Wirksamkeit der Reservierungsvereinbarung beim Immobilienkauf – unter Berücksichtigung der §§ 656a bis 656d BGB

Von RAin *Sabrina Fehr* und RA/FA für Arbeitsrecht Dr. *Joachim Wichert*, beide Frankfurt am Main und Berlin*

I. Einführung

Laut Immobilienmarktbericht 2021 haben sich Investitionen in den Erwerb von Immobilien zwischen 2010 und 2020 verdoppelt. Der Geldumsatz erreichte im Jahr 2020 einen Rekordwert von 310 Mrd. €.[1] Vor allem der Wohnungsimmobilienmarkt ist stark umkämpft. Das führt auch dazu, dass sich regelmäßig eine Vielzahl von Bewerbern für dieselbe Immobilie interessiert. Zur Ausschaltung oder Reduzierung unliebsamer Mitbewerber wird deshalb häufig eine Reservierungsvereinbarung mit dem Makler geschlossen, damit er dem Kaufinteressenten die Immobilie für eine gewisse Zeit freihält.[2] Kommt es zum Kauf, wird die Reservierungsgebühr auf die Maklerprovision angerechnet. Diese Konstellation ist wenig streitanfällig.[3] Kommt es nicht zum Kauf, verbleibt die Reservierungsgebühr beim Makler. Akzeptiert der Kaufinteressent dies nicht, was nicht ganz selten vorkommt, landet die Angelegenheit vor Gericht.

Überdurchschnittlich häufig kommen Gerichte zu dem Ergebnis, dass die jeweilige Reservierungsvereinbarung unwirksam ist, der Makler also keinen Anspruch auf die Reservierungsgebühr hat und diese aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzahlen muss. Das führt zu der allgemeinen Frage: Welche Voraussetzungen müssen Reservierungsvereinbarungen erfüllen, um wirksam zu sein? Dazu kommt die besondere Frage, welche Auswirkungen die §§ 656a bis 656d BGB auf den Abschluss von Reservierungsvereinbarungen haben. Damit befasst sich der nachfolgende Beitrag.

II. Rechtliche Einordnung der Reservierungsvereinbarung

Die Reservierungsvereinbarung ist gesetzlich nicht geregelt. Im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit hat sie gleichwohl ihre Existenzberechtigung. Das wird zwar manchmal mit der Einschätzung bestritten, es mangle an einer spezifischen Leistung des Maklers, daher sei eine Reservierungsvereinbarung von vornherein wertlos und sittenwidrig.[4] Dem ist jedoch nicht zu folgen. Denn der Kaufinteressent erreicht durch die Reservierungsvereinbarung zumindest, dass er für den Reservierungszeitraum nicht oder weniger mit anderen Bewerbern konkurrieren muss. Damit ist sie durchaus geeignet, die Chance des Kaufinteressenten auf den Abschluss des Kaufvertrags zu erhöhen. Der Reservierungsvereinbarung kann also keineswegs jeglicher Wert abgesprochen werden. Für den Kaufinteressenten ist sie etwa von Vorteil, wenn er mit seiner Bank noch die Finanzierung regeln muss oder noch Zeit benötigt, den Kauf familienintern abzustimmen.[5]

In der Regel wird die Reservierungsvereinbarung zwischen Makler und Kaufinteressenten getroffen. Aber auch der Eigentümer kann sie mit dem Kaufinteressenten vereinbaren.[6] Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Reservierungsvereinbarung mit einem Makler.

Die Reservierungsvereinbarung ist nicht auf den Nachweis oder die Vermittlung der Immobilie gerichtet, ist also selbst kein Maklervertrag.[7] Vielmehr handelt es sich um eine gesonderte Verpflichtung des Maklers, die als solche dienstvertragsähnlich ist.[8] Sie ist regelmäßig eingebettet in den betreffenden Maklervertrag.

In der Reservierungsvereinbarung verpflichtet sich der Makler, die Immobilie für den Kaufinteressenten zu reservieren und keinem anderen Interessenten anzubieten oder jedenfalls den Kaufinteressenten zu bevorzugen.[9] Je nach Ausgestaltung der Reservierungsvereinbarung kann der Makler auch dafür verantwortlich sein, dass in der Reservierungszeit kein anderer die Immobilie erwirbt.[10] Damit sollte tunlichst der Eigentümer einverstanden sein, sonst kann der Makler seine Verpflichtung gegenüber dem Kaufinteressenten nicht sicher einhalten.[11]

Aufgrund der Reservierungsvereinbarung ist der Kaufinteressent nicht verpflichtet, die Immobilie zu erwerben. Ebenso wenig folgt aus ihr eine Verpflichtung des Eigentümers, den Kaufvertrag mit dem Kaufinteressenten abzuschließen. Das heißt: Auch wenn der Kaufinteressent die Immobilie erwerben möchte, bietet ihm die Reservie-

---

* www.aclanz.de.

