



WERTMANAGEMENT
GMBH

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

(Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Vermittlung von
Kaufverträgen über Wohnimmobilien)

VORBEMERKUNG

Im Nachfolgenden stellen wir die aus unserer Sicht erheblichen Auswirkungen einer möglichen Einführung des Bestellerprinzips für den Verkauf von Wohnimmobilien dar. Diese Ausarbeitung ist nicht abschließend und ist auch an keine Mitgliedschaft eines Berufsverbandes gekoppelt, sondern spiegelt lediglich die tatsächlichen Auswirkungen aus unserem Arbeitsalltag als seriöser Makler bzw. Grundstückssachverständiger, der unser Geschäftsführer ist.

Zu „A. Problem und Ziel“

Einleitend heißt es im Referentenentwurf:

„Die Bildung von Wohneigentum wird auch durch hohe Erwerbsnebenkosten erschwert, die zumeist aus Eigenkapital geleistet werden müssen.“

Unsere Erfahrung ist, und diese deckt sich bei den meisten Kolleginnen und Kollegen, dass die Erwerbsnebenkosten bereits Teil der Finanzierung sind. In den allerwenigsten Fällen, nämlich dann, wenn es sich um einen vergleichsweise geringen Kaufpreis handelt, werden die Erwerbsnebenkosten nicht mitfinanziert, sondern „privat getragen“. Dieser Anteil ist jedoch verschwindend gering.

Ferner wird ausgeführt:

„Auf den Kostenfaktor der Maklerprovision haben Kaufinteressenten dabei häufig keinerlei Einfluss: Obwohl Makler in der Praxis überwiegend auf Initiative der Verkäuferseite tätig werden, sehen sich Kaufinteressenten in der Regel gezwungen, zumindest einen Teil der Maklerprovision zu übernehmen.“

Hier kommen liegt nunmehr ein grundsätzliches Missverständnis vor, welches den gesamten aktuellen Referentenentwurf kennzeichnet:

Ein guter, seriöser Immobilienmakler ist faktisch für beide Vertragsparteien (Doppeltätigkeit) tätig. Er ist insoweit vermittelnd tätig, als dass der Makler verschiedene Informationen auf Anforderung des Käufers einholt und teilweise auch die Kaufpreisverhandlungen führt. Auch übermittelt der Makler Sichtweisen des Käufers an den Verkäufer und gibt dem Verkäufer seine realistische, kaufmännische Sichtweise der Denkansätze des Käufers. Ohne den Makler, als neutrale, fachkundige Institution, wäre hier sogar ein erhebliches Missbrauchspotenzial vorhanden.

„Auf besonders angespannten Immobilienmärkten ist es sogar üblich, dass der Käufer die volle Provision alleine trägt, obwohl er weder auf die Auswahl des Maklers noch auf die Höhe der Provision Einfluss nehmen kann. Wer sich weigert, scheidet faktisch aus dem Bewerberkreis aus. [...] Sofern von den hergebrachten Sätzen abgewichen wird, erfolgt dies zumeist einseitig zugunsten des Verkäufers.“

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Auch diese Aussage ist inhaltlich leider nicht richtig, denn:

In vielen sog. „besonders angespannten Immobilienmärkten“ ist es eher üblich, dass der Verkäufer die Provision übernimmt – und nicht der Käufer. Auch der Hinweis, dass ein möglicher Käufer keinen Einfluss auf die Höhe der Provision hat, ist nicht korrekt, da ein möglicher Käufer immer über die Höhe der Provision verhandelt – auch in angespannten Märkten. Die eigentliche Vergabeentscheidung obliegt nämlich alleine dem Verkäufer und nicht dem Makler. Wenn sich der Verkäufer für einen möglichen Käufer entschieden hat und der mögliche Käufer dann über die Provision verhandeln möchte (gleich in welchem Umfang), ist der Makler im Zugzwang:

Im Zweifelsfall wird der Makler eher eine geringere Provision akzeptieren, als dem Verkäufer erklären zu müssen, dass der Deal wg. der Provisionshöhe geplatzt ist.

