

Das Bestellerprinzip im Maklerrecht

I. Vorbemerkung

Knapp neun Monate nach Inkrafttreten des Bestellerprinzips gibt es hierzu noch keine – veröffentlichten – maklerrechtlichen Entscheidungen. Es zeichnet sich aber ab, dass die damit verbundene Problematik auch Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Judikatur werden wird.

1. Bestellerprinzip, ein Problemfeld für Maklerrecht und Wettbewerbsrecht

Wie aus einer Mitteilung der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs² hervorgeht, haben sich rund 20 Prozent aller von der Selbstkontrollinstitution bearbeiteten Fälle zur Immobilienwerbung im Jahre 2015 mit dem Bestellerprinzip befasst. Neben Fällen mit unzulässiger Werbung wie das Beibehalten von Hinweisen zur Mieterprovision und der Werbung mit dem Hinweis „provisionsfrei“ gehören hierzu auch Versuche der Umgehung des Bestellerprinzips. So wurden gegenüber Wohnungssuchenden Servicepauschalen oder Besichtigungsgebühren geltend gemacht.

Die erste Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz einer Konkurrenzklage, mit der Werbemaßnahmen zum Bestellerprinzip eines Immobilienmaklers als wettbewerbswidrig beanstandet wurden, ist bereits veröffentlicht³. Zwar ist der Rechtsweg in einstweiligen Verfügungssachen zum Bundesgerichtshof nicht eröffnet⁴, aber das Wettbewerbsrecht mit seiner (All-)zuständigkeit für jedenfalls viele Rechtsfragen wird sich sicherlich auch in Hauptsacheverfahren mit dem Bestellerprinzip zu beschäftigen haben. Dann wird insoweit im Bundesgerichtshof nur ein Zivilsenat mit diesen Fragen befasst sein. Seit 2014 ist dem für das Wettbewerbsrecht zuständigen I. Zivilsenat nach dem Geschäftsverteilungsplan auch das Maklerrecht zugewiesen⁵.

¹ Der Autor war von 2005 bis 2015 Mitglied des IX. Zivilsenats des BGH.

² FD-MietR 2015, 374178.

³ LG Stuttgart, Urt. v. 30.9. 2015 – 40 O 76/15 KfH, ZfIR 2015, 889 m. Anm. Albrecht, ZfIR 2015, 890.

⁴ § 542 Abs. 2 Satz 1, § 574 Abs. 1 Satz 2 ZPO, vgl. Prütting/Gehrlein/D. Fischer, ZPO, 7. Aufl., 2015, § 916 Rn. 5.

⁵ D. Fischer, NJW 2014, 3281, 3282.

2. Materieller Anwendungsbereich des Bestellerprinzips

Das Bestellerprinzip im Maklerrecht ist eine bislang nur auf das Wohnungsvermittlungsrecht beschränkte Rechtsfigur, die eine deutliche Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bedeutet. Danach soll derjenige den Makler bezahlen, der ihn beauftragt hat. Das Wohnungsvermittlungsrecht ist seit 1971 im Wohnungsvermittlungsgesetz kodifiziert und trägt seit jeher den Charakter eines Verbraucherschutzgesetzes. Dieses Gesetz richtet sich ausschließlich an Makler, die den Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume vermitteln oder nachweisen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes auf die Vermittlung oder den Nachweis zum Abschluss von Kaufverträgen über Wohnhäuser oder Eigentumswohnungen scheidet aus⁶. Ebenfalls können diese Vorschriften nicht auf Mieter von Gewerberaum erstreckt werden, selbst wenn untergeordnete Teile davon auch zu Wohnzwecken genutzt werden dürfen⁷. Diese Grundsätze gelten auch für das mit Wirkung zum 1.6. 2015 eingeführte Bestellerprinzip⁸.

3. Sonderrecht für das Wohnungsvermittlungsrecht

Das Bestellerprinzip erlaubt eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur noch dann, wenn er dem Makler einen eigenständigen Suchauftrag erteilt und dieser für den Kunden nach außen suchend tätig wird. In seinem Anwendungsbereich bedeutet das Bestellerprinzip ein *faktisches Verbot der Doppeltätigkeit des Maklers*. Im Gegensatz zum allgemeinen Immobilienmaklerrecht, bei dem das Tätigwerden des Maklers für beide Seiten des nachzuweisenden oder zu vermittelten Hauptvertrages weitgehend üblich ist⁹, gilt nunmehr für das Wohnungsvermittlungsrecht ein Sonderrecht, das hinsichtlich des Entgeltverbots ein Vertragsverbot beinhaltet¹⁰.

⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 28.4. 2005 – III ZR 387/04, NJW-RR 2005, 1033; OLG Hamburg, MDR 1992, 646; Schulz, WoVermittG, 2010, § 1 Rn. 7; D. Fischer, NJW 2015, 1560.

⁷ Schulz, WoVermittG (o. Fn. 6), § 1 Rn. 52, vgl. aber § 1 Abs. 2 WoVermittG.

⁸ Gegen das Inkrafttreten dieser Regelung gerichtete Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verschiedener Immobilienmakler blieben ohne Erfolg, BVerfG, Beschl. v. 13.5. 2015 – 1 BvQ 9/15, NJW 2015, 1815.

⁹ BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 318/02, NJW-RR 2003, 991; OLG Hamm, Urt. v. 5.7.1993 – 18 U 258/92, NJW-RR 1994, 125; OLG Rostock, Urt. v. 1.10.2008 – 1 U 98/08, MDR 2009, 194; OLG München, Urt. v. 16.5.2012 – 20 U 245/12, nv; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., 2016, § 654 Rn. 4; Seydel/Hainbuch, Maklerrecht, 4. Aufl., 2005, Rn. 166; D. Fischer, Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 3. Aufl., 2015, S. 144.

¹⁰ Hufen, NZM 2014, 663, 664.

4. Formerfordernis für den Wohnungsmaklervertrag

Mit der Einführung des Bestellerprinzips wurde gleichzeitig der Wohnungsmaklervertrag erstmals einem Formerfordernis unterworfen. Das Erfordernis der Textform des § 126b BGB gilt zwingend für alle Maklerverträge im Bereich des Wohnungsvermittlungsrechts, also auch für die Verträge, welche zwischen dem Makler und dem Vermieter abgeschlossen werden. Mündliche und stillschweigende Vereinbarungen, wie sie für das allgemeine Immobilienrecht kennzeichnend sind und insbesondere den Gerichtsalltag prägen¹¹, sind nunmehr nichtig¹². Mit dieser begrüßenswerten Regelung wird die in der Gerichtspraxis beweisintensive Problematik eines formlosen Vertragsabschlusses für das Wohnungsvermittlungsrecht beseitigt¹³.

5. Zeitlicher Anwendungsbereich des Bestellerprinzips

Auf einen bereits vor dem 1.6. 2015 abgeschlossenen Maklervertrag des Wohnungssuchenden findet das Bestellerprinzip und das Erfordernis einer Textform für den Vertragsabschluss mangels einer Rückwirkungsregelung keine Anwendung¹⁴. Maßgeblich ist der in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Rechtsgrundsatz¹⁵, dass die Schuldverhältnisse in ihrem Inhalt und ihrer Wirkung dem Recht unterstehen, das zur Zeit des Entstehungstatbestands galt¹⁶.

II. Gang des Gesetzgebungsverfahrens

Mit der Aufnahme des Bestellerprinzips in das WoVermittG haben mehrfache Versuche in der vorausgehenden Legislaturperiode, diesen Grundsatz im Wohnungsvermittlungsrecht zu verankern, ihren erfolgreichen Abschluss gefunden.

¹¹ Sehr anschaulich in diesem Zusammenhang OLG Koblenz, Beschl. v. 13.5. 2013 – 3 U 412/13, MDR 764; zu den allgemeinen Strukturen D. Fischer, Maklerrecht (o. Fn. 9), S. 14.

¹² BT-Drucks. 18/3121, S. 36; Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 185b; Duchstein, NZM 2015, 417, 419; Grams, ZfIR 2015, 512, 513; Wiek, WuM 2015, 327.

¹³ D. Fischer, NJW 2015, 3410.

