

NJW Praxis

Im Einvernehmen mit den Herausgebern der NJW
herausgegeben von
Rechtsanwalt Felix Busse

Band 18

Maklerrecht

Begründet von

Prof. Dr. Peter Schwerdtner †

bearbeitet von

Christoph Hamm

Rechtsanwalt in München

8., neubearbeitete Auflage 2023



C.H. BECK

Zitierweise: Hamm Maklerrecht Rn.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 78087 5

© 2023 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz und Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)



[chbeck.de/nachhaltig](https://www.chbeck.de/nachhaltig)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort zur 8. Auflage

Die vorliegende 8. Auflage konnte nun wirklich nicht mehr länger auf sich warten lassen. Der Gesetzgeber hat – erstmals – das Recht des Maklers im Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Gesetz vom 12. Juni 2020 über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser um vier Paragraphen erweitert. Diese enthalten zwingende gesetzliche Bestimmungen zur Übernahme der Makerprovision durch die Parteien des Kaufvertrages. Die Neubearbeitung befasst sich intensiv mit den sich aus diesen neuen gesetzlichen Bestimmungen ergebenden Folgen und den sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen.

Bei der Neubearbeitung ebenfalls berücksichtigt ist die seit der letzten Auflage ergangene umfangreiche Rechtsprechung (Stand Ende 2022), bspw. des Bundesgerichtshofes zum Alleinauftrag und zu der Unterbrechung des Kausalverlaufes. Weiter berücksichtigt sind die ausführlichen Kommentierungen und Monographien, von denen insbesondere *Arnold* im Staudinger (Neubearbeitung 2021), *Althammer* im Münchener Kommentar (9. Auflage 2023) und *Meier* im Beck'schen Onlinegroßkommentar BGB (Stand November 2022) zu erwähnen sind.

Herr stud. iur. René Wieland hat mich sehr engagiert bei der Literatur- und Rechtsprechungsrecherche unterstützt. Korrektur gelesen und Fußnoten geprüft haben Frau Dr. Ingrid Düppe, Frau Dr. Yvonne Hamm-Düppe und meine Kolleginnen Frau Nina Klotz-Hörlin und Frau Dr. Nicole Wolf, wofür ich Ihnen herzlich danke.

Starnberg, Februar 2023

Christoph Hamm

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 8. Auflage	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Schrifttumsverzeichnis	XIX
I. Funktionen des Maklers und Entwicklung des Maklervertragsrechts	1
II. Grundlagen des Maklerrechts	7
III. Begründung des Maklervertrages	19
IV. Beendigung des Maklervertrages	71
V. Gegenstand des Maklervertrages	75
VI. Pflichten des Maklers und des Auftraggebers	107
VII. Einstandspflicht des Auftraggebers für schuldhaftes Verhalten des Maklers, Makler als Dritter iSv § 123 Abs. 2 BGB	127
VIII. Voraussetzungen des Provisionsanspruchs	129
IX. Fälligkeit des Provisionsanspruchs	193
X. Ausschluss des Provisionsanspruchs bei „echter und unechter“ Verflechtung	201
XI. Koppelungsgeschäfte	219
XII. Verwirkung des Provisionsanspruchs	221
XIII. Höhe der Provision	231
XIV. Abwälzen der Provision (Schuldbeitritt, Schuldübernahme, Vertrag zugunsten Dritter)	247
XV. Aufwendungsersatz	257
XVI. Reservierungsvereinbarungen	261
XVII. Doppeltätigkeit	263
XVIII. Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen	273
XIX. Alleinauftrag	289
XX. Ehe- und Partnervermittlung	303
Sachverzeichnis	319