1) Immobilienmarktbericht Deutschland 2021 der Gutachterausschüsse in der Bundesrepublik Deutschland, S. 1.

2) Ein Muster einer Reservierungsvereinbarung findet sich bei *Würdinger*, in: Hinz u.a., Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl. 2021, Teil 4 F.

3) Vgl. aber LG Berlin, 23.12.1999 – 5 O 352/99, ZMR 2000, 352: Verlust des gesamten Provisionsanspruchs analog § 654 BGB bei einer AGB-widrigen Reservierungsvereinbarung; ähnlich OLG Düsseldorf, 05.10.2018 – 7 U 194/17, MDR 2019, 345; diese Entscheidungen sind schon deshalb abzulehnen, weil sie den Anwendungsbereich des § 654 BGB unzulässig ausdehnen, vgl. NK-BGB/*Wichert*, 4. Aufl. 2021, § 654 Rn. 4 ff., 30.

4) In diese Richtung *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 870.

5) *Würdinger*, NZM 2011, 539.

6) Dazu OLG Dresden, 23.08.2016 – 8 U 964/16, MDR 2017, 82; LG Köln, 26.08.2021 – 2 O 292/19, GE 2021, 1435.

7) OLG Stuttgart, 29.03.1996 – 2 U 236/95, NJW-RR 1996, 822 [823]; *Michalski*, NZM 1998, 209 [215]; *Würdinger*, NZM 2011, 539; vgl. auch *Lehmann-Richter*, in: Westphalen, Graf von/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: August 2021, Teil Klauselwerke, Maklervertrag, Rn. 30.

8) In diese Richtung auch BeckOGK/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 176; *Dittert*, AnwZert MietR 7/2012 Anm. 2, B I; anders etwa Staudinger/*Arnold*, BGB, 2021, §§ 652, 653 Rn. 205; *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 871: keine Dienstleistung, weil Leistung des Maklers insofern nicht schuldrechtlich bestimmbar.

9) So BGH, 10.02.1988 – IVa ZR 268/86, NJW 1988, 1716 [1717]; vgl. auch MüKo-BGB/*Roth*, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 66; Staudinger/*Arnold*, BGB, Stand: 2021, §§ 652, 653 Rn. 204; *Würdinger*, NZM 2011, 539.

10) BGH, 10.02.1988 – IVa ZR 268/86, NJW 1988, 1716 [1717]; *Fischer*, Maklerrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. VII Rn. 32.

11) *Breiholdt*, MDR 1989, 31.

rungsvereinbarung im Normalfall keine sichere Gewähr dafür.[12]

Die Gegenleistung für die Reservierung ist die Reservierungsgebühr. Bei Kauf der Immobilie wird sie regelmäßig mit der Maklerprovision verrechnet. Kommt der Kauf nicht zustande, verbleibt sie beim Makler. Manche Reservierungsvereinbarungen unterscheiden bei dem Verbleib der Reservierungsgebühr danach, ob das Nichtzustandekommen des Kaufvertrags im Verantwortungsbereich des Eigentümers oder des Kaufinteressenten liegt.[13]

III. Notarielle Beurkundung

Obgleich eine notarielle Beurkundung praktisch nie erfolgt, kann sie bei Reservierungsvereinbarungen gem. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlich sein. Die Nichtbeachtung führt zur Formnichtigkeit gem. § 125 Satz 1 BGB. Die Formnichtigkeit kann allerdings entsprechend § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nachträglich geheilt werden, und zwar schon dann, wenn der Kaufvertrag zustande gekommen ist.[14]

Die Reservierungsvereinbarung ist kein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben. Insofern ist § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nicht unmittelbar einschlägig. Die Formbedürftigkeit einer Reservierungsvereinbarung kann sich aber aus der Höhe der Reservierungsgebühr ergeben.[15] Denn Vereinbarungen, die für den Fall des Nichterwerbs ins Gewicht fallende Nachteile vorsehen und dadurch Druck oder Zwang zum Abschluss des Vertrages begründen, binden den Kaufinteressenten zumindest mittelbar.[16] Dies rechtfertigt grds. eine analoge Anwendung des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB.[17]

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Formbedürftigkeit dann zu bejahen, wenn die Reservierungsgebühr 10 % bis 15 % der vereinbarten Maklerprovision überschreitet.[18] Diese prozentuale Obergrenze ist allerdings lediglich als Orientierung zu verstehen. Sie kann im Einzelfall höher oder niedriger anzusetzen sein, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen.[19] So kann zu berücksichtigen sein, ob die Initiative zu der Reservierungsvereinbarung vom Kaufinteressenten ausgeht oder dass es sich bei dem Kaufinteressenten um ein gewerbliches Immobilienunternehmen handelt.[20] Auch dürfte eine Rolle spielen, ob die vereinbarte Provision höher oder niedriger als die ortsübliche Provision ist.