„Die Änderungen im Maklerrecht zielen darauf ab, Verbraucher vor der Ausnutzung dieser faktischen Zwangslage zu schützen und die Abwälzung von Maklerkosten zu verhindern, die vom Verkäufer verursacht wurden und in seinem Interesse angefallen sind.“

Diese Darstellung geht leider an der tatsächlichen Sachlage komplett vorbei:

- Unsere Wahrnehmung ist, dass viele Kaufinteressenten sehr gut informiert sind. Es werden gezielt Unterlagen angefragt.
- Auch im Verlauf einer Besichtigung kommen vermehrt konkrete Fragestellungen, die insbesondere baurechtliche und bautechnische Fragestellungen betreffen. Im Rahmen von Kaufvertragsverhandlungen ergibt sich der gleiche Eindruck.
- Natürlich ist ein Kaufinteressent zunächst auf die Zusammenarbeit mit einem bestimmten Makler angewiesen. Warum auch nicht? Wenn ein Kaufinteressent ein Objekt unbedingt erwerben möchte, dann ist auch die Person des Maklers unrelevant.
- Es steht ihm, dem Kaufinteressent, jedoch zusätzlich völlig frei, rechtlichen Beistand einzuschalten oder Rat einzuholen.

Insoweit kann nicht mal im Ansatz über eine sog. „Zwangslage“ gesprochen werden.

Zu „B. Lösung“

„Entgeltpflichtige Maklerverträge über Wohnimmobilien kommen zwischen einem Kaufinteressenten, der Verbraucher ist, und einem Makler, der Unternehmer ist, nur noch dann zustande, wenn der Makler in Bezug auf die betreffende Wohnimmobilie ausschließlich wegen des Vertrags mit dem Kaufinteressenten tätig wird.“

Dies ist aufgrund der seit dem 13. Juni 2014 geänderten EU-Verbraucherrichtlinie (für Fernabsatzverträge) sowieso schon der Fall, da von jedem Kaufinteressenten eine entsprechende Vertragsbestätigung mit Widerrufsbelehrung unterzeichnet werden muss, bevor auch nur ein Exposé versandt bzw. eine Besichtigung durchgeführt wird.

„Durch eine Ergänzung der Gewerbeordnung (GewO) können Verstöße gegen das Verbot, vom Käufer ein Entgelt zu fordern, mit Bußgeldern verfolgt werden.“

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Grundsätzlich ist gegen diese Regelung nichts einzuwenden. Jedoch muss hier festgelegt werden, welche Institution für die entsprechende Überwachung zuständig ist. Auch muss ein Makler dann auch gesetzlich dazu verpflichtet sein, seine Verträge zu melden und zu übermitteln. Dies würde allerdings einen erheblichen Verwaltungsaufwand in den zuständigen Behörden verursachen, der heute noch gar nicht absehbar ist.

Durch die Aufnahme des § 147d in die aktuelle Gewerbeordnung sollen auch entsprechende Bußgelder gegen einen Verstoß möglich sein:

„§ 147d Verbotene Annahme von Entgelten für die Vermittlung von Wohnimmobilien

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 656c des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Käufer einer Wohnimmobilie ein Entgelt fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.*
- (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro geahndet werden.“*

Diese Änderung fasst jedoch in den gleichen Sachverhalt wie bei der Überwachung der Rechtmäßigkeit der Makleraufträge – auch hier ist nicht geregelt, welche Behörde zuständig sein soll: Eine entsprechende Durchführungsverordnung wird hier nicht genannt.