Inhaltsverzeichnis

I. Funktionen des Maklers und Entwicklung des Maklervertragsrechts	1
1. Funktionen des Maklers	1
2. Das Maklervertragsrecht im System des BGB und des HGB	2
3. Entwicklung des Maklervertragsrechts seit Inkrafttreten des BGB	4
4. Rechtspolitischer Ausblick	5
II. Grundlagen des Maklerrechts	7
1. Abgrenzung Zivil-, Handelsmakler, Handelsvertreter	7
a) Handelsmakler, Zivilmakler	7
b) Handelsvertreter	7
2. Erscheinungsformen des Maklervertrages	8
a) Abgrenzung nach dem Geschäftsgegenstand	8
b) Der sog. Agenturvertrag	10
3. Gewerbliche Makler, Gelegenheitsmakler	10
4. Rechtsnatur des Maklervertrages	11
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	11
b) Besondere Vertragsgestaltungen	11
aa) Maklerdienstvertrag	11
bb) Maklerwerkvertrag	12
cc) Maklervertragsähnliches Rechtsverhältnis	13
5. Mehrheit von Maklern	13
a) Untermakler, Mitmakler, Zubringer	13
aa) Untermakler	13
bb) Mitmakler	14
cc) Zubringer	14
b) Gemeinschaftsgeschäfte	14
c) Franchise-System	17
6. Maklerverträge mit Auslandsberührung	17
III. Begründung des Maklervertrages	19
1. Form des Maklervertrages	19
a) Grundsatz der Formfreiheit	19
b) Formgebundenheit von Maklerverträgen über die Wohnungsvermittlung	20
c) Formgebundenheit von Maklerverträgen über den Kauf einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses	20
aa) Maklervertrag über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus	21
bb) Rechtsfolgen bei Anwendbarkeit von § 656a BGB	23
d) Formgebundenheit von Vergütungsabreden bei Grundstücksgeschäften	24
e) Schriftform des Alleinauftrags	27
f) Darlehensvermittlungsvertrag	27
g) Arbeitsvermittlungsvertrag	28
h) Verschiedenes	28
2. Vertragsschluss	28
a) Vertragsabschlussmechanismus bei werbender Tätigkeit des Maklers	31
aa) Antrag auf Abschluss eines Maklervertrages	31
bb) Notwendigkeit der Offenlegung der Provisionserwartung	34
cc) Notwendigkeit des Hinweises auf eine Käufer-/Verkäuferprovision	46
b) Keine Notwendigkeit der Offenlegung der Provisionserwartung bei sog. Suchaufträgen	48
c) Notwendigkeit der Offenlegung der Provisionserwartung bei Maklerverträgen mit der Anbieterseite	49
d) Nachträgliches Provisionsversprechen	50

e) Maklervertrag und kaufmännisches Bestätigungsschreiben	51
f) Mehrheit von Auftraggebern, Bestimmung des Auftraggebers	52
g) Vertreter ohne Vertretungsmacht	54
3. Widerruf des Maklervertrages bei Verbraucherverträgen	54
a) Rechtslage bis zum 12.6.2014	55
b) Rechtslage ab dem 13.6.2014	56
4. Nichtigkeit des Maklervertrages	58
a) Keine Nichtigkeit bei fehlender Gewerbeerlaubnis	58
b) Berufsrechtliche Grenzen einer Maklertätigkeit (Steuerberater, Rechtsanwälte, Notare, Architekten)	58
aa) Steuerberater als Makler	58
bb) Rechtsanwalt als Makler	59
cc) Notar als Makler	60
dd) Architekt als Makler	60
c) Grenzen der privaten Arbeitsvermittlung	60
d) Sonstige Vermittlungsverbote	62
e) Wucherische, sittenwidrige Maklerverträge	64
5. Gesetzliche Provisionsansprüche	66
a) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 11. Alt. BGB)	66
b) Provisionsanspruch gem. § 354 HGB	68
6. Selbständiges Provisionsversprechen	70
IV. Beendigung des Maklervertrages	71
1. Kündigung, Widerruf, Aufhebungsvertrag	71
2. Anfechtung des Maklervertrages	72
3. Tod des Maklers	72
4. Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit auf seiten des Auftraggebers	73
5. Fristablauf	73
6. Insolvenz des Auftraggebers oder des Maklers	74
V. Gegenstand des Maklervertrages	75
1. Allgemeines	75
2. Vermittlung als Gegenstand des Maklervertrages	76
3. Nachweis als Gegenstand des Maklervertrages	78
4. Sonderrecht für die Wohnungsvermittlung – Bestellerprinzip	90
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	90
b) Allgemeines	91
c) Textform	92
d) Bestellerprinzip	92
aa) Einholung des Vermieterauftrags ausschließlich für den Suchkunden	92
bb) Teleologische Auslegung des Tatbestandsmerkmals „ausschließlich“	93
cc) Darlegungs- und Beweislast	94
dd) Verbot der Provisionsübernahme und sonstiger Umgehungsvereinbarungen	95
ee) Folgen eines Verstoßes – Ordnungswidrigkeit	95
5. Sonderrecht bei der Vermittlung von Wohnimmobilien	95
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	95
b) Anwendungsbereich	97
aa) sachlicher Anwendungsbereich	97
bb) persönlicher Anwendungsbereich	98
c) Tätigkeit des Maklers für beide Parteien – sog. Halbteilungsgrundsatz	98
d) Übernahme der Maklerkosten durch die andere Kaufvertragspartei	100
6. Unklarheiten bei der Festlegung des Gegenstandes des Maklervertrages	102
7. Exkurs: Besonderheiten beim Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung	104
VI. Pflichten des Maklers und des Auftraggebers	107
1. Ausfall einer Hauptleistungspflicht des Maklers	107
2. Hauptleistungspflicht des Auftraggebers	107
a) Provisionszahlungspflicht	107
b) Abschlußfreiheit des Auftraggebers	108