¹⁴ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1562; Osthus, AIZ 2015, Heft 4, S. 16, 17; Grams, ZfIR 2015, 512, 515 Fn. 30; Wiek, WuM 2015, 327; Lipinski-Miessner, GE 2015, 1072, 1073.

¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 11.11. 1953 – III ZR 181/52, BGHZ 10, 391, 394; v. 8.7. 1954 – IV ZR 67/54, BGHZ 14, 205, 208; v. 22.1. 1987 – IX ZR 100/86, BGHZ 99, 363, 369; Beschl. v. 21.2. 2013 – VII ZA 14/12, Rn. 2 nv.

¹⁶ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1562.

1. Vorausgehende gesetzgeberische Aktivitäten in der 16. Legislaturperiode

Zwei Initiativen aus dem Bundestag im Jahre 2010, mit dem Ziel die Bundesregierung zur Vorlage eines Regelungsvorschlages aufzufordern, bezogen sich bereits auf eine Neugestaltung des Provisionsrechts. Während der Vorschlag der SPD-Fraktion, eine hälftige Aufteilung der Zahlungspflicht der Maklerprovision zwischen Vermieter und Mieter im Bereich der Wohnungsvermittlung einschließlich des Erwerbs von Wohnungseigentum vorsah¹⁷, forderten die Grünen, die Auferlegung der Maklerprovision als zwingende Regelung zu Lasten des Vermieters in das Wohnungsvermittlungsrecht aufzunehmen¹⁸. Beide Vorschläge, die sich an den Verhältnissen in bestimmten Ballungszentren des Bundesgebiets orientierten, wurden auf Empfehlung des Rechtsausschusses¹⁹ von der Mehrheit aus CDU/CSU und FDP am 24.2. 2011 abgelehnt, weil kein bundesweites Regelungsbedürfnis bestehe und der Grundsatz der Vertragsfreiheit unverhältnismäßig eingeschränkt werde. Der auf Antrag der Länder Baden-Württemberg, Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen²⁰ vom Bundesrat eingebrachte Gesetzesentwurf vom 17.5. 2013²¹ sah bereits die Einführung des Bestellerprinzips für das Wohnungsvermittlungsrecht und die Textform für den Wohnungsmaklervertrag vor. Die damalige Bundesregierung ist dem Entwurf wegen des „damit verbundenen Eingriffs in die Vertragsfreiheit der Beteiligten“ entgegengetreten. Zudem sei zweifelhaft, ob durch die angestrebte Regelung Wohnungssuchende tatsächlich finanziell entlastet werden, weil Vermieter versuchen könnten, die Zusatzkosten durch eine Erhöhung der Miete wieder auszugleichen²². Der Gesetzesentwurf ist nach Beendigung der 17. Legislaturperiode dem Grundsatz der Diskontinuität (§ 125 GO BT) verfallen.

2. Die Gesetzgebung der Großen Koalition

Nachdem im Koalitionsvertrag vom 27.11. 2013 vereinbart worden war, das Bestellerprinzip in das WoVermittG einzufügen²³, wurde am 18.3. 2014 ein Referentenentwurf²⁴ vorgelegt, der zugleich auch die Regelungen zur Dämpfung des Mietanstiegs („Mietpreisbremse“) umfasste. Der

¹⁷ BT-Drucks. 17/3212.

¹⁸ BT-Drucks. 17/4202.

¹⁹ BT-Drucks. 17/4614.

²⁰ BR-Drucks. 177/13.

²¹ BT-Drucks. 17/14361.

²² BT-Drucks. 17/14361, S. 8.

²³ Recht moderat: „Vermieter und Mieter sollen weiter als Auftraggeber auftreten können. Dabei gilt das marktwirtschaftliche Prinzip: wer bestellt, der bezahlt.“

²⁴ Der Text des Referentenentwurfs ist in ZfIR 2014, 573 abgedruckt.

Entwurf sah als zwingende Regelung vor, dass ein Wohnungsmakler vom Wohnungssuchenden keine Provision verlangen darf, es sei denn, dieser erteilt dem Makler in Textform einen Suchauftrag und der Makler holt ausschließlich wegen dieses Suchauftrags vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag (§ 6 WoVermittG) ein, die Wohnung anzubieten²⁵. Abreden, mit denen der Wohnungsmieter verpflichtet wird, eine vom Vermieter oder einem Dritten geschuldete Maklerprovision zu übernehmen, sind unzulässig²⁶. Der Referentenentwurf wurde in leicht überarbeiteter Form und mit der Maßgabe, dass die Textform für alle Wohnraummaklerverträge gilt, Gegenstand des Regierungsentwurfs²⁷, der von Bundestag und Bundesrat im März 2015 unverändert übernommen wurde.

Obwohl der Regierungsentwurf²⁸ die Einführung des Bestellerprinzips mit den angespannten Mietwohnungsmärkten in den Ballungszentren und die dort sich durchgesetzte Abwälzung der Maklerkosten auf den Mieter begründete, was für eine regionale Begrenzung des Bestellerprinzips spricht²⁹, hat sich die Novelle – im Gegensatz zur Mietpreisbremse, bei der die entsprechenden Gebiete durch Verordnung der jeweiligen Landesregierungen ausgewiesen werden - für eine bundesweite Anwendung der Regelung des Bestellerprinzips entschieden³⁰.

III. Schutzzweck des Wohnungsvermittlungsgesetzes

Die Regelungen des Wohnungsvermittlungsgesetzes beinhalten zahlreiche Abweichungen von dem Maklerrecht des BGB durch zwingende Rechtsnormen zu Gunsten des Maklerkunden, insbesondere des Wohnungssuchenden³¹.

Das Gesetz bezweckt allgemein die Wohnungssuchenden vor ungerechtfertigten wirtschaftlichen Belastungen zu schützen, die sich häufig

²⁵ § 2 Ia WoVermittRG-RefE; zum Referentenentwurf und den damit verbundenen Problembereichen eingehend Derleder, NZM 2014, 263.

²⁶ § 2 V WoVermittRG-RefE.

²⁷ BT-Drucks. 18/3121.

²⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 19.

²⁹ Ebenso Derleder, NZM 2014, 263; Hufen, NZM 2014, 663, 666.

³⁰ BT-Drucks. 18/3121, S. 25.

³¹ Etwa § 3 Abs. 1 S. 2 WoVermittG, wonach zu Gunsten des Wohnungssuchenden die Maklerprovision nicht mehr als zwei Monatsmieten zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer betragen darf; LG Osnabrück, Urt. v. 22.11. 2000 – 6 S 836/00, ZMR 2002, 208. Die vom Vermieter zu entrichtende Maklerprovision unterliegt dagegen keiner Höchstgrenze, vgl. Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 3 Rn. 21.

aus missbräuchlichen Vertragsgestaltungen oder unlauteren Geschäftsmethoden für sie ergeben³². Zudem soll die Markttransparenz auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung verbessert werden³³. Ob der Wohnungsmakler seine Tätigkeit gewerbsmäßig ausübt, ist für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des WoVermittG ohne Bedeutung³⁴. Nur § 3 Abs. 1 und § 6 WoVermittG wenden sich nicht an Gelegenheitsmakler.

IV. Legaldefinition des Begriffs Wohnungsmaklers

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 WoVermittG ist Wohnungsvermittler, wer den Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume nachweist. Diese Begriffsbestimmung lehnt sich bewusst an die Tätigkeitsmerkmale des § 652 BGB an und entspricht inhaltlich dem sich aus dieser Vorschrift ergebenden gesetzlichen Leitbild des Nachweis- und Vermittlungsmaklers, wenn auch gegenständlich auf Mietverträge über Wohnräume beschränkt³⁵.

1. Begriffliche Unschärfe der Bezeichnung Wohnungsvermittler

Allerdings weist die Legaldefinition eine begriffliche Unschärfe auf³⁶. Sie gibt dem Begriff des Wohnungsvermittlers die Funktion eines Oberbegriffes³⁷, der sowohl den Tätigkeitsbereich des Nachweismaklers als auch denjenigen des Vermittlungsmaklers umfasst. Während bei der Vermittlungstätigkeit im engeren Sinn der Makler auf den potentiellen Vertragspartner mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses einzuwirken hat³⁸, muss der Nachweismakler seinem Kunden die Gelegenheit zum

³² BGH, Urt. v. 13.3. 2003 – III ZR 299/02, NJW 2003, 1393, 1394; v. 2.10. 2003 – III ZR 5/03, NJW 2004, 286, 287; v. 9.3. 2006 – III ZR 235/05, WM 2006, 1590 Rn. 10 = NJW-RR 2006, 72; ferner KG, Urt. v. 15.12. 2003 – 23 U 98/03, NJW-RR 2004, 1239.