Zu „F. Weitere Kosten“

„Die voraussichtliche Änderung des Verhaltens von Verkäufern durch die Neuregelungen im Maklerrecht wird vermutlich bei den Maklern zu Umsatzrückgängen führen. Diese werden auf jährlich zwischen 660 Millionen Euro und 752 Millionen Euro geschätzt.“

Zunächst muss festgehalten werden, dass es nicht „vermutlich“, sondern „ganz bestimmt“ zu Umsatzeinbußen bzw. Rückgängen kommen wird. Wir haben bereits für uns entschieden, dass wir unsere Maklertätigkeit einstellen werden, sollte es zu dieser Gesetzesänderung kommen. Da es sich um eine Änderung handelt, die nicht durch Makler, sondern durch eine Gesetzesänderung entsteht, stellt sich hier schlicht die Frage, wer für die entsprechenden Umsatzeinbußen aufkommt. Der Staat wird es vermutlich nicht sein.

Im Nachfolgenden werden nunmehr die konkreten, angedachten Gesetzesänderungen im BGB kommentiert und entsprechende Auswirkungen dargestellt.

Zu den Änderungen des § 656a BGB

„Ein Maklervertrag, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnimmobilie oder die Vermittlung eines solchen Vertrags zum Gegenstand hat, bedarf der Textform.“

Diese geplante Regelung „überrascht“. Denn nach § 311b Abs. 1 BGB sind Kaufverträge über bebaute und unbebaute Grundstücke sowie grundstücksgleiche Rechte vor einem Notar sowieso zu beurkunden:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.“

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Unabhängig von der o. g. Regelung wird nicht ersichtlich, warum sich das Bestellerprinzip beim Kauf lediglich auf den Erwerb von Wohnimmobilien (also Eigentumswohnungen und Einfamilienhäuser) begrenzt. Werden andere Immobilientypen (beispielsweise Anlageimmobilien, Industrieimmobilien, landwirtschaftliche Immobilien, etc.) durch einen Makler veräußert, greift das aktuell geplante Bestellerprinzip beim Kauf nicht. Dies wird zu einer erheblichen Verunsicherung im Markt führen und den Verbraucherschutz für den Käufer umso mehr untergraben.

Das Argument seitens des Gesetzgebers, dass Kaufinteressenten von Wohnimmobilien besonders schützenswert sind und Käufer anderer Immobilientypen über mehr Fachkenntnisse verfügen würden (wie später in der Begründung dargestellt), ist aus den geschilderten Gründen falsch.

Zu den Änderungen des § 656b BGB

Im aktuellen Referentenentwurf wird ausgeführt:

„Übt der Makler die Tätigkeit nach § 656a als Unternehmer aus und ist der Käufer der Wohnimmobilie ein Verbraucher, so gelten die §§ 656c und 656d.“

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass, wenn beide Parteien Verbraucher sind, ein Provisionsanspruch besteht. Und zwar in einer Situation, in der aller Wahrscheinlichkeit nach keine ausreichende Sachkunde der beiden Parteien zum Abschluss eines notariellen Kaufvertrags vorhanden ist. Hier wird suggeriert, dass Makler keine Fachkenntnisse haben – jedoch Privatpersonen sehr wohl. Oder noch deutlicher ausgedrückt: Für den Abschluss eines notariellen Kaufvertrages soll ein Makler schlichtweg nicht notwendig sein. Das ist eine gefährliche Entwicklung.

Zu den Änderungen des § 656c BGB

„Der Makler darf vom Käufer für die Tätigkeit nach § 656a oder hiermit zusammenhängende Leistungen ein Entgelt nur fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, wenn er ausschließlich aufgrund eines Maklervertrags mit dem Käufer, der die Suche nach einer Wohnimmobilie zum Inhalt hat, tätig geworden ist.“

Dies ist ein krasser Eingriff in die bestehende Vertragsfreiheit, die im Übrigen lt. Wikipedia wie folgt definiert ist:

„Die in Deutschland nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit ist die Ausprägung des Grundsatzes der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht, die es jedermann gestattet, Verträge abzuschließen, die sowohl hinsichtlich des Vertragspartners als auch des Vertragsgegenstandes frei bestimmt werden können, sofern sie nicht gegen zwingende Vorschriften des geltenden Rechts, gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen.“

Diese Regelung bedeutet aber auch, dass der Verkäufer einer Wohnimmobilie als „nicht schützenswert“ eingestuft wird. Warum dies so ist, wird selbstverständlich nicht erläutert.

