

CATRIN JANSEN-BEHNEN

Regulierungsmechanismen
des Verbraucherschutzes
im Maklerrecht

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

42

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

42



Catrin Jansen-Behnen

Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
am Beispiel des Immobilienmaklers
in Italien und Deutschland

Mohr Siebeck

Catrin Jansen-Behnen, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaften in Osnabrück und Florenz; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück; Rechtsreferendariat am OLG Düsseldorf mit Stationen u. a. bei der Deutschen Botschaft Washington; 2016 Promotion (Bayreuth); Visiting Scholar an der Università degli Studi di Verona; seit 2015 Richterin im Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg.

ISBN 978-3-16-154922-9 / eISBN 978-3-16-160948-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Neuffen gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Für Annika

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. In dieser teilweise aktualisierten Fassung konnte die deutschsprachige Literatur bis einschließlich Oktober 2015 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, der mich für die Rechtsvergleichung begeistert und über die Jahre des Dissertationsvorhabens stets konstruktiv und ermutigend begleitet hat. Die hervorragende Betreuung nicht nur im Rahmen der regelmäßigen Doktorandenseminare und die anregenden Diskussionen haben entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dr. Karl-Georg Loritz für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dott. Alessio Zaccaria danke ich für die geduldige Beantwortung meiner Fragen zum italienischen Recht und die wertvollen Anregungen, die meine Dissertation sehr bereichert haben. Dies gilt auch für Herrn Prof. Dott. Mauro Tesaro, der mir während meiner Forschungsaufenthalte an der Università degli Studi di Verona mit Rat und Tat zur Seite stand.

Danken möchte ich zudem der Konrad-Adenauer-Stiftung für die ideelle und finanzielle Förderung meiner akademischen Ausbildung bereits während meines Studiums und vor allem im Rahmen der Promotion.

Nicht zuletzt gebührt der größte Dank meiner Familie und ganz besonders meinem Ehemann für den Rückhalt, die Motivation und die vorbehaltlose Unterstützung in jeder Phase meiner Ausbildung.

Oldenburg und Bayreuth, August 2016

Catrin Jansen-Behnen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Ausgangslage und Zielsetzung	1
B. Methodik und Gang der Untersuchung	3
Teil 1: Grundzüge des Immobilienmaklerrechts in Italien und Deutschland	7
A. Der rechtliche Rahmen für die Tätigkeit von <i>mediatore</i> und Makler	7
B. Das Maklerrecht im geschichtlichen Kontext	11
I. Ursprünge des Maklerwesens	11
II. Entwicklung der Maklerfigur in den zivilrechtlichen Kodifikationen .	13
1. Deutschland	13
a. HGB	13
b. BGB	14
2. Italien	17
C. Das Berufsbild des (Immobilien-)Maklers in Italien und Deutschland	19
I. Die Tätigkeit des Maklers	20
1. Gegenstand der Maklertätigkeit im italienischen Recht	20
2. Die Maklerleistung im deutschen Recht	22
a. Nachweismakler und Vermittlungsmakler	23
b. Zivilmakler und Handelsmakler	26
II. Das Maklerverhältnis nach den Leitbildern von <i>Codice civile</i> und BGB	27
1. Gemeinsame Kennzeichen des Maklerverhältnisses in Italien und Deutschland	28
a. Fehlende Tätigkeitspflicht des Maklers	28
b. Freiheit der Parteien zum Abschluss des Geschäfts	29
c. Erfolgsabhängigkeit der Provision	30
2. Stellung des Maklers im Dreiecksverhältnis	31
a. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach dem <i>Codice civile</i>	31
aa. Unabhängigkeit des Maklers	31

bb. Unparteilichkeit des Maklers	32
b. Einseitige Interessenwahrung des Zivilmaklers nach dem BGB	34
3. Fazit	37
III. Abgrenzung der Maklerfigur zu verwandten Berufsbildern	38
1. Ansätze zur Abgrenzung im italienischen Recht	38
a. <i>Mediatore</i> und <i>agente</i>	38
b. <i>Mediatore</i> und <i>prestatore d'opera</i>	39
c. <i>Mediatore</i> und <i>mandatario</i>	40
d. <i>Mediatore</i> und <i>procacciatore di affari</i>	41
2. Differenzierung im deutschen Recht	44
a. Makler und Handelsvertreter	44
b. Makler und Dienstleister bzw. Werkunternehmer	45
c. Makler und Geschäftsbesorger	46
3. Fazit	47
IV. Anpassung der Maklerfigur an die moderne Geschäftstätigkeit	48
1. Die Tendenz zum „Berufsmakler“	48
2. Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild in der italienischen Praxis	51
a. <i>Mediazione atipica</i>	52
b. <i>Mediazione unilaterale</i> als Unterfall	54
c. Tätigkeit der Immobilienmakler	57
3. Weiterentwicklung der Maklerfigur im deutschen Recht	58
a. Doppeltätigkeit	59
b. Vereinbarung einer Tätigkeitspflicht	61
aa. Maklerdienst- und Maklerwerkvertrag	61
bb. Alleinauftrag	62
4. Fazit	65
D. <i>Dogmatische Qualifikation des Maklerverhältnisses</i>	66
I. Uneinheitliche Klassifikation im italienischen Recht	67
1. Vertragliche Theorie	68
a. Einordnung als Maklervertrag	68
b. Zustandekommen des Maklervertrages	69
c. Ausgestaltung des Vertrages	69
2. Außervertragliche Qualifikation	71
a. Einordnung als <i>atto giuridico in senso stretto</i>	71
b. Einordnung als <i>contratto di fatto</i>	73
3. Veränderliche Natur des Maklerverhältnisses	75
4. Reaktion der Rechtsprechung auf die Entwicklungen in der Praxis	77
a. Entscheidung der <i>Corte di cassazione</i> vom 14.07.2009	77
b. Kritik des Schrifttums	80
5. Zusammenfassung	82
II. Der Maklervertrag im BGB	84