³³ BGH, Urt. v. 13.3. 2003 – III ZR 299/02, NJW 2003, 1393, 1394; v. 2.10. 2003 – III ZR 5/03, NJW 2004, 286, 287; v. 9.3. 2006 – III ZR 235/05, WM 2006, 1590 Rn. 10 = NJW-RR 2006, 729.

³⁴ Baader/Gehle, Wohnungsvermittlungsgesetz, 1993, § 1 Rn. 2.

³⁵ BT-Drucks. 6/1549, S. 12; BGH, Beschl. v. 9.3. 1995 - I ZR 85/94, NJW-RR 1995, 880; Urt. v. 15.4. 2010 – III ZR 153/09, NJW-RR 2010, 1385 Rn. 8.

³⁶ Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 1 Rn. 2; MünchKomm-BGB/H. Roth, 6. Aufl., 2012, § 652 Rn. 129 (gesetzestechisch unsauberer Begriff); D. Fischer, NJW 2011, 3277, 3281.

³⁷ D. Fischer, Maklerrecht (o. Fn. 9), S. 154; ebenso Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 1 Rn. 2; ähnlich Bamberger/Roth/Kotzian-Marggraf, BGB, 3. Aufl., 2012, § 652 Rn. 2 der in diesem Zusammenhang von einem Vermittlungsvertrag im weiteren Sinne spricht; ferner Dehner, Maklerrecht, 2001, Rn. 3.

³⁸ BGH, Urt. v. 4.6. 2009 – III ZR 82/08, NJW-RR 2009, 1282 Rn. 8.

Abschluss eines (Haupt-)Vertrages nachweisen³⁹. Die angeführte Legaldefinition findet sich auch in anderen – überwiegend modernen - gesetzlichen Regelungen, wie etwa bei der Heiratsvermittlung⁴⁰. Dieses Verständnis strahlt auch auf das allgemeine Immobilienmaklerrecht aus. So wird hier ebenfalls den Begriffen Vermittlung⁴¹, Vermittlungsprovision⁴² oder Vermittlungsmakler⁴³ eine umfassende Bedeutung zuerkannt, der beide Tätigkeitsbereiche, die eigentliche Vermittlungsleistung sowie die hiervon zu unterscheidende Nachweiseleistung umfasst.

2. Rechtsbegriff des Vermittlungsvertrags und Vermittlungsentgelts

An die Legaldefinition des § 1 Abs. 1 WoVermittG schließen die mit der Novellierung des Wohnungsvermittlungsgesetzes zum 1.6. 2015 in das Gesetz eingefügten Rechtsbegriffe des *Vermittlungsvertrags* (§ 2 Abs. 1 Satz 2, § 2 Abs. 1a WoVermittG)⁴⁴ sowie des *Vermittlungsentgelts* (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG) unmittelbar an. Der Novellengesetzgeber hat allerdings davon abgesehen, insgesamt das Wohnungsvermittlungsgesetz an die neuen Begriffe Vermittlungsvertrag und Vermittlungsentgelt anzupassen, was möglicherweise darauf zurückzuführen ist, dass die Reform des Bestellerprinzips einer Evaluierung nach spätestens fünf Jahren unterzogen werden soll⁴⁵. Beide Rechtsbegriffe betreffen im Hinblick auf die Legaldefinition des § 1 Abs. 1 WoVermittG nicht nur den

³⁹ BGH, Urt. v. 6.7. 2006 – III ZR 379/04, NJW 2006, 3062 Rn. 13; v. 23.11. 2006 – III ZR 52/06, NJW-RR 2007, 402 Rn. 13; v. 3.7. 2014 – III ZR 530/13, NJW-RR 2014, 1272 Rn. 15.

⁴⁰ Sowie der dazugehörige neue Untertitel 3 Ehevermittlung, ferner Darlehensvermittlungsvertrag (§ 655a BGB), Teilzeit-Wohnrechtvermittlung (§ 481b Abs. 1 BGB), § 35 SGB III (private Arbeitsvermittlung), vgl. auch § 59 VVG (Versicherungsvermittlung, Versicherungsmakler).

⁴¹ So OLG Hamm in tatrichterlich zulässiger Auslegung, bestätigt durch BGH, Urt. v. 6.7. 1994 - IV ZR 101/93, NJW-RR 1994, 1260, 1261; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.3. 2005 – 15 U 20/03, ZMR 2005, 965, 966; OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.9. 2015 – 4 U 131/14, NJW-RR 2016, 58, 59.

⁴² OLG München, Urt. v. 5.4. 1995 – 15 U 4943/94, NJW-RR 1996, 239; OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10. 2014 – 1 U 113/13, BeckRS 2014, 19875; Münch-Komm-BGB/H. Roth, (o. Fn. 36), § 652 Rn. 198; Palandt/Sprau, (o. Fn. 9), § 652 Rn. 11; a.A. OLG Oldenburg, Urt. v. 16.6. 2010 – 5 U 138/09, NJW-RR 2010, 1717, 1720, restriktive Linie: nur, wenn Vermittlungsleistung erbracht wird.

⁴³ D. Fischer, Maklerrecht (o. Fn. 9), S. 6.

⁴⁴ Der Begriff Vermittlungsvertrag wurde allerdings bereits in § 3 Abs. 4 Satz 2 verwendet, während § 3 Abs. 4 Satz 1 WoVermittG den Wohnungsmaklervertrag als Auftrag bezeichnet. In völlig anderer Bedeutung findet sich dagegen der Begriff Auftrag in § 6 Abs. 1 WoVermittG (= Zustimmung), vgl. nachstehend unter Ziffer IV 2 a.

⁴⁵ BT-Drucks. 18/3121, S. 27.

Vermittlungsmakler, sondern gleichermaßen auch den Nachweismakler⁴⁶.

V. Form des Wohnungsmaklervertrages

Nach bisherigem Recht konnte der Wohnungsmaklervertrag durch mündliche oder auch konkludente Erklärungen der Vertragsbeteiligten wirksam zustande kommen⁴⁷. Mit Wirkung zum 1.6. 2015 müssen Maklerverträge über den Nachweis oder die Vermittlung von Wohnraum die Textform aufweisen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WoVermittG). Der Gesetzeswortlaut der angeführten Bestimmung verwendet insoweit den Begriff Vermittlungsvertrag. Dies ist aber, wie bereits ausgeführt, als Oberbegriff zu verstehen und erfasst mithin nicht nur Vermittlungsverträge im engeren Sinne, sondern auch Verträge über den Nachweis von Wohnraum.

1. Normzweck

Mit dem Formzwang soll sowohl dem Wohnungssuchenden als auch dem Vermieter deutlich gemacht werden, dass ein Vertrag zustande kommt und im Erfolgsfalle eine Vergütung zu entrichten sein kann⁴⁸. Hierdurch können auch Unklarheiten über die Frage, mit welchem Inhalt der Maklervertrag abgeschlossen wurde, vermieden werden⁴⁹. Der Normzweck besteht mithin darin, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen⁵⁰.

2. Anforderungen an die Textform

Um der Textform zu genügen, muss die Erklärung in einer Urkunde oder in einer anderen zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden. Wesentlicher Aufwand für die Beteiligten entsteht hierdurch nicht, weil beispielsweise bereits der Austausch der Vertragserklärungen in E-Mails genügt, wenn beide Vertragsparteien über entsprechende Sende- und Empfangseinrichtungen verfügen⁵¹. Ferner reichen Verkörperungen auf Papier, USB-Stick, Diskette, CD-Rom oder ein Computerfax aus.⁵²

⁴⁶ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1561; Duchstein, NZM 2015, 417, 418.

⁴⁷ Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 2 Rn. 4.

⁴⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁴⁹ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁵⁰ Bethge, ZMR 2014, 931; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1561; Duchstein, NZM 2015, 417, 419.