Begründung der geplanten Gesetzesänderungen

Im Prinzip wird innerhalb der Begründung der geplanten Gesetzesänderungen immer wieder auf die gleichen Punkte abgestellt:

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

- *Ein Käufer einer Wohnimmobilie würde sich angeblich in einer Zwangslage befinden, weil er weder den Makler aussuchen noch die Provisionshöhe verhandeln könne.*
Dieser Umstand wurde bereits erläutert: Der Makler kann sicherlich nicht ausgesucht werden. Jedoch kann die Provisionshöhe stets verhandelt werden. Notfalls beauftragt der Käufer für das gleiche Geschäft einen eigenen Makler und vereinbart auf seiner Seite eine entsprechende Innenprovision. So oder so kann jedenfalls von keiner Zwangslage gesprochen werden.
- *Der Käufer sei nicht ausreichend informiert, um einen Immobilienerwerb durchzuführen und sei deswegen „schutzbedürftig“.*

Aufgrund der Tatsache, dass heutzutage die Kaufinteressenten sehr wohl sehr gut informiert sind, stimmt auch diese Aussage nicht.

- *Selbst eine anteilige Beteiligung an der Provision wird geradezu als „unangemessen“ eingestuft.*
Ein guter Makler ist lediglich vermittelnd tätig. Hier ist das Wort „vermittelnd“ besonders wichtig. Über den Makler erfolgt ein Informationstransfer, der nur durch ihn qualifiziert erfolgen kann.
- *Der Verkäufer würde sich angeblich nicht im Vorwege über die Qualifizierung und die Qualitäten des Maklers informieren, weil der Verkäufer ja nicht den Makler bezahlt, sondern in aller Regel der Käufer.*

Auch diese Aussage ist nicht korrekt. Gerade ein Verkäufer ist immer stets bestrebt, was total nachvollziehbar ist, dass eine Immobilie nicht in Verruf kommt und die Immobilie professionell und vernünftig präsentiert wird: Der Makler hat hier eine Sorgfaltspflicht!

Unabhängig von den obenstehenden Ausführungen werden sich folgende Effekte bei einem gesetzlichen Bestellerprinzip ergeben:

I. Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen

Wie bereits ausgeführt, müssen nach § 311b Abs. 1 BGB Kaufverträge über bebaute und unbebaute Grundstücke sowie grundstücksgleiche Rechte vor einem Notar beurkundet werden:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.“

Sofern gesetzlich bestimmt wird, dass lediglich diejenige Partei, die den Makler beauftragt, also in aller Regel der Verkäufer, die Provision alleine zu tragen hat, wird der Verkäufer diese Summe zum Kaufpreis hinzurechnen. Hierdurch verhindert er eine wirtschaftliche Schlechterstellung. Über diesen „Umweg“ zahlt dann der Käufer doch die Provision.

Die Vereinbarung von individuellen Klauseln im Rahmen eines notariellen Kaufvertrages fußt auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beider beteiligter Parteien (hier: Verkäufer und Käufer). Insoweit bleibt es auch grundsätzlich einem Zahlungspflichtigen (meistens der Käufer) überlassen, ob er im Kaufvertrag die mit dem Makler verhandelten Provision angibt. Jedoch weist die Bundesnotarkammer auf folgenden Sachverhalt auf ihrer Homepage hin:

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

„A. Allgemeine Grundsätze

Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Notar bei der Beurkundung von Maklerklauseln – wie sonst auch – in jedem Einzelfall den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG). Er ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten und hat jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit (§ 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BNotO).

