

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge

A. Zielsetzung

Finanzierte Rechtsgeschäfte

Neben dem im Abzahlungsgesetz geregelten Prototyp des Abzahlungsgeschäftes, bei dem der Verkäufer selbst dem Käufer den Kaufpreis kreditiert, haben sich im Laufe der Zeit Formen der Finanzierung entwickelt, bei denen die Kreditgewährung vom Kaufgeschäft getrennt und von einem Dritten übernommen wird. Bei der Verabschiedung des Zweiten Änderungsgesetzes zum Abzahlungsgesetz hat der Deutsche Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, über den finanzierten Abzahlungskauf einen Gesetzentwurf zu erarbeiten. Dieser EntschlieÙung will die hier vorgeschlagene Regelung des sog. Einwendungsdurchgriffs (Artikel 1 Nr. 1) entsprechen.

Maklerverträge

Das im Bürgerlichen Gesetzbuch äußerst knapp geregelte allgemeine Maklervertragsrecht ist seit Schaffung des BGB unverändert geblieben. Hieraus hat sich ein Überhandnehmen von AGB und Formularverträgen und in deren Gefolge eine kasuistische Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung ergeben. Durch die sondergesetzliche Teilregelung der Wohnungsvermittlung im Wohnungsvermittlungsgesetz vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745, 1747) wurde die Rechtszersplitterung noch vergrößert. Mißstände im Bereich der Darlehensvermittlung haben den Bundesrat bei den Beratungen des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität veranlaßt, die Bundesregierung aufzufordern, die Schaffung besonderer Schutzvorschriften zugunsten der Kunden von Darlehensvermittlern zu prüfen. Auf dem Gebiet der Ehevermittlung wird seit langem und mit guten

Gründen die Beseitigung der in § 656 BGB verankerten Unklagbarkeit des Ehemäklerlohnes gefordert. Mit einer bloßen Aufhebung dieser Vorschrift würde indessen den schutzwürdigen Belangen der Auftraggeber von Ehevermittlern und -anbahnern nicht Rechnung getragen.

Entsprechend den aufgezeigten Mängeln des geltenden Rechts sieht der Entwurf eine Überarbeitung des gesamten Maklervertragsrechtes vor (Artikel 1 Nr. 2).

B. Lösung

Finanzierte Rechtsgeschäfte

Der Entwurf regelt unter Anlehnung an die Ergebnisse der Rechtsprechung die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Käufer bei einem drittfinanzierten Kauf Einwendungen und Forderungen aus dem Kaufvertrag auch gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen kann. Die vorgeschlagene Regelung wird über den Bereich des Kaufes hinaus auf alle drittfinanzierten Rechtsgeschäfte erstreckt und in die Vorschriften des BGB über das Darlehen eingefügt.

Maklerverträge

Der Entwurf sieht eine in vier Unterabschnitte gegliederte Neufassung und Erweiterung der BGB-Vorschriften über den Maklervertrag (§§ 652 ff.) vor. Schwerpunkte der allgemeinen Vorschriften sind die zwingende Festlegung des Prinzips des Erfolgshonorars, eine Neuregelung des Alleinauftrags sowie Vorschriften über den Ausschluß eines Maklerhonorars in den Fällen wirtschaftlicher Verflechtung zwischen dem Makler und der anderen Vertragspartei. Die bisher im Wohnungsvermittlungsgesetz enthaltenen zivilrechtlichen Vorschriften werden unter Aufhebung der sondergesetzlichen Regelung in die neue BGB-Regelung integriert. Ein weiterer Unterabschnitt enthält besondere Vorschriften über die Darlehensvermittlung, die u. a. auf eine umfassende Information des Kunden, dessen Schutz vor vorzeitiger Fälligestellung des Vermittlungsentgeltes und den Ausschluß ungerechtfertigter Nebenentgelte abzielen. Die im bisherigen Recht verankerte Unklagbarkeit des Ehemäklerlohnes wird beseitigt. Ergänzend werden in einem vierten Unterabschnitt besondere Vorschriften über die Ehevermittlung und -anbahnung vorgeschlagen, die dem Kunden ein unabdingbares Kündigungsrecht einräumen, Vorschüsse auf die Vergütung der Eheanbahnungsinstitute begrenzen und den Kunden im Falle vorzeitiger Kündigung vor finanzieller Benachteiligung schützen.

C. Alternativen

keine

D. Kosten

keine

Bundesrepublik Deutschland
der Bundeskanzler
14 (13) — 400 00 — Ma 10/79

Bonn, den 27. September 1979

An den Herrn
Präsidenten des Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge mit der Begründung (Anlage 1) und Vorblatt. Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist der Bundesminister der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 474. Sitzung am 22. Juni 1979 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus der Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Schmidt

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge

Der Bundestag hat folgendes Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch . . . , wird wie folgt geändert:

1. Hinter § 607 BGB wird folgender § 607 a eingefügt:

„§ 607 a

(1) Dient ein Darlehen dem Kauf eines Gegenstandes, so kann der Darlehensnehmer Einwendungen oder Ansprüche aus dem Kaufvertrag, soweit sie ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung oder Rückforderung seiner Leistung berechtigen würden, auch gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen, wenn nach den Umständen die Verträge über den Kauf des Gegenstandes und das Darlehen als Teile eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs anzusehen sind. Dies gilt nicht für Einwendungen oder Ansprüche, die auf einer zwischen dem Verkäufer und Käufer nach Abschluß des Darlehensvertrages getroffenen Vereinbarung beruhen. Der Anspruch auf Rückforderung kann nur bis zur Höhe der auf das Darlehen bereits zurückerstatteten Tilgungsbeträge geltend gemacht werden.

(2) Ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang ist insbesondere anzunehmen, wenn das Darlehen dem Käufer auf Grund eines Zusammenwirkens zwischen dem Darlehensgeber und dem Verkäufer im Einzelfall oder auf Grund dauernder Geschäftsverbindung zwischen diesen zum Zwecke der Kaufpreiszahlung gewährt wird.

(3) Auf ein Darlehen, das durch eine Hypothek oder eine Grundschuld gesichert ist oder gesichert werden soll, finden die Absätze 1 und 2 keine Anwendung.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Darlehen, die zum Zwecke der Erlangung einer anderen Leistung als des Kaufes eines Gegenstandes gewährt werden.

(5) Eine zum Nachteil des Darlehensnehmers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

2. Das Zweite Buch, Siebenter Abschnitt, Achter Titel, erhält folgende Fassung:

„ACHTER TITEL**Maklervertrag****I. Allgemeine Vorschriften****§ 652**

(1) Wer für die Vermittlung eines Vertrages oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages eine Vergütung verspricht, ist zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet, wenn der Vertrag mit dem Dritten infolge der Vermittlung oder des Nachweises zustande kommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann die Vergütung erst erlangt werden, wenn die Bedingung eintritt. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Von den Vorschriften der Sätze 1 und 2 kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgewichen werden.

(2) Für besondere Dienste oder andere Leistungen des Maklers, die nicht in einer Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit bestehen, kann eine Vergütung unabhängig davon vereinbart werden, ob ein Vertrag mit dem Dritten zustande kommt.

(3) Der Makler darf einen Vorschuß auf die Vergütung nach Absatz 1 nicht vereinbaren oder annehmen.

(4) Auslagen sind dem Makler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist; dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag mit dem Dritten nicht zustande kommt. Eine Vereinbarung, nach der zur Ausführung des Maklervertrages nicht erforderliche oder nicht nachgewiesene Auslagen zu ersetzen sind, ist unwirksam.

§ 653

(1) Hat der Auftraggeber während einer bestimmten Zeit die Inanspruchnahme eines anderen Maklers zu unterlassen (Alleinauftrag), so ist der Makler verpflichtet, während dieser Zeit auf die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages hinzuwirken. Handelt der Auftraggeber der in Satz 1 bezeichneten Verpflichtung zuwider, so kann der Makler, wenn durch die Inanspruchnahme eines anderen Maklers ein Vertrag mit dem Dritten zustande kommt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Im Vertrag kann unabhängig vom Nachweis eines Schadens eine Entschädi-

gung bis zur Höhe von fünfzig vom Hundert der vom Auftraggeber im Falle der erfolgreichen Vermittlung oder des erfolgreichen Nachweises geschuldeten Vergütung vereinbart werden.

(2) Der Auftraggeber bleibt berechtigt, den Vertrag mit dem Dritten ohne Inanspruchnahme eines Maklers abzuschließen. Jedoch kann vereinbart werden, daß der Auftraggeber die Vergütung auch dann zu leisten hat, wenn er den Vertrag ohne Inanspruchnahme eines Maklers abschließt, ohne nachzuweisen, daß die Tätigkeit des alleinbeauftragten Maklers hierfür nicht ursächlich gewesen ist.

(3) Eine zum Nachteil des Auftraggebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

(4) Die Vereinbarung eines Alleinauftrages nach den Absätzen 1 oder 2 bedarf der schriftlichen Form.

§ 653 a

(1) Der Maklervertrag kann jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, wenn keine bestimmte Dauer vereinbart ist.

(2) Ein Alleinauftrag kann nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Nach Ablauf von sechs Monaten kann er jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, sofern das Kündigungsrecht nicht wegen der Art oder des Gegenstandes des zu vermittelnden oder nachzuweisenden Vertrages durch Vereinbarung für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen ist.

§ 653 b

(1) Der Anspruch des Maklers auf Vergütung oder den Ersatz von Auslagen ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag mit dem Dritten einen dem Makler gehörenden Gegenstand betrifft. Dasselbe gilt, wenn wegen besonderer Umstände die Gefahr begründet ist, daß der Makler in seiner Fähigkeit zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers beeinträchtigt wird; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn

1. der Makler eine juristische Person oder eine Gesellschaft ist, an der der Dritte rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist;
2. der Dritte eine juristische Person oder eine Gesellschaft ist, an der der Makler rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist;
3. der Makler zu dem Dritten in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis steht;
4. der Makler Ehegatte des Dritten ist.

Abweichend von Satz 2 behält der Makler den Anspruch auf Vergütung oder den Ersatz von Auslagen, wenn er den Auftraggeber vor Abschluß des Vertrages mit dem Dritten schriftlich auf die besonderen Umstände hinweist, die die Gefahr der Beeinträchtigung begründen.

(2) Die Vorschriften des Absatzes 1 gelten auch dann, wenn ein anderer auf Rechnung des Maklers tätig gewesen ist oder den Vertrag auf Rechnung des Dritten abgeschlossen hat.

(3) Der Makler verliert den Anspruch auf Vergütung oder den Ersatz von Auslagen, wenn er dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den Dritten tätig gewesen ist.

(4) Vereinbarungen, die von den Vorschriften der Absätze 1 bis 3 abweichen, sind unwirksam.

II. Wohnungsvermittlung

§ 654

(1) Für einen Vertrag, durch den es jemand übernimmt, den Abschluß eines Mietvertrages über Wohnraum zu vermitteln oder die Gelegenheit zum Abschluß eines Mietvertrages über Wohnraum nachzuweisen (Wohnungsvermittler), gelten die Vorschriften der §§ 652 bis 653 b, soweit sich aus den §§ 654 a bis 654 c nichts anderes ergibt.

(2) Die §§ 654 a bis 654 c gelten nicht für Verträge über die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Mietvertrages über Wohnraum im Fremdenverkehr.

§ 654 a

(1) Ein Anspruch auf Vergütung steht dem Wohnungsvermittler auch dann nicht zu, wenn

1. durch einen Mietvertrag ein Mietverhältnis über denselben Wohnraum lediglich verlängert oder in sonstiger Weise umgestaltet wird;
2. ein Mietvertrag über Wohnraum geschlossen wird, der der Verwaltung des Wohnungsvermittlers unterliegt.

(2) Ein Anspruch auf Vergütung steht dem Wohnungsvermittler gegenüber dem Wohnungssuchenden nicht zu, wenn ein Mietvertrag über Wohnraum geschlossen wird, der auf Grund der Förderung durch Mittel aus öffentlichen Haushalten preisgebunden ist.

(3) Für Dienste oder andere Leistungen, die der Wohnungsvermittler im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Mietvertrages erbringt, darf außer der Vergütung nach § 652 Abs. 1 ein Entgelt nicht vereinbart werden.

(4) Auslagen sind nur zu ersetzen,

1. wenn ein Mietvertrag nicht zustande kommt, oder
2. soweit die Auslagen eine Monatsmiete übersteigen.

Vorschüsse hierauf dürfen nicht vereinbart oder angenommen werden.

(5) Eine zum Nachteil des Auftraggebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

§ 654 b

Eine zugunsten des Wohnungsvermittlers vereinbarte Vertragsstrafe darf einhundert Deutsche Mark nicht übersteigen.

§ 654 c

(1) Eine Vereinbarung, durch die sich der Auftraggeber im Zusammenhang mit der Wohnungsvermittlung verpflichtet, gegen Entgelt einen Gegenstand zu erwerben oder eine sonstige Leistung in Anspruch zu nehmen, ist unwirksam. Die Wirksamkeit des Vermittlungsvertrages bleibt unberührt.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Verpflichtung die Übernahme von Einrichtungs- oder Ausstattungsgegenständen des bisherigen Inhabers des Wohnraums zum Gegenstand hat.

III. Darlehensvermittlung

§ 655

Für einen Vertrag, durch den es jemand übernimmt, einem anderen ein Darlehen zu vermitteln oder ihm die Gelegenheit zum Abschluß eines Darlehensvertrages nachzuweisen (Darlehensvermittler), gelten die Vorschriften der §§ 652 bis 653 b, soweit sich aus den §§ 655 a bis 655 c nichts anderes ergibt.

§ 655 a

(1) Der Vertrag bedarf der schriftlichen Form. In der Vertragsurkunde ist die Vergütung des Darlehensvermittlers in einem Vomhundertsatz des Darlehens anzugeben. Anzugeben sind ferner Höhe, Laufzeit, Zins- und Tilgungsleistungen unter Bezeichnung des Zahlungszeitraums, Auszahlungskurs, Dauer der Zinsbindung und Nebenkosten des Darlehens sowie dessen effektiver Jahreszins (§ 1 Abs. 4 der Verordnung über Preisangaben vom 10. Mai 1973 — BGBl. I S. 461), der vom Auftraggeber zu entrichtende Gesamtbetrag, Name, Vorname und Anschrift des Darlehensgebers. Satz 3 gilt nicht, wenn der Auftrag auf die Vermittlung oder den Nachweis eines Vertrages über ein dinglich gesichertes Darlehen, ein Darlehen zur Zwischenfinanzierung eines Grundstücksgeschäftes oder ein Darlehen gerichtet ist, das dem Auftraggeber zur Verwendung bei seiner selbständigen beruflichen oder gewerblichen oder bei seiner behördlichen oder dienstlichen Tätigkeit gewährt werden soll.

(2) Die Vertragsurkunde darf nicht mit dem Antrag auf Hingabe des Darlehens verbunden werden. Der Darlehensvermittler hat dem Auftraggeber eine Abschrift der Urkunde auszuhändigen.

§ 655 b

(1) Der Auftraggeber ist zur Zahlung der Vergütung nur verpflichtet, wenn infolge der Vermittlung oder des Nachweises des Darlehensvermittlers

1. das Darlehen an den Auftraggeber geleistet wird oder
2. in den Fällen des § 655 a Abs. 1 Satz 4 ein Vertrag mit dem Darlehensgeber zustande kommt, durch den ein Anspruch des Auftraggebers auf Auszahlung des Darlehens begründet wird, der an keine weiteren Voraussetzungen als die Erbringung der zwischen dem Auftraggeber und dem Darlehensgeber vereinbarten Sicherheiten und Nachweise gebunden ist.

(2) Für Dienste oder andere Leistungen, die der Darlehensvermittler im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Darlehensvertrages erbringt, darf außer der Vergütung nach Absatz 1 ein Entgelt nicht vereinbart werden. Für den Ersatz von Auslagen gilt § 652 Abs. 4 mit der Maßgabe, daß Vorschüsse nicht vereinbart oder angenommen werden dürfen.

(3) Eine zum Nachteil des Auftraggebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

§ 655 c

Eine zugunsten des Darlehensvermittlers vereinbarte Vertragsstrafe darf zehn vom Hundert der Vergütung nicht übersteigen.

IV. Ehevermittlung und Eheanbahnung

§ 656

(1) Wer für die Vermittlung einer Ehe oder den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe eine Vergütung verspricht, ist zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet, wenn die Ehe infolge der Vermittlung oder des Nachweises zustande kommt. Der Vertrag bedarf der schriftlichen Form.

(2) Für Dienste oder andere Leistungen, die der Ehevermittler im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe erbringt, darf außer der Vergütung nach Absatz 1 ein Entgelt nicht vereinbart werden.

(3) § 652 Absätze 3 und 4 gelten entsprechend.

(4) Der Vertrag kann jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.

(5) Von den Vorschriften der Absätze 1 bis 4 kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgewichen werden.

§ 656 a

(1) Verpflichtet sich jemand, zur Anbahnung einer Ehe wiederkehrende Dienste zu leisten oder sonstige wiederkehrende Leistungen zu erbringen, so kann eine Vergütung unabhängig davon vereinbart werden, ob eine Ehe zustande kommt.

(2) Die Vergütung ist in gleich hohen Teilleistungen jeweils für einen Zeitabschnitt von einem Monat zu entrichten, sie darf im voraus höchstens für drei Monate verlangt werden.

(3) Wird eine Vergütung sowohl nach Absatz 1 als auch für den Fall des Zustandekommens einer Ehe vereinbart, so kann nur eine dieser Vergütungen verlangt werden, wenn eine Ehe zustande kommt. Bereits entrichtete Teilleistungen sind anzurechnen.

§ 656 b

Für Dienste oder andere Leistungen, die der zur Dienstleistung Verpflichtete im Zusammenhang mit der Ausführung des Vertrages erbringt, darf außer der Vergütung nach § 656 a ein Entgelt nicht vereinbart werden. Für den Ersatz von Auslagen gilt § 652 Abs. 4 mit der Maßgabe, daß Vorschüsse nicht vereinbart oder angenommen werden dürfen.

§ 656 c

(1) Der Eheanbahnungsvertrag bedarf der schriftlichen Form. In der Vertragsurkunde sind die Dauer des Vertrages sowie Betrag, Zahl und Fälligkeit der Teilleistungen anzugeben.

(2) Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat dem Auftraggeber eine Abschrift der Urkunde auszuhändigen. Die Urkunde hat eine deutlich hervorgehobene Belehrung über das Recht des Auftraggebers zur Kündigung (§ 656 d) zu enthalten.

§ 656 d

Der Eheanbahnungsvertrag kann am fünfzehnten eines Monats für den Schluß des Kalendermonats gekündigt werden. Für den Fall, daß der Auftraggeber für den Schluß des ersten oder zweiten Kalendermonats nach Vertragsabschluß kündigt, kann eine Vergütung bis zur Höhe von

drei Teilleistungen vereinbart werden. § 628 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 656 e

Von den Vorschriften der §§ 656 a bis 656 d kann nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgewichen werden."

Artikel 2

Das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ... , wird wie folgt geändert:

1. In § 93 wird folgender neuer Absatz 3 eingefügt:

„(3) Auf den Maklerlohn des Handelsmaklers findet § 653 b Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung; § 653 b Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt nicht, wenn das Geschäft mit dem Dritten zum Börsen- oder Marktpreis oder zu einem für den Auftraggeber günstigeren Preis ausgeführt wird.“

2. Nach § 348 wird folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 348 a

(1) Auf ein Darlehen, das ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann empfangen hat, sind die Vorschriften des § 607 a des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht anzuwenden.

(2) Auf einen Maklervertrag finden die Vorschriften der §§ 652 Abs. 1 Satz 4, Abs. 3 und Abs. 4 Satz 2, 653 Abs. 3, 655 a bis 655 c des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung, wenn der Maklervertrag auf der Seite des Auftraggebers ein Handelsgeschäft ist.“

Artikel 3

Die §§ 1 bis 5 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745, 1747) werden aufgehoben.

Artikel 4

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes auch im Land Berlin.

Artikel 5

Dieses Gesetz tritt am ... in Kraft.

Begründung**A. Allgemeiner Teil**

1. Der vorliegende Gesetzentwurf sieht Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse vor. Zum einen werden Regelungen über den sog. Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Rechtsgeschäften geschaffen (Artikel 1 Nr. 1), zum anderen die Bestimmungen über den Maklervertrag allgemein und die Darlehens-, Wohnungs- und Ehevermittlung speziell neu geordnet (Artikel 1 Nr. 2). Die beiden Regelungskomplexe betreffen den 7. Abschnitt des Zweiten Buches des BGB und stehen darüber hinaus auch in einem gewissen sachlichen Zusammenhang. Verträge über die Finanzierung von Rechtsgeschäften sind nicht selten Gegenstand der Darlehensvermittlung. Ferner dürften Ehemakler- und Eheanbahnungsverträge, denen der Gesetzentwurf einen besonderen Unterabschnitt widmet, neben Abzahlungskäufen eine wichtige Gruppe drittfinanzierter Rechtsgeschäfte darstellen.
2. Bei der Verabschiedung des Zweiten Änderungsgesetzes zum Abzahlungsgesetz hat der Deutsche Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, über den finanzierten Abzahlungskauf einen Gesetzentwurf zu erarbeiten (Niederschrift über die 70. Sitzung vom 12. Dezember 1973, Seite 4286, 4291). Dieser Entschließung will die hier vorgeschlagene Regelung (Artikel 1 Nr. 1) entsprechen. Der Leitgedanke, daß Einwendungen des Käufers aus dem Kaufvertrag unter bestimmten Voraussetzungen auch gegenüber dem Darlehensgeber durchgreifen, wenn ein finanziert Abzahlungskauf in einen Kauf und einen Darlehensvertrag aufgespalten wird, soll darüber hinaus auf andere finanzierte Geschäfte erstreckt werden.
3. Ausgangspunkt für die Arbeiten zur Neuordnung des Maklervertrages (Artikel 1 Nr. 2) war eine bei den Beratungen des Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ausgesprochene Aufforderung des Bundesrates an die Bundesregierung, die Schaffung besonderer Schutzvorschriften zugunsten der Kunden von Darlehensvermittlern zu prüfen (BT-Drucksache 7/3441, Stellungnahme Nr. 16). Der Gesetzentwurf beschränkt sich aber nicht auf die Einführung besonderer Schutzvorschriften zugunsten der Auftraggeber von Darlehensvermittlern, sondern verfolgt das Ziel, das allgemeine Maklervertragsrecht an die seit Inkrafttreten des BGB eingetretene Rechtsentwicklung anzupassen. Außerdem werden die zivilrechtlichen Vorschriften des Wohnungsvermittlungsgesetzes in das BGB integriert sowie besondere Vorschriften über die Ehevermittlung und Eheanbahnung aufgestellt, um einen gesetzlichen

Schutz der Auftraggeber zu gewährleisten und die seit vielen Jahren bestehenden Mißstände in diesem Bereich zu beseitigen.

Weitere allgemeine Ausführungen über die vorgeschlagenen Regelungen für drittfinanzierte Rechtsgeschäfte sowie Maklerverträge sind in den Vorbemerkungen zu den Einzelbegründungen enthalten.

