

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Einleitung: Ein Maklerbild im Wandel	19
A. Einführung in das Thema und aktuelle Entwicklungen	21
B. Gang und Schwierigkeit der Arbeit	25
Teil 1: Der verbraucherschützende Widerruf im Immobilienmaklerrecht <i>de lege lata</i>	27
A. Allgemeine Überlegungen zu den Leitgedanken des Verbraucherschutzes	29
I. Terminologisches	29
1. Der Verbraucherbegriff	29
2. Der Unternehmerbegriff	30
3. Verbraucherschutz im „engeren Sinne“ und im „weiteren Sinne“	30
4. Der verbraucherschützende Widerruf und der Widerruf des Maklervertrags	31
II. Funktionen und Zielsetzungen des Verbraucherschutzes im „engeren Sinne“	32
1. Die Kernprinzipien des Verbraucherschutzes im „engeren Sinne“	33
a) Richtigkeit und Transparenz von Information	33
b) Schutz bei komplexen und/oder risikoreichen Geschäften	34
c) Schutz der freien Willensbetätigung	35
d) Gewährleistung eines rechtlichen Mindestschutzes in bestimmten Vertragssituationen	35
2. Allgemeine Zielbestimmungen	35

3. Metaprinzip: Vertragsparität	36
B. Besonderheiten der Verbraucherstellung im Immobilienmaklerrecht	39
I. Leitbild des Immobilienmaklers der §§ 652 ff. BGB	39
1. Der Zivilmakler als einseitiger Interessenwahrnehmer des Auftraggebers	39
2. Der Zivilmakler als neutraler, unparteiischer Vermittler	40
3. Eigene Stellungnahme für das Leitbild des Immobilienmaklers .	41
a) <i>Abgeleitete</i> und <i>selbstständige</i> Doppeltätigkeit	42
b) Folgerungen für das Leitbild des Immobilienmaklers	44
II. Hinwendung des Immobilienmaklers zu den Verkäuferinteressen – Auswirkungen auf die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers?	46
1. Häufige Interessensverlagerung des Immobilienmaklers in Richtung Verkäufer	46
2. Beschränkung des Verbraucherschutzes auf das Verhältnis Käufer – Makler?	47
III. Häufige Gefahren für den Verbraucher im Immobilienmaklerrecht	48
1. Erfolgsabhängige und am Kaufpreis bemessene Provisionen	48
2. Qualifikation und Marktposition des Maklers	49
3. Der konkludente Vertragsschluss	50
a) Überblick über die bisherigen Anforderungen der Rechtsprechung	51
b) Kritik an der Linie der Rechtsprechung	53
c) Die Auswirkungen des neuen Textformerfordernisses in § 656a BGB	54
aa) Das Ende des konkludenten Vertragsschlusses?	54
bb) Auswirkungen auf die Internetanzeige des Mak- lers – „ <i>invitatio ad offerendum</i> “ oder Angebot „ <i>ad incertas personas</i> “?	58
4. Fazit	61

C. Das Widerrufsrecht des Verbrauchers im Immobilienmaklerrecht	63
I. Dogmatik des Widerrufsrechts und grundlegende Anwendungsvoraussetzungen	63
1. Zur allgemeinen Dogmatik des Widerrufsrechts	63
2. Der Maklervertrag als Verbrauchervertrag i.S.d. § 312 I BGB	64
II. Das Widerrufsrecht bei einer maklerrechtlichen Fernabsatzsituation	66
1. Schutzzweck der fernabsatzrechtlichen Regelungen	67
2. Der Maklervertrag als Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c I BGB	69
a) Der Maklervertrag als „Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen“	69
aa) Ansicht <i>Arnolds</i> – Der Maklervertrag als kaufähn- licher Vertrag	70
bb) Weitere Ansätze über die dogmatische Qualifika- tion des Maklervertrags	71
(1) Der Maklervertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag	72
(2) Der Maklervertrag als Zusammensetzung aus Auslobung und Werkvertrag	73
cc) Kritische Stellungnahme und eigener Standpunkt zur allgemeinen Rechtsnatur des Maklervertrags	73
(1) Zur Qualifizierung als Mischform aus Werk- vertrag und Auslobung	73
(2) Zur Qualifizierung als Geschäftsbesorgungsvertrag	74
(3) Zur Qualifizierung als kaufähnlicher Vertrag	77
(4) Der Maklervertrag als gesetzlicher Vertrags- typus eigener Art	78
dd) Das Urteil des BGH vom 07.07.2016 (BGH, NJW 2017, 1024)	80
(1) Sachverhalt	80
(2) Lösung des BGH	81
(3) Kritische Stellungnahme zur Ansicht des BGH und eigene Position	84