Dabei ist es im Ausgangspunkt Sache des Notars, im konkreten Einzelfall eigenver-antwortlich und sorgfältig – insbesondere im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – zu beurteilen, ob die Aufnahme einer Maklerklausel materiell-rechtlich (§ 311b Abs. 1 BGB) oder nach Maßgabe des Willens der Kaufvertragsparteien erforderlich und geboten ist, und diese gegebenenfalls inhaltlich entsprechend auszugestalten.

Zur näheren Orientierung kann hierbei zwischen deklaratorischen und konstitutiven Maklerklauseln sowie Abwälzungsvereinbarungen (als Sonderfall der konstitutiven Maklerklauseln) unterschieden werden.

B. Deklaratorische Maklerklauseln

Deklaratorische Maklerklauseln dienen ausschließlich der Dokumentation tatsachen-bezogener Angaben der Kaufvertragsparteien. Insbesondere begründen sie keinen Zahlungsanspruch zugunsten des Maklers.

Inhaltlich können deklaratorische Maklerklauseln eng gefasst sein und sich auf die Dokumentation der Tatsache der Vermittlung des Vertragsschlusses durch den Makler beschränken oder aber darüber hinaus auch Angaben der Kaufvertragsparteien zu einzelnen essentialia des – von der Maklerklausel streng zu trennenden – Maklervertrags wiedergeben, also beispielsweise, welche der Parteien des Kaufvertrags eine Maklercourtage versprochen hat. Dabei nehmen die beurkundeten Angaben der Kaufvertragsparteien an der besonderen Beweiswirkung öffentlicher Urkunden nach §§ 415 ff. ZPO teil. Nach Auffassung der Bundesnotarkammer begegnet die Beurkundung deklaratorischer Maklerklauseln keinen grundlegenden berufs- und beurkundungsrechtlichen Bedenken. Deklaratorische Maklerklauseln sind Ausfluss und Mittel der Sachverhaltsermittlung und -darstellung. Sie können einen Beitrag zur Streitvermeidung leisten und sind damit – als Element der vorbeugenden Rechtspflege – geeignet, sowohl der Entlastung der Justiz als auch dem Interesse der Parteien des Grundstückskaufvertrags an „klaren Verhältnissen“ zu dienen. Beispielsweise dürfte die Dokumentation, dass nach Angabe der Parteien des Grundstückskaufvertrags die Kaufvertragspartei A (und nicht B) den Makler beauftragt und diesem die Zahlung einer Courtage versprochen hat, regelmäßig geeignet sein, eine (fälschliche) Inanspruchnahme des B durch den Makler zu vermeiden bzw. eine andernfalls erforderliche Zeugenaussage des B in einem auf Provisionszahlung gerichteten Klageverfahren des Maklers gegen A entbehrlich zu machen. Eine etwaige Beweiswirkung der Maklerklausel nach §§ 415 ff. ZPO zugunsten des Maklers ist aus diesem Blickwinkel bloßer Reflex.

Auch der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. November 2014 lässt sich für eine Unzulässigkeit deklaratorischer Maklerklauseln nichts entnehmen.

C. Konstitutive Maklerklauseln

Im Unterschied zu bloß deklaratorischen Maklerklauseln begründen konstitutive Maklerklauseln zugunsten einer Partei des Grundstückskaufvertrags und/oder zugunsten des Maklers einen materiell-rechtlichen Anspruch. Dabei ist eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen denkbar. Eine abschließende Darstellung sämtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ist daher nicht möglich. Gleichwohl lassen sich einige Grundtypen unterscheiden.