B. Zu den einzelnen Vorschriften**Zu Artikel 1 Nr. 1** (Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Rechtsgeschäften)*Vorbemerkungen*

1. Das Abzahlungsgesetz geht von dem Prototyp des Abzahlungsgeschäftes aus, bei dem der Verkäufer selbst dem Käufer den Kaufpreis im Rahmen der Vertragsabreden kreditiert. Daneben hat sich im Laufe der Zeit eine Reihe von Formen entwickelt, in denen die Kreditgewährung vom Kaufvertrag getrennt und von einem Dritten übernommen wird. Beispielhaft hierfür ist insbesondere das sogenannte B-Geschäft, bei dem ein Kreditgeber den Kaufpreis in Gestalt eines Darlehens, das der Käufer an den Kreditgeber in Raten zurückzahlen muß, kreditiert und den Betrag an den Verkäufer auszahlt. Bei allen Unterschieden in der Gestaltung lassen sich diese Formen auf einen gemeinsamen Kern zurückführen, nämlich entsprechend der Zielsetzung des Abzahlungsgesetzes dem Käufer die sofortige Nutzung einer Sache zu verschaffen, während die Gegenleistung über einen vereinbarten Zeitraum in Teilbeträgen zu erbringen ist.

Kommt es bei der Abwicklung eines so gestalteten Geschäfts zu Störungen im Verhältnis zwischen Käufer/Verkäufer einerseits oder Käufer/Darlehensgeber andererseits, so stellt sich mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Frage, ob und inwieweit Rechte, die dem Käufer gegenüber einem seiner Vertragspartner zustehen, auch dem anderen Vertragspartner entgegengehalten werden können. In Ablehnung der vereinzelt vertretenen Einheits-theorie sucht die ganz überwiegend vertretene Trennungstheorie, wonach Kauf und Darlehen grundsätzlich als zwei getrennte Rechtsgeschäfte anzusehen sind, dieses Problem auf folgende Weise zu lösen:

- a) Die besonderen Rechte nach dem Abzahlungsgesetz werden von der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung von § 6 AbzG unter Berufung auf den Schutzzweck des Ab-

zahlungsgesetzes im allgemeinen auch dann gewährt, wenn die Kreditierung durch einen Dritten erfolgte, da der Käufer durch die Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs in selbständige Rechtsgeschäfte nicht schlechter gestellt werden soll, als er ohne eine solche Aufspaltung stehen würde (BGHZ 47, 253, 254). Der praktisch bedeutsamste Fall dürfte dabei die Rückabwicklung eines Geschäfts sein, in dem der Käufer seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt und ihm daraufhin die Sache wieder entzogen wird. Geschieht dies seitens eines Dritten, dem die Sache wegen des Darlehens zur Sicherheit übereignet worden ist, so ist der Käufer nur entsprechend den für das Abwicklungsverhältnis bei Rücknahme der Sache getroffenen Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes zur Zahlung verpflichtet (BGHZ 47, 241, 242). Nimmt der Verkäufer die Sache wieder an sich, so kann sich die Rücknahme ebenfalls auf das Darlehensverhältnis zwischen Käufer und Darlehensgeber insoweit auswirken, als dessen Ansprüche über dasjenige hinausgehen, was der Käufer dem Verkäufer aufgrund des Abwicklungsverhältnisses schuldet (BGH MDR 76, 652). Die Frage, ob auch die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 1 b AbzG Auswirkungen auf die Darlehensvereinbarung hat — eine Rechtsfolge, die durch § 1 c AbzG i. d. F. des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 12. Dezember 1973 (s. unter Nummer 2) ausdrücklich klargestellt werden sollte — dürfte zu bejahen sein (Palandt-Putzo, BGB, 38. Aufl. 1979, Anm. 3 a zu § 6 AbzG).

- b) Weniger übersichtlich ist die Lage bei den Einwendungen, die sich nicht aus dem Abzahlungsgesetz ergeben. In Betracht kommen hierbei insbesondere die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Einwendungen wie Nichtigkeit, Anfechtung, Ansprüche wegen Leistungsstörungen, Gewährleistungsansprüche. Während bei einem Abzahlungsgeschäft, bei dem Verkäufer und Darlehensgeber identisch sind, der Käufer derartige Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber seines Vertragspartner auch mit Wirkung für den Darlehensanspruch geltend machen kann, eröffnet sich diese Möglichkeit im Verhältnis zu einem vom Verkäufer verschiedenen Darlehensgeber nicht ohne weiteres. Der unter a) dargestellte Weg versagt hier, da es sich gerade nicht um Rechte aus dem Abzahlungsgesetz handelt, die in entsprechender Anwendung von § 6 AbzG auf das Verhältnis Käufer/Darlehensgeber erstreckt werden könnten.

Die Lösungsversuche zum Problem des „Einwendungsdurchgriffs“ gehen auch hier von der grundsätzlichen Trennung zwischen Kauf- und Darlehensvertrag aus, lassen aber das Bestreben erkennen, bei Drittfinanzierungen den Abzahlungskäufer nicht schlechter zu stellen als den Käufer, dem der Ver-

käufer selbst den Kredit gewährt. Die Rechtsprechung stützt die Entscheidungen zum Teil auf § 242 BGB (BGHZ 47, 233: Recht zur Verweigerung der Darlehensrückzahlung, wenn die Ware nicht geliefert und der Kaufvertrag wirksam angefochten ist; BGHZ 37, 94: Verweigerung der Darlehensrückzahlung bei Mängeln der Kaufsache). Zum Teil wird aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ein zur Verweigerung der Rückzahlung berechtigender Anspruch hergeleitet, wenn der Kreditgeber den Käufer nicht hinreichend über die Konsequenzen aus der Aufspaltung der Verträge hingewiesen hat (BGHZ 47, 207 und 217). Diese Verpflichtung kann aber anhand der Anforderungen der Rechtsprechung an Art und Umfang der Belehrung erfüllt werden mit der Folge, daß der Käufer insoweit ohne Schutz bliebe.

2. Eine gesetzliche Regelung eines Teilbereichs dieser Problematik war in der vom Deutschen Bundestag am 12. Dezember 1973 (Niederschrift über die 70. Sitzung, Seite 4286, 4291) verabschiedeten Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vorgesehen worden. Der Deutsche Bundestag hatte entsprechend dem Votum seines Rechtsausschusses (BT-Drucksache 7/1398) folgenden § 1 c AbzG beschlossen:

„Dient ein Kreditvertrag mit Wissen des Darlehensgebers und des Verkäufers der Abwicklung eines bestimmten Kaufvertrags, so sind der Kreditvertrag und der Kaufvertrag für die Anwendung dieses Gesetzes wie ein einheitlicher Vertrag zu behandeln.“

Nach dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages sollte diese Vorschrift weder abschließend regeln, auf welche Fälle des finanzierten Abzahlungskaufs die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes anzuwenden sind, noch generell die Auswirkung der in § 6 AbzG vorgesehenen entsprechenden Anwendung der Vorschriften des Abzahlungsgesetzes präjudizieren. Es sollte damit auch nicht der Frage vorgegriffen werden, inwieweit der Verkäufer dem Kreditgeber gegenüber Einwendungen aus dem Kaufvertrag entgegenhalten kann, die sich nicht aus dem Abzahlungsgesetz ergeben. Die Vorschrift sollte vielmehr lediglich klarstellen, daß jedenfalls immer dann, wenn mit Wissen des Darlehensgebers und mit Wissen des Verkäufers ein Kredit der Abwicklung eines bestimmten Kaufvertrags dienen sollte, das durch § 1 b AbzG eingeführte Widerrufsrecht dem Käufer in derselben Weise zustehen und ihm eine Rückgängigmachung der von ihm abgegebenen Willenserklärungen ermöglichen sollte, wie wenn es sich um den Abschluß eines Abzahlungsgeschäftes im engen Sinne des Wortes handeln würde.

Der Bundesrat hatte wegen der Vorschrift den Vermittlungsausschuß angerufen. Zur Begründung wurde ausgeführt: Die Vorschrift wolle

das Widerrufsrecht in den genannten Fällen auf den Kreditvertrag erstrecken. Ihre Tragweite im übrigen sei jedoch zweifelhaft. Es bestehe die Gefahr, daß die Rechtsprechung die Vorschrift als eine abschließende Regelung der Anwendung des Abzahlungsgesetzes und der Möglichkeit des Einwendungsdurchgriffs beim finanzierten Abzahlungskauf ansehe. Dann würde die Anwendung der Vorschrift wegen der zu eng gefaßten Voraussetzungen auf einen Teil der Fälle des finanzierten Abzahlungskaufes, in dem die Rechtsprechung gegenwärtig das Abzahlungsgesetz anwende und einen Einwendungsdurchgriff zulasse, für die Zukunft ausgeschlossen. Der Inhalt der vorgeschlagenen Vorschrift sei nach der Rechtsprechung schon jetzt praktisch geltendes Recht. Der Bundestag hat sich dieser Auffassung angeschlossen und das Gesetz ohne den vorgesehenen § 1 c verabschiedet.

3. Der Entwurf zielt vor allem darauf ab, die in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilte Frage nach Zulässigkeit und Umfang des Einwendungsdurchgriffs gesetzlich neu zu regeln. Rechtspolitische Leitlinie ist dabei die auch in der bisherigen Diskussion überwiegend vertretene Erwägung, daß bei einer Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs in ein Waren- oder Leistungsaustauschgeschäft und einen Darlehensvertrag der Erwerber nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn ihm nur ein Vertragspartner gegenüberstünde.

Die Regelung soll ihren Standort innerhalb der Darlehensvorschriften des BGB erhalten. Eine etwaige Regelung innerhalb des Abzahlungsgesetzes erscheint in verschiedener Hinsicht wenig geeignet. Wie unter Nummer 1 b ausgeführt, ist zwischen Einwendungen nach dem Abzahlungsgesetz und solchen nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu unterscheiden. Eine ausdrückliche Klarstellung des Einwendungsdurchgriffs bei Einwendungen aus dem Abzahlungsgesetz erscheint angesichts der Auslegung zu § 6 AbzG einerseits entbehrlich, andererseits aber auch unvollständig, solange keine Aussagen zu den Einwendungen nach allgemeinem bürgerlichen Recht gemacht werden. Letztgenannte könnten aber kaum im Abzahlungsgesetz geregelt werden, ohne den Charakter dieses Gesetzes erheblich zu verändern. Hinzu kommt, daß — abgesehen von § 1 b Abs. 4 AbzG — das Abzahlungsgesetz auf den Kauf von Sachen abstellt. Da die Einwendungsproblematik sich aber in ähnlicher Weise auch bei Geschäften über sonstige Leistungen stellt, müßte auch insoweit der bisherige Rahmen des Abzahlungsgesetzes überschritten werden.

Eine Regelung innerhalb der Darlehensbestimmungen vermag auch den Ansatzpunkt für den besonderen Schutz bei finanzierten Geschäften deutlicher hervortreten zu lassen. Wie das Beispiel des Abzahlungskaufes zeigt, sind die besonderen Schutzvorschriften für den aus Kauf und Kredit zusammengesetzten Vertrag nicht

am Gesichtspunkt des Kaufes orientiert, für den ja als Barkauf keine Sonderregelung gelten würde, sondern am Kreditmoment. Maßgeblich ist die Erwägung, daß der Käufer durch die Möglichkeit, eine meist höherwertige Ware ohne sofortige Bezahlung erwerben und nutzen zu können, einer starken Verlockung ausgesetzt ist, die eine zutreffende Beurteilung der mit der längerfristigen Zahlungsverpflichtung verbundenen Belastung erschwert. Die Schutzvorschriften aufgrund der besonderen Risikolage, die sich aus der Eigenart des Kredits ergibt, sollen daher auch im Zusammenhang mit den Vorschriften des BGB über das Darlehen getroffen werden.

4. Die Zulassung des Einwendungsdurchgriffs beim finanzierten Geschäft verleiht dem Käufer eine verhältnismäßig günstige Stellung im Vergleich zu einem Barkäufer, der sich die erforderlichen Mittel über einen echten Personalkredit beschafft und wegen Fehlens der wirtschaftlichen Einheit zwischen Verkäufer und Kreditgeber die Ratenzahlung nicht unter Hinweis auf Leistungsstörungen beim Kauf verweigern könnte; entsprechendes gilt für finanzierte Verträge über sonstige Leistungen. Ob hiervon Auswirkungen auf die Entschließung zu erwarten sind, bei Geschäften über Sachen und sonstige Leistungen finanzierte oder — unter Aufnahme eines echten Personalkredits — Bargeschäfte zu tätigen, ist offen. Die mit dem Entwurf bezweckte Klarstellung und Erweiterung der Rechte im Rahmen eines finanzierten Geschäfts könnten für den Erwerber Anreiz zum Abschluß solcher Geschäfte bieten. Andererseits wird man — wie im Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes (BT-Drucksache 8/234) näher ausgeführt ist — davon ausgehen müssen, daß Kunden mehr und mehr die Aufnahme eines isolierten Kredits bevorzugen, um die Vorteile eines Barkaufs nutzen zu können (Bericht S. 4). Nach Seite 3 des Berichts ist auch beim Handel eine Tendenz spürbar, zur Vermeidung der sich aus dem Abzahlungsgesetz ergebenden Erschwerung bei der Geschäftsabwicklung von sich aus Abzahlungsverkäufe einzustellen. Diese Entwicklung könnte sich verstärken, wenn durch Regelungen über finanzierte Geschäfte weitere Schutzmaßnahmen zugunsten der Verbraucher getroffen werden, was aus der Sicht des Handels die Neigung zum Abschluß finanzierter Geschäfte mindern könnte (vgl. zur Bedeutung des „B-Geschäfts“ Scholz, JZ 75, 727 — untergeordnete Bedeutung —, anders Gilles JZ 75, 729).

Unter diesen Umständen könnte verschiedenes dafür sprechen, eine gesetzliche Regelung nicht auf die finanzierten Geschäfte zu beschränken, sondern, soweit dies geboten ist, auch den Barkredit einzubeziehen. Eine solche umfassende Lösung wird auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften mit einer Richtlinie über den Verbraucherkredit angestrebt. Nach dem Vorentwurf der EG-Kommission soll die Richtlinie

sowohl für isolierte Ratenkredite gelten als auch für Verträge, bei denen die Lieferung von Sachen oder sonstigen Leistungen durch einen Kreditvertrag finanziert wird; die finanzierten Geschäfte sollen auch dann erfaßt werden, wenn Lieferer und Kreditgeber verschiedene Personen sind, sofern zwischen ihnen eine Geschäftsverbindung besteht, die den Zweck hat, Verbrauchern den Erwerb der vom Lieferer angebotenen Sachen oder Leistungen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Neben detaillierten Regelungen über die Form und den notwendigen Inhalt der Kreditverträge sowie ein etwaiges Widerrufsrecht des Kreditnehmers soll die Richtlinie auch Bestimmungen über den Einwendungsdurchgriff enthalten. Der Stand der Vorarbeiten läßt jedoch noch keinen sicheren Schluß auf die endgültige Gestalt der angestrebten Regelung zu. Der vorgelegte Entwurf beschränkt sich daher entsprechend dem Auftrag des Bundestages auf eine Regelung über die finanzierten Geschäfte und überläßt es späterer Prüfung, ob für den Bereich des Barkredits ergänzende Vorschriften zu treffen sind.

Zu § 607 a (Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Geschäften)

Die Vorschrift regelt den Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Geschäften. Absätze 1 und 2 betreffen den finanzierten Kauf; Absatz 3 nimmt durch Grundpfandrechte gesicherte oder zu sichernde Darlehen von der Regelung aus; Absatz 4 sieht eine Erstreckung des Einwendungsdurchgriffs auf sonstige finanzierte Geschäfte vor.

Absatz 1 läßt den Einwendungsdurchgriff nur zu, wenn nach den gesamten Umständen der Kauf und die Aufnahme des Kredites als „Teile eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs“ anzusehen sind. Diese Voraussetzung wird in Absatz 2 anhand von Beispielsfällen konkretisiert.

Der Darlehensnehmer kann gegenüber dem Darlehensgeber „Einwendungen oder Ansprüche aus dem Kaufvertrag geltend machen, soweit sie ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung oder Rückforderung seiner Leistung berechtigen würden“. Der innere Grund für die Erweiterung der Rechte des Darlehensnehmers liegt darin, daß die Aufspaltung des einheitlichen wirtschaftlichen Vorganges in rechtlich getrennte Verträge nichts daran ändert, daß sich aus der Sicht der Beteiligten Kauf und Darlehen als wirtschaftliche Einheit darstellen. Diese Verknüpfung rechtfertigt es, dem Käufer zu gestatten, bestimmte Rechte aus seiner Rechtsbeziehung zum Verkäufer auch im Verhältnis zum Darlehensgeber geltend zu machen. Zu weit ginge es allerdings, den Darlehensgeber aufgrund der wirtschaftlichen Verknüpfung gesamtschuldnerisch in sämtliche Pflichten des Verkäufers aus dem Kaufvertrag eintreten zu lassen. Aus der Erwägung, daß der Käufer durch die Aufspaltung des einheitlichen wirtschaftlichen Vorganges in ein Kauf- und ein Darlehensgeschäft nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn ihm nur ein Vertragspartner (Verkäufer) gegenüberstünde,

folgt jedoch, daß ihm die Leistungsverweigerungsrechte aus dem Kaufvertrag auch gegenüber dem Darlehensgeber zustehen müssen. Dem Käufer wird daher das Recht eingeräumt, gegenüber dem Darlehensgeber „Einwendungen aus dem Kaufvertrag, die ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung seiner Leistung (= Zahlung des Kaufpreises) berechtigen würden“, auch gegenüber dem Darlehensgeber geltend zu machen. Derartige Einwendungen können sich einmal in den Fällen ergeben, in denen der Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen ist oder später unwirksam wird. Zu erwähnen sind insbesondere Nichtigkeit oder Anfechtung des Kaufvertrags, Widerruf der Willenserklärung nach § 1 b AbzG sowie ein etwaiges gesetzliches Rücktrittsrecht. Das Leistungsverweigerungsrecht soll aber auch bei Störungen im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages gegenüber dem Darlehensgeber durchgreifen, also etwa bei Nicht- oder Schlechterfüllung seitens des Verkäufers. In allen diesen Fällen soll der Käufer sein Leistungsverweigerungsrecht nicht dadurch verlieren, daß der Darlehensgeber den Kaufpreis für Rechnung des Käufers bereits an den Verkäufer geleistet hat und seinerseits den Käufer rechtlich gesehen nicht auf Zahlung des Kaufpreises, sondern auf Rückzahlung des Darlehens einschließlich Zinsen und Kosten in Anspruch nimmt.

Neben den Leistungsverweigerungsrechten kann der Käufer auch „Ansprüche aus dem Kaufvertrag, soweit sie ihn gegenüber dem Verkäufer zur Rückforderung seiner Leistung berechtigen würden“, gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen. Dieser Forderungsdurchgriff ist nach Absatz 1 Satz 3 allerdings der Höhe nach auf die an den Darlehensgeber bereits zurückerstatteten Tilgungsbeträge beschränkt. Die Erweiterung des schon nach geltendem Recht anerkannten Einwendungsdurchgriffs auf einen Forderungsdurchgriff kann nicht ohne weiteres auf die Erwägung gestützt werden, der Käufer dürfe durch die Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs in ein Kauf- und ein Darlehensgeschäft nicht schlechter gestellt werden als ein Käufer, dem der Kaufpreis vom Verkäufer kreditiert wird. Denn auch beim drittfinanzierten Kauf behält der Käufer z. B. im Falle der Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder nachträglichen Auflösung des Kaufvertrags einen Rückforderungsanspruch gegen den Verkäufer. Eine Mithaftung des Darlehensgebers für den Rückforderungsanspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer erscheint jedoch in dem Umfang gerechtfertigt, in dem der Darlehensnehmer (Käufer) bereits Zahlungen an den Darlehensgeber geleistet hat, die wirtschaftlich betrachtet und aus der Sicht des Darlehensnehmers an die Stelle der Kaufpreiszahlung treten. Dies ist jedenfalls hinsichtlich der an den Darlehensgeber zurückerstatteten Tilgungsbeträge zu bejahen. Eine weitergehende Mithaftung des Darlehensgebers für Rückforderungsansprüche des Darlehensnehmers gegenüber dem Verkäufer erscheint nicht gerechtfertigt. Sie würde im wirtschaftlichen Ergebnis allein den Darlehensgeber mit dem Risiko einer Insolvenz des Verkäufers belasten und den Käufer im Falle des finanzierten

Kaufs ohne ersichtlichen Grund besser stellen als einen Käufer, dem der Kaufpreis vom Verkäufer kreditiert wird.

Absatz 1 Satz 2 stellt sicher, daß der Darlehensgeber im Wege des Einwendungsdurchgriffs nicht Verpflichtungen ausgesetzt werden kann, die erst nachträglich zwischen Verkäufer und Käufer begründet werden und mit denen er bei Abschluß des Darlehensvertrags nicht zu rechnen braucht (so auch BGH MDR 56, 597).

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 73, 452) setzt der Einwendungsdurchgriff nicht voraus, daß der Darlehensnehmer seine Rechte aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Verkäufer nicht durchsetzen kann. Eine derartige Subsidiarität erscheint nicht vereinbar mit dem Grundsatz, daß der Käufer beim drittfinanzierten Kauf nicht schlechter gestellt werden darf als bei Kreditierung des Kaufpreises durch den Verkäufer. Überdies sollte dem Käufer in den Fällen der wirtschaftlichen Einheit von Kauf und Darlehen nicht zugemutet werden, seine Rechte unter Umständen erfolglos zunächst gegenüber dem Verkäufer zu verfolgen und erst alsdann gegenüber dem Darlehensgeber auszuüben. Den Leistungsverweigerungsrechten des Käufers würde im Falle der Subsidiarität des Einwendungsdurchgriffs der Boden entzogen, soweit während der Rechtsverfolgung gegenüber dem Verkäufer Darlehensrückzahlungsraten fällig werden. Die Erhaltung dieser Leistungsverweigerungsrechte ist aber gerade das Ziel des in Absatz 1 geregelten Einwendungsdurchgriffs.

Der Einwendungs- und Forderungsdurchgriff wird nicht auf Darlehen beschränkt, die in Teilzahlungen rückzahlbar sind. Desgleichen kommt es nicht darauf an, ob der Kauf einer beweglichen Sache, eines Rechtes oder eines sonstigen „Gegenstandes“ finanziert wird (so auch BGH BB 78, 780, den finanzierten Kauf eines Waschsalons betreffend). Derartige Einschränkungen würden durch den Grundgedanken der Regelung — Schutz des Käufers vor den Risiken der Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs in zwei getrennte Verträge — nicht getragen.

In Absatz 2 wird anhand zweier Beispielsfälle der Begriff des „einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs“ konkretisiert. Beiden Gestaltungen ist eine enge Verbindung von Verkäufer und Darlehensgeber eigentümlich, die eine Erstreckung von Rechten aus dem Kaufvertrag auf das Verhältnis zum Darlehensgeber rechtfertigt. In der ersten Alternative wird ein Zusammenwirken im Einzelfall vorausgesetzt. Nach der zweiten Alternative soll es auf ein Zusammenwirken im Einzelfall nicht ankommen, wenn zwischen Verkäufer und Darlehensgeber eine dauernde Geschäftsverbindung zum Zwecke der Finanzierung von Kaufgeschäften besteht.