ee) Ergebnis – teleologische Reduktion des § 312g I BGB? ..	88
b) „Ausschließliche“ Verwendung von Fernkommunikationsmitteln	90
aa) Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Fernabsatz	90
bb) Persönlicher Kontakt im Vorfeld des Vertragsschlusses ..	92
c) Organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem, § 312c I HS. 2 BGB	95
d) Die „Button-Lösung“ nach § 312j III BGB bei einem Online-Maklervertrag	98
aa) Vorliegen einer „Bestellsituation“ nach § 312j III 1 BGB ..	99
(1) Problemstellung bei Internetinseraten des Maklers ..	99
(2) Lösung in Literatur und Rechtsprechung sowie kritische Stellungnahme	101
bb) Vertragsschluss durch ausschließlich individuelle Kommunikation (§ 312j V 1 BGB)	102
e) Ergebnis und rechtsfolgenbezogene Praxisempfehlungen ..	104
3. Der Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 356 IV Nr. 2 BGB ..	105
a) Problem der vollständigen Erbringung der Dienstleistung des Maklers	106
b) Ausdrückliche Zustimmung des Maklerkunden zum Ausführungsbeginn	109
aa) Relevanz der Widerrufsbelehrung für die Wirk- samkeit der Zustimmung	109
(1) Rechtsnatur der Zustimmung i.S.d. § 356 IV Nr. 2 lit. a BGB	110
(2) Entbehrlichkeit der Widerrufsbelehrung im Maklerrecht?	112
bb) Zustimmung in Form von AGB	113
c) Rechtsfolgen und Hinweise für die Maklerrechtspraxis ..	114
4. Der Wertersatzanspruch des Maklers gemäß § 357a II BGB ..	115
a) Die Informationsweitergabe des Maklers als Vermögensmehrung des Auftraggebers?	116

aa) Der Vermögenswert der Maklerleistung im Bereichsrechts 117	
(1) Streitstand und kritische Stellungnahme 117	
(2) Fazit für den Anwendungsbereich des Bereichsrechts 119	
bb) Konsequenzen für den widerrufsrechtlichen Wertersatzanspruch des Maklers 121	
(1) Verbleibender Anwendungsbereich 121	
(2) Ablehnung des Wertersatzanspruchs in der Literatur 123	
b) Die Bemessungsgrundlage des Wertersatzanspruchs vor und seit Umsetzung der VRRL – ein Danaergeschenk für den Verbraucherkunden? 124	
aa) Die Rechtslage vor Umsetzung der VRRL 124	
bb) Kritische Stellungnahme zur aktuellen Rechtslage seit Umsetzung der VRRL 126	
c) Praxisempfehlungen zur Erklärung des Leistungsverlangens nach § 357a II 1 Nr. 1 BGB und zu deren Verhältnis zur Zustimmung nach § 356 IV Nr. 2 lit. a BGB 129	
III. Das Widerrufsrecht bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Maklervertrag 130	
1. Schutzzweck der Regelungen zu außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen 131	
2. Der Maklervertrag als Außergeschäftsraumvertrag i.S.d. § 312b I 1 BGB 132	
a) Anwendungsfälle des § 312b I 1 Nr. 1 BGB 132	
aa) Der Maklervertragsschluss beim Besichtigstermin 133	
bb) Die Bestellung des Maklers in die Privaträume des Kunden – ein Ausschlussgrund für die Anwendung von § 312b I 1 Nr. 1 BGB? 134	
(1) Ansicht des LG Tübingen – Urt. v. 19.05.2016 (NJOZ 2017, 1103) 135	