Ein Anspruch des Maklers kann insbesondere im Wege der Schuld- oder Vertrags-übernahme nach §§ 414 f. BGB bzw. § 311 Abs. 1 BGB, eines abstrakten Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens nach §§ 780 f. BGB und/oder eines (echten) Vertrages zugunsten Dritter nach § 328 BGB begründet werden. Insofern kann danach unterschieden werden, ob die Vereinbarung lediglich zu einer vollständigen oder teilweisen Abwälzung einer bestehenden Provisionszahlungspflicht von einer Kaufvertragspartei auf die andere führt (vgl. auch unten D.) oder ob sie einen eigenständigen neuen Schuldgrund losgelöst von einer bestehenden Provisionszahlungspflicht begründet. Im letztgenannten Fall kann der eigenständige Schuldgrund entweder gegen die ursprüngliche Maklervertragspartei gerichtet sein oder gegen die andere Partei des Grundstückskaufvertrags.

Die Vielgestaltigkeit konstitutiver Maklerklauseln macht eine pauschale Beurteilung unmöglich. Auch eine schematische Handhabung verbietet sich. Vorrangiger Maßstab kann und muss vielmehr stets der Wille der Kaufvertragsparteien sein. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Frage, ob die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel überhaupt erforderlich und geboten ist, als auch hinsichtlich der Frage, wie diese rechtlich zu gestalten ist. Beide Fragen hat der Notar im konkreten Einzelfall eigenverantwortlich und sorgfältig zu beantworten.

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Dabei wird der Notar im Rahmen des Beurkundungsverfahrens den Willen der Kaufvertragsparteien umso sorgfältiger erforschen und diese umso intensiver belehren, je größer die rechtliche Tragweite der erwogenen Maklerklausel ist (z. B.: möglicher Verlust von Einwendungen; gebührenrechtliche Auswirkungen). Die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel kann im Einzelfall beispielsweise bei konkret drohender Vorkaufsrechtsausübung interessengerecht sein. Die formularmäßige Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel auf alleinigen Wunsch des am eigentlichen Rechtsgeschäft nicht beteiligten Maklers ist mit den genannten Maßstäben demgegenüber nicht vereinbar.

D. Abwälzungsvereinbarungen

Berufs- und beurkundungsrechtlich nicht bedenklich, sondern materiell-rechtlich erforderlich, ist die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel, wenn und weil die betreffende Abrede gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn nach dem Willen der Kaufvertragsparteien eine bestehende Provisionszahlungspflicht als Teil der Leistung oder der Gegenleistung von einer Kaufvertragspartei auf die andere abgewälzt werden soll (vgl. hierzu etwa Staudinger/Schumacher, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311b Rn. 170; Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 358 f.). Hiernach steht nicht das Ob der Aufnahme einer Maklerklausel in Frage, sondern deren rechtliche Ausgestaltung.

Häufig wird die Vereinbarung einer auf das Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien beschränkten Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB zur Verwirklichung des Willens der Kaufvertragsparteien genügen. Hierdurch verpflichtet sich die eine Kaufvertragspartei der anderen Kaufvertragspartei gegenüber, eine etwa bestehende Provisionszahlungspflicht dieser anderen Kaufvertragspartei zu erfüllen, ohne dass hierdurch ein Anspruch des Maklers begründet würde.

Im Einzelfall kann aber auch eine außenwirksame Gestaltung angezeigt sein (etwa: Schuld- oder Vertragsübernahme), insbesondere wenn die aus dem Maklervertrag verpflichtete Kaufvertragspartei in besonderer Weise sichergestellt wissen möchte, dass sich der Makler ohne Weiteres unmittelbar an die andere Kaufvertragspartei (den die Provisionszahlungspflicht übernehmenden Beteiligten) wenden kann und wird; dann ist die Begünstigung des Maklers bloßer Reflex.“

Im Ergebnis wird es also lediglich bei deklaratorischen Vermittlungsklauseln im Rahmen eines notariellen Kaufvertrags bleiben. Weil dies so ist, ist dies ein weiterer Grund, warum die Provision eines Maklers nicht gesondert ausgewiesen werden wird.

