt werden, von einer anderen Partei als seinem Vertragspartner die Maklerprovision in voller Höhe (§ 421 S. 1 BGB) verlangen zu können. Ähnlich wie im Rahmen des § 656 c BGB wirkt sich zum Schutz vor Umgehungen eine nachträgliche Herabsetzung oder ein Wegfall des Provisionsanspruchs gegen den Vertragspartner auch zugunsten der anderen Partei aus (§ 656 d II BGB).⁵⁹

3. Fälligkeit des Kostenübernahmeanspruchs

29Dem Schutz vor Umgehungen dient schließlich auch die Regelung des § 656 d I 2 BGB, wonach der Anspruch aus einer Vereinbarung nach § 656 d I 1 BGB erst fällig wird, wenn nachgewiesen wird, dass der ursprüngliche Vertragspartner des Maklers seinen Provisionsanteil erbracht hat. Hiermit soll unterbunden werden, dass die andere Partei vorrangig in Anspruch genommen wird und der Makler seinen Anspruch gegenüber dem eigentlichen Auftraggeber nicht geltend macht.⁶⁰ Zwar hätte dies nach § 656 d II BGB regelmäßig auch Auswirkungen auf die Vereinbarung nach § 656 d I 1 BGB; allerdings wäre der Käufer in diesen Fällen mit der Durchsetzung eines bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruchs belastet.⁶¹

30Den Zahlungsnachweis kann nicht nur der andere Teil des Hauptvertrags erbringen. Der Rechtsausschuss hat auch hier aus Praktikabilitätsgründen zu Recht die Möglichkeit eröffnet, dass der Makler selbst die Provisionszahlung des anderen Teils nachweisen kann.⁶² Die Form des Nachweises bleibt grundsätzlich dem jeweiligen Einzelfall vorbehalten. In Betracht kommt hier aber jedenfalls die Vorlage eines Kontoauszugs oder eines Überweisungsbelegs. Die Vorschriften über die Erfüllung (§§ 362 ff. BGB) bleiben unberührt.

31Die Ausgestaltung des Zahlungsnachweises als Fälligkeitsregel hat allerdings zur Folge, dass der Makler bei Insolvenz derjenigen Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, auch den Anspruch gegenüber dem anderen Teil des Hauptvertrags verliert. Wegen dauerhaft ausbleibender Fälligkeit ist dem Makler in diesen Fällen die Geltendmachung des Anspruchs gegenüber der letztgenannten Partei verwehrt.⁶³ Der Anregung des Bundesrats, den Fall der Insolvenz gesondert zu regeln und insoweit eine Zahlungspflicht der anderen Partei des Hauptvertrags zu begründen,⁶⁴ hat sich die Bundesregierung nicht angeschlossen. Sie hat darauf verwiesen, dass der Makler, wie jeder Unternehmer, grundsätzlich das Risiko der Insolvenz seines Auftraggebers zu tragen habe.⁶⁵

32Auch weitere hierzu bei der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss vorgetragene Erwägungen wurden nicht aufgegriffen. Im Hinblick darauf, dass im weiteren Gesetzgebungsverlauf von der Einfügung eines eigenständigen Insolvenzausnahmetatbestands abgesehen wurde, ist davon auszugehen, dass dem Makler in derartigen Fällen kein Kostenübernahmeanspruch gegenüber dem anderen Teil zusteht. Sollte der insolvente Vertragspartner seinen Provisionsanteil noch beglichen haben und diese Zahlung der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) unterliegen, müsste der Makler nach Rückführung des Betrags an die Insolvenzmasse auch den auf den anderen Teil des Hauptvertrags entfallenden Betrag an diesen auskehren.

VII. Übergangsregelungen

1. Temporärer Anwendungsbereich der Reformregelungen

33Gemäß Art. 229 EGBGB sind die neu eingeführten Vorschriften erst auf Maklerverträge anwendbar, die abgeschlossen werden, nachdem die Vorschriften in Kraft getreten sind.⁶⁶

34Hierbei ist zu beachten, dass bezogen auf ein Vermittlungs- oder Nachweisobjekt strikt zwischen den einzelnen Maklerverträgen zu unterscheiden ist. Wird etwa in einem

Fischer: Die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien(NJW 2020, 3553)