(2) Kritik und eigene Stellungnahme	136
(3) Fazit	138
b) Weitere Vertragsabschlusssituationen (§ 312b I 1 Nr. 2–4 BGB)	138
c) Ergebnis und rechtsfolgenbezogene Praxisempfehlungen	140
d) Teleologische Berechtigung des Widerrufsrechts eines Maklerkunden in Außergeschäftsraumsituationen	141
3. Der Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 356 IV Nr. 2 BGB und der Wertersatzanspruch des Maklers nach § 357a II BGB	142
IV. Das Widerrufsrecht und die Maklerklausel im notariell beurkundeten Kaufvertrag	143
1. Abschluss eines nachträglich außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Maklervertrags unter Verwendung einer Maklerklausel	145
2. Die Maklerklausel als deklaratorisches Schuldanerkenntnis – Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit des Verbrauchers?	148
a) Ansichten in der aktuellen Rechtsprechung	149
b) Kritik und eigene Position	151
 D. Zusammenschau der wichtigsten Ergebnisse <i>de lege lata</i> und Zwischenfazit	 153
I. Ergebnisse zur allgemeinen BGB-Maklervertragsdogmatik mit besonderer Relevanz für das Verbraucher-Makler-Verhältnis ..	153
II. Ergebnisse zu spezifisch widerrufsrechtlichen Fragestellungen im Immobilienmaklerrecht	154
III. Zwischenfazit	157

Teil 2: Reformanalyse <i>de lege ferenda</i> – Ansätze zur Verbesserung des provisionsbezogenen Verbraucherschutzes im Immobilienmaklerrecht	159
A. Das Erfolgsprinzip – ein zeitgemäßes oder überholtes Paradigma?	161
I. Stärken und Schwächen des Erfolgsprinzips	163
1. Vorstellung des historischen Gesetzgebers	163
2. Vorteile des Erfolgsprinzips	163
a) Partielle Stärkung der Mittlerrolle des Maklers	163
b) Wirtschaftlicher Nutzen für den Auftraggeber	164
c) Entscheidungsfreiheit des Kunden	164
3. Nachteile des Erfolgsprinzips	164
a) Eigeninteresse des Maklers am Hauptvertragsschluss	164
b) Willkür des Auftraggebers	165
c) Provisionsbemessungsgrundlage	166
d) Gesellschaftlicher Wandel	166
II. Zwischenfazit zur Reformbedürftigkeit des Erfolgsprinzips	167
III. Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser (MaklKostVertG)	170
1. Kurzüberblick über Anlass und Entstehungsgeschichte des Gesetzes	170
2. Überblick über Ziel und Inhalt der Regelungen	172
a) Ziel des neuen Maklerrechts	172
b) Regelungsinhalt der §§ 656a ff. BGB	173
3. Kritische Stellungnahme zum Halbteilungsgrundsatz und dessen Auswirkung auf das Erfolgsprinzip	174
a) Sachlicher Anwendungsbereich	175
b) Umgehungsschutz des § 656d I 2 BGB	176
c) Einpreisung des Verkäuferanteils in den Kaufpreis	176
d) Zwingender Charakter des Halbteilungsgrundsatzes	179

