

## W u V Ehemaklervertrag

### I. Allgemeines zum Maklervertrag

Im BGB sind der **Maklervertrag**, der **Darlehensvermittlervertrag** und der **Ehemaklervertrag** geregelt.

**Darlehensvermittlungsvertrag** (§§ 655a-655e BGB) und **Ehemaklervertrag** (§ 656 BGB) sind Unterfälle des **Maklervertrages** gemäß den §§ 652 ff. BGB.

#### 1. Entstehung von Leistungspflichten

Der Maklervertrag gemäß den §§ 652 ff. BGB ist nach h. M. ein **einseitig verpflichtender Vertrag**, da der Makler eben gerade zu nichts verpflichtet ist. Andererseits entsteht die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung des Maklerlohnes nur wenn der Vertrag zwischen Auftraggeber und Drittem unter kausaler Mitwirkung des Maklers wirksam zustande gekommen ist<sup>1</sup>. Damit ist die Entstehung der Leistungspflicht des Auftraggebers aufschiebend bedingt, § 158 I BGB<sup>2</sup>.

#### 2. Bestehen von Schutzpflichten

Unabhängig von den Leistungspflichten bestehen zwischen den Parteien des Maklervertrages Schutzpflichten im Sinne des § 241 II BGB, bei deren Nichteinhaltung entsprechende Rechte der betroffenen Partei entstehen können.

### II. Besonderheit des Ehemaklervertrages

Bei dem Ehemaklervertrag stellt sich die Frage, ob in Folge des Wortlautes von § 656 I 1 BGB eine **Verbindlichkeit des Auftraggebers erst überhaupt nicht entsteht**, oder **ob eine Verbindlichkeit entsteht, diese aber unvollkommen, da nicht einklagbar ist**<sup>3</sup>.

Der Zweck der Vorschrift wird überwiegend darin gesehen, dass der Rechtsschutz für Ehemakler ausgeschlossen sein soll, da Ehemaklerprozesse wegen ihrer Eingriffe in die Intimsphäre der Ehegatten unerwünscht sind und verhindert werden sollen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Althammer, JA 2006, 594; Brox/Walker, Schuldrecht BT, 33. Aufl. 2009, § 29 Rn. 65; Looschelders, Schuldrecht BT, 3. Aufl. 2009, Rn. 767; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 574.

<sup>2</sup> Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 574.

<sup>3</sup> Im Einzelnen ist dies äußerst umstritten und hat auch bedeutsame praktische Auswirkungen. Wird eine Verbindlichkeit nicht begründet, können akzessorische Sicherheiten nicht entstehen, wie z. B. §§ 765 ff., 1113 ff., 1204 ff. BGB, Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 589 Fn. 102; vgl. auch Jauernig/Mansel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 241 Rn. 20 ff., insbes. Rn. 22 zu dem genannten Streit.

<sup>4</sup> Jauernig/Mansel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 656 Rn. 1; dennoch ist die Vorschrift des § 656 BGB heute rechtspolitisch stark umstritten, vgl. Looschelders, Schuldrecht BT, 3. Aufl. 2009, Rn. 781.

## 1. Bestehen von Leistungspflichten

Nach ganz h. M. wird keine Leistungspflicht des Auftraggebers in dem Sinne begründet, dass der Ehemakler einen einklagbaren, durchsetzbaren Anspruch gegenüber dem Auftraggeber erwirbt<sup>5</sup>.

## 2. „Schuld ohne Haftung“

Die wohl überwiegende Auffassung geht davon aus, dass es sich im Rahmen der Forderung des Ehemaklers gemäß **§ 656 I 1 BGB** um eine unvollständige Forderung im Sinne einer unvollkommenen Verbindlichkeit handelt<sup>6</sup>. Damit könnte man von einer Schuld ohne Haftung sprechen. Üblicherweise bezeichnet Schuld die materiellrechtliche Leistungspflicht des Schuldners, während Haftung technisch im Sinne einer Durchsetzbarkeit der Schuld zu verstehen ist<sup>7</sup>. Der **Grundsatz** im Bürgerlichen Recht lautet nun: **Keine Schuld ohne Haftung**, oder anders ausgedrückt: Regelmäßig ist mit der Schuld die Haftung verbunden<sup>8</sup>.