1. Einseitig verpflichtender Vertrag zwischen Makler und Auftraggeber	85
2. Zustandekommen des Maklervertrages	87
3. Rechtsverhältnis zum Geschäftspartner des Auftraggebers	90
III. Fazit	91
E. <i>Rechte und Pflichten der Parteien im traditionellen Maklerverhältnis</i>	93
I. Die Provision des Maklers	93
1. Der Anspruch auf Provision nach dem <i>Codice civile</i>	93
a. Abschluss eines Geschäfts	94
b. Kausalität zwischen Maklertätigkeit und Geschäftsschluss ...	96
c. Identität von vermitteltem und abgeschlossenem Geschäft ...	97
d. Pflicht zur Provisionszahlung	98
e. Berechnung der Provisionshöhe und Verteilung der Provision	99
f. Abweichende Vereinbarungen	100
2. Der Provisionsanspruch im BGB	101
a. Zustandekommen des Hauptvertrags	101
b. Ursächlichkeit der Maklerleistung für den Vertragsschluss ...	104
c. Gleichwertigkeit von beabsichtigtem und geschlossenem Vertrag	105
d. Verschiedenheit von Makler und Drittem	106
e. Provisionshöhe und Provisionszahlungspflicht	110
f. Abwälzen der Provision und weitere Gestaltungsmöglichkeiten	111
3. Fazit	114
II. Der Ersatz von Aufwendungen	116
III. Weitere Pflichten der Parteien	117
F. <i>Zusammenfassung</i>	119
Teil 2: Verbraucherschutz im Maklerrecht	123
A. <i>Allgemeine Gedanken zum Verbraucherschutz</i>	123
B. <i>Besondere Gefahren für Verbraucher im Rechtsverkehr mit Immobilienmaklern</i>	125
I. Erfolgsabhängigkeit der Provision	125
II. Besonderheiten des Marktes	126
III. Drei-Personen-Verhältnis	127
C. <i>Ausgewählte Instrumente zum Schutz der Verbraucher in Italien</i> ...	129
I. Das Berufsrecht für Makler – Verbraucherrecht im weiteren Sinne ..	131
1. Beschränkung des Zugangs zum Maklerberuf	131
a. Einführung einer Pflicht zur Eintragung in ein Register	131
aa. Hintergrund und Zielsetzung der Eintragungspflicht	132

bb. Das Maklerregister im Sinne von Art. 2 des Gesetzes Nr. 39/1989	134
cc. Rätselhafte Kategorie der „ <i>agenti muniti di mandato a titolo oneroso</i> “	136
b. Modifizierung des Zugangsverfahrens im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie	139
aa. Unionsrechtliche Vorgaben	140
bb. Nationale Maßnahmen zur Umsetzung	141
cc. Verfahren nach Abschaffung des Maklerregisters	144
dd. Analyse der Auswirkungen	147
c. Fachliche und persönliche Anforderungen an den Makler	151
d. Einschaltung von Hilfspersonen	152
e. Organisierte Form der Maklertätigkeit	153
f. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Zugangsbeschränkung	155
2. Regelung von Inkompatibilitätstatbeständen	159
3. Einschränkungen bei der Verwendung von Vordrucken und Formularen	160
4. Erweiterung des Gegenstands der Maklertätigkeit	162
5. Folgen bei Nichtbeachtung der Vorschriften	163
a. Auswirkung auf die Provisionszahlung	163
b. Auswirkung auf das Maklerverhältnis	165
c. Verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen	167
d. Zusammenfassung	169
aa. Folgen bei fehlender Eintragung in ein Register	169
bb. Folgen bei fehlender Eintragung von Hilfspersonen	170
cc. Folgen bei Vorliegen eines Inkompatibilitätstatbestandes .	171
dd. Folgen bei Verwendung nicht hinterlegter Vordrucke	171
ee. Folgen bei anderweitigem Fehlverhalten	171
6. Anwendungsbereich des Gesetzes Nr. 39/1989	172
a. Makler im Sinne der Art. 1754 ff c. c. und Ausnahmen	172
b. <i>Mediazione atipica</i> im Allgemeinen	173
c. <i>Mediazione unilaterale</i>	176
d. <i>Mediatore-mandatario</i> im Sinne der <i>Corte di Cassazione</i>	177
e. <i>Procacciatore d'affari</i>	179
7. Auslegungsprobleme und Überschneidung mit zivilrechtlichen Vorschriften	181
8. Fazit	184
II. Schadensersatzhaftung für Informationspflichtverletzung	187
1. Informationspflicht des Maklers	188
a. Wortlaut und Zweck des Art. 1759 Abs. 1 c. c.	188
b. Umfang der Informationspflicht	189
aa. Traditionelle Interpretation	190