Diese eher niedrige Schwelle von 10–15 % der vereinbarten Maklerprovision mag durchaus kritisch gesehen werden; denn eine analoge Anwendung des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB sollte voraussetzen, dass der Nachteil der Reservierungsgebühr wirtschaftlich dem Erwerb der Immobile zumindest nahekommt.[21] Angesichts der anderslautenden ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine solche Kritik für die Praxis aber nicht von Belang.

Eine Beurkundungspflicht besteht auch dann, wenn der Eigentümer selbst die Reservierungsvereinbarung schließt. In diesen Fällen kann nicht auf einen Prozentsatz einer vereinbarten Maklergebühr abgestellt werden. Nach einem aktuellen Urteil ist die notarielle Beurkundung erforderlich, wenn die Reservierungsgebühr 0,3 % des Kaufpreises oder absolut einen Betrag von 5.000,– € überschreitet.[22] Nach anderer Auffassung ist die Grenze bei 10 % der ortsüblichen Maklergebühr zu ziehen.[23]

IV. Alleinauftrag des Maklers

1. Reservierungsvereinbarung ohne Alleinauftrag

In der Reservierungsvereinbarung verpflichtet sich der Makler, die Immobilie für den Kaufinteressenten zu reservieren und keinem anderen Interessenten anzubieten oder jedenfalls den Kaufinteressenten zu bevorzugen; der Makler kann auch dafür verantwortlich sein, dass in der Reservierungszeit kein anderer die Immobilie erwirbt (s.o. unter II.). Um diese Verpflichtungen einhalten zu können, benötigt der Makler einen Alleinauftrag vom Eigentümer. Fehlt es daran, darf der Eigentümer andere Makler hinzuziehen oder seine Immobilie selbst anbieten, weshalb der Makler seine Verpflichtung aus der Reservierungsgebühr von vornherein nicht einhalten kann. Die Reservierungsvereinbarung ist für den Kaufinteressenten objektiv wertlos. Ohne Alleinauftrag ist die Reservierungsvereinbarung daher gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig.[24] Alternativ kann von einer unangemessenen Benachteiligung des Kaufinteressenten ausgegangen werden (s.u. unter V. 2. b).

Von diesem Grundsatz sind aber zwei Ausnahmen zu machen: Zum einen kann der Eigentümer, auch wenn kein Alleinauftrag besteht, der Reservierungsvereinbarung gesondert zustimmen und erklären, dass er die Immobilie in der Reservierungszeit nicht am Markt anbietet oder veräußert.[25] Zum anderen kann der Makler den Kaufinteressenten vor Abschluss der Reservierung darüber informieren, dass er keinen Alleinauftrag hat; wenn der Kaufinteressent dann gleichwohl die Reservierungsvereinbarung schließt, weil sie für ihn doch noch einen gewissen Wert hat, ist für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB kein Raum.[26]

---

12) Zu diesem Aspekt BGH, 23.09.2010 – III ZR 21/10, MDR 2010, 1371, Rn. 15; LG Berlin, 08.11.2016 – 15 O 152/16, GE 2017, 478.
13) In diese Richtung LG Bremen, 02.10.2017 – 1 O 1683/16, juris; dazu *Christensen*, in: Ulmer u.a., AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Teil II, 30 Nr. 3 Rn. 11.
14) BGH, 02.02.1994 – IV ZR 24/93, NJW-RR 1994, 559; BeckOGK/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 150.
15) *Fischer*, Maklerrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. VII Rn. 33.
16) *Heckschen*, in: BeckNotar-HdB, 7. Aufl. 2019, § 1. Grundstückskauf, Rn. 513M.
17) Zur rechtsdogmatischen Ableitung Staudinger/*Arnold*, BGB, 2021, §§ 652, 653 Rn. 622.
18) BGH, 06.02.1980 – IV ZR 141/78, NJW 1980, 1622; BGH, 02.07.1986 – IV a ZR 102/85, ZMR 1986, 432; BGH, 10.02.1988 – IVa ZR 268/86, MDR 1988, 651; LG Hamburg, 06.01.2017 – 320 S 156/15, MietRB 2017, 224; vgl. auch MüKo-BGB/*Roth*, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 63, 66; NK-BGB/*Wichert*, 4. Aufl. 2021, § 652 Rn. 138.
19) BGH, 06.02.1980 – IV ZR 141/78, NJW 1980, 1622 [1623].
20) Vgl. OLG Dresden, 23.08.2016 – 8 U 964/16, MDR 2017, 82, Rn. 16 f.
21) BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, Stand: 01.12.2021, § 311b Rn. 99.1.; *Wolf*, DNotZ 1995, 179 [200 f.].
22) LG Köln, 26.08.2021 – 2 O 292/19, GE 2021, 1435, Rn. 33; vgl. auch AG München, 22.06.2020 – 155 C 21618/19, IBR 2021, 1023: 5.000,– € als Grenze bei der Beurkundungspflicht im Falle einer Reservierungsvereinbarung eines Bauträgers.
23) LG Frankfurt, 21.12.2017 – 2–07 O 280/17, MittBayNot 2018, 547.
24) AG Bremen, 31.03.2006 – 7 C 219/05, NJOZ 2007, 5415; BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 176.
25) Vgl. *Würdinger*, NZM 2011, 539 [541].
26) NK-BGB/*Wichert*, 4. Aufl. 2021, § 652 Rn. 136; vgl. auch *Dittert*, AnwZert MietR 7/2012 Anm. 2, B II.