Es handelt sich um ein Erfordernis, das die Rechtsprechung (BGHZ 37, 94; in BGH NJW 71, 2303 nicht mehr ausschließlich) als Voraussetzung für den Einwendungsdurchgriff angesehen hat. Die Er-

streckung des Einwendungsdurchgriffs auch auf diese Fälle erscheint sachgerecht, weil es dem Darlehensgeber bei Bestehen einer ständigen Geschäftsverbindung mit dem Verkäufer möglich ist, die Risiken aus der im beiderseitigen Interesse liegenden Zusammenarbeit beim Warenabsatz zu beurteilen und sich darauf einzustellen.

Nach der vom Deutschen Bundestag als § 1 c AbzG vorgesehenen Fassung (vgl. Vorbemerkungen Nummer 2.) sollten Kreditvertrag und Kaufvertrag wie ein einheitlicher Vorgang behandelt werden, wenn der Kreditvertrag „mit Wissen des Darlehensgebers und des Verkäufers“ der Abwicklung eines bestimmten Kaufvertrags diene. Die bloße Kenntnis von der Finanzierung dürfte aber nicht in allen Fällen als Grundlage für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit des Vorgangs ausreichen, etwa dann nicht, wenn bei einem echten Personalkredit der Darlehensnehmer den Verkäufer und den Darlehensgeber aus eigenem Antrieb von der Kreditaufnahme für einen bestimmten Zweck unterrichtet. Der Entwurf sieht daher von einer entsprechenden Vorschrift ab.

Ein wesentliches Indiz für die Annahme eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs kann eine im Darlehensvertrag festgelegte Zweckbestimmung bilden, nach der das Darlehen nur zur Erfüllung einer bestimmten Kaufpreisforderung verwendet werden darf. Auch insoweit wird jedoch von der Aufstellung einer gesetzlichen Vermutung abgesehen, weil die vertragliche Festlegung einer Zweckbestimmung für sich allein nicht immer die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Kauf und Darlehen rechtfertigt. Absatz 2 konkretisiert den Begriff des einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs nicht abschließend („insbesondere“); vielmehr bleibt es wie bisher den Gerichten vorbehalten, dieses Merkmal auf Grund der Würdigung der Umstände im Einzelfall auch dann zu bejahen, wenn ein Zusammenwirken zwischen Darlehensgeber und Verkäufer nicht festgestellt werden kann.

Absatz 3 nimmt durch Grundpfandrechte gesicherte oder zu sichernde Darlehen vom Anwendungsbereich der Vorschrift aus. Im Bereich des Grundstückskredites ist ein Bedürfnis für die Zulassung eines Einwendungsdurchgriffs nicht hervorgetreten. Denkbare Ausnahmen hiervon rechtfertigen es nicht, den gesamten Immobiliarkredit mit den Vorschriften über den Einwendungsdurchgriff zu belasten. Bei Grundstückserwerbsgeschäften ist ein Schutz des Erwerbers auch durch die Mitwirkung des Notars gewährleistet.

Absatz 4 erstreckt die für den finanzierten Kauf geltenden Vorschriften wegen der vergleichbaren Interessenlage auf finanzierte Geschäfte über sonstige Leistungen. In Betracht kommen hierbei nach den bisherigen Erfahrungen insbesondere finanzierte Verträge über Ehevermittlungen und Eheanbahnungen, Urlaubsreisen und Fernlehrgänge.

Absatz 5 soll Vertragsgestaltungen ausschließen, die den Schutzzweck der Regelung beeinträchtigen könnten.

Zu Artikel 1 Nr. 2 (Neuordnung des Maklervertrags)**Vorbemerkungen**

1. Das unter dem 8. Titel des Zweiten Buchs des BGB äußerst knapp geregelte allgemeine Maklervertragsrecht ist seit Schaffung des BGB unverändert geblieben. Hieraus hat sich ein Wildwuchs von AGB und Formularverträgen (Schwerdtner, NJW-Schriften 18 S. 3) und in deren Gefolge eine kasuistische Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung ergeben. Durch die sondergesetzliche Teilregelung der Wohnungsvermittlung im Wohnungsvermittlungsgesetz vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745, 1747) wurde die Rechtszersplitterung noch vergrößert. Von dem gesetzlichen Leitbild des § 652 Abs. 1 BGB, wonach der Provisionsanspruch des Maklers nur entsteht, wenn infolge der Maklertätigkeit ein Vertrag zustande kommt, wird in der Praxis in vielfältiger Weise und regelmäßig zum Nachteil des Auftraggebers abgewichen. Während für das Teilgebiet der Wohnungsvermittlung derartige Abweichungen durch § 2 Absätze 1 und 5 des Wohnungsvermittlungsgesetzes schlechthin verboten worden sind, hat sich für andere Gebiete der Maklertätigkeit — namentlich für den Prototyp des Immobilienmaklers — eine umfangreiche und differenzierte Rechtsprechung mit der Tendenz entwickelt, wenigstens formularmäßige Abweichungen vom Leitbild des § 652 Abs. 1 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formularverträgen der Makler zurückzudrängen. Eine ähnliche Rechtszersplitterung zeigt sich bei der Frage, ob der Provisionsanspruch des Maklers entfallen soll, wenn dieser an dem vermittelten Geschäft rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist. Während das BGB hierzu überhaupt keine Vorschriften vorsieht, enthält das Wohnungsvermittlungsgesetz in § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ins einzelne gehende Tatbestände über den Ausschluß einer Provision in Fällen wirtschaftlicher und rechtlicher Verflechtungen.

Außerhalb der Wohnungsvermittlung gelten gewisse von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, nach denen ein Anspruch auf Maklerprovision nicht besteht, wenn der Makler an dem vermittelten Geschäft auf Seiten des Vertragsgegners des Auftraggebers allein oder in einem wirtschaftlich erheblichen Umfang beteiligt ist (Wank in NJW 1979 S. 190 f. mit Rechtsprechungsnachweisen). Im Bereich der Immobiliengeschäfte sind Vereinbarungen, wonach der Makler eine Tätigkeitspflicht übernimmt und der Auftraggeber auf Inanspruchnahme eines anderen Maklers sowie auf das Recht zur jederzeitigen Kündigung verzichtet (sogenannter Alleinauftrag), weitgehend zur Regel geworden. Auch insoweit haben die §§ 652 bis 654 BGB ihre Funktion als Leitbild des Vertrags weitgehend verloren; rechtliche Bedeutung und Grenzen der Zulässigkeit derartiger Absprachen können nur der Rechtsprechung entnommen werden, obwohl Alleinaufträge im Immobilien-

geschäft bei Verkaufsaufträgen nahezu zur Regel geworden sind. Angesichts eines so weitgehenden Auseinanderklaffens von Gesetz und Rechtswirklichkeit kann es nicht verwundern, daß in der rechtspolitischen Diskussion eine „Kodifikation“ des Maklerrechts gefordert wird (Schwerdtner, NJW-Schriften 18 S. 201; derselbe in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 120 S. 4; Staudinger/Riedel, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. § 652 Vorbem. 2; Soergel/Morrmann, Kommentar zum BGB, 10. Aufl., § 652 Vorbem. 6).

2. In Teilbereichen des Maklerrechts sind im vergangenen Jahrzehnt wiederholt Regelungen zum Schutze der Auftraggeber getroffen worden. Das bereits erwähnte Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971 bezweckte den Schutz von Wohnungssuchenden vor ungerechtfertigten wirtschaftlichen Belastungen, die sich für sie aus mißbräuchlichen Vertragsgestaltungen oder unlauteren Geschäftsmethoden häufig ergeben haben. Durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 16. August 1972 (BGBl. I S. 1465) wurde die gewerbsmäßige Immobilien- und Darlehensvermittlung an eine behördliche Erlaubnis geknüpft, um unzuverlässige oder in ungeordneten Vermögensverhältnissen lebende Personen vom Maklerberuf fernzuhalten (§ 34 c Gewerbeordnung). Ergänzend hierzu wurden in der Makler- und Bauträgerverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Juni 1975 (BGBl. I, S. 1351) gewerberechtliche Vorschriften zum Schutze der Vermögenswerte der Auftraggeber geschaffen.

Die genannten überwiegend gewerberechtlichen Teilregelungen vermögen jedoch die Lücken des seit Erlass des BGB unveränderten Maklervertragsrechts nicht zu schließen. Sie bilden auch keinen Ersatz für die in den Bereichen der Darlehensvermittlung sowie der Ehevermittlung notwendig gewordenen besonderen Schutzvorschriften zugunsten der Auftraggeber.

3. a) Im Bereich der Darlehensvermittlung sind ähnliche Mißstände hervorgetreten wie früher bei der Wohnungsvermittlung, namentlich die Vereinbarung erfolgsunabhängiger Honorare und nicht gerechtfertigter Nebenentgelte, die Vereinbarung von Vermittlungsentgelten in Fällen wirtschaftlicher Verflechtung oder Abhängigkeit des Maklers vom Kreditgeber sowie verbraucherschädliche Praktiken bei der Werbung und mangelnde Aufklärung des Kunden bei Vertragsschluß (vgl. zuletzt „test“, Jahrg. 1979, Nr. 2, S. 15 bis 23). Der Deutsche Bundesrat hat die Bundesregierung deshalb im Zuge der Beratungen des Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität um Prüfung gebeten, ob zum Schutz der Kreditsuchenden die Schaffung von Regelungen über die Darlehensvermittlung angezeigt ist (Stellungnahme Nummer 16 in BT-Drucksache 7/3441).

- b) Auf dem Gebiet der Ehevermittlung wird seit langem und mit guten Gründen die Beseitigung der in § 656 BGB angeordneten Unklagbarkeit des Ehemäklerlohnes gefordert. Die dieser Vorschrift zugrunde liegende Wertung, eine entgeltliche Ehevermittlung sei unsittlich und mit dem Wesen der Ehe unvereinbar, war schon zur Entstehungszeit des BGB umstritten (M. Schöpf, Recht und Praxis der modernen Heiratsvermittlung, Verlag Müller, Karlsruhe 1962, S. 37, 40). Nach heutiger Anschauung besteht kein Grund mehr zur Diskriminierung der gewerblichen Ehevermittlung und -anbahnung, die einem allgemein anerkannten gesellschaftlichen Bedürfnis entsprechen. Mit einer bloßen Aufhebung des § 656 BGB würde indessen den schutzwürdigen Belangen der Auftraggeber der Ehevermittler und -anbahner nicht hinreichend Rechnung getragen. Es wäre zu befürchten, daß Ehevermittler entsprechend einer verbreiteten — ursprünglich durch die Regelung des § 656 BGB mitveranlaßten — Praxis dem Auftraggeber auch künftig erhebliche Vorschüsse abverlangten, von denen er im Falle einer vorzeitigen Kündigung des Vermittlungs- oder Anbahnungsvertrags unter Umständen nichts oder unverhältnismäßig wenig zurückerhielte. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß sich die moderne Ehevermittlung in größerem Umfang als früher in den Formen des Dienstvertrages vollzieht, d. h. daß Vergütungen nicht mehr oder nicht nur für den Fall des Zustandekommens einer Ehe in Rechnung gestellt werden, sondern für die bloße Anbahnungstätigkeit, welchen Wert auch immer solche Leistungen für den Auftraggeber haben mögen. Ein gänzlich Verbot des auf Eheanbahnung gerichteten Dienstvertrages und der erfolgsunabhängigen Vergütung würde den Gegebenheiten der modernen Ehevermittlung nicht hinreichend Rechnung tragen. Andererseits sind bei grundsätzlicher Tolerierung solcher Dienstverträge nach allen bisherigen Erfahrungen gesetzliche Vorkehrungen zum Schutze der Auftraggeber vor finanzieller Ausbeutung und unangemessener vertraglicher Bindung unerlässlich.
4. Der Entwurf verfolgt entsprechend den aufgezeigten Mängeln des geltenden Rechts und den Mißständen in den Bereichen der Darlehens- und Ehevermittlung vorrangig die folgenden Ziele:
- a) Anpassung des allgemeinen Maklervertragsrechts an die seit Inkrafttreten des BGB eingetretene Rechtsentwicklung,
 - b) Einführung besonderer Schutzvorschriften zugunsten der Auftraggeber von Darlehensvermittlern,
 - c) Neuregelung der Ehevermittlung.
- Die gleichzeitige Verwirklichung dieser Ziele macht eine Überarbeitung des gesamten 8. Titels des Zweiten Buchs des BGB erforderlich, wobei zur Vermeidung einer fortschreitenden Rechtszersplitterung die zivilrechtlichen Vorschriften des Wohnungsvermittlungsgesetzes in den 8. Titel integriert werden sollten.
- Da für bestimmte Bereiche der Maklertätigkeit auch künftig besondere Vorschriften erforderlich erscheinen, untergliedert der Entwurf den 8. Titel in einen ersten Unterabschnitt mit allgemeinen Vorschriften für Maklerverträge und drei weitere Unterabschnitte mit besonderen Vorschriften für die Wohnungs-, Darlehens- und Ehevermittlung. Die gewerberechtlichen Vorschriften des § 6 WoVermittG (Angebot von Wohnungen nur mit Auftrag, Anforderungen an Anzeigen) und die dazugehörigen Bußgeldvorschriften in § 8 WoVermittG wurden entsprechend dem Charakter des Bürgerlichen Gesetzbuchs als eines reinen Zivilgesetzes nicht in den 8. Titel übernommen. Diese Vorschriften sowie neue Vorschriften zur Verhinderung kundenschädlicher Werbung der Darlehensvermittler sollen nach Ergänzung der in § 34 c Abs. 3 GewO enthaltenen Verordnungsermächtigung in die Makler- und Bauträgerverordnung (BGBl. 1975 I S. 1351) eingefügt werden (RefE eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Artikel 5 Nr. 1).
5. Der Entwurf weist die folgenden Grundlinien auf:
- In den allgemeinen Vorschriften wird nunmehr zwingend der Grundsatz des Erfolgshonorars festgelegt; dem Makler soll ein Anspruch auf Vergütung nur zustehen, wenn infolge seiner Tätigkeit ein Vertrag mit dem Dritten zustande kommt (§ 652 Abs. 1 Satz 4). Der Entwurf hält mithin im Ausgangspunkt daran fest, daß die Tätigkeit des Maklers erst durch das Zustandekommen eines Vertrags mit dem Dritten ihren Wert für den Auftraggeber erhält und daß andere Kriterien — etwa das Ausmaß der vom Makler entfalteten Mühewaltung — nicht den ausschlaggebenden Maßstab für die Entstehung und die Höhe eines Vergütungsanspruchs bilden sollen.
- Eine gewisse Auflockerung erfährt der Grundsatz des Erfolgshonorars bei der Regelung des Alleinauftrags (§ 653 Absätze 1 und 2).
- Im Hinblick auf die zwingende Festlegung des Erfolgshonorars und die Notwendigkeit der Abgrenzung zu etwaigen dienstvertraglichen Tätigkeiten des Maklers wird in einer besonderen Vorschrift (§ 652 Abs. 2) klargestellt, daß für besondere Leistungen des Maklers, die nicht in einer Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit bestehen, eine erfolgsunabhängige Vergütung vereinbart werden kann. In den Bereichen der Wohnungs-, Darlehens- und Ehevermittlung werden Nebenentgelte wegen der Gefahr von Mißbräuchen (Umgehung des Erfolgshonorars) und der besonderen Schutzwürdigkeit der Auftraggeber

allerdings nicht zugelassen (§§ 654 a Abs. 3, 655 b Abs. 2, 656 Abs. 2). Aus ähnlichen Erwägungen werden auch bei dem alternativ zum erfolgsbezogenen Ehevermittlungsvertrag (§ 656) zugelassenen Eheanbahnungsvertrag (§ 656 a) Nebenentgelte neben der nach Zeitabschnitten zu bemessenden Vergütung ausgeschlossen (§ 656 b).

Zur Absicherung des Prinzips des Erfolgshonorars wird die Vereinbarung oder Annahme von Vorschüssen verboten (§ 652 Abs. 3), bei der Eheanbahnung darf die nach Zeitabschnitten zu bemessende Vergütung im voraus höchstens für drei Monate verlangt werden (§ 656 a Abs. 2).

Auslagenersatz soll der Makler nach der allgemeinen Vorschrift des § 652 Abs. 4 nur verlangen können, wenn hierüber eine besondere Vereinbarung getroffen wurde; Pauschalierungen des Auslagenersatzes sowie die Vereinbarung des Ersatzes nicht erforderlicher Auslagen werden ausgeschlossen.

Die allgemeinen Vorschriften enthalten in § 653 b eine Regelung, wonach das Maklerentgelt bei Vermakelung eigener Gegenstände ausgeschlossen ist. Dasselbe soll wegen der Gefahr der Interessenkollision in den Fällen der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verflechtung gelten, sofern der Auftraggeber nicht vor Abschluß des Vertrages mit dem Dritten schriftlich auf die besonderen, die Gefahr der Interessenkollision begründenden Umstände hingewiesen wird. Zusätzliche Ausschlußgründe sollen in § 654 a Absätze 1 und 2 für die Wohnungsvermittlung aus dem bisherigen Wohnungsvermittlungsgesetz übernommen werden.

Abgesehen vom Fall des Alleinauftrags kann der Maklervertrag nach der allgemeinen Vorschrift des § 653 a Abs. 1 jederzeit gekündigt werden. Der Eheanbahnungsvertrag kann entsprechend der Regelung des § 621 Nr. 3 BGB spätestens am fünfzehnten eines Monats für den Schluß des Kalendermonats gekündigt werden (§ 656 d).

Den in der rechtspolitischen Diskussion verschiedentlich erörterten Vorschlag, Maklerverträge allgemein dem Erfordernis der Schriftform zu unterwerfen, greift der Entwurf nicht auf. Für die Einführung einer allgemeinen Schriftform spricht zwar, daß die Abgrenzung zwischen unverbindlicher Auskunft und verbindlichem Maklerauftrag in der Praxis vielfach Schwierigkeiten bereitet und nach den Erfahrungen der gerichtlichen Praxis nicht selten Streitpunkt bei Maklerprozessen bildet. Auch wäre die Schriftform geeignet, dem Maklerkunden frühzeitig die Konditionen des Maklers — insbesondere die Höhe der Vergütung — vor Augen zu führen. Gegen einen allgemeinen Schriftformzwang spricht jedoch, daß die Auftraggeber namentlich bei Suchaufträgen im Immobiliensektor erfahrungsgemäß daran interessiert sind, sich rasch und unkompliziert, gegebenenfalls auch fernmündlich und von verschiedenen Maklern mehrere Objekte zur Vorauswahl benennen zu lassen, ohne bereits in dieser

Phase eine verbindliche Unterschrift leisten zu wollen. Für die Wohnungsvermittlung gilt dies in besonderem Maße. Die rechtzeitige Information des Auftraggebers über die Konditionen des Maklers ist bereits durch § 11 Nr. 1 und 2 i. V. m. § 10 Abs. 3 der Makler- und Bauträgerverordnung sichergestellt. Aufgrund dieser Erwägungen halten u. a. auch die Verbraucherverbände die Einführung einer allgemeinen Schriftform nicht für erforderlich. Soweit indessen bei bestimmten Vermittlergeschäften die tatsächlichen Gegebenheiten der Schriftform nicht entgegenstehen und diese zum Schutze eines oder beider Vertragsteile geboten erscheint, wird sie im Entwurf vorgesehen. Dies ist einmal der Fall bei dem mit erhöhten Risiken verbundenen Alleinauftrag (§ 653 Abs. 4), zum anderen beim Darlehensvermittlungsvertrag (§ 655 a), Ehevermittlungsvertrag (§ 656 Abs. 1 S. 2) und beim Eheanbahnungsvertrag (§ 656 c).

Soweit der Entwurf zum Schutze der Auftraggeber zwingende Regelungen einführt, gelten diese — von den Ausnahmen für Kaufleute (Artikel 2) abgesehen — unbeschränkt und nicht nur gegenüber vorformulierten Vertragsbestimmungen der Makler. Wegen der zwangsläufig extensiven Auslegung des Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Notwendigkeit, die für die tägliche Praxis der Makler wichtigen rechtlichen Fragen grundsätzlich immer wieder in gleicher Weise zu regeln, wäre der Praxis und der Rechtssicherheit in diesem Bereich mit differenzierenden Rechtsvorschriften für AGB und Individualabreden wenig gedient, zumal gerade beim Maklervertrag die Grenzziehung zwischen Formularvertrag und Individualabrede schwierig sein kann (BGH NJW 1977, 624). Der bisherigen sehr strengen Rechtsprechung zu den vom gesetzlichen Leitbild abweichenden AGB der Makler kann überdies nicht entnommen werden, daß in AGB mißbilligte Bestimmungen als Individualabreden uneingeschränkt zulässig seien.

Zu § 652 (Vergütungsanspruch, Vorschüsse, Auslagen)

Die Vorschrift regelt als Grundnorm des Maklervertragsrechtes weitgehend zwingend die Voraussetzungen für den Vergütungsanspruch des Maklers (Absatz 1), grenzt das Erfolgshonorar von möglichen Dienstleistungsvergütungen ab (Absatz 2), verbietet Vorschüsse (Absatz 3) und regelt in Absatz 4 den Ersatz von Auslagen.

Absatz 1 Sätze 1 und 2 weichen vom geltenden § 652 Abs. 1 nur insofern ab, als das Maklerentgelt nicht als „Lohn“, sondern wie beim Dienst- und Werkvertrag als „Vergütung“ bezeichnet wird. Der Makler soll auch künftig eine Vergütung nur beanspruchen können, wenn ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten zustande kommt und die Tätigkeit des Maklers für den Vertragsschluß ursächlich war. Der wesentliche Unterschied zum geltenden Recht besteht darin, daß die Grundsätze des Erfolgshonorars und der Kausalität nicht abding-

bar sein sollen (Abs. 1 Satz 4). Damit wird der Rechtszustand, wie er durch die Rechtsprechung über die Unwirksamkeit der vom gesetzlichen Leitbild abweichenden Maklerklauseln vorgezeichnet ist, festgeschrieben. Durchbrochen werden die Grundsätze des Erfolgshonorars und der Kausalität in den Fällen des Alleinauftrags, die in § 653 besonders geregelt sind. Rechtsgeschäftliche Abweichungen zum Nachteil des Auftraggebers werden nach § 348 a Abs. 2 HGB (Artikel 2 des Entwurfs) ferner zugelassen, wenn der Maklervertrag auf der Seite des Auftraggebers ein Handelsgeschäft und der Auftraggeber Vollkaufmann ist.

Die mit dem geltenden § 652 Abs. 1 Satz 2 übereinstimmende Regel des Absatzes 1 Satz 2 wird von der Rechtsprechung entsprechend angewendet, wenn der Vertrag mit dem Dritten wegen Ungeklärtheit über wesentliche Umstände (z. B. Bebaubarkeit eines Grundstücks) in ähnlicher Weise wie durch eine aufschiebende Bedingung in der Schwebe gelassen wird, z. B. durch Vereinbarung eines vorbehaltlosen Rücktrittsrechtes einer Vertragspartei oder auch einer auflösenden Bedingung, deren Nichteintritt nach dem Parteiwillen Voraussetzung für das Maklerentgelt sein soll. Der Entwurf sieht von einer zusätzlichen Regelung dieser Fälle ab, weil die entsprechende Anwendung des Absatzes 1 Satz 2 weniger an der von den Parteien gewählten rechtstechnischen Ausgestaltung (aufschiebende oder auflösende Bedingung, Rücktrittsrecht) als an den Umständen des Einzelfalles orientiert sein muß und mithin allein Aufgabe der Rechtsprechung sein kann. Die Auslegungsregel in Absatz 1 Satz 3 entspricht im wesentlichen dem geltenden § 653 Abs. 2.