bb. Von der Informationspflicht zur Pflicht der <i>corretta informazione</i>	191
2. Haftung des Maklers bei Verletzung der Informationspflicht	195
a. Informationspflichtverletzung als <i>inadempimento</i> i. S. v. Art. 1218 c. c.	196
b. Differenzierung zwischen <i>mediatore tipico</i> und <i>mediatore mandatario</i>	199
aa. Haftung des <i>mediatore tipico</i> aus <i>contatto sociale</i>	199
(1) Konstruktion eines <i>contatto sociale</i> zwischen Vertrags- und Deliktsrecht	199
(2) Anwendung im Bereich der Maklerhaftung	201
bb. Haftung des einseitig beauftragten Maklers	203
3. Fazit	206
III. Praktische Relevanz der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen	207
1. Nebeneinander von <i>Codice civile</i> und <i>Codice del consumo</i>	208
2. Typische Maklerklauseln	210
3. Fazit	212
D. Verbraucherschützende Instrumente im deutschen Maklerrecht	213
I. Gesetzliche Sonderregelungen	216
1. Vorschriften des öffentlichen Maklerrechts	217
a. Erfordernis einer Erlaubnis für gewerbsmäßig tätige Makler .	217
aa. Anwendungsbereich des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO .	218
bb. Versagungsgründe	221
(1) Unzuverlässigkeit	221
(2) Ungeordnete Vermögensverhältnisse	223
cc. Unbeachtlichkeit fehlender Fachkunde	223
dd. Erlaubnisbeantragung und Erlaubniserteilung	227
b. Gewerberechtliche Pflichten des Maklers	229
aa. Anzeige-, Auskunfts- und Nachschaupflichten der Gewerbeordnung	229
bb. Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung	229
(1) Begriff des „Auftraggebers“	230
(2) Schutz des Vermögens der Auftraggeber	231
(3) Anzeigepflicht	232
(4) Buchführungs-, Informations- und Aufbewahrungspflicht	232
(5) Prüfungspflicht	233
c. Folgen bei Nichtbeachtung der Vorschriften	233
aa. Gewerbliche Tätigkeit ohne Erlaubnis	233
bb. Verletzung weiterer Pflichten der Gewerbeordnung	234
cc. Missachtung der Vorschriften der MaBV	235
2. Sonderregelungen des Wohnungsvermittlungsgesetzes	237

a.	Form des Wohnungsmaklervertrages	238
b.	Einführung des Bestellerprinzips	238
aa.	Inhalt der Neuregelungen	238
bb.	Reaktionen und mögliche Auswirkungen	242
c.	Weitergehende Regelung der Maklerprovision	247
d.	Kein Ersatz von Aufwendungen	248
e.	Unwirksamkeit von Koppelungsgeschäften	249
f.	Vermittlung nur mit Auftrag	249
g.	Besonderheiten bei öffentlicher Werbung	250
h.	Rechtsfolgen bei Missachtung der Vorschriften	250
3.	Weitere relevante Bestimmungen	252
4.	Unvereinbarkeitsregelungen in anderen Berufsrechten	254
5.	Vergleichendes Fazit	256
II.	Schadensersatzhaftung für die Verletzung von Nebenpflichten	261
1.	Nebenpflichten des Maklers gegenüber dem Auftraggeber	261
a.	Informationspflicht	262
b.	Beratungspflicht	265
c.	Unterlassungspflicht	267
d.	Weitere Nebenpflichten	267
e.	Gesteigerte Pflichten beim Alleinauftrag	268
f.	Sonderfall des Doppelmaklers	268
2.	Pflichten gegenüber dem Geschäftspartner des Auftraggebers	270
3.	Folgen bei Verletzung der Pflichten durch den Makler	272
4.	Fazit	274
III.	Verwirkung des Provisionsanspruchs nach § 654 BGB	276
1.	Normzweck	276
2.	Anwendungsbereich von § 654 BGB	277
a.	Unmittelbare Anwendung für die vertragswidrige Doppeltätigkeit	277
b.	Ausweitung des Verwirkungstatbestandes	280
c.	Kritik des Schrifttums	282
d.	Überlegungen zur Übertragung des Rechtsgedankens auf andere Tätigkeitsbereiche	284
3.	Rechtsfolge: Verwirkung des Provisionsanspruchs	285
4.	Verhältnis von § 654 BGB zu § 280 BGB	286
5.	Fazit	287
IV.	Richterliche Inhaltskontrolle	288
1.	Grundlagen zur Überprüfung von Maklerklauseln	289
2.	Übliche Klauseln in Maklerverträgen	291
V.	Auffangfunktion des nichtstaatlichen Verbraucherschutzes in Deutschland	293
E.	Zusammenfassung	295
I.	Verbraucherschutz durch Berufs-/Gewerberecht	296