e) Vorstellung des Gesetzgebers zur Neutralität des Doppelmaklers	179
IV. Fazit zur Reformbedürftigkeit des Erfolgsprinzips	181
B. Ansatz zur Reformierung des erfolgsbedingten Vergütungssystems bei der Vermittlung von Immobilienkaufverträgen	183
I. Rechtsvergleich: Das Gebührensystem für Immobilienmakler in Österreich	184
1. Aufbau und Systematik des österreichischen Maklerrechts	184
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Provisionssystem: Das österreichische und das deutsche Immobilienmaklerrecht im Vergleich	185
a) Rechtsnatur des Maklervertrags	185
b) Doppelmaklertätigkeit	186
c) Erfolgsbezogenheit des Vergütungssystems	187
d) Sonstige Provisionsvoraussetzungen	189
e) Höhe des Provisionsanspruchs	190
aa) Ausgangslage des § 8 MaklerG	190
bb) Provisionshöchstbeträge im Immobilienmaklerrecht, §§ 11 ff. IMV	191
3. Kritische Stellungnahme zum österreichischen Provisionssystem	193
a) Zur Dienstleistungsfunktion des Maklers	194
b) Zu den Provisionshöchstbeträgen der §§ 15, 16 IMV	194
c) Ein Stufensystem nur für die Käuferprovision? – Der Gesetzentwurf der AfD im Vergleich zu den §§ 15, 16 IMV ..	196
II. Modifikation des Erfolgsprinzips: Der Immobilienmaklervertrag als „intermediärer Dienstvertrag“	197
1. Das Modell eines „intermediären Dienstvertrags“ als Mischform einer Dienstleistungs- und Erfolgsvergütung	198
2. Konkrete Ausgestaltung des Gebührensystems	200
a) Vergütungsstruktur für die Einzeldienstleistungen	200
b) Vergütungsstruktur für die Erfolgsgebühr	202

c) Schutz des Käufers als Verbraucher	205
3. Abschließender Formulierungsvorschlag zur Neuregelung der aktuellen Vorschriften über die Vermittlung von Immobilienkaufverträgen	206
III. Auswirkungen des Reformansatzes auf den verbraucherschützenden Widerruf im Immobilienmaklerrecht	207
 C. Die Reformierung der Rechtslage zum konkludenten Vertragsschluss und zur Formbedürftigkeit von Immobilienmaklerverträgen	211
I. Legitimer Zweck für einen Ausbau des Formzwangs im Immobilienmaklerrecht	212
1. Bereits bestehende Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit im Maklerrecht	213
2. Kritische Stellungnahme zur Effektivität von § 656a BGB und § 2 I 2 WoVermRG in Bezug auf das Regelungsziel des Gesetzgebers	215
a) Zielvorstellung des Gesetzgebers bei § 656a BGB und bei § 2 I 2 WoVermRG	215
b) Zielerreichung durch die aktuellen Fassungen	216
3. Folgen für die Ausbaubedürftigkeit des Formzwangs im Immobilienmaklerrecht	219
a) Konsequenzen für die Vermittlung von Wohnungsmietverträgen	219
b) Konsequenzen für die Vermittlung von Immobilienkaufverträgen	220
aa) Rechtssichere Dokumentation des Abschlusszeit- punkts und Warnung des Maklerkunden	220
bb) Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des auszuweitenden Formerfordernisses	222
4. Zwischenergebnis	223
II. Konkreter Vorschlag für eine Formvorschrift <i>de lege ferenda</i>	223
1. Tauglichkeit eines Schriftformerfordernisses	224
2. Modifikation der Textform	225

a) Einführung eines Ausdrücklichkeitsgebots für die Textform	225
b) Konkreter Formulierungsvorschlag für ein Ausdrücklichkeitsgebot	226
c) Praxisempfehlung für den Makler	228
D. Zusammenschau der wichtigsten Ergebnisse <i>de lege ferenda</i>	229
I. Auflistung der Ergebnisse	229
II. Endfassung des Formulierungsvorschlags zur Neuregelung der §§ 656a ff. BGB	230
E. Gesamtfazit der Arbeit und Ausblick	233
Literaturverzeichnis	235