Absatz 2 stellt im Interesse einer sachgerechten Anwendung des Absatzes 1 und zur Abgrenzung gegenüber zulässigen dienstvertraglichen Vereinbarungen klar, daß die in Absatz 1 für das Maklerentgelt zwingend festgelegten Voraussetzungen nicht für bestimmte Sonderleistungen des Maklers (insbesondere selbständige Dienstleistungen und Geschäftsbesorgungen) gelten. Für „besondere Dienste oder andere besonderen Leistungen“ wie z. B. die Aufstellung eines Teilungsplanes nach dem Wohnungseigentumsgesetz, die Beantragung einer Teilungsgenehmigung oder anderer behördlicher Genehmigungen, eine Finanzierungsberatung, die gutachtliche Schätzung von Objekten oder die Verwaltung von Wohnungen soll eine Vergütung unabhängig davon vereinbart werden können, ob ein Vertrag mit dem Dritten zustande kommt. Zum Gegenstand einer von den Kriterien des Absatzes 1 losgelösten Vergütungsvereinbarung können nur solche Dienste oder Leistungen gemacht werden, „die nicht in einer Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit bestehen“. Es muß sich also um von der eigentlichen Maklertätigkeit ablösbare Sonderleistung des Maklers handeln, deren Wert für den Auftraggeber über das Interesse an dem Zustandekommen eines Vertrags mit dem Dritten hinausgeht oder davon unabhängig ist. Hingegen ist mit der Abgrenzungsvorschrift des Absatzes 2 nicht bezweckt, dem Makler etwa für besonders intensive

oder außergewöhnliche Anstrengungen im Rahmen seiner Vermittlungs- oder Nachweistätigkeit einer erfolgsunabhängige Vergütung zu ermöglichen.

Absatz 3 verbietet dem Makler die Vereinbarung einer Vorschußpflicht des Auftraggebers sowie die Annahme von Vorschüssen. Mit der dem Schutze des Auftraggebers dienenden Vorschrift soll eine Aushöhlung der in Absatz 1 getroffenen Regelung verhindert werden. Demgemäß bezieht sich das Verbot nur auf Vergütungen nach Absatz 1. Abweichende Vereinbarungen sind gemäß § 134 BGB nichtig. Einen gleichwohl gezahlten Vorschuß kann der Auftraggeber gemäß §§ 812 ff. BGB zurückverlangen; § 817 Satz 2 BGB steht der Rückforderung nicht entgegen, da dem vorschußleistenden Auftraggeber ein Gesetzesverstoß nicht zur Last fällt.

Nach Absatz 4 Satz 1 kann der Makler wie schon nach geltendem Recht (§ 652 Abs. 2) Ersatz von Auslagen nur im Falle einer diesbezüglichen Vereinbarung verlangen, und zwar auch dann, wenn ein Vertrag mit dem Dritten nicht zustande kommt. Unter „Auslagen“ sind Aufwendungen zu verstehen, die der Makler für Rechnung des Auftraggebers gemacht hat, nicht jedoch allgemeine Geschäftskosten (z. B. Büroaufwand) und Aufwendung eigener Arbeitskraft und Tätigkeit des Maklers. Absatz 4 Satz 2 schränkt den zulässigen Inhalt von Vereinbarungen über den Auslagenersatz in zweifacher Hinsicht ein: Unwirksam sind Vereinbarungen, die den Ersatz von „zur Ausführung des Maklervertrags nicht erforderlichen“ Auslagen oder den Ersatz „nicht nachgewiesener“ Auslagen ermöglichen. Mit der zuletzt genannten Einschränkung wird die Vereinbarung eines pauschalierten Auslagenersatzes ausgeschlossen.

Zu § 653 (Alleinauftrag)

Der sog. Alleinauftrag hat sich zu einem der wichtigsten Maklervertragstypen vor allem im Bereich des Immobiliengeschäftes entwickelt (Schwerdtner, Maklerrecht, Schriftenreihe der NJW Heft 18 S. 155). Im geltenden Recht gibt es keine Vorschriften hierüber. Eine gesetzliche Regelung ist in Anbetracht der umfangreichen Rechtsprechung, der Unsicherheiten in der Praxis und — nicht zuletzt — wegen des zwingenden Charakters des § 652 Abs. 1 erforderlich.

§ 653 Abs. 1 Satz 1 definiert die gegenseitigen Pflichten beim einfachen Alleinauftrag, Absatz 1 Sätze 2 und 3 regeln die Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen des Auftraggebers. Absatz 2 begrenzt die möglichen Vereinbarungen bei qualifizierten Alleinaufträgen. In Absatz 3 werden abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Auftraggebers ausgeschlossen. Absatz 4 sieht für Alleinaufträge die obligatorische Schriftform vor.

Die Besonderheit des Alleinauftrags besteht in jedem Falle darin, daß der Auftraggeber für eine bestimmte Zeit darauf verzichtet, die Dienste mehrerer Makler zugleich in Anspruch zu nehmen. Dieser Verpflichtung des Auftraggebers steht die nach § 652 Abs. 1 nicht bestehende Pflicht des Maklers

gegenüber, für den Auftraggeber tätig zu werden, d. h. auf die Vermittlung oder den Nachweis hinzuwirken. In Absatz 1 Satz 1 werden diese gegenseitigen Pflichten festgelegt. Die zeitweilige Bindung des Auftraggebers an den alleinbeauftragten Makler äußert sich ferner in der Beschränkung seines Kündigungsrechtes, die in § 653 a (Vorschrift über Kündigung) geregelt ist.

Eines der wichtigsten Probleme betrifft die Frage, welche Sanktion den Auftraggeber treffen soll, wenn er das dem alleinbeauftragten Makler an die Hand gegebene Objekt vertragswidrig durch Vermittlung eines anderen Maklers verkauft und den Alleinbeauftragten dadurch um seine Entgeltchance bringt. Absatz 1 Satz 2 sieht in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen über positive Vertragsverletzungen vor, daß dem Makler ohne besondere Vereinbarung ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht, der auf Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen und bei Vorliegen der — von ihm zu beweisenden — Voraussetzungen auch des entgangenen Gewinns gerichtet ist (BGHZ 60, 377/381). Der entgangene Gewinn kann die Höhe der vollen Provision erreichen, wenn der Makler darlegen und beweisen kann, er habe bei vertragsgemäßem Verhalten des Auftraggebers den gewünschten Vertrag mit einem kaufbereiten Dritten zustande gebracht.

Absatz 1 Satz 3 gestattet mit Rücksicht auf die in solchen Fällen typischerweise hervortretenden Beweisschwierigkeiten des Maklers eine vertragliche Pauschalierung des in Absatz 1 Satz 2 vorgesehenen Schadensersatzanspruchs. Schadensersatzpauschalen sind nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu beanstanden, wenn sie der Höhe nach den in den geregelten Fällen gewöhnlich zu erwartenden Schaden nicht übersteigen (§ 11 Nr. 5 AGB-Gesetz), d. h. wenn sie am durchschnittlichen erfahrungsgemäß eintretenden Schaden orientiert sind. Eine näher konkretisierende, etwa nach bestimmten Fallgruppen differenzierende Prognose des einem alleinbeauftragten Makler im Falle des vertragswidrigen Abschlusses über einen anderen Makler durchschnittlich entstehenden Schadens ist allerdings kaum möglich. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung von Beuthien, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zwar nicht sicher, aber doch wahrscheinlich jeder durchschnittlich geschickte Makler den Vertragsschluß mit dem Dritten ebenso hätte herbeiführen können wie sein Wettbewerber (Beuthien in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, S. 495/515). Dem steht schon die Erwägung entgegen, daß der Anreiz zum Vertragsbruch für den Auftraggeber um so größer wird, je deutlicher sich abzeichnet, daß der alleinbeauftragte Makler das gewünschte Geschäft nicht zustande zu bringen vermag (BGHZ 60, 377/382). Die Regelung in Absatz 1 Satz 3 geht davon aus, daß der Wert der vom Auftraggeber vereitelten Entgeltchance zwischen 0 und 100 % eines Erfolgshonorars liegt und gestattet daher ohne besonderen Schadensnachweis eine Pauschalierung bis zur Höhe von 50 % eines Erfolgshonorars (vgl. Schmidt-Salzer in Der Betrieb 1969, 1094 mit Fußnote 48). Die Pauschale darf 50 % „der vom Auf-

traggeber“ im Falle der erfolgreichen Vermittlung geschuldeten Vergütung nicht übersteigen, bei ihrer Bemessung darf mithin ein hypothetischer Vergütungsanspruch des Maklers gegen den Dritten nicht in Ansatz gebracht werden.

Ihre volle Bedeutung gewinnt die Regelung des Absatzes 1 durch die in Absatz 3 bestimmte Unabdingbarkeit. In der Vergangenheit hatte sich die Rechtsprechung mit Maklerklauseln auseinanderzusetzen, die den Vertragsbruch des Auftraggebers gleichsam in einen Gebührentatbestand ummünzten (sog. „erweiterte Provisionsversprechen“). Derartige Vertragsbestimmungen, die darauf hinauslaufen, dem Makler anstelle des an die gesetzlichen Voraussetzungen gebundenen Schadensersatzanspruchs die Provision — oder gar zwei Provisionen — aus einem fremden Geschäft zu verschaffen, sind unbillig und sollen nach Absatz 1 i. V. m. Absatz 3 nicht mehr möglich sein.

Absatz 2 schränkt die Möglichkeit von Vereinbarungen ein, die darauf abzielen, dem alleinbeauftragten Makler auch bei Eigengeschäften des Auftraggebers eine Provision zu verschaffen. Nach Absatz 2 Satz 1 soll der Auftraggeber in jedem Falle berechtigt bleiben, den gewünschten Vertrag mit einem Dritten ohne Inanspruchnahme eines Maklers abzuschließen, also auch ohne den alleinberechtigten Makler. Ein solches Eigengeschäft des Auftraggebers soll nicht als Vertragsverletzung gegenüber dem alleinbeauftragten Makler angesehen werden können und keine Schadensersatzpflichten des Auftraggebers auslösen. Nach Absatz 3 sind abweichende Vereinbarungen, die den Auftraggeber z. B. verpflichten, Interessenten zwecks Vertragsvermittlung oder -nachweises an den alleinbeauftragten Makler zu verweisen (sog. Verweis- oder Hinzuziehungsklauseln), unwirksam; denn sie verpflichten den Auftraggeber, sämtliche Voraussetzungen für die Entstehung von Maklerhonoraren quasi selbst herbeizuführen; damit weichen sie vom Grundtypus des Maklervertrags so weitgehend ab, daß ihnen die rechtliche Anerkennung versagt werden muß. Kein Eigengeschäft liegt vor, wenn die Tätigkeit des Maklers für den „Direktabschluß“ ursächlich war, in diesem Falle sind die Voraussetzungen für ein Maklerentgelt nach § 652 Abs. 1 erfüllt.

Absatz 2 Satz 2 gibt dem alleinbeauftragten Makler die Möglichkeit, sich für solche Fälle einen Vergütungsanspruch zu sichern, in denen der Auftraggeber während der Bindungsfrist den Vertrag mit einem „Eigeninteressenten“ abschließt ohne nachweisen zu können, daß die Tätigkeit des Maklers hierfür nicht ursächlich war. Erfahrungsgemäß ist der Auftraggeber in allen Fällen, in denen der zum Vertragsschluß mit dem Dritten führende Nachweis des Maklers nicht offen zutage liegt, versucht, sich der Maklerprovision durch Umgehung des Maklers zu entziehen. Gegen solche Entziehungsversuche soll sich der alleinbeauftragte Makler durch eine Vergütungsabrede schützen können, die dem Auftraggeber den Negativbeweis für die Nichtursächlichkeit der Bemühungen des Maklers auferlegt. Die Umkehrung der Beweislast zu Lasten des Auf-

traggebers erscheint in diesem Falle nicht unbillig, zumal der Auftraggeber den Negativbeweis ohne unüberwindbare Schwierigkeiten wird führen können, wenn der Dritte tatsächlich ein echter Eigeninteressent ist. In eindeutigen Fällen wird der Auftraggeber z. B. dartun und beweisen können, daß der Dritte die Gelegenheit zum Vertragsabschluß allein durch seine — des Auftraggebers — Initiative erfuhr und eine Vorkenntnis aufgrund der Maklertätigkeit außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt.

Vereinbarungen nach Absatz 2 Satz 2 können nur die vom Auftraggeber im Erfolgsfalle geschuldete Vergütung („die Vergütung“) zum Gegenstand haben, nicht hingegen eine Gesamtprovision, die auch einen hypothetischen Vergütungsanspruch gegen den Dritten erfaßt. Die den Beweisschwierigkeiten des Maklers entgegenkommende Regelung des Absatzes 2 Satz 2 kann nicht den für eine zweite Provision notwendigen Maklerauftrag des Dritten ersetzen.

Absatz 4 sieht wegen der gegenüber einem gewöhnlichen Maklervertrag erweiterten Pflichten und Risiken des Auftraggebers für alle Formen des Alleinauftrags die obligatorische Schriftform vor. Da ein Alleinauftrag in aller Regel ein Verkaufsauftrag ist, stehen die in Vorbemerkung 5 (zu Artikel 1 Nr. 2) dargelegten Schwierigkeiten der Praxis bei Suchaufträgen der Schriftform nicht entgegen.

Zu § 653 a (Kündigung)

Nach Absatz 1 kann der Maklervertrag wie nach geltendem Recht von beiden Vertragsteilen jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden. Die Vertragsparteien können jedoch das jederzeitige Kündigungsrecht durch Vereinbarung einer bestimmten Dauer ausschließen. Dabei entspricht es herrschender Auffassung, daß die Beendigung des Maklervertrags nur für künftige Maklerdienste Bedeutung hat; hat der Makler während der Vertragsdauer z. B. die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachgewiesen, so kann sich der Auftraggeber nicht durch Kündigung seiner Vergütungspflicht entziehen, wenn er nach Kündigung den nachgewiesenen Vertrag abschließt (BGH WPM 69, 884).

Absatz 2 Satz 1 schränkt das jederzeitige Kündigungsrecht ein, wenn dem Makler ein Alleinauftrag (§ 653) erteilt worden ist. Dem Wesen des Alleinauftrags entsprechend werden die wechselseitigen Verpflichtungen „für eine bestimmte Zeit“ (§ 653 Abs. 1 Satz 1) übernommen. Während dieser Zeit kann der Alleinauftrag nach Absatz 2 Satz 1 nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Um allerdings namentlich den Auftraggeber davor zu schützen, daß er unangemessen lange an den alleinbeauftragten Makler gebunden und den mit dem Alleinauftrag verbundenen weitgehenden Beschränkungen (vgl. § 653 Absätze 1 und 2) unterworfen wird, räumt Absatz 2 Satz 2 den Vertragsparteien für den Regelfall nach Ablauf von sechs Monaten ein unabdingbares und nicht fristgebundenes Kündigungsrecht ein. Der Entwurf geht da-

bei — im Anschluß an OLG Hamm (NJW 1966, 887) — davon aus, daß derjenige, der ein Grundstück verkaufen oder erwerben will, im Regelfall binnen eines halben Jahres sein Vorhaben verwirklicht sehen will und bei Nichtverwirklichung ein schutzwertes Interesse hat, den Alleinauftrag aufzukündigen.

Auf längere Zeit als sechs Monate kann das Kündigungsrecht nach der zwingenden Regelung von Absatz 2 Satz 2 nur ausgeschlossen werden, sofern dies „wegen der Art des Gegenstandes des zu vermittelnden oder nachzuweisenden Vertrages“ vereinbart ist. Damit wird für bestimmte Fälle, in denen die Dauer von sechs Monaten für eine sachgerechte Durchführung des Alleinauftrages nicht ausreicht, eine längere Bindung zugelassen, deren Dauer sich dann nach den Umständen des Einzelfalles richten kann. Eine längere Bindung als sechs Monate muß durch die „Art oder den Gegenstand“ des zu vermittelnden oder nachzuweisenden Geschäftes begründet sein. Verträge, die schon ihrer Art nach nicht innerhalb von sechs Monaten zustande gebracht werden können, sind z. B. solche über die Verwertung von Patenten oder technischem Know How, wie sie u. a. von Patentwirten oder entsprechenden staatlichen Stellen oder Organisationen vermittelt werden. Wegen des Gegenstandes des zu vermittelnden Vertrages wird eine längere Dauer als sechs Monate z. B. erforderlich sein, wenn Großprojekte wie eine Vielzahl von Eigentumswohnungen oder gewerblich genutzte Objekte wie Fabrikanlagen oder landwirtschaftlich genutzte Anwesen verkauft werden sollen.

Absatz 2 Satz 2 läßt unabhängig von Art und Gegenstand des zu vermittelnden Vertrages das Recht der Parteien unberührt, auch eine über sechs Monate hinausgehende Dauer des Alleinauftrags zu vereinbaren. Den Parteien soll lediglich nach Ablauf von sechs Monaten ein nicht abdingbares Kündigungsrecht vorbehalten bleiben, sofern nicht nach Absatz 2 Satz 2 zulässigerweise das Kündigungsrecht für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen ist.

Zu § 653 b (Ausschluß und Verwirkung von Ansprüchen)

Die Vorschrift enthält in Absatz 1 eine Regelung über den Ausschluß von Entgeltansprüchen des Maklers in Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem Makler und dem Vertragsgegner des Auftraggebers. Im geltenden Recht ist diese wichtige Frage außer bei der Wohnungsvermittlung (§ 2 Abs. 2 WoVermittG) gesetzlich nicht geregelt. Durch Absatz 2 sollen Umgehungen des Absatzes 1 verhindert werden. Absatz 3 sieht in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (§ 654) für den Fall der vertragswidrigen Doppeltätigkeit die Verwirkung von Entgeltansprüchen des Maklers vor. Nach Absatz 4 sind abweichende Vereinbarungen unwirksam.

Absatz 1 Satz 1 sieht vor, daß ein Entgeltanspruch des Maklers nicht entsteht, wenn der Vertrag mit dem Dritten einen dem Makler gehörenden Gegenstand betrifft. In solchen Fällen besteht zwischen

dem Makler und dem Dritten eine so weitgehende wirtschaftliche Identität, daß von einer Vermittlung oder einem Nachweis im Sinne des Zustandbringens eines Vertrags mit einem „Dritten“ nicht ausgegangen werden kann (BGH NJW 74, 137; BGH MDR 77, 138). Der Makler bringt wirtschaftlich betrachtet vielmehr einen Vertrag zwischen dem Auftraggeber und sich selbst zustande. In diesem Falle kann der Makler die Voraussetzungen für einen Entgeltanspruch auch nicht dadurch schaffen, daß er den Auftraggeber vor Abschluß des Vertrages mit dem Dritten darauf hinweist, daß der Vertrag einen ihm gehörenden Gegenstand betrifft (Absatz 1 Satz 3).

Nach Absatz 1 Satz 2 ist die Entstehung von Entgeltansprüchen des Maklers gleichfalls ausgeschlossen, wenn wegen besonderer Umstände in der Person des Maklers die Gefahr eines Interessenkonfliktes begründet ist, der seine Fähigkeit zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers beeinträchtigt. In der neueren Rechtsprechung sowie im Schrifttum ist anerkannt, daß der Ausschluß des Maklerlohnes in den vielgestaltigen Fällen der wirtschaftlichen Verflechtung seinen inneren Grund stets in der Gefahr eines Interessenkonfliktes findet (BGH JZ 76, 786; BGH NJW 73, 1649; BGH NJW 74, 1130; BGH MDR 77, 126; Schwerdtner, Maklerrecht, Schriftenreihe der NJW Heft 18 S. 150; Wank in NJW 79, 190 ff.). Wegen der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Beziehungen zwischen dem Makler und dem Vertragsgegner des Auftraggebers, die die Gefahr eines Interessenkonfliktes begründen können, ist eine abschließende Aufzählung der konkreten Ausschlußstatbestände kaum möglich und im Interesse einer sachgerechten Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung auch nicht zweckmäßig. Der Entwurf beschränkt sich in Absatz 2 Satz 2 (letzter Halbsatz) daher auf die beispielhafte Aufzählung („insbesondere“) typischer Verflechtungsfälle.

Die Nummern 1 und 2 erfassen in Anlehnung an § 2 Abs. 2 Nr. 3 WoVermittG Fälle, in denen entweder der Makler (Nummer 1) oder der Dritte (Nummer 2) eine juristische Person oder Gesellschaft ist, an der der Dritte (Nummer 1) oder der Makler (Nummer 2) rechtlich oder wirtschaftlich beteiligt ist. In den Fällen einer solchen wechselseitigen Beteiligung, auf deren Umfang es im Anschluß an Schwerdtner (a. a. O. S. 147, 153) nicht ankommen soll, ist die Gefahr der Interessenkollision evident. Genau so dürfte der in Satz 2 nicht ausdrücklich erwähnte, aber ähnliche Fall zu werten sein, daß Makler und Dritter von einer Obergesellschaft maßgeblich beherrscht werden (BGH DB 74, 1107).

Die Einbeziehung von Dienst- oder Arbeitsverhältnissen zwischen dem Makler und dem Dritten (Nummer 3) beruht auf der Erwägung, daß nicht nur kapitalmäßige Beteiligungen, sondern gleichermaßen oder erst recht vertragliche Abhängigkeitsverhältnisse, die eine Vertretung von Interessen des Dritten durch den Makler einschließen, die Gefahr einer Interessenkollision begründen. Schließlich begründet auch eine enge familienrechtliche

Beziehung zwischen dem Makler und dem Dritten regelmäßig die „Gefahr“ eines Interessenkonfliktes; in Nummer 4 wird beispielhaft der Fall aufgeführt, daß der Makler Ehegatte des Dritten ist. Es wäre lebensfremd, die Gefahr der Interessenkollision in einem Falle zu verneinen, in dem es um die Vermittlung eines Vertrags mit dem eigenen Ehegatten des Maklers geht, zumal durch die Ehe zwischen den Ehegatten ohne Rücksicht auf deren güterrechtliche Beziehungen intern auch eine wirtschaftliche Einheit gebildet wird.

Absatz 2 Satz 3 eröffnet dem Makler die Möglichkeit, in den Fällen des Satzes 2 — nicht hingegen bei unechter Vermittlung nach Satz 1 — die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch durch eine rechtzeitige schriftliche Aufklärung des Auftraggebers zu schaffen. Danach kann der Makler auch in den Fällen drohender Interessenkollision Ansprüche gegen den Auftraggeber begründen, wenn er diesen vor Abschluß des Vertrages mit dem Dritten schriftlich auf die besonderen Umstände hinweist, aus denen sich die Gefahr der Interessenkollision ergibt. Die Regelung des Satzes 3 will dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Sie geht davon aus, daß den schutzwerten Belangen des Auftraggebers Genüge getan ist, wenn er rechtzeitig über die Verflechtung zwischen Makler und Drittem aufgeklärt wird und seine Dispositionen hierauf einstellen kann. Schließt er den Vertrag ungeachtet der ihm vom Makler bekanntgegebenen Umstände mit dem Dritten ab, so erscheint es billig, daß der Makler hierfür die vertragliche Vergütung erhält.

Ausnahmen von Absatz 1 sind in einem dem § 93 HGB anzufügenden neuen Absatz 3 für Handelsmakler vorgesehen (Artikel 2).