2. Einfacher oder qualifizierter Alleinauftrag?

Es stellt sich dann die Frage, ob der Makler einen einfachen oder einen qualifizierten Alleinauftrag haben muss, um eine wirksame Reservierungsvereinbarung abschließen zu können. Der einfache Alleinauftrag untersagt dem Eigentümer zwar die Hinzuziehung weiterer Makler, belässt ihm aber die Befugnis, seine Immobilie (im Reservierungszeitraum) selbst anderweitig anzubieten und zu verkaufen.[27] Der qualifizierte Alleinauftrag schließt auch Letzteres für einen bestimmten Zeitraum aus.[28] Aber auch bei einem qualifizierten Alleinauftrag ist der Eigentümer frei, ob er mit dem vom Makler ermittelten Kaufinteressenten abschließt.[29]

Zur Beantwortung dieser Frage ist wie folgt zu differenzieren: Sagt der Makler in der Reservierungsvereinbarung zu, dass die Immobilie für die Reservierungszeit nicht mehr am Markt angeboten wird, bedarf es eines einfachen Alleinauftrags.[30] Damit ist nämlich gewährleistet, dass weder er noch ein anderer Makler entsprechend tätig wird. Zwar besteht die Möglichkeit, dass der Eigentümer selbst die Immobilie am Markt anbietet. Aber warum sollte er das tun, wenn er einem Makler einen Alleinauftrag erteilt hat? Diese Möglichkeit ist also eher theoretisch. Sagt der Makler in der Reservierungsvereinbarung dagegen mehr zu, nämlich dass in der Reservierungszeit kein anderer die Immobilie erwirbt, wird man einen qualifizierten Alleinauftrag fordern müssen. Denn ansonsten kann er diese Zusage von vornherein nicht einhalten. Alternative ist, dass der Eigentümer mit der Reservierung einverstanden ist und der Reservierungsvereinbarung eine entsprechende Erklärung beigefügt ist.[31]

3. Irrtum über die Wirksamkeit des Alleinauftrags

Hat der Makler mit dem Eigentümer einen (qualifizierten) Alleinauftrag abgeschlossen, ist dieser aber unwirksam, so bedeutet dies nicht automatisch, dass die Reservierungsvereinbarung nichtig ist. Denn die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB setzt eine Gesamtabwägung aller Umstände voraus, zu denen auch ein subjektiv vorwerfbares Verhalten des Beteiligten, hier des Maklers, gehört.[32] Daran fehlt es, wenn er gutgläubig von einem wirksamen qualifizierten Alleinauftrag ausging, so dass in einem solchen Fall nicht ohne weiteres § 138 Abs. 1 BGB einschlägig ist.[33]

4. Verletzung des Alleinauftrags durch langfristige Reservierung?

Der Makler ist dem Eigentümer aufgrund des Alleinauftrags verpflichtet, die Immobilie am Markt anzubieten und für eine optimale Verwertung zu sorgen.[34] Gegen diese Verpflichtung kann eine Reservierungsvereinbarung mit einem Kaufinteressenten verstoßen, die dem Makler für die Reservierungszeit gerade eine weitere Tätigkeit verwehrt. Zumindest eine unbefristete oder langfristige Reservierungsvereinbarung führt dann zu einer Pflichtenkollision. Diese Pflichtenkollision könnte dadurch aufgelöst werden, dass die Reservierungsvereinbarung gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.[35]

Diese Argumentation ist indes nicht zwingend. Wieso soll die Verletzung der Pflichten des Alleinauftrags zur Nichtigkeit der Reservierungsvereinbarung führen? Das mag bei kollusivem Zusammenwirken zwischen Makler und Kaufinteressent anders sein, Stichwort: Verleitung zum Vertragsbruch.[36] Im Normalfall ist aber nicht ohne weiteres zu unterstellen, dass dem Kaufinteressenten die Verletzung des Alleinauftrags durch die langfristige Reservierungsvereinbarung erkennbar ist.[37] Dafür müsste er die Konditionen des Alleinauftrags kennen. Schließlich ist auch das Ergebnis unbillig, dass der auf die Reservierungsvereinbarung vertrauende vertragstreue Interessent durch eine Pflichtverletzung des Maklers aus dem Alleinauftrag den Schutz vor konkurrierenden Bewerbern verlieren soll.