⁵¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁵² Palandt/Ellenberger, (o. Fn. 9), § 126b Rn. 3.

Anders als bei der Schriftform (§ 126 Abs. 1 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 verlautbart. 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 Betracht⁵³. Durch den räumlichen Abschluss der Erklärung muss die Ernstlichkeit des Textes in Abgrenzung eines keine rechtliche Bindung auslösenden Entwurfs deutlich gemacht werden⁵⁴. Der Textform ist nicht genügt, wenn es infolge nachträglicher, handschriftlicher Ergänzungen an einem räumlichen Abschluss der Vereinbarung fehlt⁵⁵. Diese Grundsätze gelten auch für die ab 13.6.2014 maßgebliche Neufassung des § 126b BGB, auch wenn dort der Abschluss der Erklärung nicht mehr aufgeführt wird⁵⁶.

3. Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung des Formzwangs

Verträge, welche nicht den Anforderungen der Textform (§ 126b BGB) genügen, sind gemäß § 125 Satz 1 BGB unwirksam⁵⁷. Dies trifft auch dann zu, wenn nur einseitig der Wohnungssuchende oder der Wohnungsmakler die Vertragserklärung in Textform abgeben⁵⁸.

a) Weigerung des Wohnungssuchenden eine textformgemäße Erklärung abzugeben

Weigert sich der Wohnungssuchende einen Maklervertrag in Textform abzuschließen und erbringt gleichwohl der Makler eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung, so ist im Erfolgsfalle der Makler nicht befugt, Provision zu verlangen⁵⁹. Auch insoweit gilt der allgemeine Grundsatz, dass es zum

⁵³ BGH, Urt. 3.11.2011 – IX ZR 47/11, WM 2012, 760 Rn. 20; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 852.

⁵⁴ BGH, Urt. 3.11.2011 – IX ZR 47/11, WM 2012, 760 Rn. 20 unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 14/4987, S. 20.

⁵⁵ BGH, Urt. 3.11.2011 – IX ZR 47/11, WM 2012, 760 Rn. 22.

⁵⁶ Palandt/Ellenberger, (o. Fn. 9), § 126b Rn. 5.

⁵⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 36; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1562; Duchstein, NZM 2015, 417, 419; Grams, ZfIR 2015, 512, 513; Wiek, WuM 2015, 327; Palandt/Sprau, (o. Fn. 9), § 652 Rn. 59.

⁵⁸ Wiek, WuM 2015, 327.

⁵⁹ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1562; Duchstein, NZM 2015, 417, 419; Grams, ZfIR 2015, 512, 513; Wiek, WuM 2015, 327. Tendenziell a. A.: Derleder, NZM 2014, 263, 264 zu § 2 Abs. 1a Nr. 1 WoVermittG-RefE, wonach eine treuwidrige Berufung des Mieters auf die Formvorschrift in Betracht gezogen werden könne.

Risikobereich des Maklers gehört, wenn er vor Abschluss eines wirksamen Vertrages bereits seine Maklerdienste erbringt⁶⁰. Ein Rückgriff auf § 242 BGB kommt nicht in Betracht⁶¹. Gesetzliche Ansprüche, wie etwa aus Bereicherungsrecht oder aus § 354 HGB, scheiden im Hinblick auf den gebotenen Gleichlauf der rechtlichen Bewertung ebenfalls aus⁶².

b) Nachträglicher formwirksamer Vertragsabschluss

Im allgemeinen Immobilienmaklerrecht ist anerkannt, dass ein wirksamer provisionspflichtiger Maklervertrag auch dann noch abgeschlossen werden kann, wenn der Makler seine Nachweis- oder Vermittlungsleistung bereits erbracht hat⁶³. Dies gilt nicht im Verhältnis zwischen Wohnungssuchenden und Makler⁶⁴. Verhält sich der Makler ordnungsgemäß, muss er vor Erbringung der Maklerleistung an den Vermieter herantreten, um dessen Zustimmung nach § 6 Abs. 1 WoVermittG zu erhalten. Für diesen Fall greift das Bestellerprinzip ein⁶⁵, so dass ein provisionspflichtiger Maklervertrag nicht mehr zustande kommen kann. Hat der Makler entgegen § 6 Abs. 1 WoVermittG ohne Einverständnis des Vermieters gehandelt, kann zwar nach der h. M.⁶⁶ zum bisherigen Wohnungsvermittlungsrecht ein wirksamer Maklervertrag zustande kommen; ein Provisionsanspruch scheidet aber wiederum an § 2 Abs. 1a WoVermittG, weil nur bei Einhaltung des § 6 Abs. 1 WoVermittG ein Provisionsanspruch begründet wird⁶⁷.

⁶⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 11.4. 2002 – III ZR 37/01, NJW 2002, 1945 f.

⁶¹ Grams, ZfIR 2015, 512, 513.

⁶² D. Fischer, Maklerrecht (o. Fn. 9), S. 175; Ibold, Maklerrecht (o. Fn. 12), Rn. 185b; ferner Klenner, ZRP 2013, 98, 99.

⁶³ BGH, Urt. v. 12.10. 2006 – III ZR 331/04, NJW-RR 2007, 55 Rn. 12; v. 3.7. 2014 – III ZR 530/13, NJW-RR 2014, 1272 Rn. 14; OLG Koblenz, Beschl. v. 19.12. 2013 – 5 U 950/13, BeckRS 2014, 12970.

⁶⁴ Wiek, WuM 2015, 327.

⁶⁵ Einzelheiten hierzu nachfolgend unter Ziffer IV 2 a.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 25.7. 2002 – III ZR 113/02, BGHZ 152, 10; Schulz, (o. Fn. 6), § 6 Rn. 34, MünchKomm-BGB/H. Roth (o. Fn. 36), § 652 Rn. 75; Palandt/Sprau (o. Fn. 9), § 652 Rn. 8; a. A. (Nichtigkeit) D. Fischer, Maklerrecht (o. Fn. 9), S. 20 f.; Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 6. Aufl., 2012, Rn. 183.

⁶⁷ Wiek, WuM 2015, 327, 329.

Hat der Makler seine Leistung noch nicht erbracht, kann der Abschluss eines Maklervertrages mit dem Wohnungssuchenden formwirksam nachgeholt werden⁶⁸. Insoweit kommt auch eine textformgemäße Bestätigung nach § 141 Abs. 2 BGB in Betracht⁶⁹.

4. Darlegungs- und Beweislast

Darlegungs- und beweisbelastet für die Einhaltung des Formerfordernisses ist, wer aus dem Wohnungsmaklervertrag Ansprüche herleitet⁷⁰. In der Regel ist dies der Makler. Macht etwa der Wohnungssuchende geltend, eine mit seinem Namen versehene E-Mail stamme nicht von ihm, hat der Makler das Gegenteil zu beweisen⁷¹.

VI. Inhaltliche Ausgestaltung des Bestellerprinzips

Die Einführung des Bestellerprinzips⁷² mit Wirkung zum 1.6. 2015 gestattet eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden nur noch dann, wenn er dem Makler einen eigenständigen Suchauftrag erteilt und dieser für den Kunden nach außen suchend tätig wird. In seinem Anwendungsbereich bedeutet das Bestellerprinzip ein faktisches Verbot der Doppeltätigkeit des Maklers.

1. Normzweck

Die Neuregelung verfolgt das Ziel, Wohnungssuchende vor der Ausnutzung faktischer Zwangslagen zu schützen, indem die eingetretene Marktentwicklung bei der Vermittlung von Mietwohnungen verändert wird. Es soll insbesondere verhindert werden, dass bei Mietwohnungsmärkten mit einem Nachfrageüberhang, wie bisher, der Wohnungssuchende die Maklerprovision, sei es durch direkte Kostenübernahme, sei es durch Abschluss eines Maklervertrags mit dem vom Vermieter bereits eingeschalteten Makler zu tragen hat⁷³. Dem Wohnungssuchenden soll mithin dann

⁶⁸ A. A. offensichtlich Wiek, WuM 2015, 327: Die Nichtigkeit ist irreparabel. Ebenso Grams, ZfIR 2015, 512, 513; Derleder, NZM 2014, 264.