Absatz 2 soll Umgehungen von Absatz 1 mittels Einschaltung sog. Strohmannen verhindern. Die Vorschrift sieht vor, daß Entgeltansprüche des Maklers auch dann ausgeschlossen sind, wenn die Voraussetzungen des § 653 b Abs. 1 in der Person des Maklers oder des Dritten gegeben sind, aber ein anderer (Strohmann) auf Rechnung des Maklers oder des Dritten tätig geworden ist.

Absatz 3 entspricht dem geltenden § 654 BGB. Der Makler verwirkt den Anspruch auf Vergütung oder den Ersatz von Auslagen, wenn er vertragswidrig auch für den Dritten tätig geworden ist.

Nach Absatz 4 sollen die Vorschriften des § 653 b, die zu den Grundlagen des Maklerrechtes gehören, zwingendes Recht sein.

II. Wohnungsvermittlung

Die zivilrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4. November 1971 (BGBl. I S. 1745/1747) werden im Zusammenhang mit der Neuregelung des Maklervertragsrechtes in das BGB eingefügt, die §§ 1 bis 5 WoVermittG aufgehoben (Artikel 3). Die in den §§ 6 bis 8 WoVermittG enthaltenen öffentlich-rechtlichen, mit Geldbuße bewehrten Regelungen über die Voraussetzungen und den Inhalt von gewerbs-

mäßigen Angeboten bei der Vermittlung von Wohnräumen sollen nach entsprechender Erweiterung der Ermächtigungsgrundlage in § 34 c Abs. 3 Gewerbeordnung in die Makler- und Bauträgerverordnung überführt werden, der Bundesminister für Wirtschaft soll ermächtigt werden, in einer Rechtsverordnung zur entsprechenden Ergänzung der Makler- und Bauträgerverordnung die §§ 6 bis 8 des Wohnungsvermittlungsgesetzes aufzuheben (vgl. Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Artikel 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Artikel 6 § 1).

Von den §§ 1 bis 5 WoVermittG gehen die Regelungen des § 2 Abs. 1 (Grundsatz des Erfolgshonorars), § 2 Abs. 2 Nr. 3 (Ausschluß der Vergütung bei wirtschaftlicher Verflechtung) und § 2 Abs. 4 (Verbot von Vorschüssen) in den allgemeinen Vorschriften des ersten Untertitels (§§ 652 bis 653 b) auf. Im übrigen werden die bisherigen sondergesetzlichen Vorschriften im zweiten Untertitel als besondere Vorschriften für die Wohnungsvermittlung zusammengefaßt.

Zu § 654 (Wohnungsvermittler)

Für den Wohnungsvermittlungsvertrag als eine besondere Art des Maklervertrags gelten grundsätzlich die im ersten Untertitel enthaltenen allgemeinen Vorschriften für Maklerverträge (§§ 652 bis 653 b). Im zweiten Untertitel (§§ 654 a bis 654 c) sind abweichende oder ergänzende Regelungen speziell für die Wohnungsvermittlung vorgesehen. Diese besonderen Vorschriften sehen zusätzliche Ausschlußtatbestände für den Vergütungsanspruch vor (§ 654 a Abs. 1 und 2), ein Verbot der Vereinbarung von Nebenentgelten (§ 654 a Abs. 3), Beschränkungen des Auslagenersatzanspruchs (§ 654 a Abs. 4), eine Begrenzung von Vertragsstrafen (§ 654 b) sowie das Verbot von Kopplungsgeschäften (§ 654 c). § 654 Abs. 1 umschreibt im wesentlichen sachlich übereinstimmend mit § 1 Absatz 1 WoVermittG den Anwendungsbereich der besonderen Vorschriften über die Wohnungsvermittlung. Wie im geltenden Recht sollen diese unabhängig davon zur Anwendung kommen, ob die Wohnungsvermittlung geschäftsmäßig betrieben wird oder nicht. Der Begriff des „Wohnraums“ ist derselbe wie im Mietrecht (vgl. z. B. §§ 564 a, 564 b, 565 a). Werden Wohnräume und Geschäftsräume wegen ihres räumlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhangs zusammen vermietet und fehlt eine getrennte Mietvereinbarung, so sollen für die Anwendung der §§ 654 a bis 654 c dieselben Grundsätze gelten wie für die Anwendung der Vorschriften über die Wohnraummiets: Die besonderen Vorschriften — hier §§ 654 a bis 654 c — sollen Anwendung finden, wenn der Vertragszweck sich überwiegend auf den Wohngebrauch bezieht (vgl. Schmidt-Futterer, Wohnraumschutzgesetz, 3. Aufl. Randbem. B 14 bis B 19; Palandt-Putzo, BGB, 38. Aufl. Einf. v. § 535 Anm. 9).

Absatz 2 übernimmt die Ausnahmeregelung des geltenden § 1 Abs. 3 WoVermittG für die Vermittlung von Wohnraum im Fremdenverkehr. Sofern bei einem Zimmernachweis im Fremdenverkehr

überhaupt ein entgeltlicher Vermittlungsvertrag zustande kommt, sollen nur die allgemeinen Vorschriften des ersten Untertitels gelten.

Zu § 654 a (Vergütung, Nebenentgelte)

Absatz 1 enthält in Ergänzung der allgemeinen Vorschrift des § 653 b Abs. 1 zusätzliche Tatbestände über den Ausschluß eines Vergütungsanspruchs. Nach Absatz 1 Nr. 1 soll ein Vergütungsanspruch des Vermittlers wie nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 WoVermittG auch dann ausgeschlossen sein, wenn durch einen Mietvertrag ein Mietverhältnis über denselben Wohnraum lediglich verlängert oder in sonstiger Weise umgestaltet wird. Die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 WoVermittG gebrauchten Merkmale der „Fortsetzung“ und „Erneuerung“ sind durch das Merkmal „in sonstiger Weise umgestaltet“ mit erfaßt. Der in Absatz 1 Nr. 2 vorgesehene Ausschluß der Vergütung bei Mietverträgen über Wohnungen, die der Vermittler verwaltet, entspricht § 2 Abs. 2 Nr. 2 2. Fall WoVermittG, während die übrigen Fälle des § 2 Abs. 2 Nr. 2 WoVermittG bereits durch § 653 b Absätze 1 und 2 erfaßt sind.

Nach Absatz 2 ist ein Vergütungsanspruch des Wohnungsvermittlers gegenüber dem Wohnungssuchenden ausgeschlossen, wenn „aufgrund der Förderung durch Mittel aus öffentlichen Haushalten preisgebundener Wohnraum“ vermietet wird. Der Wohnungssuchende soll nicht mit einer Maklervergütung belastet werden, wenn öffentliche Mittel für preisgebundenen Wohnraum bereitgestellt wurden. Es handelt sich dabei um Wohnungen, die

- dem Wohnungsbindungsgesetz unterliegen,
- aufgrund der Förderung mit Wohnungsfürsorgemitteln nach § 87 a II. WoBauG preisgebunden sind oder
- aufgrund besonderer Maßnahmen und Vergünstigungen nach den §§ 88 ff. II. WoBauG preisgebunden sind.

Nicht mit Mitteln aus öffentlichen Haushalten gefördert und daher nicht erfaßt sind preisgebundene Altbauwohnungen in Berlin. Auch die Fälle des § 14 WoModG (Förderung der Modernisierung von nicht preisgebundenen Wohnungen) fallen nicht unter Absatz 2. Die Vorschrift entspricht somit inhaltlich § 2 Abs. 3 und § 9 Abs. 3 WoVermittG. Die vom Wohnungsvermittlungsgesetz abweichende Formulierung war notwendig, um auch die Regelung des § 9 Abs. 3 WoVermittG einzubeziehen.

Absatz 3 verbietet für Dienste und Leistungen, die mit der Wohnungsvermittlung zusammenhängen, die Vereinbarung von Nebenentgelten neben dem Erfolgshonorar nach § 652 Abs. 1. Die Vorschrift entspricht in ihrem sachlichen Gehalt dem § 3 Abs. 2 Satz 1 WoVermittG. Derartige Nebenentgelte, die vom Zustandekommen eines Mietvertrages unabhängig sind, haben in der Vergangenheit unseriösen Vermittlern einen Anreiz geboten, ihre Tätigkeit im Bereich der Wohnungsvermittlung mehr oder weniger auf die Erhebung solcher Vergütungen (z. B. Einschreibgebühren, Bearbeitungspauschalen, Schreibgebühren) zu beschränken. Ihre

Vereinbarung soll daher zum Schutze des Wohnungsuchenden auch künftig unzulässig bleiben. Auch für die Vereinbarung einer gesonderten Vergütung für Sonderleistungen nach § 652 Abs. 2 dürfte im Bereich der Wohnungsvermittlung kaum Raum bleiben, weil diese Sonderleistungen in aller Regel „im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Mietvertrages“ erbracht werden und damit unter § 654 a Abs. 3 fallen.

Absatz 4 ergänzt für den Bereich der Wohnungsvermittlung die allgemeine Vorschrift des § 652 Abs. 4 über den Ersatz von Auslagen. Eine Vereinbarung über Ersatz von Auslagen kann — unbeschadet der allgemeinen Schranken aus § 652 Abs. 4 — nur für die Fälle vereinbart werden, daß ein Mietvertrag nicht zustande kommt (Absatz 4 Satz 1 Nr. 1), oder soweit die Auslagen im Falle des Zustandekommens eines Mietvertrages eine Monatsmiete übersteigen (Absatz 4 Satz 1 Nr. 2). Diese inhaltlich dem geltenden § 3 Abs. 2 Sätze 2 und 3 WoVermittG entsprechenden Regelungen sollen das Verbot von Nebenentgelten (Absatz 3) absichern. Denselben Zweck dient das Verbot der Vereinbarung oder Annahme von Vorschüssen auf den Auslagenersatzanspruch nach Absatz 4 Satz 2.

Absatz 5 erklärt entsprechend dem Schutzzweck der Vorschrift zum Nachteil des Auftraggebers abweichende Vereinbarungen für unwirksam.

Zu § 654 b (Vertragsstrafen)

Die Begrenzung von Vertragsstrafenvereinbarungen knüpft an § 4 WoVermittG an und soll das Verbot von Nebenentgelten (§ 654 a Abs. 3) zusätzlich absichern. Dem Zweck der Vorschrift entsprechend gilt die Begrenzung nur für Vertragsstrafen zugunsten des Wohnungsvermittlers.

Zu § 654 c (Kopplungsgeschäfte)

§ 654 c übernimmt mit sprachlichen Anpassungen § 3 Abs. 3 WoVermittG. Damit soll eine Kopplung der Wohnungsvermittlung mit Verpflichtungen zum Kauf von Gegenständen oder Bezug von Leistungen unterbunden werden. Zulässig bleibt jedoch nach Absatz 2 die Kopplung des Wohnungsvermittlungsvertrages mit einer Verpflichtung zur Übernahme von Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen des Vermieters oder des Vormieters.

III. Darlehensvermittlung

Zu § 655 (Darlehensvermittlung)

Für den Darlehensvermittlungsvertrag als eine besondere Art des Maklervertrags gelten grundsätzlich die im ersten Untertitel enthaltenen allgemeinen Vorschriften für Maklerverträge (§§ 652 bis 653 b). Ähnlich wie im zweiten Untertitel für die Wohnungsvermittlung sind jedoch im dritten Untertitel abweichende oder ergänzende Regelungen speziell für die Darlehensvermittlung vorgesehen.

§ 655 umschreibt den Anwendungsbereich der besonderen Vorschriften für die Darlehensvermitt-

lung. Die Vorschriften sollen unabhängig davon gelten, ob die Darlehensvermittlung geschäftsmäßig betrieben wird oder nicht. Ist der Auftraggeber Vollkaufmann und der Maklervertrag auf seiner Seite ein Handelsgeschäft, so finden die §§ 655 a bis 655 c nach dem vorgesehenen § 348 a Abs. 2 HGB (vgl. Artikel 2 Nr. 2) jedoch keine Anwendung.

Zu § 655 a (Schriftform, notwendige Angaben)

Mit der Vorschrift soll der durch neuere Untersuchungen erhärteten Erfahrung Rechnung getragen werden, daß Kreditvermittler neben den Kreditinstituten intensiv um Kundschaft werben und dabei den Eindruck günstiger Angebote erwecken. Dieser Werbung steht die ebenfalls erwiesene Tatsache gegenüber, daß sich die Kosten für Kredite durch die Einschaltung eines Kreditvermittlers ganz erheblich erhöhen, und zwar nicht nur um die dem Kreditsuchenden in Rechnung gestellten Vermittlungs- und Bearbeitungsgebühren (in der Regel 5 % der Kreditsumme), sondern z. B. auch durch die Kosten einer dem Kreditsuchenden regelmäßig auferlegten Restschuldversicherung und — nicht selten — durch erhöhte Kreditzinsen für vermittelte Kredite (vgl. „test“, Jahrgang 1979, Heft Nr. 2, „Bis 43 % Jahreszinsen“). Rechtstatsächliche Untersuchungen haben weiterhin ergeben, daß die Kreditkosten in sehr vielen Fällen unzureichend angegeben und die erforderlichen Unterlagen den Kreditkunden vielfach nicht ausgehändigt werden. Hieran vermochten offenbar auch die nach der Makler- und Bauträgerverordnung i. d. F. der Bekanntmachung vom 11. Juni 1975 (BGBl. I S. 1351) — MaBV — für Kreditvermittler vorgeschriebenen umfangreichen schriftlichen Hinweispflichten (vgl. § 11 Nr. 2 i. V. m. § 10 Abs. 3 Nr. 4 MaBV) keine durchgreifende Änderung zu bewirken. Die erforderliche Information und ggf. auch Warnung des Kreditsuchenden vor den Mehrbelastungen, die mit der Einschaltung eines Kreditvermittlers verbunden sein können, sollen daher durch Einführung der obligatorischen Schriftform nach Maßgabe des § 655 a sichergestellt werden.

Absatz 1 Satz 1 sieht für den Darlehensvermittlungsvertrag Schriftformzwang vor. Durch dieses Erfordernis in Verbindung mit den in Abs. 1 Sätze 2 und 3 vorgeschriebenen notwendigen Angaben wird bewirkt, daß der Darlehensvermittlungsvertrag im Falle des Fehlens eines dieser Erfordernisse nach § 126 BGB nichtig ist und mithin keine Verpflichtungen des Auftraggebers gegenüber dem Darlehensvermittler begründet.

Absatz 1 Satz 2 schreibt als notwendiges Erfordernis die Angabe des Vermittlungsentgeltes in einem Vomhundertsatz des Darlehens vor, um dem Auftraggeber die diesbezügliche Belastung deutlich vor Augen zu führen.

Die in Absatz 1 Satz 3 vorgeschriebenen Angaben, die sich auf das zu vermittelnde oder nachzuweisende Darlehen beziehen, hat der Darlehensvermittler schon nach geltendem Recht vor der Annahme des Vermittlungsauftrages dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen (§ 11 Nr. 2 i. V. m. § 10

Abs. 3 Nr. 4 Makler- und Bauträgerverordnung). Die in Abs. 1 Satz 3 vorgeschriebenen Angaben entsprechen im einzelnen wörtlich den nach der MaBV vorgeschriebenen Angaben, so daß der Darlehensvermittler durch Aushändigung der Vertragsurkunde vor Unterschrift gleichzeitig seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten nach § 11 Nr. 2 MaBV genügen kann.

Absatz 1 Satz 4 stellt den Darlehensvermittler in Fällen, in denen die Angaben nach Satz 3 nach den Erfahrungen beim Vollzug der Makler- und Bauträgerverordnung im Zeitpunkt des Abschlusses des Vermittlungsvertrags noch nicht gemacht werden können, von der Verpflichtung nach Satz 3 frei. Für den Darlehensvermittlungsvertrag verbleibt es insoweit bei der einfachen Schriftform nach Satz 1 und der nach Satz 2 vorgeschriebenen Angabe des Vermittlungsentgeltes. Unberührt bleiben die weitergehenden gewerberechtlichen Hinweispflichten, die nach § 11 Nr. 1 MaBV „bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen“ mit dem Dritten zu erfüllen sind, und die Pflichten nach § 1 Abs. 4 der Verordnung über Preisangaben.

Durch Absatz 2 Satz 1 soll erreicht werden, daß das Darlehensgeschäft und das Vermittlungsgeschäft für den Auftraggeber auch äußerlich als zwei getrennte Rechtsgeschäfte erkennbar bleiben. Die in Absatz 2 Satz 2 vorgesehene Pflicht zur Aushändigung der (Vermittlungs-)Vertragsurkunde soll der Unterrichtung des Auftraggebers dienen. Absatz 2 begründet gesetzliche Nebenpflichten des Darlehensvermittlers; Verstöße führen nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, können den Darlehensvermittler jedoch gegenüber dem Auftraggeber schadensersatzpflichtig machen.

§ 655 a gilt auch für darlehensvermittelnde Warenverkäufer, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter, die nach § 1 Satz 2 Nr. 2 MaBV von der Makler- und Bauträgerverordnung ausgenommen sind. Soweit diese Personen ein Darlehen für den Käufer, Versicherungs- oder Bausparkkunden unentgeltlich vermitteln, wird die Nichteinhaltung der Vorschriften des § 655 a im praktischen Ergebnis folgenlos bleiben.

Zu § 655 b (Vergütung, Nebenentgelte)

Absatz 1 modifiziert zum Schutze des Auftraggebers des Darlehensvermittlers die in der allgemeinen Vorschrift des § 652 Abs. 1 Satz 1 festgelegten Voraussetzungen für die Entstehung einer Vermittlungsprovision. Die bloße Darlehenszusage, die der Auszahlung des Darlehens vorausgeht, ist für den wirtschaftlich weniger erfahrenen Kreditsuchenden vielfach noch wertlos, weil sie an Bedingungen gebunden wird, deren Tragweite er nicht überschauen kann und von denen ungewiß ist, ob er sie jemals erfüllen können. So behält sich der Darlehensgeber in der Darlehenszusage mitunter vor, die Auszahlung des Darlehens von gewissen — manchmal sogar banküblichen — Sicherheiten und Nachweisen abhängig zu machen (z. B. Gestellung eines kreditwürdigen Bürgen, Lohnabtretung, Erteilung positiver Auskunft durch Dritte), die der Kreditkunde nicht erbringen kann, selbst wenn er sich

formulärmäßig hierzu verpflichtete. Absatz 1 Nr. 1 knüpft die Entstehung des Vergütungsanspruchs daher an die Voraussetzung, daß das vermittelte oder nachgewiesene Darlehen tatsächlich ausbezahlt wird.

Bei Personen, die einen Kredit zur Verwendung bei ihrer selbständigen gewerblichen oder beruflichen oder einer dienstlichen oder behördlichen Tätigkeit suchen, kann allerdings erwartet werden, daß sie in der Lage sind, die Bedingungen eines Darlehensversprechens zu überschauen und zutreffend einzuschätzen. Dasselbe gilt für Kreditinteressenten, die ein dinglich zu sicherndes oder ein Darlehen zur Zwischenfinanzierung eines Grundstücksgeschäftes suchen. In diesen Fällen soll nach Absatz 1 Nr. 2 in Übereinstimmung mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (BGH NJW 1979, 1957) die Vermittlungsprovision bereits verdient sei, wenn der Vertrag über die Auszahlung des Darlehens in solcher Weise geschlossen ist, daß der Darlehensnehmer einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung des Darlehens hat, der an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist als an die vertraglich ausbedungenen Sicherheiten und Nachweise.

Absatz 2 Satz 1 verbietet für Dienste und Leistungen des Darlehensvermittlers, die mit der Darlehensvermittlung zusammenhängen, die Vereinbarung von Nebenentgelten neben dem Erfolgshonorar nach Absatz 1. Die Vorschrift entspricht dem § 654 a Abs. 3 und beruht auf denselben Erwägungen wie diese dem § 3 Abs. 2 Satz 1 WoVermittG nachgebildete Regelung. Die Möglichkeit der Vereinbarung erfolgsunabhängiger Entgelte wie z. B. Schreibgebühren, Bearbeitungspauschalen oder Einschreibgebühren hat jedenfalls in der Vergangenheit nicht selten unseriösen Vermittlern einen Anreiz geboten, auch aussichtslose Aufträge der Gebühren wegen entgegenzunehmen. Hiervor soll der Auftraggeber geschützt werden.

Absatz 2 Satz 2 stellt klar, daß die Vereinbarung eines Anspruchs des Darlehensvermittlers auf Ersatz von Auslagen gemäß § 652 Abs. 4 möglich bleibt; einen Vorschuß auf den Erstattungsanspruch soll der Darlehensvermittler jedoch weder vereinbaren noch annehmen dürfen.

Zu § 655 c (Vertragsstrafen)

Die Begrenzung von Vertragsstrafenvereinbarungen hat ein Vorbild in § 4 WoVermittG und soll wie dort verhindern, daß das Verbot von Nebenentgelten (§ 655 b Abs. 2 Satz 1) durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe unterlaufen wird. Dem Zweck der Vorschrift entsprechend gilt die Begrenzung nur für Vertragsstrafen zugunsten des Darlehensvermittlers.

IV. Ehevermittlung und Eheanbahnung

Die im vierten Untertitel zusammengefaßten Vorschriften über die Ehevermittlung und Eheanbahnung geben die Regelung des geltenden § 656 BGB auf, wonach der Vertrag zwischen dem Ehesuchenden und dem Vermittlungs- oder Anbahnungsinsti-

tut eine klagbare Lohnforderung nicht begründet. Die entgeltliche Ehevermittlung und -anbahnung entsprechen einem echten sozialen Bedürfnis; nach heutiger Anschauung gibt es für die schon bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches umstritten gewesene Unklagbarkeit des Ehemäklerlohnes keinen einleuchtenden Grund.

Abweichend vom geltenden § 656 BGB werden die Rechte und Pflichten der Vertragspartner nicht mehr allein nach dem Leitbild des reinen Maklervertrages geregelt, der eine Tätigkeitspflicht des Vermittlers nicht begründet und nur eine erfolgsbedingte Zahlungsverpflichtung des Kunden mit sich bringt. Die heute ganz überwiegende Geschäftspraxis und Vertragsgestaltung der größeren Eheanbahnungsinstitute weisen den Vertrag mit dem ehesuchenden Kunden als eine Mischform aus Makler- und Dienstvertrag mit überwiegend dienstvertraglichen Elementen aus (Peter Gilles, Gewerbsmäßige Ehevermittlung, Luchterhand Verlag 1977, S. 6—12). Andererseits kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, daß im Bereich der Ehevermittlung Erfolgshonorare überhaupt nicht mehr vereinbart werden und der Typus des reinen oder überwiegenden Vermittlungsvertrags nicht mehr vorkommt. Der Entwurf trägt den unterschiedlichen Gegebenheiten in der Weise Rechnung, daß er mit dem § 656 (Ehevermittlung) einerseits und den §§ 656 a bis 656 e (Eheanbahnung) andererseits Vorschriften für beide Vertragstypen (Vertrag mit Erfolgshonorar, Vertrag mit Tätigkeitshonorar) zur Verfügung stellt, die je nach dem Inhalt der von den Vertragsparteien übernommenen Verpflichtungen zur Anwendung gelangen. Verspricht der Kunde eine Vergütung für die „Vermittlung einer Ehe oder den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe“, so unterliegt der Vertrag, der aufgrund seiner Natur als echter Maklervertrag charakterisiert werden kann, den Vorschriften des § 656: Der Vergütungsanspruch des Ehevermittlers setzt in diesem Fall voraus, daß infolge seiner Tätigkeit eine Ehe zustande kommt, Nebenentgelte außer dem Erfolgshonorar sind ausgeschlossen. Derartige Verträge dürften heute in der Minderzahl sein. Verpflichtet sich der Beauftragte zur Leistung wiederkehrender Dienste oder anderer wiederkehrender Leistungen, die der „Anbahnung einer Ehe“ dienen sollen, so ist der Vertrag hingegen durch eine überwiegend dienstvertragliche Natur gekennzeichnet und soll den §§ 656 a bis 656 e unterliegen, die durch Anordnung gleich hoher Teilleistungen und ein unabdingbares Kündigungsrecht den nach allen bisherigen Erfahrungen dringend erforderlichen Schutz des Auftraggebers sicherstellen.