II. Verbraucherschutz durch Ausweitung des Pflichtenprogramms und Sanktionierung von Fehlverhalten	299
III. Sekundärer Verbraucherschutz durch die Kontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen	302
IV. Fazit	304
Teil 3: Analyse: Regulierungsmechanismen des Verbraucherschutzes im Maklerrecht	305
<i>A. Unzulänglichkeit typischer Instrumente des Verbraucherschutzes im Maklerrecht</i>	<i>305</i>
<i>B. Schutz des Verbrauchers als Fall der Qualitätssicherung</i>	<i>308</i>
I. Gleichlaufende Zielsetzung von Qualitätssicherung und Verbraucherschutz	308
II. (Un-)Bestimmbarkeit der „Qualität“ von Dienstleistungen und Möglichkeiten der Qualitätssicherung	309
<i>C. „Qualitätssicherung“ im Maklerrecht – Materielle Standards</i>	<i>312</i>
I. Qualität der vermittelnden Leistung	313
II. Qualifikation des Maklers	313
III. Freiheit des Kunden vom Makler	314
IV. Abschlussfreiheit des Kunden	315
V. Erfolgsabhängigkeit der Vergütung vs. Leistungsvergütung	315
VI. Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung	317
<i>D. Metastandards</i>	<i>317</i>
I. Information	318
II. Neutralität vs. einseitiger Interessenwahrung	320
<i>E. Mittel der Durchsetzung</i>	<i>325</i>
I. Tätigkeitspflicht als Sanktion	325
II. Verlust der Provision	326
III. Nichtigkeit von Verträgen und Vertragsteilen	327
IV. Schadensersatzhaftung bei Pflichtverletzung	328
V. Geldbußen	329
VI. Verlust der Zulassung	330
<i>F. Fazit und Ausblick</i>	<i>331</i>
<i>G. Résumé</i>	<i>335</i>
Literaturverzeichnis	337
Sachregister	351

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AIZ	Allgemeine Immobilienzeitung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
Cass	Corte di Cassazione (Kassationsgerichtshof)
c.c.	Codice civile
Contr. e impresa	Contratto e impresa
Corte cost.	Corte Costituzionale
Corr. giur.	Il Corriere giuridico
Corr. mer.	Il Corriere del merito
Danno e resp.	Danno e responsabilità
DB	Der Betrieb
decr. leg.	Gesetzesvertretendes Dekret (decreto legislativo)
ders	der-/dieselbe
d.h.	das heißt
Dir. giust.	Diritto e Giustizia
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
d.p.r.	Dekret des Präsidenten der Republik (decreto del presidente della repubblica)
DL-InfoV	Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung
d.m.	Ministerialdekret (decreto ministeriale)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EWS	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f	und der/die folgende
FD-MietR	Fachdienst Miet- und Wohnungseigentumsrecht

ff	und die folgenden
Foro it.	Foro italiano
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
Giornale Dir. Amm.	Giornale di diritto amministrativo
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
IVD	Immobilienverband Deutschland
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.	numero (Nummer)
NJ	Neue Justiz-Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
Nuova giur. civ. comm.	Nuova giurisprudenza civile commentata
Nuove leggi civ. comm.	Le nuove leggi civili commentate
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.	oben
Obbl. e contr.	Obbligazioni e contratti
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAngV	Preisangabenverordnung
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RDM	Ring Deutscher Makler

RDM Slg.	RDM-Sammlung von Rechtsprechung zum Makler- und Immobilienrecht
Resp. civ.	La responsabilità civile
Resp. civ. e prev.	Responsabilità civile e previdenza
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
s.	siehe
S.	Satz
sog.	sogenannt(e/r/s)
StBerG	Steuerberatungsgesetz
STGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WoVermG	Wohnungsvermittlungsgesetz
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil

Im Übrigen richten sich die Abkürzungen nach *Kirchner*; Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013.

Einleitung

A. Ausgangslage und Zielsetzung

„Makler wollen ihren schlechten Ruf polieren“¹, „Makler kann sich jeder nennen“² oder „Feindbild Makler“³ – so betiteln führende deutsche Tages- und Wochenzeitungen die Situation des Immobilienmaklers. In der Bevölkerung herrscht ein breites Misstrauen gegenüber den Mitgliedern dieser Branche. Nicht selten werden die Vorurteile durch unseriöse Makler bestätigt, die ihre Kunden durch beschönigende Annoncen und unrealistische Gewinnzusagen locken oder ihnen Mängel der Immobilie vorenthalten, um sie so zum Abschluss eines für sie nachteiligen Geschäfts zu bewegen.⁴ Die Maklerkunden sind daher vor unqualifizierter Beratung, zweifelhaften Geschäftspraktiken und Täuschungen zu schützen, insbesondere wenn sie als Verbraucher nicht über die entsprechende Erfahrung im Geschäftsverkehr verfügen.