Es erweist sich demnach als problematisch, alleine aus der Länge der Reservierungsvereinbarung deren Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB abzuleiten. Die Praxis sollte sich gleichwohl an der entgegenstehenden überwiegenden Auffassung orientieren. Die zulässige Reservierungszeit richtet sich dann zwar nach den Umständen des Einzelfalls. Eine Zeitspanne von bis zu einem Monat dürfte aber als verkehrsüblicher Zeitraum anzusehen sein.[38] Allerdings kann auch eine zu kurze Reservierungszeit zur Sittenwidrigkeit führen, wenn sie dann für den Kaufinteressenten keinen messbaren Wert hat.[39]

V. AGB-rechtliche Wertung

1. Kontrollfähigkeit einer Reservierungsvereinbarung

Ist die Reservierungsvereinbarung Inhalt des geschlossenen Maklervertrags, so ist sie als Preisnebenabrede zu werten, mithin kontrollfähig im AGB-rechtlichen Sinn.[40] Ändert sich diese Wertung, wenn Maklervertrag und Reservierungsvereinbarung jeweils gesondert vereinbart werden? Das wird von einer Auffassung bejaht, weil die Reservierungsvereinbarung dann auch gesondert zu beurteilen wäre und es sich um eine Hauptpreisabrede nach § 307 Abs. 3 BGB handle.[41]

---

27) BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 399, 401.
28) BGH, 22.04.1999 – III ZR 95/98, NJW-RR 1999, 998; BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 406.
29) NK-BGB/*Wichert*, 4. Aufl. 2021, § 652 Rn. 170.
30) LG Hamburg, 06.01.2017 – 320 S 156/15, MietRB 2017, 224; MüKo-BGB/Roth, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 66; *Fischer*, Maklerrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. VII Rn. 34; a.M. *Hamm/Schwerdtner*, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 869: stets qualifizierter Alleinauftrag erforderlich; so wohl auch AG Bremen, 31.03.2006 – 7 C 219/05, NJOZ 2007, 5415.
31) Vgl. *Breihold*, MDR 1989, 31; *Würdinger*, NZM 2011, 539 [541].
32) LG Hamburg, 06.01.2017 – 320 S 156/15, MietRB 2017, 224; vgl. etwa auch MüKo-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 253 f.
33) LG Hamburg, 06.01.2017 – 320 S 156/15, MietRB 2017, 224.
34) MüKo-BGB/*Roth*, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 247; Grüneberg/*Retzlaff*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 652 Rn. 81.
35) So etwa BGH, 10.02.1988 – IVa ZR 268/86, NJW 1988, 1716 [1717]; BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 175; *Fischer*, Maklerrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. VII Rn. 34.
36) Vgl. NK-BGB/*Looschelders*, 4. Aufl. 2021, § 138 Rn. 112.
37) AM BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 175; wohl auch BGH, 10.02.1988 – IVa ZR 268/86, NJW 1988, 1716 [1717].
38) *Würdinger*, NZM 2011, 539 [541].
39) LG Frankfurt, 02.04.1984 – 2/24 S 326/83, NJW 1984, 2419 [2421]: Reservierungszeit von wenigen Tagen; vgl. auch BGH, 23.09.2010 – III ZR 21/10, MDR 2010, 1371, Rn. 16.
40) BGH, 23.09.2010 – III ZR 21/10, MDR 2010, 1371, Rn. 10; generell zu Preisnebenabreden *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, § 307 Rn. 375 ff.
41) KG, 19.10.2017 – 23 U 154/16, GE 2018, 122; zustimmend BeckOK-BGB/*Kneller*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 11, 53; vgl. auch OLG Frankfurt, 03.06.2016 – 13 U 107 – ZVertriebsR 2016, 315, 318 zu Reservierungsvereinbarungen i.R.v. Franchiseverträgen.

Diese Auffassung mag zutreffen, wenn die Parteien nur eine Reservierungsvereinbarung, aber keinen Maklervertrag schließen.[42] In allen anderen Fällen ist sie abzulehnen.[43] Auch wenn die Reservierungsvereinbarung gesondert getroffen wird, so steht sie doch regelmäßig in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem betreffenden Maklervertrag. Dies ergibt sich schon aus der Verknüpfung zwischen Reservierungsgebühr und Maklerprovision im Falle des Kaufs der reservierten Immobilie durch den Interessenten.