3558

Verkäufermaklervertrag vereinbart, dass der Makler vom Verkäufer keine Provision erhält, ihm es aber freigestellt wird, als Doppelmakler eine Provision mit dem Kaufinteressenten zu vereinbaren, so kann die damit verbundene Überwälzung der Provision nur dann erzielt werden, wenn nicht nur der Verkäufermaklervertrag vor dem Stichtag (23.12.2020) abgeschlossen wird, sondern auch der Käufermaklervertrag. Der Umstand, dass der Hauptvertrag erst nach dem Stichtag zustande kommt, steht der Anwendung des alten Rechts nicht entgegen; maßgeblich allein ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Maklervertrags. Wird allerdings nur der Maklervertrag mit dem Verkäufer vor dem Stichtag abgeschlossen, der Maklervertrag mit dem Käufer erst danach, kann eine völlige Provisionsüberwälzung auf den Käufer nicht mehr erfolgen. Insoweit greift unmittelbar der Halbteilungsgrundsatz, so dass allenfalls eine hälftige Provisionsteilung in Betracht kommen kann. Ist der Verkäufer zur Provisionsteilung nicht bereit, kann der Makler auch vom Käufer keine Provision verlangen. Entsprechendes gilt für reine Provisionsüberwälzungsabreden.

2. Inkrafttreten des Gesetzes

35Die neuen Vorschriften treten sechs Monate nach Verkündung des Gesetzes in Kraft. Durch eine halbjährige Übergangsfrist soll den betroffenen Verkehrskreisen, insbesondere den Maklern, die Möglichkeit gegeben werden, ihre Geschäftspraktiken der neuen Rechtslage anzupassen.⁶⁷

VIII. Fazit

36Die zwingende Einführung des Halbteilungsgrundsatzes wird das soziale Gleichgewicht auf dem Immobilienmarkt sichern und gewährleisten, dass nicht unter Ausnutzung einer aufgrund der Marktsituation geschwächten Verhandlungsposition eine unbillige Abwälzung der Maklerkosten erfolgt.⁶⁸ Durch bundesweit einheitliche, zwingende Regelungen werden die Transparenz und die Rechtssicherheit bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser erhöht. Hierdurch wird unterbunden, dass Maklerkosten, die der Verkäufer verursacht hat und die vor allem in seinem Interesse anfallen, im Kaufvertrag vollständig oder zu einem überwiegenden Anteil auf den Käufer abgewälzt werden.⁶⁹ Durch die damit verbundene Kostenreduzierung wird gleichzeitig der Erwerb von Wohnimmobilien gefördert.⁷⁰

* Der Autor war von 2005 bis 2015 Mitglied des IX. Zivilsenats des BGH.

1 BT-Drs. 19/15827, 10.

2 BT-Drs. 19/15827, 1, 10.

3 BGBl. 2020 I 1245; Materialien: BT-Drs. 19/15827, abgedr. auch in ZfIR 2020, 486; BT-Drucks. 19/19203.

4 BT-Drs. 19/15827, 11.

5 BT-Drs. 19/15827, 2.

6 BT-Drs. 19/15827, 1.

7 Vgl. hierzu OLG Schleswig ZMR 2016, 4129 = BeckRS 2015, 2069.

8 Vgl. M. Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 93 Rn. 32 f.

9 D. Fischer NJW 2020, 1268 (1269).

10 BT-Drs. 19/15827, 22.

11 D. Fischer NJW 2020, 1268 (1269).

12 BT-Drs. 19/15827, 18.

13 Vgl. hierzu die im weiteren Gesetzgebungsverlauf nicht aufgegriffene Änderungsanregung des BR, BT-Drs. 19/15827, 25.

14 BT-Drs. 19/15827, 18.

15 BT-Drs. 19/15827, 18.

16 BT-Drs. 19/15827, 18.

17 BT-Drs. 19/15827, 18.

18 BT-Drs. 19/15827, 18.

19 BT-Drs. 19/15827, 18.

20 Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 126 b Rn. 3; Erman/Arnold, BGB, 16. Aufl. 2020, § 126 b Rn. 6.