⁶⁹ Duchstein, NZM 2015, 417, 419. Nach Duchstein kommt – entgegen der hier vertretenen Ansicht - ohne jede Einschränkung eine Heilung durch nachträgliche Bestätigung in Betracht. Die dort gebildete Fallgestaltung des Abschlusses eines schriftlichen Maklervertrages anlässlich der Wohnungsbesichtigung führt im Hinblick auf das Bestellerprinzip nicht mehr zur Provisionspflichtigkeit des Wohnungssuchenden.

⁷⁰ Duchstein, NZM 2015, 417, 419.

⁷¹ Duchstein, NZM 2015, 417, 419.

⁷² Hierzu allgemein Klenner, ZRP 2013, 98; Derleder, NZM 2014, 263; D. Fischer, NJW 2014, 3281, 3282.

⁷³ BT-Drucks. 18/3121, S. 19.

keine Zahlungspflicht auferlegt werden, wenn der Vermieter von sich aus einen Maklerauftrag erteilt hat⁷⁴. Zusätzlich soll sichergestellt werden, dass die beim Vermieter anfallenden Kosten nicht auf den in der Verhandlungsposition wesentlich schwächeren Wohnungssuchenden abgewälzt werden⁷⁵.

2. Regelungsinhalt

§ 2 Abs. 1a WoVermG bestimmt, dass der Wohnungsmakler vom Wohnungssuchenden – sofern ein Mietvertrag zustande kommt – nur dann die Zahlung eines Entgelts verlangen darf, wenn ein Wohnungsvermittlungsvertrag zwischen ihm und dem Wohnungssuchenden besteht und der Vermittler nur zu dessen Erfüllung Wohnungsangebote einholt. Der Wohnungssuchende, der sich auf eine Wohnungsvermittlungsanzeige hin an den Makler wendet, darf mithin nicht mehr zur Zahlung verpflichtet werden⁷⁶. Die Formulierung „kein Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen“ dient dazu, das in § 8 WoVermittG niedergelegte bußgeldbewehrte Handlungsverbot rechtswirksam zu umschreiben⁷⁷.

a) Ausschließlicher Suchauftrag des Wohnungssuchenden

Auch dann, wenn der Makler im Hinblick auf eine konkrete Suchanfrage hin dem Wohnungssuchenden ein Objekt vorstellen will, muss er hierfür nach der allgemeinen Regelung des § 6 Abs. 1 WoVermG einen „Auftrag“ zum Angebot vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten⁷⁸ erhalten haben.

aa) Zustimmung des Berechtigten nach § 6 Abs. 1 WoVermittG

Unter *Auftrag* im Sinne dieser Bestimmung ist allerdings weder ein Auftrag nach § 662 BGB⁷⁹ noch ein Maklervertrag⁸⁰ zu verstehen. Es genügt jede

⁷⁴ BR-Drucks. 447/14 (Beschluss), S. 7 unter Bezugnahme auf die die Begründung des Regierungsentwurfs (BR-Drucks. 447/14, S. 37 f = BT-Drucks. 18/3121, S. 36 f).

⁷⁵ BT-Drucks. 18/3121, S. 19.

⁷⁶ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁷⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁷⁸ Zu diesem Personenkreis gehören Hauptmieter, die zur Untervermietung befugt sind, mit der Vermietung betraute Verwalter und Mieter, die gegenüber dem Vermieter berechtigt sind, Nachmieter zu stellen, Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 6 Rn. 8 ff; Seydel/Heinbuch, Maklerrecht (o. Fn. 9), Rn. 315; D. Fischer, Maklerrecht, (o. Fn. 9), S. 175 f.

⁷⁹ BT-Drucks. 18/3121, S. 36; Duchstein, NZM 2015, 417, 419.

⁸⁰ D. Fischer, NZM 2005, 731, 732; Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 6 Rn. 7.

ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder mündlich erklärte *Zustimmung* des Berechtigten zur Vermittlung der betreffenden Wohnung durch einen bestimmten Makler⁸¹. Praktische Konsequenz dieser Regelung war bis zur Novellierung des Wohnungsvermittlungsrechts durch das Bestellerprinzip mit Wirkung zum 1.6. 2015 aber vielfach, dass der Wohnraummakler – abweichend von § 654 BGB – kraft Gesetzes regelmäßig als Doppelmakler tätig wurde⁸².

bb) Exklusivprinzip

Ausdrücklich erforderlich ist darüber hinaus, dass der Wohnungsmakler den Auftrag vom Vermieter (oder von einem anderen Berechtigten) *ausschließlich* zu dem Zweck einholt, dem Wohnungssuchenden die Wohnung anzubieten⁸³. Diese Regelung soll, so die Begründung des Regierungsentwurfs⁸⁴, zur Durchsetzung eines materiell verstandenen „Bestellerprinzips“ dienen. Eine Provisionspflicht des Wohnungssuchenden ist danach nur noch zulässig, wenn der Makler ausschließlich im Interesse des Mieters tätig wird⁸⁵. Der in § 1 Abs. 1a WoVermittG verankerte Bestellergrundsatz ist als *Exklusivprinzip* ausgestaltet und besagt, dass der Wohnungsmakler zeitlich erst nach dem vom Wohnungssuchenden erteilten Maklerauftrag die nach § 6 Abs. 1 WoVermittG gebotene Zustimmung des Berechtigten zum Anbieten der Wohnung einholt⁸⁶.

b) Einschränkende Auslegung des Merkmals der Ausschließlichkeit

Das für das Bestellerprinzip kennzeichnende Merkmal der Ausschließlichkeit hat aber, worauf der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren⁸⁷ zu Recht hingewiesen hat, einen Normzweck überschießenden Inhalt⁸⁸. Dann nämlich, wenn mehrere Wohnungssuchende den Makler mit der Suche nach vergleichbaren Räumlichkeiten beauftragen, der Makler anschließend einen geeigneten Vermieter ausfindig macht und der Mietver-

⁸¹ Baader/Gehle, WoVermittG (o. Fn. 34), § 6 Rn. 6; Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 6 Rn. 7; Siegel, WuM 1999, 263, 264; D. Fischer, NZM 2005, 731, 732; Duchstein, NZM 2015, 417, 419; vgl. auch BT-Drucks. 18/3121, S. 36; anders dagegen Windisch, WuM 1999, 265, 268, der einen Maklervertrag für erforderlich hält.

⁸² Seydel/Heinbuch, Maklerrecht, (o. Fn. 9), Rn. 315.

⁸³ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁸⁴ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁸⁵ BT-Drucks. 18/3121, S. 17.

⁸⁶ Drasdo, NJW-Spezial 2015, 481; Beck-online-Großkommentar/Meier, § 652 Rn.102.1 (zeitliche Vorrangstellung).

⁸⁷ BR-Drucks. 447/14 (Beschluss), S. 6 f.

⁸⁸ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1563.

trag nicht vom ersten Wohnungsinteressenten, sondern von einem zweiten oder einem anderen Interessenten des Wohnungsmaklers, welcher wiederum einen gleichartigen Vermittlungsauftrag erteilt hat, abgeschlossen wird, darf der Makler nach dem Wortlaut der Bestimmung „ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrages“ von seinem Zweitkunden keine Provision verlangen⁸⁹.

Der Bundesrat spricht in seiner eingehenden Stellungnahme anschaulich davon, das Mietobjekt sei für die Provision „verbrannt“⁹⁰, sobald nicht der Erstinteressent, sondern einer der anderen Interessenten die Wohnung aufgrund der Vermittlungstätigkeit des Wohnungsmaklers anmietet⁹¹. Da der Normzweck des Bestellerprinzips im Verbot der Doppeltätigkeit gesehen werden kann⁹², ist für die angeführte Fallgestaltung, in welcher lediglich eine Maklerprovision für den Zweitkunden im Raum steht, ein Provisionsverbot nicht erforderlich. Hinzukommt, dass es gerade auch im Interesse der übrigen Wohnungssuchenden liegt, dass die Wohnung durch den Makler weiterangeboten wird. Dies dient nicht zuletzt der Verbesserung der Markttransparenz auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung, eines der maßgeblichen Ziele des Wohnungsvermittlungsrechts⁹³. Im Rahmen einer *teleologischen* und zudem *verfassungskonformen*⁹⁴ Auslegung ist demnach das Merkmal der Ausschließlichkeit auf das Verbot der Doppeltätigkeit zu beziehen, so dass ein Provisionsanspruch des Maklers gegenüber dem Zweitinteressenten bei Abschluss eines Mietvertrages nicht ausgeschlossen ist⁹⁵.