2. Unangemessene Benachteiligung

Eine Reservierungsvereinbarung wird pauschal als eine unangemessene Benachteiligung des Kaufinteressenten i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB gewertet, sie kann also nicht durch AGB des Maklers getroffen werden. Zwei Begründungswege lassen sich unterscheiden:

a) Erfolgsunabhängige Provision

Zum einen wird eine Reservierungsvereinbarung als erfolgsunabhängige (Teil-) Provision oder als pauschalierter Aufwendungsersatz eingestuft. Dies sei ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Zum Leitbild des Maklervertrags und zu dessen Grundgedanken gehöre nämlich gerade die Erfolgsabhängigkeit der Provision.[44] Die Reservierungsvereinbarung knüpfe die Reservierungsgebühr aber gerade nicht an den Erfolg, nämlich an das Zustandekommen des Kaufvertrags. Daher könne sie als erfolgsunabhängige Vergütung nicht mittels AGB vereinbart werden.[45]

An dieser Argumentation sind zumindest Zweifel anzumelden. Sie setzt nämlich voraus, dass die Reservierung der Immobilie keine eigenständige Leistung des Maklers ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn durch die Reservierung erreicht der Kaufinteressent, dass er für die Reservierungszeit keine oder zumindest erheblich weniger Konkurrenten und damit höhere Chancen auf den Abschluss des Kaufvertrages hat (s.o. unter II.). Die Reservierungsgebühr ist die eigenständige Gegenleistung dafür; sie ist also nicht als Teilprovision oder pauschalierter Aufwendungsersatz anzusehen.

b) Geringer Nutzen für Kaufinteressenten

Zum anderen wird auf den geringen Nutzen der Reservierungsvereinbarung für den Kaufinteressen abgestellt.[46] Dieser geringe Nutzen stehe nicht im Verhältnis zu einer eigenständigen Reservierungsgebühr, weswegen der Kaufinteressent entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde.

Der geringe Nutzen der Reservierungsvereinbarung wird in der einschlägigen Entscheidung des BGH im Wesentlichen wie folgt begründet:[47] Der Eigentümer sei nicht an die Reservierungsvereinbarung gebunden, der Kaufinteressent habe also keine Gewähr, die Immobilie zu erwerben. Der Kaufinteressent werde durch die Reservierungsvereinbarung unter Druck gesetzt, die Immobilie zu erwerben. Die Reservierungsgebühr verbleibe auch dann beim Makler, wenn den Kaufinteressenten am Nichtzustandekommen des Kaufvertrags kein Verschulden trifft.

Es finden sich hier also nahezu alle Argumente wieder, die auch bei der Frage eine Rolle spielen, ob eine Reservierungsvereinbarung der Beurkundung bedarf oder unwirksam nach § 138 Abs. 1 BGB ist. Sicher, die Worte des BGH in seiner einschlägigen Entscheidung haben Gewicht. Heißt das aber, dass eine Reservierungsvereinbarung per se nicht mittels AGB getroffen werden kann? Zweifel sind angebracht. Zumindest dann, wenn der Makler im Alleinauftrag tätig ist und der Eigentümer der Reservierung zustimmt, hat die Reservierungsvereinbarung durchaus einen Nutzen für den Kaufinteressenten. Zumindest dann kann von einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB nicht die Rede sein.

Ist die Reservierungsvereinbarung darüber hinaus so gestaltet, dass die Reservierungsgebühr nur dann anfällt oder beim Makler verbleibt, wenn der Nichtabschluss des Hauptvertrags im Verantwortungsbereich des Kaufinteressenten liegt, so verdichtet sich dieses Ergebnis. Dann gibt es keinen Anhaltspunkt mehr, unter dem man eine unangemessene Benachteiligung thematisieren könnte.

c) Ergebnis

Die pauschale Aussage, dass eine Reservierungsvereinbarung generell nicht mittels AGB getroffen werden kann, ist zweifelhaft. Angesichts der strikten AGB-rechtlichen Maßstäbe ist es dennoch ratsam, die Reservierungsvereinbarung individuell auszuhandeln.

VI. Auswirkungen der §§ 656a bis 656d BGB auf Reservierungsvereinbarungen

Seit dem 23.12.2020 gelten für die Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser die §§ 656a bis 656d BGB. Was bedeutet das für Reservierungsvereinbarungen in diesem Teilbereich? Sind zusätzliche Voraussetzungen zu beachten?

1. Textformerfordernis des § 656a BGB

Eine Neuerung betrifft das Formerfordernis. Ist eine Wohnimmobilie Gegenstand der Maklertätigkeit, verlangt § 656a BGB nunmehr den Abschluss des Maklervertrages in Textform, anderenfalls ist er formnichtig, § 125 Satz 1 BGB.