Keine besondere Regelung sieht der Entwurf für Verträge vor, durch die sich jemand verpflichtet, eine einmalige Leistung zur Anbahnung einer Ehe zu erbringen (z. B. Überlassung von Anschriften Heiratswilliger, Beratung); für einen solchen Vertrag wird je nach Art der übernommenen Leistung vor allem die Anwendung von Kauf- oder Dienstvertragsrecht in Betracht kommen. Desgleichen sollen Veranstaltungen zur bloßen Kontakthanbahnung

ohne das Ziel einer Eheanbahnung den Vorschriften des 4. Untertitels nicht unterliegen.

Zu § 656 (Ehevermittlung)

Die Vorschrift regelt Ehevermittlungsverträge, die nach den von den Parteien übernommenen Hauptpflichten als echte Maklerverträge zu qualifizieren sind. Sie kommt zur Anwendung, wenn der Auftraggeber eine Vergütung „für die Vermittlung einer Ehe oder den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe“ verspricht. Nach Absatz 1 Satz 1 setzt der Vergütungsanspruch des Ehevermittlers voraus, daß infolge seiner Tätigkeit eine Ehe zustande kommt; ein erfolgsunabhängiges Entgelt ist — unbeschadet des in Absatz 3 i. V. m. § 652 Abs. 4 geregelten Auslagenersatzes — gemäß Abs. 5 ausgeschlossen. Im Hinblick auf die nach den §§ 656 a bis 656 e gegebene Möglichkeit des Eheanbahnungsvertrages mit seiner abweichenden Vergütungsregelung sowie zur Vermeidung von Streitigkeiten über die getroffenen Vereinbarungen — insbesondere die Vergütungsvereinbarung — sieht Absatz 1 Satz 2 ebenso wie § 656 c für den Eheanbahnungsvertrag auch für den Ehevermittlungsvertrag die Schriftform vor.

Absatz 2 verbietet die Vereinbarung von Nebenentgelten für Dienste oder Leistungen des Ehevermittlers, die mit der Ehevermittlung zusammenhängen. Damit soll einer Aushöhlung des in Absatz 1 festgelegten Prinzips des Erfolgshonorars vorgebeugt und der Auftraggeber vor versteckten Tätigkeitsentgelten wie Einschreibgebühren oder Bearbeitungspauschalen geschützt werden, die unseriösen Vermittlern in der Vergangenheit einen Anreiz geboten haben, auch aussichtslose Aufträge der Gebühren wegen entgegenzunehmen.

Absatz 3 schreibt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des ersten Untertitels über das Verbot von Vorschüssen (§ 652 Abs. 3) und über den Ersatz von Auslagen (§ 652 Abs. 4) vor. Die durch den geltenden § 656 BGB mitveranlaßte Erhebung von Vorschüssen hat in der Vergangenheit zu schweren Benachteiligungen des Auftraggebers geführt und gehört zu den hauptsächlichen Mißständen im Bereich der Ehevermittlung, denen der Entwurf vorbeugen will.

Da der Ehevermittlungsvertrag wegen des außerordentlichen Vermittlungsziels einer Ehe eine Aufgabe zum Gegenstand hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegt, sieht Absatz 4 für beide Vertragsteile das Recht zur jederzeitigen Kündigung ohne Einhaltung einer Frist vor. Absatz 4 erklärt rechtsgeschäftliche Abweichungen von den Absätzen 1 bis 4 zum Nachteil des Auftraggebers entsprechend dem Schutzzweck dieser Vorschriften für unwirksam.

Zu § 656 a (Eheanbahnungsvertrag)

§ 656 a leitet die Vorschriften über den Eheanbahnungsvertrag ein (§§ 656 a bis 656 e). Diesen Vertragstyp legen die größeren Eheanbahnungsinstitute ganz überwiegend ihrer Geschäftspraxis und Vertragsgestaltung zugrunde. Er wird dadurch charak-

terisiert, daß die Vergütung nicht oder nicht in erster Linie für die Vermittlung einer Ehe versprochen wird, sondern für fortlaufende Dienste oder sonstige wiederkehrende Leistungen, die der Anbahnung einer Ehe dienen sollen. Nicht zuletzt als Folge der im geltenden § 656 BGB angeordneten Unklagbarkeit des Vergütungsanspruchs ist in diesem Geschäftszweig die Vorauszahlung des gesamten Honorars — oft für mehrjährige „Mitgliedschaft“ des Auftraggebers — weithin zur Regel geworden. Die dem Auftraggeber abverlangten hohen Vorauszahlungen, die oft mehrere Tausend Deutsche Mark betragen, übersteigen nicht selten dessen Leistungskraft und müssen daher mit der Folge erheblicher zusätzlicher Kosten durch ein Kreditinstitut finanziert werden, an das der Auftraggeber auf Jahre hinaus monatliche Darlehensrückzahlungsraten zu leisten hat. Kündigt der Auftraggeber den Eheanbahnungsvertrag vor Ablauf der vorgesehenen „Mitgliedschaftsdauer“, so führt dies für ihn in der Regel zu hohen finanziellen Einbußen, da der Kreditgeber auf der Rückzahlung des Darlehens besteht und das Eheanbahnungsinstitut nur zur Rückerstattung verhältnismäßig geringer Beträge bereit ist, die häufig in langwierigen Prozessen erkämpft werden müssen. Oft scheuen die Auftraggeber aus Scham über ihr Mißgeschick und ihre Schwierigkeiten den Weg vor die Gerichte. Diesen Mißständen, die nicht nur Randerscheinungen in der Eheanbahnungsbranche darstellen (Peter Gilles a. a. O. S. 5), will der Entwurf mit der Regelung in den §§ 656 a bis 656 e entgegenreten.

§ 656 a Absatz 1 definiert den Eheanbahnungsvertrag und gestattet die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Vergütung, wenn sich jemand zu „wiederkehrenden Diensten oder sonstigen wiederkehrenden Leistungen zur Anbahnung einer Ehe“ verpflichtet. Nicht erforderlich ist, daß die Dienste oder Leistungen regelmäßig wiederkehren, jedoch muß der Vertrag von einiger Dauer sein und wiederholte Leistungen umfassen; eine nur einmalige Leistung zur Anbahnung einer Ehe (z. B. Überlassung von Anschriften, Veranstaltung eines Treffens) soll nicht in den Anwendungsbereich der §§ 656 a ff. fallen.

Nach Absatz 2 ist die Vergütung in gleich hohen Teilleistungen jeweils für einen Monat festzulegen, abweichende Vergütungsvereinbarungen, nach denen beispielsweise am Anfang mehr zu zahlen ist als später (z. B. Aufnahmegebühr), sind nach § 656 e unwirksam. Zusammen mit dem in § 656 d vorgesehenen Kündigungsrecht soll diese Regelung den Auftraggeber davor schützen, daß zu Beginn des Vertragsverhältnisses überproportional hohe Teilleistungen verlangt werden können, die im Falle einer Kündigung für ihn verloren wären und damit denselben schädlichen Effekt hätten wie die bisher praktizierten Vorauszahlungen. Für das zur Dienstleistung verpflichtete Eheanbahnungsinstitut wird die Regelung dadurch abgemildert, daß nach § 656 d Satz 2 ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Kündigung in jedem Fall eine Vergütung bis zur Höhe von drei Teilleistungen vereinbart werden kann. Damit können die sog. Anlaufkosten, die zu Beginn des Vertragsverhältnisses höher sein

mögen als in der späteren Betreuungsphase, auch bei frühzeitiger Kündigung des Auftraggebers aufgefangen werden. Eine weitergehende Verlagerung der Vergütungspflicht auf den Beginn des Vertragsverhältnisses ist nicht gerechtfertigt, weil es entgegen den Grundgedanken der §§ 611, 628 Abs. 1 BGB an der Leistungsbezogenheit solcher Vergütungen fehlt (Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichtes vom 2. November 1978 ^{10 U 31/78} 15 O 610/77 in Sachen Verbraucherschutzverein v. Fa. Altmann GmbH & Co., Peter Gilles a. a. O. Rdnr. 44; BGH BB 1978, 636/638). Unberührt von der Regelung des Absatzes 2 bleibt die Möglichkeit der Vereinbarung des Ersatzes von Auslagen gemäß § 656 b Satz 2 i. V. m. § 652 Abs. 4. Die monatlichen Teilleistungen können nach § 656 a Abs. 2 letzter Halbsatz im Interesse der erleichterten Abwicklung der Zahlungen für drei Monate im voraus verlangt werden.

Absatz 3 regelt den Vergütungsanspruch in Fällen, in denen im Rahmen eines Eheanbahnungsvertrages auch ein Erfolgshonorar für den Fall des Zustandekommens einer Ehe vereinbart wird. Eine solche Vereinbarung soll möglich bleiben, da sowohl die wiederkehrenden Dienste und Leistungen als auch der Erfolg der Vermittlung Vertragsinhalt und Rechtsgrund für die Vergütung sein können. Im Falle der erfolgreichen Vermittlung sollen die Vergütungen allerdings nicht kumuliert, sondern nur wahlweise — und zwar nach Wahl des Vermittlers — geschuldet sein. Diesem soll entweder eine Vergütung für die erfolgreiche Vermittlung zustehen, auf die gegebenenfalls die bereits entrichteten Teilleistungen anzurechnen sind, oder die Vergütung für die bereits erbrachten Dienste und Leistungen. Vereinbarungen, wonach im Falle einer erfolgreichen Vermittlung neben dem Erfolgshonorar die bereits erbrachten Zahlungen verfallen, werden damit ausgeschlossen.

Zu § 656 b (Nebenleistungen, Auslagen)

Die in § 656 a Abs. 2 vorgesehene Regelung der Vergütung in gleich hohen monatlichen Teilleistungen wäre wirkungslos, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete für Nebenleistungen, die mit der Eheanbahnung zusammenhängen, eine gesonderte Vergütung vereinbaren könnte. In § 656 b Satz 1 werden daher gesonderte Vergütungen für Nebenleistungen ausgeschlossen. Nach § 656 b Satz 2 bleibt es dem zur Dienstleistung Verpflichteten jedoch unbenommen, Ersatz von Auslagen nach Maßgabe des § 652 Abs. 4 zu vereinbaren. Vorschüsse auf den Auslagenersatzanspruch sollen jedoch weder vereinbart noch angenommen werden dürfen.

Zu § 656 c (Schriftform)

Absatz 1 Satz 1 sieht für den Eheanbahnungsvertrag ebenso wie § 656 Abs. 1 Satz 2 für den Ehevermittlungsvertrag das Erfordernis der Schriftform vor. Derartige Verträge werden schon jetzt regelmäßig schriftlich abgeschlossen. Der Eheanbahnungsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis und be-

gründet fortlaufende Zahlungspflichten des Auftraggebers. Durch die Schriftform sollen namentlich dem Auftraggeber seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag vor Augen geführt und Streitigkeiten über die getroffenen Abmachungen vermieden oder wenigstens vermindert werden. Nach Absatz 1 Satz 2 müssen Betrag, Zahl und Fälligkeit der Teilleistungen in den schriftlichen Vertrag aufgenommen werden. Ein Vertrag, der diesen Erfordernissen nicht genügt, soll nach § 125 BGB nichtig sein.

Absatz 2 begründet gesetzliche Nebenpflichten des zur Dienstleistung verpflichteten Eheanbahnners. Nach Absatz 2 Satz 1 hat er dem Auftraggeber eine Vertragsabschrift auszuhändigen, die nach Absatz 2 Satz 2 eine deutlich hervorgehobene Belehrung über das Kündigungsrecht des Auftraggebers enthalten muß. Erfahrungsgemäß ist dem Auftraggeber sein Kündigungsrecht, das nach geltendem Recht aus § 627 BGB abgeleitet wird, in vielen Fällen unbekannt. Verstöße gegen die in Absatz 2 festgelegten Nebenpflichten sollen dem Vertrag die Wirksamkeit nicht nehmen, können jedoch Schadenersatzpflichten des Eheanbahnners nach sich ziehen.

Zu § 656 d (Kündigung)

Dienste zur Anbahnung einer Ehe sind höhere Dienste, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Niemand soll gezwungen werden, solche Dienste länger als gewollt in Anspruch zu nehmen. § 656 d Satz 1 räumt den Vertragsparteien daher ein Kündigungsrecht ein, das an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist als die Einhaltung einer kurzen, an § 621 Nr. 3 BGB angelegten Kündigungsfrist. Das Kündigungsrecht des Auftraggebers ist nach § 651 e unabdingbar.

Satz 2 ermöglicht es dem Eheanbahner, auch in Fällen einer alsbaldigen Kündigung des Auftraggebers sogenannte Anlaufkosten aufzufangen (vgl. dazu Begründung zu § 656 a Abs. 2). Für den Fall, daß der Auftraggeber bereits zum Schluß des ersten oder zweiten Kalendermonats kündigt, kann nach Satz 2 eine Vergütung bis zu drei Teilleistungen vereinbart werden. Damit kann sich der Eheanbahner in jedem Falle mindestens drei Teilleistungen sichern. Im übrigen geht der Entwurf davon aus, daß der Umfang der Vergütung nach § 656 a Abs. 2 (monatliche gleich hohe Teilleistungen) immer der Vertragsdauer zu entsprechen hat. Eine Ausnahme soll nach Satz 3 i. V. m. § 628 Abs. 1 Satz 2 nur dann möglich sein, wenn der Eheanbahner kündigt, ohne durch ein vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers dazu veranlaßt zu sein, oder wenn der Eheanbahner die Kündigung des Auftraggebers durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt. In diesen Fällen soll die Vergütung für bereits erbrachte Dienste entfallen, soweit diese für den Auftraggeber infolge der Kündigung ohne Interesse sind (§ 628 Abs. 1 Satz 2).

Zu § 656 e (zwingendes Recht)

§ 656 e verbietet dem Schutzzweck dieser Vorschriften entsprechend vertragliche Abweichungen

von den §§ 656 a bis 656 d zum Nachteil des Auftraggebers.

Zu Artikel 2 (Änderung des Handelsgesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (Handelsmakler)

Die Vorschrift des § 653 b Abs. 1 Satz 1, wonach bei Vermakelung eines eigenen Gegenstandes ein Entgeltanspruch des Maklers ausgeschlossen sein soll, würde in den Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen, in denen der Handelsmakler gesetzlich zum Selbsteintritt berechtigt ist. Ein solches Recht steht dem Handelsmakler zum einen im Falle des § 95 HGB, zum anderen im Falle der Betätigung als Kursmakler unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 des Börsengesetzes zu. Daher soll die Regelung des § 653 b Abs. 1 Satz 1 für Handelsmakler nicht gelten.

Die Grundsätze des § 653 b Abs. 1 Satz 2 haben auch für den Handelsmakler Gültigkeit. Jedoch kann davon ausgegangen werden, daß die Gefahr einer Interessenkollision ausgeschlossen ist, wenn das Geschäft mit dem Dritten zum Börsen- oder Marktpreis oder zu einem für den Auftraggeber günstigeren Preis ausgeführt wird.

Zu Nummer 2 (Vollkaufleute)

Zu § 348 a Abs. 1 HGB

Die Einwendungen, die der Darlehensnehmer nach § 607 a BGB gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen können, können ihre Grundlage sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch wie auch im Abzahlungsgesetz haben. Die Einführung eines Widerrufsrechtes des Abzahlungskäufers bildete sogar den Ausgangspunkt für die Aufforderung des Bundestages, eine Regelung über finanzierte Rechtsgeschäfte zu erarbeiten (Niederschrift über die 70. Sitzung vom 12. Dezember 1973, Seite 4286, 4291). Daraus folgt, daß der Schutzbereich des § 607 a BGB derselbe sein muß wie der des Abzahlungsgesetzes. Nach § 8 AbzG gelten die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes nicht, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Entsprechend wird der Anwendungsbereich des § 607 a BGB in § 348 a Abs. 1 HGB geregelt.

Zu § 348 a Abs. 2 HGB

Sofern der Maklervertrag auf der Seite des Auftraggebers ein Handelsgeschäft ist, besteht für die Anwendung spezifischer Kundenschutzvorschriften keine Notwendigkeit. Um solche handelt es sich bei dem Verbot des § 652 Abs. 1 Satz 4, erfolgsunabhängige Honorare zu vereinbaren, bei dem Vorschußverbot nach § 652 Abs. 3, bei den Beschränkungen des Auslagensatzes nach § 652 Abs. 4 Satz 2, bei der zwingenden Regelung von Alleinaufträgen (§ 653 Abs. 3) und bei den Schutzvorschriften der §§ 655 a bis 655 c über die Darlehensvermittlung.

Bei der Ehevermittlung und in der Regel auch bei der Wohnungsvermittlung ergibt sich aus dem Gegenstand des Vertrags, daß dieser auf der Seite des Auftraggebers kein Handelsgeschäft ist. Soweit ein Wohnungsvermittler von einem gewerbsmäßigen Vermieter — etwa einer Wohnungsbaugesellschaft — mit der Vermittlung beauftragt wird, fällt auch dieser Vertrag nach geltendem Recht in den Anwendungsbereich des Wohnungsvermittlungsgesetzes. Daß sich hieraus Unzuträglichkeiten ergeben haben, konnte nicht festgestellt werden.

Zu Artikel 3 (Aufhebung der §§ 1 bis 5 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung)

Von den §§ 1—5 WoVermittG gehen die Regelungen des § 2 Abs. 1 (Grundsatz des Erfolgshonorars), § 2 Abs. 2 Nr. 3 (Ausschluß der Vergütung bei wirtschaftlicher Verflechtung) und § 2 Abs. 4 (Verbot von Vorschüssen) in den allgemeinen Vorschriften des ersten Untertitels (§§ 652 bis 653 c) auf. Im übrigen werden die zivilrechtlichen Vorschriften des Wohnungsvermittlungsgesetzes als besondere Vorschriften über die Wohnungsvermittlung im zweiten Untertitel (§§ 654 bis 654 c) zusammengefaßt. Die §§ 1 bis 5 WoVermittG werden damit gegenstandslos und können aufgehoben werden.

Die in den §§ 6—8 WoVermittG enthaltenen öffentlich-rechtlichen, mit Geldbuße bewehrten Regelungen über die Voraussetzungen und den Inhalt von gewerbsmäßigen Angeboten bei der Vermittlung von Wohnräumen sollen nach entsprechender Erweiterung der Ermächtigungsgrundlage in § 34 c Abs. 3 Gewerbeordnung in die Makler- und Bauträgerverordnung überführt werden, der Bundesminister für Wirtschaft soll ermächtigt werden, in einer

Rechtsverordnung zur entsprechenden Ergänzung der Makler- und Bauträgerverordnung die §§ 6 bis 8 des Wohnungsvermittlungsgesetzes aufzuheben (vgl. Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Artikel 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Artikel 6 § 1).

Zu Artikel 4

Artikel 4 enthält die übliche Berlin-Klausel.

Zu Artikel 5

Für das Inkrafttreten des Gesetzes wird eine angemessene Übergangsfrist vorzusehen sein. Allgemeinen Grundsätzen entsprechend wird das Gesetz für Verträge, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen worden sind, nicht gelten.

C. Kosten

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf die Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte. Auswirkungen auf das allgemeine Preisniveau sind nicht zu erwarten. Die Vorschriften über Maklerverträge erhöhen die Transparenz der Vergütungen insbesondere in den Bereichen der Darlehensvermittlung und Eheanbahnung und haben insgesamt eine preismindernde Tendenz. Die Vorschriften über den Einwendungsdurchgriff bei drittfinanzierten Rechtsgeschäften dehnen gewisse Risiken aus dem Kaufgeschäft auf den Kreditgeber aus und können zu einer im einzelnen nicht quantifizierbaren, insgesamt aber nicht beträchtlichen Kostenerrhöhung im Bereich der verbundenen Kredite führen.

Stellungnahme des Bundesrates

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

1. Zu Artikel 1

Die Bundesregierung wird gebeten zu prüfen, ob der Gesetzentwurf im weiteren Gesetzgebungsverfahren um Vorschriften über eine qualifizierte Schriftform für entgeltliche Darlehensverträge mit Nichtkaufleuten, die Folgen der Nichtbeachtung einer solchen Schriftform sowie über ein befristetes Widerrufsrecht zugunsten des Empfängers eines entgeltlichen Darlehens ergänzt werden sollte.

Eine solche Regelung erscheint im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich; schutzwürdige Interessen der Kreditwirtschaft werden dadurch nicht berührt.

2. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 607 a Abs. 1 BGB)

In § 607 a Abs. 1 Satz 1 sind die Worte „nach den Umständen“ zu streichen.

Begründung

Bei der von der Rechtsprechung zu prüfenden Frage eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs sind grundsätzlich die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Einer besonderen Hervorhebung, die auch in vergleichbaren Fällen im Bürgerlichen Gesetzbuch diesem Grundsatz entsprechend unterblieben ist, bedarf es daher nicht.

3. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 607 a Abs. 4 BGB)

In § 607 a Abs. 4 sind die Worte „zum Zwecke der Erlangung einer anderen Leistung als des Kaufes eines Gegenstandes“ durch die Worte „zur Erlangung einer anderen Leistung“ zu ersetzen.

Begründung

Sprachliche Vereinfachung.

4. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§§ 652 ff. BGB betr. Maklervertrag)

a) Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) in die Neuordnung miteinzubeziehen, soweit sie den Immobilien-, Darlehens- und Anlagenvermittler betreffen und sich mit den Vertragsverhand-

lungen und der Vertragsausgestaltung befassen (§§ 2, 4, 6, 7, 8, 11 und 12 MaBV).

Die Bundesregierung wird gebeten, dabei den § 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (Angebot von Wohnungen nur mit Auftrag) ebenfalls miteinzubeziehen.

Die genannten Vorschriften regeln die zivilrechtlichen Fragen der Anbahnung und Ausgestaltung von Vertragsbeziehungen auf dem Umweg über das Wirtschaftsverwaltungsrecht und vermengen damit auch Zivilrecht und Verwaltungsrecht in rechtspolitisch unerwünschter Weise miteinander (vgl. Hillermeier, Betriebsberater 1976 S. 725, 727). Dies führt nicht nur zu Rechtzersplitterung und Rechtsunklarheit, sondern insbesondere auch zu einer bedauerlichen Lücke im Rechtsschutz, weil die Verletzung gewerberechtlicher Pflichten für den Bestand und den Inhalt abgeschlossener Verträge ohne unmittelbare und zivilrechtlich gesicherte Auswirkungen ist.