Ein weiterer Grund für das Imageproblem liegt in der fehlenden Qualifikation vieler Makler.⁵ Die vermeintliche Möglichkeit, durch wenig Einsatz eine hohe Vergütung zu erlangen, sowie das Fehlen einheitlicher Branchenstandards und fachlicher Zugangsvoraussetzungen locken „schwarze Schafe“ auf den Markt, die der Branche erheblichen Schaden zufügen. Deren Anteil unter den Immobilienmaklern dürfte in den vergangenen Jahren noch deutlich gestiegen sein, denn mit dem Immobilienboom sind in Deutschland nicht nur die Preise für Häuser und Wohnungen gestiegen, sondern auch die Zahl der Makler.⁶ Der Verbraucher vermag jedoch die unseriösen, unqualifizierten Makler kaum als

¹ FAZ.net, Rhein-Main-Zeitung vom 31.01.2010, <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/frankfurt/frankfurt-makler-wollen-ihren-schlechten-ruf-polieren-1907508.html> (Stand: 25.04.2016).

² Süddeutsche Zeitung, München, vom 26.03.2010, <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/der-beruf-immobilienmakler-makler-kann-sich-jeder-nennen-1.5740> (Stand: 25.04.2016).

³ Der Spiegel, Ausgabe 15/2013 vom 08.04.2013, S. 80 ff.

⁴ Vgl. etwa Stern.de, Artikel vom 02.05.2013: „Die skrupellosen Methoden unseriöser Makler“, http://www.stern.de/tv/stern_tv/schrottimmobiliendie-skrupellosen-methoden-unserioeser-makler-2005450.html (Stand: 14.09.2013).

⁵ FAZ.net, Rhein-Main-Zeitung vom 31.01.2010, (o. Fn. 1); Süddeutsche Zeitung, München, vom 26.03.2010, (o. Fn. 2); *Ibold*, Rn. 3; *Schwerdtner/Hamm*, Rn. 3.

⁶ Manager-magazin.de, Artikel vom 30.04.2013: „Immobilienmakler in der Identitätskrise“, <http://www.manager-magazin.de/finanzen/immobilien/a-896541.html> (Stand: 25.04.2016).

solche zu erkennen. Dabei geht es für ihn gerade beim Erwerb einer Immobilie um enorme Vermögenswerte, so dass Fehlentscheidungen gravierende finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen können.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist daher herauszufinden, mit Hilfe welcher Rechtsinstrumente der Schutz von Verbrauchern im Rechtsverkehr mit Immobilienmaklern gewährleistet werden kann. Hierzu werden das italienische und das deutsche Maklerrecht untersucht, um so einen Vergleich der dort vorhandenen Schutzmechanismen zu ermöglichen und im Zuge dessen die Unterschiede sowie Gemeinsamkeiten der jeweiligen Vorschriften darzustellen und zu hinterfragen. Im Zentrum der Untersuchung wird dabei die Vermittlung von Kauf- oder Mietverträgen über Immobilien stehen.

Der Vergleich dieser beiden Rechtsordnungen ist eine besondere Herausforderung, da sich unterschiedliche gesetzliche Regelungsansätze gegenüberstehen, die umfassend durch die Rechtsprechung geprägt und stetig weiterentwickelt werden. Bereits die in den jeweiligen Rechtssystemen herrschenden Grundverständnisse von der Maklertätigkeit sind auf den ersten Blick gegensätzlich und bedürfen einer eingehenden Untersuchung. Zudem bewegt sich Verbraucherschutz stets an der Grenze zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Gerade das italienische Maklerrecht verknüpft hier die Instrumente des Zivil- und öffentlichen Rechts in einer Weise, die nicht nur für die deutsche Rechtsordnung richtungsweisende Impulse geben könnte.

Ungeachtet ihres schlechten Rufes üben Makler eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion aus.⁷ Sie vermitteln gegenläufige Interessen am Markt und ermöglichen so das Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage.⁸ Folglich kommt dem Maklerrecht eine große praktische Bedeutung zu, insbesondere im Bereich der Immobilienvermittlung.⁹ Trotz seiner enormen Relevanz ist dieses Rechtsgebiet in der deutschen wie in der italienischen Rechtsordnung nur dürftig geregelt und wird durch eine umfangreiche Kasuistik der Rechtsprechung sowie durch Vorschriften des Öffentlichen Rechts ergänzt. Die Anwendung der so entwickelten Grundsätze auf den individuellen Einzelfall ruft bereits im nationalen Kontext Unsicherheiten hervor, insbesondere für Laien. Zusätzliche Schwierigkeiten entstehen für Kunden bei Auslandsgeschäften, wenn der Zugang zum Markt durch räumliche Entfernung, Sprachbarrieren und vor allem unterschiedliche Rechtssysteme erschwert wird.

⁷ Nach Informationen des Statistischen Bundesamtes setzten im Jahr 2013 in Deutschland 21.618 Unternehmen im Bereich der Vermittlung von Immobilien für Dritte etwa 6,37 Mrd. Euro um, vgl. *Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich, Grundstücks- und Wohnungswesen*, 2013, S. 21 f; <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Dienstleistungen/Finanzdienstleistungen/Branchenberichte/GrundWohnungswesen.html> (Stand: 25. 04. 2016).

⁸ *Knieper*, NJW 1970, 1293 (1295).

⁹ *Looschelders*, Rn. 766.