3. Nebenpflichten des Maklers	109
a) Beratungspflichten	110
b) Aufklärungspflichten	112
c) Unterlassungspflichten	117
d) Sonstige Nebenpflichten	118
e) Nachwirkende Treuepflichten	118
f) Garantien	119
g) Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten durch den Makler	120
4. Nebenpflichten des Auftraggebers	122
a) Struktur der Nebenpflichten	122
b) Rechtsfolgen der Verletzung von Nebenpflichten durch den Auftraggeber	124
VII. Einstandspflicht des Auftraggebers für schuldhaftes Verhalten des Maklers, Makler als Dritter iSv § 123 Abs. 2 BGB	127
VIII. Voraussetzungen des Provisionsanspruchs	129
1. Bestehen eines Maklervertrages	129
2. Zustandekommen des beabsichtigten Hauptvertrages	131
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	131
b) Inhaltliche, persönliche Kongruenz, Grundsatz der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit	132
aa) Anforderungen an die Gleichwertigkeit	133
bb) Einzelfälle	134
cc) Erwerb durch Dritte (persönliche Kongruenz)	139
dd) Abweichungen in zeitlicher Hinsicht	143
ee) Wirtschaftliche Gleichwertigkeit und Kaufpreis	143
3. Provisionsanspruch und unvollkommener Hauptvertrag	146
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	146
b) Einzelfälle	147
aa) Nichtigkeit des Hauptvertrages	147
bb) Provisionsanspruch und Vorvertrag	149
cc) Anfechtung des Hauptvertrages	150
dd) Aufhebung, Änderung des Hauptvertrages	152
ee) Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes	154
ff) Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechtes	155
gg) Wegfall der Geschäftsgrundlage, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung	158
hh) Bedingte Hauptverträge	159
ii) Genehmigungsbefürftigkeit des Hauptvertrages	161
jj) Maklerprovision und Ausübung des Vorkaufsrechts	163
c) Abweichende Vereinbarungen	167
4. Kausalität	168
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	168
b) Einzelfälle	172
c) Mitursächlichkeit, Provisionspflicht bei Einschaltung mehrerer Makler	174
d) Hypothetische Kausalität	182
e) Unterbrechung der Kausalität	182
f) Darlegungs- und Beweislast	186
g) Abdingbarkeit des Kausalitätserfordernisses	188
5. Kenntnis von der Maklertätigkeit	188
a) „Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“	188
b) Schadensersatzanspruch des Maklerkunden	191
IX. Fälligkeit des Provisionsanspruchs	193
1. Grundlagen	193
2. Fälligkeit des Provisionsanspruchs	193
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	193
b) Gestaltungsfreiheit der Parteien	194
c) Provisionsanspruch und Ausführung des Hauptvertrages	195