⁸⁹ BR-Drucks. 447/14 (Beschluss), S. 6 f; ebenso Osthus, AIZ 2015, Heft 4, S. 16.

⁹⁰ Ebenso Hufen, NZM 2014, 663, 664 („verbraucht“).

⁹¹ BR-Drucks. 447/14 (Beschluss), S. 7 f. Die Bundesregierung hat in ihrer Erwiderng hierzu ausdrücklich erklärt, sie trete entsprechenden Regelungen nicht entgegen (BT-Drucks. 18/3250, S. 2). Der Rechtsausschuss des Bundestages sah sich trotz eingehender Erörterung der Problematik im Rahmen der Sachverständigenanhörung (vgl. dazu Protokoll der 34. Sitzung vom 3.12. 2014, S. 44 ff.) offensichtlich nicht in der Lage, die vom Bundesrat gewünschten Ergänzungsregelungen zu erstellen. Der Bundesrat selbst bestand nach der dritten Lesung im Bundestag, in welcher der Regierungsentwurf unverändert die Zustimmung erhalten hatte, nicht mehr auf die von ihm angemahnte Klarstellung.

⁹² D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1563; Ibold, Maklerrecht (o. Fn. 12), Rn. 185c.

⁹³ BGH, Urt. v. 13.3.2003 – III ZR 299/02, NJW 2003, 1393, 1394; v. 2.10. 2003 - III ZR 5/03, NJW 2004, 286, 287.

⁹⁴ Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Bestellerprinzips vgl. Hufen, NZM 2014, 663.

⁹⁵ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1563; Grams, ZfIR 2015, 512, 514; Palandt/Sprau, (o. Fn. 9), § 652 Rn. 59; Ibold, Maklerrecht (o. Fn. 12), Rn. 185c; a. A. Duchstein, NZM 2015, 417, 420; Beck-online-Großkommentar/Meier, § 652 Rn. 102.1; Lipinski-Miessner, GE 2015, 1072, 1073; wohl auch LG Stuttgart, Urt. v. 30.9. 2015 – 40 O 76/15 KfH, ZfIR 2015, 889 m. Anm. Albrecht, ZfIR 2015, 890.

c) Tätigwerden im Interesse des Vermieters

In welcher Weise der Wohnungsvermittler die Wohnung auf Veranlassung des Wohnungssuchenden sucht, steht ihm frei. Provisionspflichtig ist der Wohnungssuchende etwa dann, wenn der Makler eine Anzeige schaltet und sich ein Vermieter daraufhin mit einer entsprechenden Mietwohnung meldet. In diesem Fall wird der Makler „auf Bestellung“ des Wohnungssuchenden tätig. In der Praxis allerdings geht gerade auf angespannten Wohnungsmärkten die Initiative regelmäßig vom Vermieter aus. Gibt er dem Vermittler eine Wohnung an die Hand, um einen Mieter zu finden, kommt die wirksame Verpflichtung eines Wohnungssuchenden zur Zahlung der Provision nicht mehr in Betracht: Nur der Vermieter ist dann „Besteller“. Das gilt ausnahmslos dann, wenn der künftige Mieter sich nach diesem Kontakt zwischen Vermieter und Wohnungsvermittler meldet. Es verhält sich jedoch ebenso, wenn der Wohnungssuchende einen Maklervertrag geschlossen hat, und sich danach ein Vermieter zwecks Mietersuche an den Wohnungsmakler wendet: Auch in diesem Fall ist nach der Neuregelung der Mieter nicht provisionspflichtig, weil der Wohnungsmakler nicht ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem künftigen Mieter tätig geworden ist, sondern auch im Interesse des Vermieters⁹⁶.

3. Darlegungs- und Beweislast

Mit der Formulierung „es sei denn“ wird sichergestellt, dass der Makler die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen einer Zahlungsforderung gegen den Wohnungssuchenden trägt⁹⁷. Dies gilt nicht nur für die allgemeinen Voraussetzungen eines Vertragsabschlusses⁹⁸, sondern insbesondere für das Merkmal der Ausschließlichkeit⁹⁹. Diese Beweislastregelung ist zwingend und kann mithin weder durch Individualabrede noch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Gunsten des Wohnungsmaklers abgeändert werden¹⁰⁰.

Dass der Makler den Auftrag, die Wohnung anzubieten, ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden eingeholt hat, kann beispielsweise durch Zeugnis des Vermieters, von Mitarbeitern

⁹⁶ BT-Drucks. 18/3121, S. 36.

⁹⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 36; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1563; Duchstein, NZM 2015, 417, 420; Beck-online-Großkommentar/Meier, § 652 Rn. 102.1.

⁹⁸ Das ergibt sich bereits aus den allgemeinen maklerrechtlichen Grundsätzen, wonach der Makler die Tatbestandsmerkmale des Vertragsabschlusses nachzuweisen hat; vgl. BGH, Urt. v. 25.9. 1985 – IVa ZR 22/84, BGHZ 95, 393, 401.

⁹⁹ Es handelt sich hierbei keineswegs um eine Einwendung des Maklerkunden, so aber Derleder, NZM 2014, 263, 264.

¹⁰⁰ Duchstein, NZM 2015, 417, 421.

des Maklers oder durch Würdigung einer persönlichen Anhörung des Maklers selbst nachgewiesen werden. Im Eigeninteresse des Wohnungsmaklers ist auch in diesem Zusammenhang eine sorgfältige Dokumentation des Geschäftsablaufs zu empfehlen¹⁰¹.

4. Begriff des Wohnungssuchenden

Unter den Begriff des Wohnungssuchenden fällt nicht nur der Mietinteressent, der für sich selbst eine Wohnung anmieten will. Hierunter fällt auch derjenige, der für einen Dritten eine Wohnung sucht¹⁰². Der Schutzzweck der Norm gebietet es, das Bestellerprinzip auch auf diejenigen anzuwenden, der etwa für einen Familienangehörigen oder für einen Arbeitnehmer eine Wohnung sucht¹⁰³. Die Frage eines Umgehungsgeschäfts i. S. d. § 2 Abs. 5 WoVermittG stellt sich bei einer derartigen Fallgestaltung daher nicht¹⁰⁴.

VII. Verbot abweichender Vereinbarungen

1. Systematik der Bestimmung

§ 2 Abs. 5 WoVermittG enthält einen Verbotskatalog unzulässiger Provisionsabreden, wonach entgegenstehende vertragliche Abreden unwirksam sind¹⁰⁵. Dieses Verbot abweichender Vereinbarungen erstreckt sich nicht nur auf die Neuregelung des § 2 Abs. 1a WoVermittG, sondern enthält in § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG eine weitere Verbotsregelung. Danach darf der Wohnungssuchende nicht verpflichtet werden, ein vom Vermieter oder Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen. Eine derartige Zahlungspflicht kann gegenüber dem Wohnungsmakler weder unmittelbar noch durch einen Vertrag zugunsten Dritter – hier zugunsten des Maklers – begründet werden¹⁰⁶. Auch die Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) ist ausgeschlossen¹⁰⁷.

2. Beispiele für Umgehungsgeschäfte

¹⁰¹ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1563; Wiek, WuM 2015, 327, 330.

¹⁰² Baader/Gehle, WoVermittG (o. Fn. 34), § 3 Rn. 34; Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 3 Rn. 22 zu § 3 I WoVermittG.

¹⁰³ Vgl. Duchstein, NZM 2015, 417, 419; D. Fischer, NJW 2015, 3278.

¹⁰⁴ So aber Grams, ZfIR 2015, 512, 517, vgl. aber zu der ähnlich gelagerten Konstruktion einer Provisionsübernahmeverpflichtung durch einen Familienangehörigen.

¹⁰⁵ Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 2 Rn. 183; D. Fischer, Maklerrecht, (o. Fn. 9), S. 155.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 18/3121, S. 37; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1563.

¹⁰⁷ Duchstein, NZM 2015, 417, 422.