Wie sich aus § 656b BGB ergibt, ist der persönliche Anwendungsbereich des § 656a BGB nicht auf Verbraucher beschränkt (anders als die §§ 656c und 656d BGB). Das bedeutet: auch wenn juristische Personen Wohnimmobilien erwerben oder veräußern, ist für den Maklervertrag die Textform vorgeschrieben; zudem muss der Makler nicht Unternehmer sein, so dass auch Gelegenheitsmakler erfasst sind.[48]

Ist die Reservierungsvereinbarung Teil des Maklervertrags, so unterfällt auch sie der Textform. Gilt das aber auch, wenn die Reservierungsvereinbarung neben dem Maklervertrag gesondert geschlossen wird? Die Antwort lautet: ja. Das

---

42) *Christensen*, in: Ulmer u.a., AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Teil II, 30 Nr. 3 Rn. 11.
43) *Fischer*, Maklerrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. VII Rn. 38; MüKo-BGB/*Roth*, 8 Aufl. 2020, § 652 Rn. 238.
44) BGH, 20.11.2008 – III ZR 60/08, NJW 2009, 1199; MüKo-BGB/*Roth*, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 6; NK-BGB/*Wichert*, 4. Aufl. 2021, § 652 Rn. 182.
45) Staudinger/*Arnold*, BGB, §§ 652, 653 Rn. 205; BeckOK-BGB/*Kneller*, Stand: 01.02.2022, § 652 Rn. 53.
46) BGH, 23.09.2010 – III ZR 21/10, MDR 2010, 1371, Rn. 16 ff.
47) BGH, 23.09.2010 – III ZR 21/10, MDR 2010, 1371, Rn. 16 ff.
48) BT-Drucks. 19/15827, 18; jurisPK-BGB/*Würdinger*, 9. Aufl. 2020, § 656a Rn. 1.

Formerfordernis gilt nämlich auch für Nebenabreden zum Maklervertrag.[49] Dabei ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass die Reservierungsvereinbarung, auch wenn sie gesondert getroffen wird, in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem betreffenden Maklervertrag steht (s.o. unter V. 1.). Ist die Reservierungsgebühr nicht in der erforderlichen Textform geschlossen, hat der Makler keinen Anspruch auf die Reservierungsgebühr. Eine vom Kaufinteressenten bereits geleistete Reservierungsgebühr muss er aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzahlen.

Wird durch die Reservierungsvereinbarung Druck oder Zwang zum Abschluss des Kaufvertrags ausgeübt, unterliegt sie auch im Anwendungsbereich der §§ 656a bis d BGB der notariellen Beurkundung. Die Schwelle von 10–15 % der vereinbarten Provision sollte sich dann aber auf die Gesamtprovision beziehen, also nicht nur auf den vom Kaufinteressenten geschuldeten Teil.

2. Doppelmakler, § 656c BGB

Besonderheiten sind weiter zu beachten, wenn der Makler als Doppelmakler tätig wird. Dann ist für seinen Provisionsanspruch der Halbteilungsgrundsatz des § 656c BGB zu beachten. Was heißt das für eine mit dem Kaufinteressenten geschlossene Gebührenvereinbarung?

a) Halbteilungsgrundsatz auch für Reservierungsgebühr?

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich der Halbteilungsgrundsatz des § 656c BGB auch auf die Reservierungsgebühr erstreckt. Von praktischer Relevanz ist dies, wenn der Kaufvertrag nicht zustande kommt, die Reservierungsgebühr also nicht auf die Käuferprovision angerechnet wird.

Der Halbteilungsgrundsatz bezieht sich auf den Provisionsanspruch des Maklers. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, in dem vom „Maklerlohn" die Rede ist. Maklerlohn ist die Provision. Das wird auch durch die Gesetzesbegründung bestätigt; dort wird an mehreren Stellen von „Provision" oder „Käuferprovision" gesprochen, aber nicht von sonstigen Aufwendungen für sonstige Maklerleistungen.[50]

Die Reservierungsgebühr wird für eine gesonderte Leistung des Maklers gezahlt, nämlich die, das Kaufobjekt für den Kaufinteressenten zu reservieren und keinem anderen Interessenten anzubieten oder jedenfalls den Kaufinteressenten zu bevorzugen (s.o. unter II.). Es handelt sich also um keine Leistung für den Nachweis oder die Vermittlung der Immobilie, mag die Reservierungsgebühr bei erfolgreichem Kauf auch auf die Provision anzurechnen sein. Somit ist der Halbteilungsgrundsatz auf die Reservierungsgebühr als solche nicht anwendbar.

b) Maklervertrag wegen Verstoßes gegen Halbteilungsgrundsatz unwirksam

Bei einem Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz sind beide Maklerverträge nichtig, eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt.[51] Die Nichtigkeit des Maklervertrags mit dem Kaufinteressenten erfasst auch die Reservierungsvereinbarung. Der Makler hat also keinen Anspruch auf die Reservierungsgebühr. Eine vom Kaufinteressenten bereits geleistete Reservierungsgebühr muss er aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzahlen. Dieses Ergebnis folgt schon daraus, dass Maklervertrag und Reservierungsvereinbarung untrennbar miteinander verbunden sind.

Gleiches gilt, wenn der Makler dem Verkäufer die Provision erlässt; dieser Erlass gilt dann gem. § 656c Abs. 1 Satz 3 BGB auch zugunsten des Käufers. Dies muss auch für die (angerechnete) Reservierungsgebühr gelten.