Schließlich handelt es sich bei der Immobilienvermittlung um eine Branche, die für Verbraucher mit besonderen Risiken verbunden ist und deren Komplexität dazu führt, dass die Kunden auf die Kompetenz eines Spezialisten angewiesen sind.¹⁰ Hinzu kommt, dass potentielle Käufer oder Mieter, die ein bestimmtes Objekt mieten oder kaufen möchten, häufig der Inanspruchnahme des vom Immobilienanbieter eingeschalteten Maklers nicht entgehen können. Da außerdem das Vorliegen eines Dreipersonenverhältnisses und die Erfolgsabhängigkeit der Provision Anreize zu Fehlverhalten des Maklers setzen, ist der Verbraucherschutz im Maklerrecht von herausragender Bedeutung. Dennoch ist das Verbraucherrecht im Dienstleistungsbereich allgemein, vor allem aber im Bereich Bauen und Wohnen, nur lückenhaft geregelt.¹¹ Vor diesem Hintergrund kann eine Untersuchung der jeweiligen nationalen Schutzmechanismen abstrakte Kriterien für einen wirksamen Schutz der Maklerkunden und gegebenenfalls auch wichtige Erkenntnisse für den Verbraucherschutz im Dienstleistungsbereich allgemein liefern.

B. Methodik und Gang der Untersuchung

Für die rechtsvergleichende Untersuchung wird ein funktionaler Ansatz gewählt.¹² Den Ausgangspunkt der Betrachtung bilden nicht die Vorschriften des eigenen Rechts, sondern der zugrunde liegende wirtschaftlich-soziale Konflikt. Im vorliegenden Fall ist dies die Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern bei der Inanspruchnahme immobiliennaher Dienstleistungen. Herauszuarbeiten ist demnach, welche Regelungen eine entsprechende gesellschaftliche Funktion einnehmen. Im Anschluss lässt sich beurteilen, inwieweit die verfolgten Zwecke von den Normen der verschiedenen Rechtssysteme erreicht werden.

Die folgende Untersuchung widmet sich also im Schwerpunkt den Mechanismen zum Schutz der Verbraucher im italienischen und deutschen Maklerrecht. Dabei ist diese konkrete Fragestellung jedoch nicht isoliert zu betrachten, sondern das Gesamtsystem der jeweiligen Rechtsordnungen zu berücksichtigen. Denn für die rechtsvergleichende Erörterung einer eingegrenzten Rechtsfrage sind die Erfassung rechtssystematischer Zusammenhänge und das Verständnis von Eigenheiten des nationalen Rechts erforderlich.¹³

Eingangs gilt es somit in Teil 1 die Grundlagen des Maklerrechts in Italien und Deutschland ausführlich zu erläutern. Nach einem kurzen Rückblick auf die historischen Ursprünge des Maklerwesens und die Entwicklung der Maklerfigur

¹⁰ So auch *Grassi*, S. 143 f.

¹¹ Vgl. *Tonner* in: *Tamm/Tonner*, § 4, Rn. 71.

¹² Näher zur Funktionalen Rechtsvergleichung: *Koch/Magnus/Winkler v. Mohrenfels*, § 13 II 2; *Zweigert/Kötz*, § 3 II.

¹³ *Koch/Magnus/Winkler v. Mohrenfels*, § 13 II 1.

in den zivilrechtlichen Kodifikationen steht das Berufsbild des Immobilienmaklers im Zentrum der Betrachtung. Hier werden zunächst der Gegenstand der Maklertätigkeit sowie die wesentlichen Eigenschaften des Maklerverhältnisses verglichen, welche das jeweilige Leitbild des Maklers in den beiden Rechtsordnungen prägen. Anhand dieser Kennzeichen kann sodann eine Abgrenzung der Maklertätigkeit zu ähnlichen Berufsbildern erfolgen. Im Anschluss wird die Entwicklung des Tätigkeitsprofils in der modernen Praxis erläutert, die in Italien und Deutschland zu Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der Maklertätigkeit führen. Welche Probleme sich hieraus ergeben, zeigt sich unmittelbar anhand der darauf folgenden Untersuchung, die sich der dogmatischen Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Makler und den beiden am Hauptgeschäft interessierten Parteien widmet. Schließlich werden die sich aus dem Maklerverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien erörtert, wobei der Anspruch auf Provisionszahlung eine besondere Bedeutung einnimmt.

Ausgangspunkt der Untersuchung wird stets das italienische Recht sein. Ein Austritt aus dem vertrauten Rechtssystem sowie eine objektive Betrachtung der unbekannteren Rechtsordnung ermöglichen ein besseres Verständnis der jeweiligen Systematik und sind für den späteren Vergleich förderlich.

Nachdem die Grundzüge des Maklerrechts in Italien und Deutschland dargestellt und somit ein umfassendes Bild der jeweiligen Maklerfigur gezeichnet wurden, können anschließend in Teil 2 der Untersuchung die zentralen Instrumente zur Gewährleistung des Verbraucherschutzes herausgearbeitet werden. Vorab wird die Überlegung angestellt, warum überhaupt der Verbraucher im Rechtsverkehr mit Immobilienmaklern besonders schutzwürdig ist und welche der für ihn bestehenden Gefahren dem System innewohnen. Sodann werden die jeweiligen Regelungskomplexe des italienischen und deutschen Rechts erläutert, welche diesen Gefahren entgegenwirken sollen. Dabei wird insbesondere das Zusammenwirken von Zivilrecht und öffentlichem Recht hervorgehoben. Im Zentrum der Untersuchung stehen Berufszulassungs- und Ausübungsregelungen sowie Mechanismen zum Schutz vor missbräuchlichem Maklerverhalten. Da nicht jede Form des Fehlverhaltens betrachtet werden kann, sind exemplarisch diejenigen Instrumente herauszugreifen, die für den Verbraucherschutz besonders relevant sind.