Während in § 2 Abs. 5 Nr. 1 WoVermittG das Verbot der Doppeltätigkeit bezogen auf den Wohnungssuchenden ausgesprochen ist, erfasst Nr. 2 dieser Regelung das Verbot der Übernahme fremder Provisionen zu Lasten des Wohnungssuchenden. Damit sind *Umgehungsgeschäfte*, mit denen das Bestellerprinzip unterlaufen wird, untersagt¹⁰⁸.

Als unzulässige Umgehungsgeschäfte kommen beispielweise die Vermietung einer Wohnung zu einer weitaus höheren als der ortsüblichen Miete¹⁰⁹ oder der gleichzeitige Verkauf von an sich wertlosen oder überbewerteten Inventar in Betracht¹¹⁰. Hinsichtlich einer unzulässigen Mobiliarerwerbsabrede kommt im Rahmen des Bestellerprinzips der bisherigen Bestimmung des § 4a Abs. 2 Satz 2 WoVermittG eine ergänzende Funktion zu¹¹¹.

3. Weitere Umgehungstatbestände

a) Entgeltpflichtige Besichtigungsabreden

Mietwohnungen werden regelmäßig vom Wohnungssuchenden vor einem Mietvertragsabschluss besichtigt. Die Durchführung eines Besichtigungstermins ist eine typische Maklerleistung¹¹²; sie ist bereits nach dem Leitbild des § 652 BGB nicht provisionsauslösend¹¹³. Der damit verbundene Aufwand wird regelmäßig im Erfolgsfall durch die Maklerprovision abgegolten¹¹⁴.

Im Anwendungsbereich des Bestellerprinzips ist der Aufwand für die Durchführung von Besichtigungsterminen dem Besteller, also dem jeweiligen provisionspflichtigen Maklerkunden zuzuordnen. Ein separates Besichtigungsentgelt kann nicht Gegenstand einer von den Schutzvorschriften des § 2 Abs. 1a, Abs. 5 WoVermittG abweichenden Vertragsgestaltung zu Lasten des Wohnungssuchenden sein¹¹⁵. Im Übrigen gilt bereits

¹⁰⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 17.

¹⁰⁹ Klenner, ZRP 2013, 98, 100.

¹¹⁰ Klenner, ZRP 2013, 98, 100; Derleder, NZM 2014, 263, 266.

¹¹¹ BT-Drucks. 18/3121, S. 17.

¹¹² Grams, ZfIR 2015, 512, 516.

¹¹³ Erforderlich ist eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung, BGH, Urt. v. 4.6. 2009 – III ZR 82/07, NJW-RR 2009, 1282 Rn. 9.

¹¹⁴ Zum Wohnungsvermittlungsrecht vgl. die Regelung des § 3 Abs. 3 WoVermittG, dem diese Erwägung ersichtlich zugrunde liegt; hierzu Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 3 Rn. 39.

¹¹⁵ Vgl. Grams, ZfIR 2015, 512, 516.

nach § 3 Abs. 3 Satz 1 WoVermG das allgemeine Verbot, dem Wohnungssuchenden Nebenvergütungen abzuverlangen¹¹⁶.

b) Änderung der Vertragsbezeichnung

Mit einer Änderung der Vertragsbezeichnung vermag der Wohnungsmakler den Anwendungsbereich des Bestellerprinzips nicht zu umgehen. Eine Bezeichnung des Maklervertrages als Dienstleistungssuchauftrag, als Gesellschaftsvertrag oder Wohnungsbesorgungsvertrag ist im Hinblick auf die Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Satz 1 WoVermittG rechtlich ohne Belang¹¹⁷.

c) Änderung des Vertragstyps

Auch eine Änderung des Vertragstyps wird vielfach als unzulässige Umgehung anzusehen sein. Soweit der Wohnungsmakler sich eine erfolgsunabhängige Provision versprechen lässt, ist dies unabhängig vom Bestellerprinzip, im Anwendungsbereich des Wohnungsvermittlungsgesetzes ohnehin untersagt¹¹⁸.

d) Abwälzen der Vermieterprovision auf im Lager des Wohnungssuchenden stehende Dritte

Das unmittelbare Abwälzen der Vermieterprovision auf den Wohnungssuchenden ist durch § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG untersagt. Denkbar sind aber Fallgestaltungen, bei denen der Abschluss des Mietvertrages davon abhängig gemacht wird, dass ein Familienangehöriger des Wohnungssuchenden oder ein von ihm sonstig gestellter Dritter sich bereit erklärt, die Vermieterprovision zu übernehmen. Auch ein derartiges Übernahmeverlangen wird vom Schutzzweck des § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG erfasst und ist daher unzulässig¹¹⁹. Hierfür spricht auch, dass in derartigen Fällen der Dritte vielfach ein Rückgriffsrecht auf den Wohnungssuchenden haben wird und hierdurch wiederum der Wohnungssuchende die Last tragen müsste, was § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG verhindern will¹²⁰. Vom Dritten entrichtete Beträge können nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden¹²¹.

¹¹⁶ Schulz, WoVermG, (o. Fn. 6), § 3 Rn. 39.

¹¹⁷ Duchstein, NZM 2015, 417, 422.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 15.4. 2010 – III ZR 153/09, NJW-RR 2010, 1385 Rn. 15; Schulz, WoVermittG (o. Fn. 6), § 2 Rn. 185.

¹¹⁹ Duchstein, NZM 2015, 417, 423.

¹²⁰ Duchstein, NZM 2015, 417, 423.

¹²¹ Vgl. hierzu im Einzelnen nachstehend Ziffer VI.

VIII. Verstöße gegen das Bestellerprinzip als Ordnungswidrigkeit

Schuldhaftige Verstöße des Maklers gegen § 2 Abs. 1a WoVermittG werden nach § 8 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WoVermittG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 25.000.- EUR geahndet. Bereits das Verlangen einer Provision durch den Wohnungsmakler stellt einen Ordnungswidrigkeitenverstoß dar¹²².

IX. Unwirksame Abreden im Zusammenhang mit der Wohnungsübernahme

Nach § 4a Abs. 1 WoVermittG sind Abreden, wonach der Wohnungssuchende Räumungsentgelte für den Auszug des bisherigen Mieters zu zahlen hat, unwirksam. Entsprechendes gilt nach § 4a Abs. 2 WoVermittG für Vereinbarungen, nach denen der Mieter Einrichtungsgegenstände vom Vermieter oder Vormieter gegen ein Entgelt zu übernehmen hat, welches in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert der Gegenstände steht. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs führt ein Verstoß hiergegen nicht zur völligen Unwirksamkeit der Abrede, sondern nur insoweit, als für das Entgelt ein auffälliges Missverhältnis zum Wert der Einrichtung oder des Inventars festzustellen ist¹²³.

Diese Bestimmung wird an Bedeutung gewinnen¹²⁴, falls Vermieter im Zusammenhang mit dem Bestellerprinzip versuchen sollten, im Wege einer Mobiliarerwerbsabrede vom Vormieter gegen ein geringes Entgelt übernommene Gegenstände an den Wohnungssuchenden überteuert weiterzuveräußern, um auf diese Weise die Maklerprovision auf den Mieter abzuwälzen¹²⁵.

X. Rückforderung unzulässiger Zahlungen des Wohnungssuchenden

1. Allgemeine Grundsätze

¹²² Duchstein, NZM 2015, 417, 421; Beck-online-Großkommentar/Meier, § 652 Rn.102.2;

¹²³ BGH, Urt. v. 23.4.1997 – VIII ZR 212/96, BGHZ 135, 269, 275; a. A. zu Recht Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 4a Rn. 19; Teichmann, JZ 1998, 102, 103.

¹²⁴ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1564; vgl. auch BT-Drucks. 18/3121, S. 17, wonach § 4a Abs. 2 Satz 2 WoVermittG im Rahmen des Bestellerprinzips eine ergänzende Funktion zukommt.

¹²⁵ Vgl. hierzu Derleder, NZM 2014, 263, 266, der allerdings § 4a Abs. 2 WoVermittG unerwähnt lässt.