2. Immobilienbewertung

Nach § 195 Abs. 1 BauGB ist ein Notar verpflichtet, einen beurkundeten Kaufvertrag an den zuständigen, örtlichen Gutachterausschuss zu übermitteln:

„Zur Führung der Kaufpreissammlung ist jeder Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück gegen Entgelt, auch im Wege des Tausches, zu übertragen oder ein Erbbaurecht erstmals oder erneut zu bestellen, von der beurkundenden Stelle in Abschrift dem Gutachterausschuss zu übersenden.“

Vorausgesetzt, der Verkäufer rechnet dem Kaufpreis die Provision hinzu und wird die Provision aus den vorgenannten Gründen nicht gesondert ausgewiesen, werden somit „gefakte“ Kaufpreise an die Gutachterausschüsse übermittelt. Ein kurzes Rechenbeispiel:

Ein Käufer erwirbt eine Immobilie im Wege eines notariellen Kaufvertrages i. H. v. 265.000,00 €, wobei der Verkäufer die Provision i. H. v. ortsüblichen 5,95 % brutto (rd. 15.000,00 €) auf den Kaufpreis draufgeschlagen hat. Der "echte" Kaufpreis beträgt also 250.000,00 €. Da im Kaufvertrag jedoch ein Kaufpreis i. H. v. 265.000,00 € ausgewiesen ist, geht dieser Betrag auch in die Kaufpreissammlung ein. Da die Provision des Verkäufers nicht gesondert ausgewiesen ist, kann diese auch nicht ermittelt werden, da nicht bekannt ist, ob die Provision möglicherweise nachverhandelt worden ist. Dies wird zu erheblichen Bewertungsproblemen im Vergleichswertverfahren gem. §§ 15 – 16 ImmoWertV führen.

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Im Ertragswertverfahren gem. §§ 17 – 20 ImmoWertV wird es zu einer Verzerrung der Liegenschaftszinsen und der entsprechenden Rohertragsfaktoren kommen, weil von einem erhöhten Kaufpreis gem. eines notariellen Kaufvertrages ausgegangen wird.

Im Sachwertfahren gem. §§ 21 – 23 ImmoWertV wird es analog zu einer Verzerrung der Sachwertfaktoren kommen, da sich auch hier die entsprechende Wertigkeit verschieben bzw. verzerren wird.

Um dennoch den „reinen“, tatsächlich vereinbarten Kaufpreis auszuweisen und diesen auch richtig an den jeweiligen Gutachterausschuss zu übermitteln, müsste die Provision entsprechend ausgewiesen werden. Dieser Effekt gibt aber generell für Innenprovisionen – sei es eine Teilung oder eine vollständige Übernahme der Provision durch den Verkäufer.

3. Steuerrechtliche Effekte

Derzeit beträgt die Grunderwerbssteuer in Niedersachsen 5,00 % des beurkundeten Kaufpreises. In Bezug auf unser vorgenanntes Beispiel bedeutet dies, dass bei einem Kaufpreis i. H. v. 265.000,00 € eine Grunderwerbssteuer i. H. v. 13.250,00 € fällig wird. Der Käufer wird also aktuell sowieso schon dafür „abgestraft“, dass er Eigentum erwirbt, weil es eben steuerpflichtig ist. Bei einem „bereinigten“ Kaufpreis i. H. v. 250.000,00 € beträgt die Grunderwerbssteuer „immer noch“ 12.500,00 €. Nun könnte man argumentieren, dass die Differenz i. H. v. 750,00 € nicht erheblich sei – dennoch ist dieser sehr ärgerlich für den Käufer, wenn dieser Betrag alleine durch die Provision des Verkäufers verursacht wird. Auch hier kommt es also zu einer Mehrbelastung des Käufers. Den gleichen Verzerrungsprozess wird es selbstverständlich auch bei den Notar- und Gerichtskosten geben.