3. Konstellation des § 656d BGB

§ 656d BGB betrifft das Verhältnis Verkäufer zu Käufer. Hat nur der Verkäufer den Makler beauftragt, so darf er die entstandenen Maklerkosten nur bis zur Hälfte auf den Käufer abwälzen. Zwar gilt diese Einschränkung auch dann, wenn der Käufer den Makler beauftragt hat; das kommt in der Praxis aber so gut wie nie vor.

Im Anwendungsbereich des § 656d BGB dürften Reservierungsvereinbarungen keine nennenswerte Rolle spielen. Denkbar ist allenfalls, dass der Makler vom Verkäufer beauftragt ist und eine isolierte Reservierungsvereinbarung mit dem Kaufinteressenten trifft. Dadurch wird er noch nicht zum Doppelmakler, ansonsten ist § 656c BGB einschlägig.

Wird in einem solchen Fall der isolierten Reservierungsvereinbarung die Maklerprovision unter Anrechnung der Reservierungsgebühr auf den Käufer abgewälzt, so ändert dies nichts daran, dass dies nur bis zur Hälfte der Maklerprovision zulässig ist. Eine Vereinbarung, die darüber hinausgeht, ist insgesamt unwirksam gem. § 134 BGB; nur die übrigen Regelungen des Kaufvertrags bleiben bestehen.[52] Eine geltungserhaltende Reduktion der Überwälzungsvereinbarung mit der Folge, dass der Käufer die Hälfte schuldet, ist nicht vorzunehmen.[53] Anderenfalls könnte der Verkäufer sanktionslos versuchen, seine Position entgegen § 656d BGB zu stärken. Die Nichtigkeit der Überwälzungsvereinbarung sollte sich dann auch auf die isolierte Reservierungsvereinbarung zwischen Makler und Käufer erstrecken. Denn auch in dieser Konstellation ist jedenfalls ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Maklerprovision und Reservierungsvereinbarung zu konstatieren.

VII. Zusammenfassung

Reservierungsvereinbarungen beim Immobilienkauf sind üblich in der Praxis, werden aber in Rechtsprechung und Fachliteratur kritisch gesehen. Die Hürden für einen rechtsfesten Abschluss sind hoch:

Eine Reservierungsvereinbarung bedarf grds. der notariellen Form, wenn sie mehr als 10–15 % der vereinbarten Provision beträgt. Im Anwendungsbereich der §§ 656a bis d BGB ist (mindestens) Textform erforderlich.

Einer Reservierungsvereinbarung muss ein Alleinauftrag zwischen Makler und Eigentümer zugrundeliegen. Ande-

---

49) Staudinger/*Arnold*, BGB, 2021, § 656a Rn. 7.
50) Etwa BT-Drucks. 19/15827, 19.
51) BT-Drucks. 19/15827 S. 32; BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 656c Rn. 18; BeckOK-BGB/*Kneller*, Stand: 01.02.2022, § 656c Rn. 3; a.M. Grüneberg/*Retzlaff*, 81. Aufl. 2022, § 656c Rn. 4a.
52) Staudinger/*Arnold*, BGB, 21. Aufl. 2021, § 656d Rn. 5; jurisPK-BGB/*Würdinger*, 9. Aufl. 2020, § 656d Rn. 1.
53) So aber BeckOGK-BGB/*Meier*, Stand: 01.02.2022, § 656d Rn. 17.

renfalls ist sie nichtig nach § 138 Abs. 1 BGB. Ausnahme 1: Der Eigentümer stimmt der Reservierung gesondert zu. Ausnahme 2: Der Makler klärt den Kaufinteressenten ausreichend auf.

Die Reservierungszeit darf nicht zu lange, aber auch nicht zu kurz sein. Andernfalls soll sie nichtig nach § 138 Abs. 1 BGB sein. Es entscheiden die Umstände des Einzelfalls.

Eine Reservierungsvereinbarung soll nur als Individualvereinbarung wirksam sein. Als AGB verstoße sie stets gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Das ist fragwürdig und sollte überdacht werden. Wenn der Reservierungsvereinbarung ein Alleinauftrag zugrunde liegt, der Eigentümer zustimmt und der Kaufinteressent entsprechend aufgeklärt ist, kann von einer unangemessenen Benachteiligung nicht die Rede sein. Dies gilt erst recht für die Gestaltung, dass die Reservierungsgebühr nur beim Makler verbleibt, wenn der Nichtabschluss des Kaufvertrags in der Risikosphäre des Kaufinteressenten liegt.

Im Anwendungsbereich der §§ 656a bis d BGB ist eine Reservierungsvereinbarung zulässig. Der Maklervertrag darf aber nicht gegen den Halbteilungsgrundsatz verstoßen.