21 BGH NJOZ 2012, 926 = WM 2012, 760 Rn. 20; OLG Hamm NJW-RR 2007, 852.

22 Zuletzt BGH MMR 2019, 827 = WM 2019, 1985 Rn. 12; NJW 2020, 2792 Rn. 10.

23 BGH NJW 2017, 1024 Rn. 17; MMR 2019, 827 = WM 2019, 1985 Rn. 10, 12, 14.

24 BGH MMR 2019, 827 = WM 2019, 1985 Rn. 14.

25 BGH NJW-RR 2010, 257 Rn. 3.

26 Vgl. Eckert in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 151 Rn. 2.

27 BT-Drs. 19/15827, 18; Erman/D. Fischer, BGB, 16. Aufl. 2020, vor § 652 Rn. 4 b.

- 28 Vgl. *BGHZ* 221, 266 = *NJW* 2019, 3231 Rn. 11 zu § 2 I *WoVermittG*.
- 29 *D. Fischer* *NJW* 2020, 3289 Rn. 2.
- 30 So die Stellungnahme des BR, BT-Drs. 19/15827, 26.
- 31 BT-Drs. 19/15827, 19.
- 32 *D. Fischer* *NJW* 2020, 3289 Rn. 3.
- 33 BT-Drs. 19/19203, 20.
- 34 BT-Drs. 19/19203, 20.
- 35 BT-Drs. 19/15827, 19.
- 36 *BGHZ* 149, 80 (86) = *NJW* 2002, 368; *BGH* *NJOZ* 2012, 887 = *WM* 2011, 548 Rn. 25; *NJW* 2018, 1812 = *WM* 2018, 782 Rn. 21; *NZM* 2020, 808 = *WM* 2020, 781 Rn. 12; *NZM* 2020, 764 = *WM* 2020, 1247 Rn. 19 (zVb in *BGHZ*).
- 37 *BGHZ* 149, 80 (86) = *NJW* 2002, 368; *BGH* *NZM* 2020, 808 = *WM* 2020, 781 Rn. 12; *NZM* 2020, 764 = *WM* 2020, 1247 Rn. 20.
- 38 *BGHZ* 149, 80 (86) = *NJW* 2002, 368; *BGH* *NZM* 2020, 764 = *WM* 2020, 1247 Rn. 20; ferner *OLG Hamm* BeckRS 2016, 20371 = *NZG* 2017, 186 Ls.; *OLG Frankfurt a. M.* *Beschl.* v. 4.6.2018 – 19 U 191/17, BeckRS 2018, 14374 iVm *Beschl.* v. 22.3.2018 – 19 U 191/17, BeckRS 2018, 17609; *D. Fischer*, *Maklerrecht*, 5. Aufl. 2019, Kap. III Rn. 111.
- 39 *OLG Frankfurt a. M.* *Beschl.* v. 4.6.2018 – 19 U 191/17, BeckRS 2018, 14374, im Streitfall ging es um 14 Wohn- und Gewerbeeinheiten; hierzu *D. Fischer* *NJW* 2018, 3287.
- 40 BT-Drs. 19/19203, 20.
- 41 *BGHZ* 149, 80 (86) = *NJW* 2002, 368.
- 42 *BGH* *NJW* 2017, 2752 Rn. 26 ff.
- 43 *Bamberger* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, § 13 Rn. 22.
- 44 BT-Drs. 19/15827, 19.
- 45 BT-Drs. 19/15827, 19.
- 46 BT-Drs. 19/15827, 12.
- 47 BT-Drs. 19/15827, 19.
- 48 *D. Fischer* *NJW* 2020, 3289 Rn. 32.
- 49 Vgl. *BGH* *NJW* 2019, 1226 Rn. 36 mit der Möglichkeit auch eines Vertrags zugunsten Dritter.
- 50 *OLG Saarbrücken* *NJW-RR* 2016, 58.
- 51 Vgl. die ähnlichen Erwägungen zum Bestellerprinzip, *D. Fischer*, *Maklerrecht*, Kap. X Rn. 40.
- 52 BT-Drs. 19/15827, 12.
- 53 BT-Drs. 19/19203, 20.
- 54 BT-Drs. 19/15827, 19.
- 55 BT-Drs. 19/15827, 20.
- 56 BT-Drs. 19/15827, 20.
- 57 *D. Fischer*, *Maklerrecht*, Kap. VIII Rn. 1.
- 58 BT-Drs. 19/15827, 20.
- 59 BT-Drs. 19/15827, 20.
- 60 *D. Fischer* *NJW* 2020, 3289 Rn. 4.
- 61 BT-Drs. 19/15827, 20.
- 62 BT-Drs. 19/19203, 21.
- 63 Vgl. Stellungnahme des BR, BT-Drs. 19/15827, 30.
- 64 Stellungnahme des BR, BT-Drs. 19/15827, 30.

65 BT-Drs. 19/15827, 33.

66 BT-Drs. 19/15827, 20.

67 BT-Drs. 19/15827, 19.

68 BT-Drs. 19/15827, 14.

69 BT-Drs. 19/15827, 1 f.

70 BT-Drs. 19/15827, 9.