Im Rahmen dieser Betrachtung werden zunächst die verbraucherschützenden Instrumente des italienischen Rechts eingehend erörtert, woraufhin die Regelungen des deutschen Rechts zum Vergleich herangezogen werden. Die jeweiligen Regelungskomplexe werden daraufhin in einer vergleichenden Zusammenfassung einander gegenüber gestellt, sodass die Unterschiede sowie Übereinstimmungen in der Erreichung der zugrunde liegenden gesellschaftspolitischen Zwecke hervorgehoben werden können. Auf diesen Vergleich stützt sich schließlich die abstrakte Analyse in Teil 3 der Arbeit, die den Schutz des Verbrauchers als Fall der Qualitätssicherung betrachtet. In diesem Zusammen-

hang werden grundlegende Qualitätsstandards der Maklertätigkeit sowie Mittel zu deren Durchsetzung bestimmt und in einem Ausblick auf ihre Praxistauglichkeit hin überprüft. Dabei spielt auch die Frage, ob das Maklerrecht nicht insgesamt neu zu systematisieren ist, eine Rolle.

Teil I

Grundzüge des Immobilienmaklerrechts in Italien und Deutschland

A. Der rechtliche Rahmen für die Tätigkeit von *mediatore* und Makler

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Makler werden zunehmend durch das Unionsrecht geprägt. Bislang fehlt es zwar an speziellen Regelungen, die auf die Vermittlung von Immobilien zugeschnitten sind, doch mittelbar gewinnen unionsrechtliche Vorgaben, insbesondere solche, die eine Verstärkung des Verbraucherschutzes bezwecken, auch für Immobilienmakler an Bedeutung. So hat die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹ zu einer Ausweitung der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und mithin zu einer Einschränkung der einseitigen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten von Immobilienmaklern geführt.² Im wettbewerbsrechtlichen Bereich sind supranationale Bezüge etwa für die Maklerwerbung infolge der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken³ sowie der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung⁴ vorhanden. Darüber hinaus können die Regelungen der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher⁵ für Immobilienmakler bedeutsam werden.

In erster Linie wird der europäische Einfluss auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für Immobilienmakler jedoch durch die Richtlinie 2006/123/EG

¹ Richtlinie 93/13/EWG DES RATES vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 Nr. L 095, S. 29.

² Näher zur AGB-Kontrolle im deutschen Recht in Teil 2, Kapitel D. IV. bzw. im italienischen Recht in Teil 2, Kapitel C. III.

³ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2005 Nr. L 149, S. 22.

⁴ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. 2006 Nr. L 376, S. 21.

⁵ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. 2011 Nr. L 304, S. 64.

über Dienstleistungen im Binnenmarkt⁶ spürbar. Die Dienstleistungsrichtlinie zielt auf eine Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer bei gleichzeitiger Gewährleistung einer hohen Qualität von Dienstleistungen ab.⁷ Im unionsrechtlichen Kontext wird die Tätigkeit des Maklers den Dienstleistungen zugeordnet,⁸ so dass die in Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ergangenen nationalen Vorschriften des italienischen und deutschen Rechts sich in vielfacher Weise auf die Rechtsbeziehungen von Maklern auswirken. Dies betrifft beispielsweise die auch vom Makler einzuhaltenden Informationsstandards im Sinne des Art. 22 der Dienstleistungsrichtlinie,⁹ vor allem aber die jeweiligen Beschränkungen des Zugangs zum Maklerberuf. Nationale Anforderungen an die berufliche Qualifikation des Maklers und an die Ausübung der Maklertätigkeit können den grenzüberschreitenden Vertrieb der Dienstleistung oder die Niederlassung des Dienstleisters in einem anderen Mitgliedstaat behindern.¹⁰

Die Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben sowie der Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ist somit im Rahmen einer vergleichenden Betrachtung des italienischen und deutschen Maklerrechts unumgänglich.¹¹

In Italien ist das zivile Maklerrecht in den Art. 1754 bis 1765 *Codice civile* (c. c.) geregelt. Diese Vorschriften enthalten vor allem eine Definition der Maklertätigkeit sowie die maßgeblichen Voraussetzungen des Provisionsanspruchs. Daneben sind hier einzelne Pflichten des Maklers festgelegt, insbesondere in Art. 1759 Abs. 1 c. c. eine Informationspflicht gegenüber den Kunden. Da der *Codice civile* jedoch nur einen groben rechtlichen Rahmen für das Maklerverhältnis festlegt, ergänzt die Rechtsprechung die knappen gesetzlichen Regelungen und prägt damit das nationale italienische Maklerrecht grundlegend. Darüber hinaus hat die italienische Praxis die Figur des Maklers über die gesetzlichen Vorschriften hinaus weiterentwickelt.¹²

Neben den Normen des Zivilgesetzbuchs existieren in der italienischen Rechtsordnung detaillierte berufsrechtliche Vorschriften für Makler. Insbeson-

⁶ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 Nr. L 376, S. 36; in der italienischen Rechtswelt bisweilen „*Direttiva Bolkestein*“ genannt, vgl. *D'Ettore/Marasciulo*, S. 36 f. Dies geht zurück auf den ursprünglichen Vorschlag für die Richtlinie, der unter dem damals zuständigen Kommissar Frits Bolkestein ausgearbeitet worden war, *Streinz/Leible* in: *Schlachter/Ohler*, Einleitung, Rn. 30.