d) Darlegungs- und Beweislast	198
e) Recht auf Grundbucheinsicht, Auskunftsanspruch des Maklers	198
X. Ausschluss des Provisionsanspruchs bei „echter und unechter“ Verflechtung	201
Vorbemerkung	201
1. Wirtschaftliche Beteiligung („echte“ Verflechtung) und Selbsteintritt des Maklers	202
2. Institutionalisierte Interessenkonflikte („unechte“ Verflechtung)	205
a) Würdigung der Rechtsprechung und Lehre	214
b) Rückforderungsanspruch, Darlegungs- und Beweislast	215
c) Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen	216
XI. Koppelungsgeschäfte	219
XII. Verwirkung des Provisionsanspruchs	221
1. Voraussetzungen der Verwirkung in Rechtsprechung und Lehre	221
2. Einzelfälle	225
3. Kritische Stellungnahme zu Rechtsprechung und Lehre	229
4. Darlegungs- und Beweislast	230
XIII. Höhe der Provision	231
1. Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	231
2. Einzelfragen	231
3. Provisionsanspruch und Mehrwertsteuer	235
4. Fälligkeitszinsen	235
5. Herabsetzungsbefugnis bei überhöhten Provisionen	235
6. Folgeprovisionen	237
7. Übererlösklauseln	238
8. Übliche Provision	240
9. Darlegungs- und Beweislast	243
10. Gesamtschuldnerische Haftung	245
11. Verjährung des Provisionsanspruchs	245
XIV. Abwälzen der Provision (Schuldbeitritt, Schuldübernahme, Vertrag zugunsten Dritter)	247
1. Allgemeines	247
2. Voraussetzungen eines Vertrages zugunsten Dritter bzw. eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses	247
XV. Aufwendungsersatz	257
1. Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	257
2. Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen	257
3. Besonderheiten bei der Wohnungsvermittlung	259
XVI. Reservierungsvereinbarungen	261
XVII. Doppeltätigkeit	263
1. Begriff	263
2. Zulässigkeit der Doppeltätigkeit	264
a) Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	264
b) Entwicklung der Rechtsprechung	265
c) Stellungnahme	266
3. Pflichten des Doppelmaklers	267
a) Grundstruktur der Pflichten des Doppelmaklers	267
b) Typologie der Pflichten des Doppelmaklers	267
aa) Einschaltung in Preisverhandlungen	270
bb) Unparteilichkeit und Vertragsgestaltung	271
cc) Risikogeneignetheit der Doppeltätigkeit	271
4. Lohnanspruch und Doppeltätigkeit	272
5. Konkurrenzen	272

XVIII. Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen	273
1. Individualvereinbarung iSv § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB	273
2. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	275
3. Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	275
a) Rechtsprechung	275
b) Kritik der Rechtsprechung	277
4. Typische Vertragsklauseln in Maklerverträgen	278
a) Abschlussklauseln	278
b) Erweitertes Provisionsversprechen, Vertragsstrafversprechen, pauschalierter Schadensersatz bei Vertragsverletzung durch den Auftraggeber	279
c) Abreden über die Wirksamkeit des Hauptvertrages als Provisionsvoraussetzung	280
d) Vorkennntnisklauseln	280
aa) Inhalt	280
bb) Rechtliche Qualifikation	281
cc) Wirtschaftlich verwandte Klauseln	283
e) Reservierungsklauseln	283
f) Widerrufsklauseln	284
g) Folge- oder Differenzprovisionen, Provision für Ersatzgeschäfte, Übererlösklauseln	284
h) Vereinbarung erfolgsunabhängiger Provisionen	287
XIX. Alleinauftrag	289
1. Funktion und Wesen des Alleinauftrags	289
2. Zustandekommen des Alleinauftrags	290
3. Dauer des Alleinauftrags	292
a) Befristete Alleinaufträge	292
b) Ausschluß des Widerrufsrechts, überlange Bindungsdauer, Umdeutung	293
c) Reformbestrebungen	294
d) Vorzeitige Beendigung des Alleinauftrags	294
4. Pflichtenstruktur des Alleinauftrags	295
a) Dienstleistungspflicht des Maklers	295
b) Pflichten des Auftraggebers	297
5. Alleinauftrag und Abschluss unter Einschaltung anderer Makler, Verweisungsklausel	299
XX. Ehe- und Partnervermittlung	303
1. Gesetzgeberischer Ausgangspunkt	303
2. Verschiedene Vertragstypen	304
a) Ehemaklervertrag	304
b) Eheanbahnungsvertrag	305
c) Partnervermittlungsverträge	305
3. Ehemaklervertrag	306
a) Erfüllungsansprüche des Auftraggebers	306
b) Ansprüche des Auftraggebers wegen Verletzung von Schutzpflichten	307
c) Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr	307
d) Abschlussfreiheit des Auftraggebers	308
e) Ansprüche des Maklers	308
4. Eheanbahnungsvertrag	310
a) Dauer des Eheanbahnungsvertrages	310
b) Vergütungspflicht des Auftraggebers	312
c) Tätigkeitspflicht des Maklers	314
5. Partnerschaftsvermittlungsvertrag	314
6. Finanzierter Ehemaklerlohn	316
Sachverzeichnis	319