Die angestrebte einheitliche und überschaubare Ausgestaltung des Maklerrechts im Rahmen des BGB erscheint im übrigen auch aus Gründen der Gleichbehandlung aller Makler erforderlich.

b) Der Bundesrat bittet die Bundesregierung auch bei dieser Gelegenheit nochmals — vgl. BR-Drucksache 179/75 (Beschuß) und BR-Drucksache 644/75 (Beschuß) —, sobald wie möglich einen Gesetzentwurf für eine umfassende zivilrechtliche Regelung des Bauträger- und Baubetreuervertragsrechts vorzulegen.

5. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 652 Abs. 1 BGB)

a) In § 652 Abs. 1 Satz 1 ist nach den Worten „der Vergütung“ das Wort „nur“ einzufügen.

Begründung

§ 652 Abs. 1 Satz 1 bringt nicht hinreichend klar zum Ausdruck, daß ohne Abschluß des Vertrages mit dem Dritten eine Vergütung in keinem Fall geschuldet wird. Diese Konsequenz wird durch die Einführung des bereits im geltenden Recht enthaltenen Wortes „nur“ verdeutlicht.

b) Der Entwurf trifft keine Regelung für den Fall, daß die Rechtsbeständigkeit des Vertrages mit dem Dritten aus einem anderen als dem in § 652 Abs. 1 Satz 2 angegebenen

Grund in der Schwebe ist. Der Bundesrat ist der Auffassung, daß § 652 Abs. 1 Satz 4 für die Verträge entsprechend gilt, die die Rechtsprechung einem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Vertrag gleichstellt, so daß z. B. für den Fall der Ausübung eines vertraglich vereinbarten vorbehaltlosen Rücktrittsrechts (BGH NJW 1974, 694) eine Zahlungsverpflichtung des Auftraggebers nicht vereinbart werden kann. Für den Fall, daß die Bundesregierung anderer Ansicht sein sollte, wird sie gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf eine entsprechende Klarstellung hinzuwirken.

6. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 652 Abs. 1 Satz 4, § 656 Abs. 5, § 656 e BGB)

Der Gesetzentwurf verwendet hinsichtlich der für den Makler zwingenden Vorschriften zum Teil einen anderen Sprachgebrauch als das Bürgerliche Gesetzbuch. Die Bundesregierung wird deshalb gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf einen einheitlichen Sprachgebrauch im Sinne vergleichbarer Vorschriften des geltenden Rechts (§ 537 Abs. 3, § 543 Satz 2, § 549 Abs. 2 Satz 3 BGB) hinzuwirken.

7. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 652 Abs. 2 BGB)

§ 652 Abs. 2 ist eingangs wie folgt zu fassen:

„(2) Für andere vertraglich vorgesehene Leistungen des Maklers, ...“.

Begründung

Leistung ist der Oberbegriff, der auch besondere Dienste des Maklers umfaßt.

Außerdem wird klargestellt, daß derartige Leistungen Vertragsinhalt geworden sein müssen, weil damit ein Streit ausgeschlossen wird, wenn der Makler unaufgefordert zusätzliche Leistungen im Sinne der Begründung des Entwurfs erbringt und sich dann auf eine möglicherweise im Vertrag nur durch einen pauschalen Hinweis vermerkte Vergütungspflicht beruft, und der Auftraggeber den Vertrag in der Meinung unterschrieben hat, weitergehende Leistungen seien nicht vereinbart, so daß ihn die Vergütungsvereinbarung gar nicht berühren könne.

8. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 653 Abs. 1 und 2 BGB)

a) In § 653 Abs. 1 Satz 2 sind die Worte „wegen Nichterfüllung“ zu streichen.

Begründung

§ 653 Abs. 1 Satz 2 i. d. F. des Entwurfs billigt dem Makler für den Fall, daß der Auftraggeber seine Pflichten aus dem Alleinauftrag verletzt, einen Schadensersatzan-

spruch wegen Nichterfüllung zu. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (S. 17) ist dieser Anspruch auf den Ersatz der vergeblichen Aufwendungen und nur beim Vorliegen bestimmter vom Makler zu beweisender Voraussetzungen auch auf den entgangenen Gewinn gerichtet, der die Höhe der vollen Vergütung erreichen kann. Demgegenüber kann die Vorschrift dahin verstanden werden, daß sie in jedem Falle auf den Ersatz der Vergütung (evtl. abzüglich ersparter Aufwendungen) gerichtet ist. Dies beruht darauf, daß die Formulierung unzutreffend davon ausgeht, daß ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung in jedem Falle ein solcher wegen Nichterfüllung sei.

b) In § 653 Abs. 1 Satz 3 am Ende ist der Punkt durch ein Komma zu ersetzen und folgender neuer Halbsatz anzufügen:

„wenn dem Auftraggeber nicht der Nachweis abgeschnitten wird, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale.“

Begründung

Schadensersatzpauschalen sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beanstanden, wenn sie den Nachweis abschneiden, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger. Dieser Grundsatz der Rechtsprechung (vgl. Palandt 38. Aufl., § 11 AGB-G Anm. 5 mit Nachweisen) ist auch in § 11 Nr. 5 Buchstabe b AGB-G niedergelegt. Er sollte — schon zur Vermeidung von Unklarheiten im Verhältnis zu § 11 Nr. 5 AGB-G — in die vorgesehene Regelung mitaufgenommen werden.

c) § 653 ist wie folgt zu ändern:

aa) In Absatz 1 ist folgender Satz 4 anzufügen:

„Schuldet der Auftraggeber nach dem Maklervvertrag im Erfolgsfall keine Vergütung, so kann als Entschädigung nach Satz 3 ein Betrag bis zur Höhe von fünfzig vom Hundert der üblicherweise von dem Dritten zu zahlenden Vergütung vereinbart werden.“

bb) In Absatz 2 ist folgender Satz anzufügen:

„Absatz 1 Satz 4 gilt entsprechend.“

Begründung

In Hessen z. B. wird branchenüblich nur mit dem Käufer eines zu vermittelnden Grundstücks die Zahlung einer Vergütung vereinbart. Bemißt man in diesen Fällen die Pauschalierung des Schadensersatzanspruches nach Absatz 1 und die Vergütung nach Absatz 2 des § 653 ausschließlich an der von dem auftraggebenden Verkäufer zu

zahlenden Vergütung (vgl. S. 17, 18 der Begründung des Entwurfs), so bestünde für den Makler keine Möglichkeit, vertragliche Vereinbarungen über Ansprüche nach Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 Satz 2 zu treffen. In diesen Fällen sollte es daher ermöglicht werden, diese Ansprüche bis zur Hälfte der üblicherweise mit dem Dritten vereinbarten Vergütung zu bemessen.

9. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 653 Abs. 2 BGB)

In § 653 Abs. 2 ist Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Jedoch kann vereinbart werden, daß der Auftraggeber eine angemessene Vergütung bis zur Höhe von fünfzig vom Hundert der von ihm im Erfolgsfall geschuldeten Vergütung auch dann zu leisten hat, wenn er den Vertrag ohne Inanspruchnahme des Maklers abschließt, und der Makler vorher eine erfolgversprechende Tätigkeit entfaltet hat.“

Begründung

Es erscheint nicht angemessen, dem alleinbeauftragten Makler jegliches Entgelt für seine Arbeit zu versagen, wenn diese erfolgversprechend war, der Auftraggeber aber den Vertrag ohne Vermittlung des Maklers abgeschlossen hat. Für diesen Fall sollte die Möglichkeit bestehen, eine der Tätigkeit angemessene Vergütung zu vereinbaren. Ansonsten bestünde auch für den Auftraggeber und seinen Vertragspartner ein unerwünschter Anreiz, den Provisionsanspruch des Maklers durch die Behauptung zu vereiteln, seine Tätigkeit sei für den Vertragsschluß nicht ursächlich gewesen. Der Makler könnte ein solches unredliches Zusammenwirken der Vertragsparteien kaum jemals nachweisen und würde auf diese Weise unschwer um die Früchte seiner Arbeit gebracht werden können.

Als Anhaltspunkt für die dem Makler zuzubilligende angemessene Vergütung können entsprechend der in § 653 Abs. 1 Satz 3 getroffenen Regelung bis zu 50 v. H. der für den Fall der erfolgreichen Vermittlung oder des erfolgreichen Nachweises geschuldeten Vergütung angenommen werden.

10. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 653 Abs. 4 BGB)

In § 653 Abs. 4 sind die Worte „nach den Absätzen 1 oder 2“ zu streichen.

Begründung

Die Fassung des Entwurfs ist mißverständlich. Die Vereinbarung nach § 653 Abs. 2 Satz 2 ist keine selbständige Sonderform des Alleinauftrags, da dieser in Absatz 1 Satz 1 abschließend definiert ist. Sie ist vielmehr eine mit dem Alleinauftrag untrennbar verbundene Zusatzvereinbarung und damit nach allgemeinen Grundsätzen auch ohne ausdrückliche Regelung dem gesetzlichen Formzwang unterworfen.

11. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 653 a Abs. 2 BGB)

a) In § 653 a Abs. 2 Satz 2 ist das Komma durch einen Punkt zu ersetzen und der nachfolgende Halbsatz zu streichen.

b) In § 653 a Abs. 2 ist folgender Satz 3 anzufügen:

„Für einen längeren als den in Satz 2 bestimmten Zeitraum kann das Kündigungsrecht ausgeschlossen werden, wenn dies wegen der Art oder des Gegenstandes des zu vermittelnden oder nachzuweisenden Vertrages erforderlich ist.“

Begründung

zu a) und b)

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Alleinauftrag nach Ablauf von sechs Monaten gekündigt werden kann, ist nur in den Fällen zuzulassen, in denen die besonderen Umstände eine längere Vertragsdauer erfordern. Dies wird durch die vorgeschlagene Fassung des Satzes 3 klargestellt.

12. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 653 b Abs. 2 BGB)

In § 653 b Abs. 2 sind jeweils die Worte „auf Rechnung“ durch die Worte „für Rechnung“ zu ersetzen.

Begründung

Redaktionelle Anpassung an den Sprachgebrauch des geltenden Rechts (z. B. § 383 HGB).

13. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 654 Abs. 1 BGB)

In § 654 Abs. 1 ist der Punkt am Ende durch ein Semikolon zu ersetzen und folgender Halbsatz anzufügen:

„jedoch findet § 653 b Abs. 1 Satz 3 keine Anwendung.“

Begründung

In den Fällen der Wohnungsvermittlung liegt das Schwergewicht der Betätigung im Verkehr zwischen dem Makler und den Wohnungssuchenden. Diese Wohnungssuchenden haben in der Regel keine Dispositionsfreiheit. So ist beispielsweise zu befürchten, daß Wohnungssuchende, die sich bei einem Vermieter um eine Wohnung bemühen, erst an den — beim Vermieter angestellten — Makler verwiesen werden, ehe sie die Wohnung erhalten können. Damit besteht die Gefahr, daß die Anwendung des § 653 b Abs. 1 Satz 3 bei der Wohnungsvermittlung nicht die Ausnahme bleibt, sondern von ihr regelmäßig Gebrauch gemacht wird. Die Folge wäre ein unerwünschtes Ungleichgewicht zwischen Makler und Wohnungssuchenden.

14. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 654 a Abs. 1 bis 3 BGB)

- a) § 654 a Abs. 1 ist eingangs wie folgt zu fassen:

„(1) Der Anspruch des Wohnungsvermittlers auf Vergütung oder den Ersatz von Auslagen ist auch dann ausgeschlossen, wenn ...“.

Begründung

Die Fassung des Entwurfs schließt in § 654 a Abs. 1 entgegen § 653 b Abs. 1 Satz 1 den Auslagenerstattungsanspruch des Wohnungsvermittlers nicht ein. Für diese unterschiedliche Regelung besteht kein Anlaß, da § 654 a Abs. 1 lediglich den Ausschlußtatbeständen des § 653 b Abs. 1 Satz 2 für den Fall der Wohnungsvermittlung weitere hinzufügt. Im übrigen paßt sich die vorgeschlagene Fassung dem Sprachgebrauch des § 653 b Abs. 1 Satz 1 an.

- b) § 654 a Abs. 2 ist eingangs wie folgt zu fassen:

„(2) Der Anspruch des Wohnungsvermittlers auf Vergütung oder den Ersatz von Auslagen gegenüber dem Wohnungssuchenden ist auch dann ausgeschlossen, wenn ...“.

Begründung

Da § 654 a Abs. 2 lediglich einen weiteren Ausschlußtatbestand regelt, ist wie bei § 653 b Abs. 1 Satz 1 auch der Auslagenerstattungsanspruch des Wohnungsvermittlers in die Vorschrift einzubeziehen. Die vorgeschlagene Fassung paßt sich im übrigen dem Sprachgebrauch des § 653 b Abs. 1 Satz 1 an.

- c) In § 654 a Abs. 3 sind die Worte „Dienste oder“ zu streichen.

Begründung

„Leistungen“ ist der umfassende Begriff, so daß auch „Dienste“ davon erfaßt werden.

15. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 654 a Abs. 3, § 654 a Abs. 4, § 655 b Abs. 2, § 656 Abs. 2, § 656 b BGB)

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens darauf hinzuwirken, daß die Vorschriften der § 654 a Abs. 3, § 654 a Abs. 4 Satz 2, § 655 b Abs. 2, § 656 Abs. 2 und § 656 b entsprechend der Vorschrift des § 652 Abs. 3 so gefaßt werden, daß sichergestellt ist, daß dem Rückforderungsanspruch des Auftraggebers nach §§ 812 ff. BGB die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB nicht entgegensteht. Die vorgenannten Vorschriften enthalten in der Fassung des Entwurfs ein gesetzliches Verbot, das sich auch gegen den Auftraggeber richtet.

16. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 655 a Abs. 1 BGB)

- a) In § 655 a Abs. 1 Satz 3 sind die Worte „(§ 1 Abs. 4 der Verordnung über Preisangaben vom 10. Mai 1973 — Bundesgesetzblatt I S. 461 —)“ zu streichen.

Begründung

Die Verweisung auf die Verordnung über Preisangaben zur Definition des Begriffs „effektiver Jahreszins“ ist nicht erforderlich und außerdem gesetzessystematisch bedenklich, weil damit der Verordnungstext insoweit Inhalt der Regelung des BGB wird.

- b) Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, in welcher Weise § 655 a Abs. 1 Satz 3 BGB an § 1 Abs. 4 der Verordnung über Preisangaben und § 11 Nr. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung angepaßt werden kann, um die Angabepflicht im Vermittlungsvertrag auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein Kreditangebot (§ 1 Abs. 4 i. V. m. § 1 Abs. 1 der Verordnung über Preisangaben) gemacht wird bzw. die nach der Makler- und Bauträgerverordnung mitzuteilenden Daten bekannt sind.

- c) In § 655 a Abs. 1 Satz 4 sind die Worte „dinglich gesichertes Darlehen, ein Darlehen zur Zwischenfinanzierung eines Grundstücksgeschäfts oder ein“ zu streichen.

Begründung

Die Streichung stellt klar, daß die auch für Vermittler bestehende Pflicht nach der Verordnung über Preisangaben, den effektiven Jahreszins für einen angebotenen Realkredit anzugeben, unberührt bleibt. Hierüber würde — entgegen Absatz 5 Satz 3 der Begründung des Entwurfs zu § 655 a (S. 22) — bei der jetzigen Fassung der Vorschrift Rechtssicherheit nicht gewährleistet sein. Die nach der Verordnung über Preisangaben verlangten Angaben können im Zeitpunkt des Abschlusses des Vermittlungsvertrages gemacht werden, wenn in diesem Zeitpunkt ein Kreditangebot unterbreitet wird. Das diesbezügliche Schutzbedürfnis der Verbraucher läßt eine Einschränkung der Preisinformation nicht zu.

- d) Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens darauf hinzuwirken, daß die Vorschrift dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend gefaßt und ihr Anwendungsbereich deutlicher umschrieben wird. Mit dem in der Bestimmung verwendeten Begriff des „dinglich gesicherten Darlehens“ (der nach dem Vorschlag des BR gestrichen werden soll — s. oben lit. c —) dürften nur Grundpfandrechte gemeint sein; dieser Begriff kann aber dahin verstanden werden,

daß er auch Darlehen umfaßt, für die Sicherungsrechte an beweglichen Sachen (z. B. Pfandrecht, Sicherungseigentum) bestellt werden. Ferner ist nicht erkennbar, bei welchen Fallgestaltungen ein Auftraggeber ein Darlehen „zur Verwendung bei seiner behördlichen oder dienstlichen Tätigkeit“ aufnimmt.

Da die Nichtbeachtung der Schriftform zur Nichtigkeit des Vermittlungsvertrages führt, ist eine klare Abgrenzung der in der Vorschrift enthaltenen Ausnahme von bestimmten Formerfordernissen notwendig.

17. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 655 b Abs. 1 BGB)

§ 655 b Abs. 1 ist wie folgt zu fassen:

„(1) Der Auftraggeber ist zur Zahlung der Vergütung nur verpflichtet, wenn infolge der Vermittlung oder des Nachweises des Darlehensvermittlers das Darlehen an den Auftraggeber geleistet wird.“

Begründung

Ein wesentlicher Mißstand auf dem Gebiet der Darlehensvermittlung besteht darin, daß auf Grund der Vertragsgestaltung zwischen Darlehensvermittler und Auftraggeber die Vergütungspflicht schon mit der Darlehenszusage eines Kreditinstituts entsteht. Die Begründung des Entwurfs (S. 22) hebt mit Recht hervor, daß eine solche Darlehenszusage vielfach noch wertlos ist, wenn sie an Bedingungen geknüpft wird, deren Tragweite der Auftraggeber nicht überschaut oder von denen ungewiß ist, ob er sie jemals erfüllen kann. Der Entwurf sieht deshalb mit Recht als Grundregel vor, daß die Vergütungspflicht erst mit der Leistung des Darlehens an den Auftraggeber entsteht.

Die in Absatz 1 Nr. 2 vorgesehene Ausnahme von diesem Grundsatz ist nicht gerechtfertigt; sie schränkt den notwendigen Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Darlehensvermittlung unvertretbar ein. Entgegen den Ausführungen in der Begründung des Entwurfs (S. 22) kann insbesondere von Kreditinteressenten für ein dinglich zu sicherndes Darlehen (dessen Erwähnung in § 655 a Abs. 1 Satz 4 nach dem Vorschlag des BR gestrichen werden soll — s. oben Ziffer 16 lit. c —) — aber auch in den anderen dort genannten Fällen — nicht erwartet werden, daß sie in der Lage sind, den wirtschaftlichen Wert einer Kreditzusage zu beurteilen. Nach der vorgesehenen Vorschrift würde ein Vergütungsanspruch auch in den Fällen entstehen, in denen das Kreditinstitut die Gewährung des zugesagten Darlehens schließlich wegen einer ungünstigen Schuldnerauskunft ablehnt.

Die vorgeschlagene Streichung des Absatzes 1 Nr. 2 soll deshalb bewirken, daß die Pflicht zur Zahlung der Vergütung des Darlehensvermittlers ausnahmslos erst mit der Auszahlung des Darlehens entsteht.

18. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 655 b Abs. 2 BGB)

In § 655 b Abs. 2 Satz 1 sind die Worte „Dienste oder“ zu streichen.

Begründung

Der Begriff der Leistung umfaßt auch Dienste.

19. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 655 b Abs. 3 BGB)

§ 655 b Abs. 3 ist als Satz 2 dem Absatz 1 anzufügen.

Begründung

Wegen der zwingenden Regelung in § 655 b Abs. 2 findet Absatz 3 ausschließlich auf Absatz 1 Anwendung, so daß diese Bestimmung als Satz 2 in Absatz 1 anzufügen ist.

20. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 655 c BGB)

§ 655 c ist wie folgt zu fassen:

„§ 655 c

Der Darlehensvermittler darf sich die Zahlung einer Vertragsstrafe nur bis zu zehn vom Hundert der Vergütung und lediglich für den Fall versprechen lassen, daß der Darlehensvertrag wegen von dem Auftraggeber zu vertretender unrichtiger Angaben nicht zustande kommt.“

Begründung

Aus Gründen des Verbraucherschutzes und um zu verhindern, daß sogenannte Kredithäie die Vertragsstrafe benutzen, um hohe zusätzliche Einnahmen zu erzielen, ist es erforderlich und zweckmäßig, die Möglichkeit der Vereinbarung von Vertragsstrafen sowohl der Höhe als auch dem Grunde nach zu beschränken.

Nach der Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 58, 1483; NJW 71, 883) ist die Vereinbarung zulässig, daß abweichend von der Vorschrift des § 339 BGB eine Vertragsstrafe auch dann verwirkt sein soll, wenn die Leistung des Schuldners aus Gründen unterbleibt, die von seinem Willen unabhängig sind oder die ihm nicht zum Verschulden zuzurechnen sind. Zum Schutze des Kreditsuchenden ist es daher erforderlich, ausdrücklich zu regeln, daß die Vertragsstrafe nur in Fällen eines Verschuldens verwirkt wird.

21. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 656 Abs. 1 BGB)

In § 656 Abs. 1 Satz 1 ist vor dem Wort „verpflichtet“ das Wort „nur“ einzufügen.

Begründung

Entsprechend dem geltenden Recht sollte auch der Grundsatz der erfolgsabhängigen Vergütung sich aus § 656 Abs. 1 Satz 1 unmittelbar

ergeben. Dies wird durch die vorgeschlagene Ergänzung verdeutlicht.

22. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 656 Abs. 2 BGB)

In § 656 Abs. 2 sind die Worte „Dienste oder“ zu streichen.

Begründung

Der Begriff der Leistung umfaßt auch Dienste.

23. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 656 Abs. 3 BGB)

§ 656 Abs. 3 ist wie folgt zu fassen:

„(3) § 652 Abs. 3 gilt entsprechend. Für den Ersatz von Auslagen gilt § 652 Abs. 4 mit der Maßgabe, daß der Ehevermittler Vorschüsse hierauf nicht vereinbaren oder annehmen darf.“

Begründung

In der Begründung des Entwurfs (S. 23) ist zutreffend ausgeführt, daß die Erhebung von Vorschüssen zu den hauptsächlichen Mißständen im Bereich der Ehevermittlung gehört, denen der Entwurf vorbeugen will. Deshalb genügt es nicht, durch Verweisung auf § 652 Abs. 3 Vorschüsse auf die Vergütung zu untersagen. Das Verbot muß vielmehr (ebenso wie bei der Wohnungsvermittlung, der Darlehensvermittlung und der Eheanbahnung, vgl. § 654 a Abs. 4 Satz 2, § 655 b Abs. 2 Satz 2, § 656 b Satz 2) auch auf Auslagenvorschüsse erstreckt werden.

24. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 656 a Abs. 2 BGB)

§ 656 a Abs. 2 ist wie folgt zu fassen:

„(2) Die Vergütung ist in gleich hohen Teilleistungen jeweils für einen Zeitabschnitt von einem Monat zu entrichten. Im voraus darf sie bei Vertragsbeginn höchstens für drei Monate, im übrigen nur jeweils für einen Monat verlangt werden.“

Begründung

Es erscheint grundsätzlich nicht angemessen, den Auftraggeber mit Vorauszahlungen von jeweils drei Monats-Teilleistungen zu belasten. Eine solche Regelung erschwert die Kündigung nach § 656 d, weil der Auftraggeber im Falle der Kündigung Schwierigkeiten befürchten muß, die über den laufenden Monat hinaus geleisteten Vorauszahlungen zurückzuerhalten. Eine bloße Erleichterung der Zahlungsabwicklung vermag eine so weitgehende Vorauszahlungsregelung nicht zu rechtfertigen.