⁷ *Eisenmenger* in: *Stober/Paschke*, Rn. 1317.

⁸ *Micklitz*, EWS 1995, 296 (297); *Schmidt-Kessel*, GPR 2008, 63 (70); vgl. auch *Müko-Roth*, § 652, Rn. 8.

⁹ Zur Umsetzung in der deutschen DL-InfoV siehe Teil 2, Kapitel D. I. 3.

¹⁰ Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Der Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen, KOM/2002/0441 endg., S. 6 f.

¹¹ Art. 56 und 49 AEUV.

¹² Näher hierzu in Kapitel C. IV. 2.

dere das Gesetz vom 3. Februar 1989, Nr. 39/1989 zur Regelung des Maklerberufs¹³ hat bedeutende Neuerungen mit sich gebracht und damit das bisherige gesetzliche Leitbild maßgeblich verändert.¹⁴ Seither ist der gewerbliche wie der gelegentliche Makler zur Eintragung in ein Register verpflichtet, wobei die Registrierung an bestimmte fachliche und persönliche Voraussetzungen geknüpft ist. Einzig der in das Register eingetragene Makler hat einen Anspruch auf den Erhalt der Provision. Obendrein enthält das Gesetzes Nr. 39/1989 eine Regelung von Inkompatibilitätstatbeständen sowie Einschränkungen bei der Verwendung von Vertragsformularen und Vordrucken durch den Makler.¹⁵

Seit Einführung des Gesetzes Nr. 39/1989 wurden die berufsrechtlichen Vorschriften durch zahlreiche Rechtsakte ergänzt und modifiziert. So hat das Gesetz Nr. 57/2001¹⁶ zu vereinzelt Änderungen im Hinblick auf die fachlichen Voraussetzungen für eine Eintragung in das Maklerregister sowie auf die Regelung von Inkompatibilitätstatbeständen geführt.¹⁷ Die Neuerungen des *decreto-legge* Nr. 223/2006, umgesetzt im Gesetz Nr. 248/2006,¹⁸ berührten die Tätigkeit des Immobilienmaklers insofern, als dass die infolge des Gesetzes Nr. 39/1989 eingeführten Kommissionen wieder abgeschafft wurden.¹⁹ Umfangreichere Auswirkungen auf das öffentliche Maklerrecht hatte das zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG erlassene *decreto legislativo*²⁰ vom 26. 03. 2010 (Nr. 59).²¹ Trotz Abschaffung des Maklerregisters bleiben die grundlegenden Voraussetzungen für den Zugang zum Maklerberuf jedoch bestehen. Die Eintragung in das Maklerregister wurde lediglich durch eine Eintragung in das Unternehmensregister bzw. das allgemeine Verzeichnis für wirtschaftliche und administrative Daten ersetzt. Einzelheiten des formellen Zugangsverfahrens regelt fortan das *decreto ministeriale* vom 26. Oktober 2011.²²

Schließlich gewinnen im Rahmen von Rechtsverhältnissen zwischen Immobilienmaklern und Verbrauchern die Vorschriften des *Codice del consumo* an Bedeutung, vornehmlich die Bestimmungen über missbräuchliche Klauseln in Art. 33 ff *Codice del consumo*.

¹³ Gazzetta Ufficiale, 9. Februar 1989, Nr. 3.

¹⁴ Zaccaria, RIW 1995, 106 (108); näher zur Entwicklung der Maklerfigur in Italien in Kapitel C. IV. 1.

¹⁵ Näher hierzu in Teil 2, Kapitel C. I.

¹⁶ Gesetz vom 05. März 2001, Nr. 57/2001 zur Öffnung und Regulierung der Märkte, Gazzetta Ufficiale, 20. März 2001, Nr. 66.

¹⁷ Näher hierzu in Teil 2, Kapitel C. I. 1. c und C. I. 2.

¹⁸ Gazzetta Ufficiale, 11. August 2006, Nr. 186.

¹⁹ Vgl. Teil 2, Kapitel C. I. b.bb.

²⁰ Gesetzesvertretendes Dekret, im italienischen Recht den einfachen Gesetzen gleichgestellt, vgl. *Eccher/Schurr/Christandl*, S. 44.

²¹ *Decreto legislativo di attuazione della direttiva 2006/123/CE*, veröffentlicht in Gazzetta Ufficiale Nr. 59 vom 23. 04. 2010, S. O. Nr. 75.

²² Näher zu den Auswirkungen des *decr. leg.* vom 26. 03. 2010 (Nr. 59) sowie dem Verfahren für den Zugang zum Maklerberuf in Teil 2, Kapitel C. I. 1. b.