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, so dass von einer Schuld ohne Haftung gesprochen werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner erfüllen kann, aber nicht muss<sup>9</sup>. In diesen Fällen **schließt das Gesetz eine rechtliche Verbindlichkeit** zwar aus. Jedoch kann man von einer natürlichen Verbindlichkeit (Naturalobligation) sprechen, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Forderung vom Gläubiger nicht durchgesetzt, vom Schuldner aber erfüllt werden kann, und der Schuldner mit der Erfüllung einen Rechtszustand schafft, als habe er einer ihm obliegenden rechtlichen Pflicht genügt<sup>10</sup>.

Die **h. M. sieht den Ehemaklervertrag als eine solche Naturalobligation** an<sup>11</sup>. Nach anderer Ansicht dagegen soll bereits überhaupt keine Verbindlichkeit begründet werden, so dass es auch an einer Forderung fehlt<sup>12</sup>. Nach dieser Auffassung gibt es schon gar keine Schuld (dies hat Bedeutung für die Entstehung von akzessorischen Sicherungsrechten).

<sup>5</sup> Vgl. die Formulierung bei *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 589, wonach der Gesetzgeber dem Makler gemäß § 656 I 1 BGB den Rechtsschutz für die Durchsetzung seines Vergütungsanspruches entzieht. Das aber legt nahe, dass es einen Vergütungsanspruch gibt! Nur korrespondiert hiermit ausnahmsweise keine Leistungspflicht des Auftraggebers. Vgl. auch *Looschelders*, Schuldrecht BT, 3. Aufl. 2009, Rn. 781 („kein durchsetzbarer Anspruch auf Zahlung der Vergütung“).

<sup>6</sup> *Medicus*, Schuldrecht AT, 17. Aufl. 2006, Rn. 24, ebenso die Neuauflage *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2008, Rn. 24; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 3. Aufl. 2009, Rn. 781.

<sup>7</sup> *Jauernig/Mansel*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 241 Rn. 16; ebenso *Musielak*, GK BGB, 7. Aufl. 2005, Rn. 179, 180.

<sup>8</sup> *Musielak*, GK BGB, 7. Aufl. 2005, Rn. 179, 180.

<sup>9</sup> *Musielak*, GK BGB, 7. Aufl. 2005, Rn. 179, 180.

<sup>10</sup> *Musielak*, GK BGB, 7. Aufl. 2005, Rn. 179, 180.

<sup>11</sup> *Medicus*, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2003, Rn. 448; ebenso die Neuauflage *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht BT, 15. Aufl. 2010, Rn. 921; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 3. Aufl. 2009, Rn. 781; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 589; von Forderungen ohne materiellrechtliche Verbindlichkeit spricht *Jauernig/Mansel*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 241 Rn. 16.

<sup>12</sup> In diesem Sinne *Larenz*, Schuldrecht BT 1, 13. Aufl. 1989, S. 403.

Um die fehlende rechtliche Verbindlichkeit zu kompensieren, vereinbaren Ehemakler grundsätzlich eine so genannte **Vorauszahlungspflicht**. Nach *Medicus* wandelt § 656 BGB dann seine Funktion:

Durch die Vorschrift wird in diesem Fall eine Art Übereilungsschutz bewirkt, da die Weggabe von Geld in der Regel schwerer fällt als die bloße Eingehung einer Verpflichtung zur Zahlung von Geld<sup>13</sup>.

### 3. Bestehen von Schutzpflichten

Unabhängig von dem Bestehen einer Schuld ohne Haftung oder auch gar keiner Schuld besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass der Ehemakler die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Auftraggebers zu beachten hat und bei entsprechender Verletzung der ihn treffenden Schutzpflichten gemäß § 241 II BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, vgl. § 280 I BGB.

Sieht man den **Ehemaklervertrag als ein wirkungsgemindertes vertragliches Schuldverhältnis** an<sup>14</sup>, so begründet er zwar einen die Rückforderung ausschließenden Erwerbsgrund, § 656 I 2 BGB, jedoch bestehen über den Schadensersatz hinaus bei Leistungsstörungen aus der Sphäre des Ehemaklers Rechte des Auftraggebers.

Ausgeschlossen ist nur die auf § 656 I 1, II BGB gestützte Rückforderung. Eine Rückforderung ist jedoch zulässig, soweit andere Unwirksamkeits- oder Beendigungsgründe geltend gemachte werden. Hierunter fällt auch die Vertragsbeendigung durch **Kündigung**<sup>15</sup>. Damit kann der Kunde nach einer Kündigung gemäß § 627 BGB auch Rückzahlung einer im Voraus gezahlten Vergütung gemäß §§ 628 I 3, 346 I BGB verlangen.