Ein Vorschuß auf die Vergütung sollte deshalb jeweils nur in Höhe einer Teilleistung verlangt werden können. Lediglich bei Vertragsbeginn ist eine Abweichung im Hinblick darauf gerechtfertigt, daß nach § 656 d Satz 2 für den Fall einer Kündigung zum Schluß des ersten oder zweiten Kalendermonats nach Vertragsabschluß eine Vergütung in Höhe von drei Teilleistungen vereinbart werden darf, also der zur Dienstlei-

stung Verpflichtete auch bei kürzerer Vertragsdauer als drei Monate eine Vorauszahlung von drei Teilleistungen nicht zurückzahlen braucht.

25. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 656 d BGB)

In § 656 d Satz 1 ist nach dem Wort „kann“ das Wort „spätestens“ einzufügen.

Begründung

Redaktionelle Klarstellung

Artikel 2

Änderung des Handelsgesetzbuchs

26. Zu Artikel 2 Nr. 1 (§ 93 Abs. 3 HGB)

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf eine deutlichere Fassung der Vorschrift hinzuwirken. Die Fassung des vorgeschlagenen § 93 Abs. 3 HGB kann dahin verstanden werden, daß der Handelsmakler grundsätzlich zum Selbsteintritt berechtigt sein soll. Nach geltendem Recht, von dem der Entwurf sachlich offenbar nicht abweichen will, besteht ein Selbsteintrittsrecht nur, wenn es vertraglich vereinbart worden ist (Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 93 Vorbem. 6 a, § 99 Anm. 4; Brüggemann in Großkommentar HGB, 3. Aufl., § 93 Vorbem. 10, § 95 Anm. 5). Auch Kursmakler sind nur unter den Voraussetzungen des § 32 des Börsengesetzes zu Eigengeschäften berechtigt.

27. Zu Artikel 2 Nr. 2 (§ 348 a HGB)

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die für § 348 a HGB vorgesehene Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereiches zu verbessern und mit den in anderen Vorschriften mit Verbraucherschützendem Charakter enthaltenen Anknüpfungspunkten weitmöglichst zu harmonisieren.

Die in § 8 des Abzahlungsgesetzes enthaltene Abgrenzung, die für § 348 a HGB des Entwurfs übernommen worden ist, wird seit langem nicht als sachgerecht empfunden (vgl. den Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, BT-Drucksache 8/234 S. 6/7 und 9). Insbesondere erscheint es unangemessen, dem nicht eingetragenen Vollkaufmann Schutz zu gewähren, obwohl er über ausreichende Geschäftserfahrung verfügt (vgl. Ewald, AbzG S. 35 sowie Ostler-Weidner, AbzG, 6. Aufl., § 1 Anm. 64).

Diese unbefriedigende Regelung sollte in einem neuen Gesetz nicht wiederaufgegriffen werden. Als Anhaltspunkte für eine sachgerechtere Lösung könnte § 24 AGB-G in Betracht gezogen werden.

Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates

Zu 1

Nach Auffassung der Bundesregierung ist eine umfassendere Regelung des Verbraucherkredites im Rahmen dieses Gesetzes nicht empfehlenswert. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat dem Rat im Februar 1979 den Vorschlag einer „Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit“ übermittelt (BT-Drucksache 8/2953). In diesem Richtlinienentwurf sind neben anderen Vorschriften über den Verbraucherkredit detaillierte Vorschriften über die Schriftform von Kreditverträgen und über notwendige Angaben für verschiedene Arten von Kreditverträgen vorgesehen. Auf Grund der fortgeschrittenen Harmonisierungsarbeiten auf der Ebene der EG wird die Bundesrepublik Deutschland in absehbarer Zeit das innerstaatliche Recht an die EG-Normen anpassen müssen. Der Entwurf ist daher und mit Rücksicht auf die von den jeweiligen Änderungen des Rechts betroffenen Kreise bewußt darauf beschränkt, entsprechend der Entschließung des Bundestages vom 12. Dezember 1978 (Niederschrift über die 70. Sitzung vom 12. Dezember 1973, Seite 4286, 4291) die Frage des Einwendungsdurchgriffs zu regeln.

Zu 4

a) Dem Vorschlag wird widersprochen.

Die vom Bundesrat zitierten Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung treffen überwiegend öffentlich-rechtliche Regelungen zum Schutze des Verbrauchers vor unseriösen Gewerbetreibenden. Dem Zivilrecht sind derartige Vorschriften, die die Gewerbetreibenden verpflichten, die Vermögenswerte ihrer Auftraggeber abzusichern, sie getrennt von ihrem Vermögen und dem ihrer sonstigen Kunden zu verwalten und nur objektbezogen zu verwenden, fremd. Schon aus diesem Grunde verbietet sich die Übernahme der §§ 2, 4, 6 und 7 MaBV in die vorliegende Novelle. Sie ist aber auch sachlich nicht geboten, da Grundstücks-, Wohnungs- und Darlehensmakler wegen der vorstehend erwähnten Regelungen im allgemeinen davon absehen, überhaupt noch Fremdgelder ihrer Kunden anzunehmen. Sofern dies in Ausnahmefällen doch noch geschieht, ist der Schutz der Auftraggeber durch die öffentlich-rechtlichen Sanktionen (Bußgeld, Rücknahme der Erlaubnis) und die möglichen zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung umfassender als durch eine bloße zivilrechtliche Regelung gesichert. Eine zivilrechtliche Regelung wäre im übrigen, da die Entge-

gennahme und Verwaltung von Vermögenswerten des Auftraggebers nicht zu den vertragstypischen Rechten und Pflichten eines Maklers gehört, nicht bei den Vorschriften über den Maklervertrag, sondern etwa im Zusammenhang mit den Vorschriften über die entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) oder über den Auftrag (§ 662 ff. BGB) zu treffen.

Die in § 11 MaBV festgelegten schriftlichen Informationspflichten der Makler betreffen zum einen die Verwaltung und Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers. Insoweit folgt bereits aus den vorstehenden Erwägungen, daß eine Einarbeitung in die §§ 652 ff. BGB nicht in Betracht kommt. Soweit die in § 11 MaBV festgelegten schriftlichen Informationspflichten Einzelheiten des nachzuweisenden oder zu vermittelnden Vertrages betreffen, sind sie für den Bereich des Darlehensvermittlungsvertrages, für den der Entwurf die Schriftform vorsieht, weitgehend in den § 655 a BGB eingearbeitet. Für den Bereich der Vermittlung von Immobilien und Wohnraum sieht der Entwurf bewußt von einer allgemeinen Schriftform für den Vertragsschluß ab. Überdies könnten die in § 11 MaBV vorgeschriebenen Angaben über das nachzuweisende oder zu vermittelnde Objekt in diesen Fällen bei Abschluß des Vermittlungsvertrages noch gar nicht gemacht werden. Für etwaige spätere schriftliche Informationspflichten des Maklers hält das Zivilrecht keine geeigneten, den §§ 15 bis 18 MaBV gleichwertigen Sanktionen bereit.

Auch bei der Vorschrift des § 6 Abs. 1 Wohnungsvermittlungsgesetz handelt es sich um eine typisch gewerberechtliche Regelung, für deren Verletzung das Zivilrecht keine sinnvolle Sanktion vorsieht. Es ist beabsichtigt, diese Vorschrift in die Makler- und Bauträgerverordnung zu überführen (Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Artikel 5 Abs. 1 Nr. 2, Artikel 6 § 1).

b) Die Bundesregierung anerkennt das Bedürfnis für eine zivilrechtliche Regelung des Bauträger- und Baubetreuervertragsrechts. Vorarbeiten hierzu sind aufgenommen.

Zu 5 b)

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, hält aber eine Klarstellung im Gesetzestext nicht für erforderlich. Der Anspruch des Maklers auf Vergütung setzt schon nach § 652 Abs. 1 Satz 1 das Zustandekommen eines rechtsbeständigen Vertrages mit dem Dritten voraus. An der Rechtsbeständigkeit kann es auch aus anderen

als dem in § 652 Abs. 1 Satz 2 angegebenen Gründe fehlen, z. B. im Falle der Vereinbarung eines vorbehaltlosen Rücktrittsrechtes.

Aus § 652 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. § 652 Abs. 1 Satz 1 folgt, daß für solche Fälle eine Zahlungsverpflichtung des Auftraggebers nicht vereinbart werden kann.

Zu 6

Entsprechend der Anregung des Bundesrates schlägt die Bundesregierung vor, die erwähnten Vorschriften wie folgt zu fassen:

§ 652 Abs. 1 Satz 4:

„Eine zum Nachteil des Auftraggebers von den Sätzen 1 und 2 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

§ 656 Abs. 5:

„Eine Zum Nachteil des Auftraggebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

§ 656 e:

„Eine zum Nachteil des Auftraggebers von den Vorschriften der §§ 656 a bis 656 d abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Zu 8 c)

aa) Dem Vorschlag wird im Grundsatz zugestimmt.

Es erscheint billig, dem Makler auch in den Fällen die Vereinbarung einer Entschädigungspauschale zu ermöglichen, in denen im Erfolgsfalle allein der Dritte eine Provision schuldet. Allerdings kann die Regelung des § 653 Abs. 1 Satz 3 mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Ergänzung zu dem unerwünschten Ergebnis führen, daß der Höchstbetrag der Entschädigungspauschale quotenmäßig unterschiedlich ausfällt je nachdem, zu welchen Anteilen die Gesamtprovision auf den Auftraggeber (Verkäufer) und den Dritten (Käufer) verteilt wird. Wird etwa vereinbart, daß der Dritte zwei Provisionen (z. B. 2×3 v. H.) allein zu tragen hat, so könnte der Makler nach dem Vorschlag des Bundesrates eine Entschädigungspauschale bis zur Höhe von 50 v. H. der vom Dritten geschuldeten Gesamtprovisionen (= 3 v. H. im Beispielsfalle) vereinbaren. In Fällen, in denen nur eine Provision (3 v. H.) allein vom Auftraggeber geschuldet oder die Gesamtprovision — wie häufig üblich — gleichmäßig auf Verkäufer und Käufer verteilt wird, läge die Grenze für die Entschädigungspauschale nach § 653 Abs. 1 Satz 3 bei 50 v. H. der vom Auftraggeber geschuldeten Vergütung (= 1,5 v. H. im Beispielsfalle). Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte daher eine Lösung gewählt werden, die für jeden denkbaren Fall der Verteilung der Gesamtprovision auf den

Auftraggeber und den Dritten sicherstellt, daß die Obergrenze für die Schadensersatzpauschale des Maklers quotenmäßig gleich hoch ausfällt. Ein solches Ergebnis könnte dadurch sichergestellt werden, daß in § 653 Abs. 1 Satz 3 vorgesehen wird, daß im Vertrag unabhängig vom Nachweis eines Schadens eine Entschädigung bis zur Höhe eines bestimmten Vomhundertsatzes der von dem Auftraggeber und von dem Dritten im Falle der erfolgreichen Vermittlung oder des erfolgreichen Nachweises geschuldeten Vergütungen (Gesamtprovision) vereinbart werden kann.

bb) Entsprechend dem Vorschlag zu aa) ist auch bei der Festlegung der Obergrenze für eine Entgeltvereinbarung nach § 653 Abs. 2 Satz 2 von vornherein auf einen Vomhundertsatz der vom Auftraggeber und vom Dritten im Erfolgsfalle geschuldeten Vergütungen (Gesamtprovision) abzustellen.

Zu 9

Dem Vorschlag wird im Grundsatz zugestimmt.

Aus den zu 8 c) dargelegten Erwägungen sollte jedoch auch in § 653 Abs. 2 Satz 2 vorgesehen werden, daß eine angemessene Vergütung bis zur Höhe eines bestimmten Vomhundertsatzes der vom Auftraggeber und dem Dritten im Erfolgsfalle geschuldeten Vergütungen (Gesamtprovision) vereinbart werden kann.

Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten sollten ferner die Worte „erfolgversprechende Tätigkeit“ durch die Wendung „... eine Tätigkeit, die hinreichende Aussicht auf Erfolg bot“ ersetzt werden; der Begriff „hinreichende Aussicht auf Erfolg“ ist der Gesetzessprache seit langem geläufig (§§ 114 Abs. 1 ZPO, 166 Abs. 1 VwGO, 93 a BVerfGG).

Zu 15

Entsprechend der Anregung des Bundesrates schlägt die Bundesregierung vor, die erwähnten Vorschriften wie folgt zu fassen:

§ 654 a Abs. 3:

„Der Wohnungsvermittler darf für Leistungen, die er im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Mietvertrages erbringt, außer der Vergütung nach § 652 Abs. 1 ein Entgelt nicht vereinbaren.“

§ 654 a Abs. 4 Satz 2:

„Einen Vorschuß hierauf darf der Wohnungsvermittler nicht vereinbaren oder annehmen.“

§ 655 b Abs. 2:

„Der Darlehensvermittler darf für Leistungen, die er im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Darlehensvertrages erbringt, außer der Vergütung nach Absatz 1 ein Entgelt nicht verein-

baren. Für den Ersatz von Auslagen gilt § 652 Abs. 4 mit der Maßgabe, daß der Darlehensvermittler einen Vorschuß nicht vereinbaren oder annehmen darf."

§ 656 Abs. 2:

"Der Ehevermittler darf für Leistungen, die er im Zusammenhang mit der Vermittlung oder dem Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe erbringt, außer der Vergütung nach Absatz 1 ein Entgelt nicht vereinbaren."

§ 656 b:

"Der zur Dienstleistung Verpflichtete darf für Leistungen, die er im Zusammenhang mit der Ausführung des Vertrages erbringt, außer der Vergütung nach § 656 a ein Entgelt nicht vereinbaren. Für den Ersatz von Auslagen gilt § 652 Abs. 4 mit der Maßgabe, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete einen Vorschuß nicht vereinbaren oder annehmen darf."

Zu 16 b) bis d)

Zu b)

§ 655 a Abs. 1 Satz 4 des Entwurfs nimmt die Fälle von der Angabepflicht nach Satz 3 aus, in denen die in Satz 3 vorgeschriebenen Angaben nach den Erfahrungen beim Vollzug der Makler- und Bauträgerverordnung (§ 11 Satz 1 Nr. 2) im Zeitpunkt des Abschlusses des Vermittlungsvertrages noch nicht gemacht werden können, weil sie dem Darlehensvermittler noch nicht bekannt sind. Durch eine in Kürze anstehende Änderung des § 11 Satz 1 Nr. 1 und 2 MaBV sollen Darlehensvermittler daher in den Fällen, die auch Gegenstand des § 655 a Abs. 1 Satz 4 sind, verpflichtet werden, ihren Kunden die hier in Rede stehenden Angaben spätestens bis zur Aufnahme der Vertragsverhandlungen über das Darlehen und nicht schon vor Abschluß des Vermittlervtrages zu machen (Artikel 4 Nr. 6 des Referentenentwurfs einer Zweiten Verordnung zur Änderung gewerberechtlicher Vorschriften).

Eine volle Anpassung des § 655 a Abs. 1 Sätze 3 und 4 an § 1 Abs. 4 der Verordnung über Preisangaben ist deshalb nicht möglich, weil dort bestimmte Angaben für „Angebote“ von Krediten oder für die Preiswerbung für Kredite vorgeschrieben werden, der Darlehensvermittler jedoch in den Fällen des § 655 a Abs. 1 Satz 4 bei Abschluß des Vermittlungsvertrages häufig noch keinen Kredit anbietet oder unter Angabe von Preisen dafür wirbt, sondern einen Kredit erst nachweisen oder vermitteln soll.

Zu c)

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Die Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinses nach § 1 Abs. 4 der Verordnung über Preisangaben besteht gemäß § 1 Abs. 1 der Verordnung nur in den Fällen des Angebots oder der Preiswerbung für Kredite. Ein Darlehensvermittler, der mit der

Vermittlung oder dem Nachweis eines durch Grundpfandrecht gesicherten Darlehens oder eines Darlehens zur Finanzierung eines Grundstücksgeschäftes beauftragt wird, wird im Zeitpunkt der Übernahme des Vermittlungsauftrages vielfach noch kein Angebot unterbreiten oder noch nicht mit Preisen werben können, weil er das Darlehen erst zur Vermittlung oder zum Nachweis suchen muß.

Zu d)

Um dem Anliegen des Bundesrates Rechnung zu tragen, schlägt die Bundesregierung vor, in § 655 a Abs. 1 Satz 4 die Worte „dinglich gesichertes Darlehen“ durch die Worte „durch Hypothek oder Grundschild gesichertes Darlehen“ zu ersetzen.

Die in § 655 a Abs. 1 Satz 4 verwendeten Merkmale „zur Verwendung bei seiner behördlichen oder dienstlichen Tätigkeit“ entsprechen den Formulierungen in § 10 Abs. 3 Nr. 4 MaBV und in § 7 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung über Preisangaben. Damit sollen z. B. Darlehen, die für Körperschaften des öffentlichen Rechts vermittelt oder nachgewiesen werden, von der Angabepflicht nach § 655 a Abs. 1 Satz 3 ausgenommen werden. Im Interesse eines übereinstimmenden Sprachgebrauchs empfiehlt die Bundesregierung, insoweit an der Formulierung des Entwurfs festzuhalten.

Zu 20

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 655 c würde die Zulässigkeit eines Vertragsstrafeversprechens auf einen einzigen Fall beschränken, obwohl noch andere Fälle in Betracht kommen, in denen eine Vertragsstrafe sinnvoll sein kann.

Zu 23

Dem Vorschlag wird widersprochen.

Zwar trifft es zu, daß Vorschüsse zu den hauptsächlichsten Mißständen im Bereich der Ehevermittlung und — vor allem — der Eheanbahnung gehören. Dem sollen das Verbot von Vorschüssen auf das Erfolgshonorar (§ 656 Abs. 3 i. V. m. § 652 Abs. 3) sowie der Ausschluß von Nebenentgelten (§ 656 Abs. 2) entgegenwirken. Im übrigen bedeutete es aber nach Auffassung der Bundesregierung für die Ehevermittler, die allein auf der Basis eines Erfolgshonorars arbeiten, eine auch durch die schutzwürdigen Belange der Auftraggeber nicht gebotene Härte, wenn ihnen auch die Möglichkeit eines Vorschusses auf den Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Auslagen gemäß § 652 Abs. 4 genommen würde.

Zu 26

Um die vom Bundesrat dargelegte Möglichkeit eines Mißverständnisses der Vorschrift auszuräumen, schlägt die Bundesregierung folgende Fassung des § 93 Abs. 3 HGB vor:

„Ist der Handelsmakler zum Selbsteintritt berechtigt und ist ein Maklerlohn vereinbart oder wird der Handelsmakler gemäß § 95 Abs. 3 auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch genommen, so findet § 653 b Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung. § 653 b Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt nicht, wenn das Geschäft mit dem Dritten zum Börsen- oder Marktpreis oder zu einem für den Auftraggeber günstigeren Preis ausgeführt wird.“

Zu 27

Zu § 348 a Abs. 1 HGB:

Die in § 348 a Abs. 1 HGB vorgesehene Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs für den Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Rechtsgeschäften ist unlösbar mit dem in § 8 des Abzahlungsgesetzes festgelegten persönlichen Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes verbunden. Im Falle einer Änderung des § 348 a Abs. 1 HGB müßten daher die Abgrenzungsmerkmale des § 8 AbzG entsprechend geändert werden. Nach Auffassung der Bundesregierung ist eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des Abzahlungsgesetzes (§ 8 AbzG) und eine entsprechende Regelung für den Einwendungsdurchgriff (§ 348 a Abs. 1 HGB) erwägenswert. Der geltende § 8 AbzG nimmt lediglich in das Handelsregister eingetragene Kaufleute von den Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes aus, während nicht eingetragene Vollkaufleute, Minderkaufleute — außer den zu Unrecht eingetragenen —, Körperschaften des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen den Schutz dieses Gesetzes genießen. Ein so weitgehender Anwendungsbereich des dem Schutze unerfahrener und wirtschaftlich schwacher Käufer dienenden Abzahlungsgesetzes ist sachlich nicht geboten und, soweit auch der nicht eingetragene Vollkaufmann geschützt wird, im deutschen Recht einmalig. Für eine einschränkende Abgrenzung bieten sich folgende Möglichkeiten:

- a) Vollkaufleute werden ohne Rücksicht auf eine Eintragung vom persönlichen Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes (§ 8 AbzG) und des Einwendungsdurchgriffs (§ 348 a Abs. 1 HGB) ausgenommen, wenn das Geschäft auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist. Eine solche Lösung entspricht der herkömmlichen Abgrenzung in den §§ 348 bis 351 HGB.
- b) Neben den Vollkaufleuten werden auch Körperschaften des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen vom Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes und des Einwendungsdurchgriffs ausgenommen. Diese

Lösung entspricht der in § 38 ZPO vorgesehenen — neueren — Abgrenzung für die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen. Im Falle ihrer Verwirklichung müßte für den Einwendungsdurchgriff die Ausnahme der Vollkaufleute in § 348 a Abs. 1 HGB, die Ausnahme der Körperschaften des öffentlichen Rechts und der öffentlich-rechtlichen Sondervermögen in § 607 a BGB vorgesehen werden.

- c) Neben den Vollkaufleuten, Körperschaften des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen werden auch Minderkaufleute vom Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes und des Einwendungsdurchgriffs ausgenommen. Diese Abgrenzung hat ein Vorbild in § 24 Satz 1 AGB-Gesetz, obwohl nicht übersehen werden darf, daß die betreffenden Personengruppen nicht gänzlich, sondern nur partiell vom Schutzbereich des AGB-Gesetzes ausgenommen sind.

In jedem Fall muß sichergestellt werden, daß die Fälle der Finanzierung von Exporten in ausländische Staaten durch Finanzkredite in sachgerechter Weise vom Anwendungsbereich des Einwendungsdurchgriffs ausgenommen werden. Dieses Ziel könnte beispielsweise dadurch erreicht werden, daß § 607 a BGB auf Darlehensnehmer beschränkt wird, die natürliche Personen und außerdem nicht Vollkaufleute sind.

Zu § 348 a Abs. 2 HGB:

Die in § 348 a Abs. 2 HGB vorgesehene Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs für spezifische Kundenschutzvorschriften des BGB-Maklervertragsrechtes führt in Verbindung mit § 351 HGB zu dem Ergebnis, daß Vollkaufleute als Auftraggeber von den im einzelnen aufgeführten Schutzvorschriften ausgenommen sind, wenn der Maklervertrag für sie ein Handelsgeschäft ist. Diese Regelung entspricht der herkömmlichen Abgrenzung, die das Handelsgesetzbuch in den §§ 348 bis 351 für vergleichbare Schutzvorschriften des BGB vorsieht. Nach Auffassung der Bundesregierung sollte hieran im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung festgehalten werden. Die Beseitigung etwaiger durch den Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse und die Fortentwicklung der internationalen Rechtsvereinheitlichung eingetretenen Unstimmigkeiten des herkömmlichen Abgrenzungsschemas sollte einer künftigen, umfassenderen Rechtsbereinigung vorbehalten bleiben.

Im übrigen erhebt die Bundesregierung gegen die Vorschläge des Bundesrates keine Einwendungen.