Hat der Maklerkunde entgegen den Verbotstatbeständen des Wohnungsvermittlungsgesetzes oder aufgrund unwirksamer Vereinbarungen eine Maklerprovision, einen Aufwendungsersatz oder eine den Höchstsatz von § 4 WoVermittG (EUR 25.-) übersteigende Vertragsstrafe entrichtet, dann können diese Beträge gemäß § 5 Abs. 1 WoVermittG nach den Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung vom Makler zurückgefordert werden.¹²⁶ Diese Regelung gilt auch für Provisionen, welche der Wohnungssuchende entgegen § 2 Abs. 1a WoVermittG an den Makler zahlt¹²⁷. § 5 Abs. 2 WoVermittG nimmt Bezug auf das in § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermittG verankerte Verbot der Übernahme fremder Provisionspflichten zu Lasten des Wohnungssuchenden und begründet auch insoweit einen Rückforderungsanspruch nach Bereicherungsrecht¹²⁸.

2. Bösgläubigkeit des Wohnungsmaklers

Da der gewerbliche Makler regelmäßig bösgläubig sein wird, vermag er sich auf die Einrede der Entreicherung nicht zu berufen (§ 819 BGB)¹²⁹. Gemäß § 5 Abs. 1 WoVermittG gilt § 817 S. 2 BGB nicht zu Lasten des Maklerkunden¹³⁰.

3. Kenntnis der Nichtschuld nach § 814 BGB

Macht der Wohnungssuchende einen Rückforderungsanspruch geltend, so wird mitunter geprüft, ob dem Rückzahlungsbegehren die Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 Fall 1 BGB) entgegensteht¹³¹. Nach herrschender Ansicht genügt es aber nicht, dass dem Maklerkunden die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt. Der Rückforderungsanspruch ist vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn der Kunde als Leistender aus diesen Tatsachen auch eine im

¹²⁶ BGH, Urt. v. 15.4.2010 – III ZR 153/09, NJW-RR 2010, 1385 Rn. 15; Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 5 Rn. 1; D. Fischer, Maklerrecht, (o. Fn. 9), S. 187.

¹²⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 37; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1564.

¹²⁸ BT-Drucks. 18/3121, S. 37; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1564.

¹²⁹ Baader/Gehle, WoVermittG (o. Fn. 34), § 5 Rn. 17; D. Fischer, Maklerrecht, (o. Fn. 9), S. 187; Ibold, Maklerrecht (o. Fn. 12), Rn. 185e; a. A. Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 5 Rn. 19, wonach positive Kenntnis des Maklers erforderlich ist, welche der Wohnungssuchende nachzuweisen hat.

¹³⁰ Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 5 Rn. 1 ff.

¹³¹ Vgl. LG Hamburg, ZMR 2014, 498, 499; hierzu D. Fischer, NJW 2014, 3281, 3286.

Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen hat¹³². Verwendet der Makler eine Provisions- und Kenntnisklausel, mit der die erforderlichen Rechtskenntnisse vermittelt werden¹³³, könnte bei isolierter Betrachtung die Konditionssperre des § 814 BGB greifen.

Dies ist aber nicht der Fall. Auch § 814 BGB schließt eine Rückforderung unzulässiger Provisionen oder sonstiger Beträge nicht aus, weil der Kondiktionsausschluss nach dieser Vorschrift den Anwendungsbereich des § 817 BGB nicht erfasst¹³⁴ und demzufolge auf Fallgestaltungen der vorliegenden Art nicht anwendbar ist¹³⁵. Eine Anwendung von § 814 BGB würde zudem gegen Sinn und Zweck von § 5 WoVermittG verstoßen, der durch den Ausschluss von § 817 Satz 2 BGB die Kondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1, § 817 Satz 1 BGB gerade eröffnen will. Dieses erklärte Ziel würde verfehlt, wenn der Leistungsempfänger dem Bereicherungsanspruch statt des Kondiktionsausschlusses nach § 817 Satz 2 BGB mit gleichem Ergebnis § 814 BGB entgegenhalten dürfte¹³⁶.

XI. Ausblick

Mit der Einführung des Bestellerprinzips soll das bisherige Marktgeschehen, wonach jedenfalls in Ballungszentren die Maklerprovision regelmäßig vom Wohnungssuchenden zu tragen war, korrigiert werden. Vom Vermieter veranlasste Maklertätigkeiten sollen von diesem bezahlt werden¹³⁷. Ob dies tatsächlich durch die dirigistischen Regelungen erreicht werden kann, erscheint zweifelhaft. Die Befürchtung der früheren Bundesregierung, die zusätzlichen Kosten der Vermieter könnten sich in höheren Mieten niederschlagen¹³⁸, ist realistisch¹³⁹; sie wird von nicht wenigen geteilt¹⁴⁰. Sicher

¹³² BGH, Urt. v. 23.10.1980 – IVa ZR 45/80, NJW 1981, 277, 278 im Falle einer nicht wirksam entstandenen Provisionsverpflichtung.

¹³³ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel im Rahmen des Verflechtungsverbots nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 WoVermittG, LG Hamburg, ZMR 2014, 498, 499.

¹³⁴ BGH, Urt. v. 14.12. 2000 – I ZR 213/98, NJW-RR 2001, 1044, 1046 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 9.2.1961 - VII ZR 183/59, WM 1961, 530, 531; BAG, Urt. v. 28.7.1982 - 5 AZR 46/81, NJW 1983, 783; Erman/H. P. Westermann, BGB, 14. Aufl., 2014, § 814 Rn. 1.

¹³⁵ Schulz, WoVermittG, (o. Fn. 6), § 5 Rn. 1; D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1564; Ibold, Maklerrecht (o. Fn. 12), Rn.185e.

¹³⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 14.12. 2000 – I ZR 213/98, NJW-RR 2001, 1044, 1046; D. Fischer, NJW 2015, 11560, 1564; Palandt/Sprau, (o. Fn. 9), § 652 Rn. 59.

¹³⁷ BT-Drucks. 18/3121, S. 19.

¹³⁸ BT-Drucks. 17/14361, S. 8; ebenso Hufen, NZM 2014, 663, 666; Bethge, ZMR 2014, 931.

¹³⁹ D. Fischer, NJW 2015, 1560, 1564.

¹⁴⁰ Duchstein, NZM 2015, 417, 422; Beck-online-Großkommentar/Meier, § 652 Rn. 102.3.

ist jedenfalls, dass das Wohnungsvermittlungsrecht auch in Zukunft die Rechtsprechung beschäftigen wird. Hinsichtlich der vom Gesetzgeber als Ausnahmeregelungen konzipierten Tatbestände unwirksamer Provisionsvereinbarungen im Wohnungsvermittlungsgesetz war für die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung kennzeichnend, dass diese nicht allzu extensiv ausgelegt werden dürfen¹⁴¹. Daran ist festzuhalten.

Die Novellierung des Bestellerprinzips beruht auf einer unveränderten Übernahme des Regierungsentwurfs durch den Bundestag. Obwohl der Rechtsausschuss des Bundestags eine eingehende Sachverständigenanhörung vorgenommen hatte, welche die vom Bundesrat aufgezeigten Defizite des Regierungsentwurfs bestätigte¹⁴², versäumte er es, entsprechende Klarstellungen in die Novelle aufzunehmen.

Es bleibt nach wie vor abzuwarten, ob die gegen das Bestellerprinzip eingelegten Verfassungsbeschwerden von verschiedenen Immobilienmaklern¹⁴³ zu Modifizierungen führen werden. In diesen Verfahren wird insbesondere zu prüfen sein, ob die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung des Bestellerprinzips mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist¹⁴⁴.

¹⁴¹ BGH, Urt. v. 13.3. 2003 – III ZR 299/02, NJW 2003, 1393, 1394; v. 2.10. 2003 – III ZR 5/03, NJW 2004, 286, 287; v. 9.3. 2006 – III ZR 151/05, WM 2006, 1439 Rn. 9 = NJW-RR 2006, 728.

¹⁴² Vgl. Protokoll der 34. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 3.12. 2014, S. 44 ff.

¹⁴³ Vgl. hierzu das abschlägig entschiedene Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, BVerfG, Beschl. v. 13.5. 2015 – 1 BvQ 9/15, NJW 2015, 1815.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 13.5. 2015 – 1 BvQ 9/15, NJW 2015, 1815.