Des Weiteren soll nach zumindest einer Auffassung sogar auch ein **Rücktritt im Sinne des § 324 BGB** möglich sein, soweit man es genügen lässt, dass die eine Leistung gerade um der anderen Leistung willen erbracht worden ist, ohne dass Leistungspflichten im Sinne eines vollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrages bestehen.

### 4. Die Anwendung von § 656 BGB auf „ähnlich ausgestaltete Vertragsverhältnisse“

§ 656 BGB wird von der Rechtsprechung auf Verträge über die Vermittlung (den Nachweis) eines Partners entsprechend angewandt (**Partnerschaftsvermittlungsverträge**)<sup>16</sup>, nicht jedoch auf die Begründung der Mitgliedschaft in Freizeitclubs. Bei letzteren handelt es sich nicht um Werkverträge, sondern um Dienstverträge im Sinne von §§ 611, 627 BGB<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> *Medicus*, Schuldrecht AT, 17. Aufl. 2006, Rn. 24; ebenso die Neuauflage *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 18. Aufl. 2008, Rn. 24.

<sup>14</sup> So BGHZ 87, 314 f.

<sup>15</sup> BGH NJW 2005, 2543; BGH NJW 1999, 271; BGHZ 106, 341, 347; BGH NJW 1991, 2763; OLG Nürnberg NJW-RR 1997, 1556; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 3. Aufl. 2009, Rn. 781 und Rn. 608.

<sup>16</sup> BGH 112, 122 m. w. N.

<sup>17</sup> Beachte hierzu insbesondere die neue Entscheidung zum „Lockvogel Bea“, BGH, Urt. v. 17. 1. 2008 – III ZR 239/06, NJW 2008, 982, bei welcher der Bundesgerichtshof sehr lesenswert die

### III. Verbundener Ehemaklervertrag<sup>18</sup>

Eine weitere Möglichkeit zur Absicherung einer Vergütung für den Ehemakler besteht in der Ausgestaltung des Ehemaklervertrages als **drittfinanzierter Ehevermittlung**.

Hier **schließt der Auftraggeber auf Vermittlung des Ehemaklers einen Darlehensvertrag mit einem Kreditinstitut und weist dieses an, das Darlehen unmittelbar an den Ehemakler auszuzahlen, damit ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen gemäß § 656 I 2 BGB besteht.**

In diesem Fall können Ehemaklervertrag und Darlehensvertrag **verbundene Geschäfte** im Sinne der §§ 358, 359 BGB darstellen, wenn bei beiden Verträgen die Voraussetzungen des § 358 III BGB erfüllt sind.

Der **Widerruf des Darlehensvertrages** gemäß den §§ 355, 495, 491, 488 BGB wirkt dann gemäß § 358 II BGB auch auf den Ehemaklervertrag.

Weiterhin ist trotz Erlöschen des Widerrufsrechtes hinsichtlich des Darlehensvertrages die **Verweigerung der Rückzahlung des Darlehens** über den so genannten **Einwendungsdurchgriff des § 359 II BGB** eröffnet<sup>19</sup>.

Hierbei ist insbesondere § 656 II BGB zu beachten! Fraglich ist nämlich, inwieweit auch die Finanzierung durch ein vermitteltes Darlehen unter § 656 II BGB fallen kann. Das ist umstritten. Nach *Medicus*<sup>20</sup> würde der Schutz des § 656 BGB unterlaufen werden, wenn der Kunde gegenüber der Bank zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet wäre. Daher kann der Kunde und Darlehensnehmer **in entsprechender Anwendung von § 656 II BGB** die Rückzahlung des Darlehens verweigern<sup>21</sup>. Nach anderer Ansicht soll der Kunde zur Darlehensrückzahlung verpflichtet sein, da der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 656 BGB Prozesse über den Maklerlohn, nicht aber Darlehensprozesse verhindern wollte.

---

gefestigte Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung des § 656 BGB auf Partnerschaftsvermittlungsverträge darlegt; BGH NJW-RR 2004, 778, 779; BGHZ 106, 341, 343; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 268.

<sup>18</sup> Hierzu eingehend Palandt/*Sprau*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 656 Rn. 3 ff.

<sup>19</sup> Wenn der Ehemaklerlohn 200 € übersteigt, wovon regelmäßig auszugehen ist.

<sup>20</sup> *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 776.

<sup>21</sup> Vgl. Palandt/*Sprau*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 656 Rn. 4/5 („in entsprechender Anwendung von § 656 (I oder II)“).