Im Übrigen ist die Provision für einen Makler selbst nur bedingt wirtschaftlich attraktiv. Denn: Zunächst sind auf dem Nettobetrag 19,00 % Mehrwertsteuer zu entrichten. Sofern innerhalb des Maklerunternehmens eine Provisionsanteil mit einer / einem Beschäftigten vereinbart ist, geht dieser Anteil noch an die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter. Auf diesen Anteil muss der Makler noch Sozialabgaben entrichten, sofern der Makler angestellt ist. I. d. R. sind dies 25,00 – 30,00 % der Netto-Provision. Der Anteil, der beim Arbeitsgeber verbleibt, muss anschließend noch einkommenssteuerrechtlich berücksichtigt werden.

4. Verbraucherschutz

Sofern die Provision lediglich vom Verkäufer getragen und eine Doppeltätigkeit gesetzlich ausgeschlossen wird, ist der Makler selbstverständlich nicht (mehr) dazu verpflichtet, dem Käufer auch nur irgendeinen Service zu bieten. Dies hat zur Folge, dass der Käufer keinerlei Beratungsleistungen kostenlos vom Makler erhalten kann: Beratungsleistungen müssten anhand einer gesonderten Preisliste des Makler vom Käufer extra vergütet werden. Der Käufer wäre also im erheblichen Maße „schutzlos“ – in der öffentlichen Wahrnehmung sind es dann aber wieder die „bösen Makler“, die sich unmöglich verhalten würden. Aber, auch ein Maklerunternehmen ist ein Wirtschaftsunternehmen.

Mögliche Lösungsansätze

Da i. d. R. beide Parteien (also Verkäufer und Käufer) Nutzen von einem seriös tätigen Makler in der Funktion des Vermittlers haben, sollte die Provision ein auch fair im Verhältnis 50/50 geteilt werden – so, wie derzeit vom IVD vorgeschlagen. Hierbei gilt selbstverständlich nicht ein einheitlicher Satz,

Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

sondern die lokalen üblichen Sätze. Hiermit gäbe es natürlich immer noch die beschriebenen Effekte auf die Kaufpreissammlung – jedoch nicht mehr so stark wie bei einer vollständigen Innenprovision.

Die Grunderwerbssteuer sollte bundeseinheitlich auf 3,50 % abgesenkt werden, damit Käufer für ihren Erwerb von Eigentum nicht überproportional abgestraft werden. Auch ein Freibetrag i. H. v. 450.000,00 € wäre hier ein sinnvoller Schritt. Wird ein höherer Kaufpreis fällig, sollte nur die Differenz zur vorgenannten Grenze angerechnet werden dürfen.

Anstatt jedoch an der Provisionsthematik „herumzudoktern“ würde es viel mehr Sinn machen, wesentlich härtere gesetzliche Zulassungsbedingungen für Immobilienmakler mit einer schriftlichen Prüfung vor der zuständigen IHK verpflichtend einzuführen. Und zwar für bestehende und zukünftige Unternehmen. Das würde die Qualität im Markt wesentlich steigern.

Positive Effekte

Bei aller berechtigten und nachvollziehbaren Kritik des Bestellerprinzips für Kaufimmobilien muss man sich sicherlich auch ehrlich die Frage stellen, ob es auch positive Effekte geben könnte. Es gibt sich – auch, wenn sie sehr übersichtlich sind:

1. Der Makler müsste lediglich mit einer Partei einmalig einen Maklervertrag abschließen.
2. Makler müssten ihre Kunden bzw. potentiellen Kunden anders überzeugen, als sie es bislang im Rahmen ihrer Akquise durchgeführt haben: Sie müssten ihre Vorteile ganz anders darstellen und deutlicher kommunizieren.

Das wars dann aber auch.

Mit freundlichen, kollegialen Grüßen



Christoph Ziercke

Geschäftsführer

Wertmanagement GmbH, Hameln