



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, Stand: 04.09.2019)

### **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:

*„In den Gegenden, in denen an sich eine Teilung der Maklerprovision üblich ist, erhält der Verkäufer häufig deutliche Zugeständnisse oder muss gar keine Maklerprovision zahlen. Dem Käufer bleibt dann nichts anderes übrig, als die volle Provision von bis zu 7,14 Prozent des Kaufpreises alleine zu tragen.“*

Diese pauschale Aussage spiegelt leider nicht die Marktgeschehnisse wider. Mittlerweile hat sich auch bei den Verkäufern größtenteils die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine Maklerdienstleistung leistungsrechtlich zu entlohnen ist. Ferner obliegt es auch einem Käufer, eine Provision frei zu verhandeln. Dies ist auch in engen Märkten der Fall.

### Zur Zwangslage von Käufern

*„Die Änderungen im Maklerrecht zielen darauf ab, durch eine bundesweit einheitliche, verbindliche Regelungen die Transparenz und Rechtssicherheit bei der Vermittlung von über Wohnungen und Einfamilienhäuser zu erhöhen und die Käufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage zu schützen.“*

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.

## Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

---

- 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 irrelevant.
- 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.

### Zur geplanten Teilung der Provision

*„Es soll verhindert werden, dass Maklerkosten, die vom Verkäufer verursacht wurden und vor allem in seinem Interesse angefallen sind, im Kaufvertrag vollständig oder zu einem überwiegenden Teil dem Käufer aufgebürdet werden. Die Weitergabe von Maklerkosten soll vor dem Hintergrund, dass in der Regel auch der Käufer von der Tätigkeit eines Maklers profitiert, zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden; jedoch soll diese nur noch bis zu einer maximalen Obergrenze von 50 Prozent des insgesamt zu zahlenden Maklerlohns möglich sein. Außerdem soll der Käufer zur Zahlung erst verpflichtet sein, wenn der Verkäufer nachweist, dass er seinen Anteil an der Maklerprovision gezahlt hat.“*

Es ist grundsätzlich äußerst zu begrüßen, dass nunmehr eine Teilung der Provision angedacht ist, da tatsächlich beide Parteien von der Maklertätigkeit i. d. R. profitieren. Dass jedoch der Käufer erst zur Zahlung seines Anteils verpflichtet werden soll, wenn der Verkäufer die Zahlung seines Anteils nachweist, ist insoweit bedenklich, als das zu befürchten ist, dass sich ein Verkäufer möglicherweise auf den Datenschutz berufen könnte. Denn es wird nicht dargestellt, auf welche Art und Weise dieser „Nachweis“ zu erfolgen hat. Um hier dem Datenschutz gerecht zu werden, kann dies aus unserer Sicht nur durch eine notariell beglaubigte schriftliche Bestätigung des Verkäufers erfolgen. Die Kosten hierfür hat dann auch der Verkäufer zu tragen. Insgesamt wird damit jedoch der Bürokratieaufwand weiter steigen.

### **Zu „B. Lösung“**

*„In das BGB werden durch die §§ 656a bis 656d des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Entwurfsfassung (BGB-E) folgende Regelungen eingeführt:*

- *Maklerverträge betreffend Wohnungen und Einfamilienhäuser bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Textform (zum Beispiel E-Mail).*
- *Wird der Makler aufgrund zweier Maklerverträge als Interessenvertreter für sowohl Käufer als auch Verkäufer tätig, kann er Courtage nur von beiden Parteien zu gleichen Teilen verlangen.*
- *Hat dagegen nur eine Partei die Entscheidung zur Einschaltung eines Maklers getroffen, ist sie verpflichtet, die Maklervergütung zu zahlen. Vereinbarungen mit dem Ziel, die Kosten an die andere Partei weiterzureichen, sind nur wirksam, wenn die weitergereichten Kosten maximal 50 Prozent der insgesamt zu zahlenden Courtage ausmachen.“*

## **Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

---

Die vorstehenden geplanten Regelungen laufen auf eine Teilung der Provision 50:50 hinaus – und zwar als maximale Regelung. Es ist z. B. dann nicht mehr möglich, dass der Verkäufer (oder der Käufer) 60,00 % und die jeweils andere Partei 40,00 % der gesamten Provision an den Makler zahlt.

Diese Regelung empfinden wir als fair und war längst überfällig. Dennoch ist eine Doppeltätigkeit nach wie vor möglich. Alles andere hätte auch den Beruf als Makler nur unnötig verkompliziert.

### **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 etwa 96 Millionen Euro geschätzt.“*

Zunächst muss festgehalten werden, dass es nicht „vermutlich“, sondern „ganz bestimmt“ zu Umsatzeinbußen bzw. Rückgängen kommen wird. 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 ist bereits im Markt weit implementiert und stellt somit lediglich eine Ergänzung der bisherigen Regelung dar.

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:

*„Die §§ 656c und 656d gelten nur, wenn der Makler ein Unternehmer und der Käufer eine natürliche Person ist.“*

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

## **Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

---

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, da das Grundstücksrecht wesentlich komplizierter geworden ist und ein neutraler Fachmann / eine neutrale Fachfrau hierfür von Nöten ist. Mit dieser Regelung sind „Gartenzaun-Vermittlungen“ möglich, in denen z. B. Nachbarn eine Vermittlung durchführen.

### **Zu den Änderungen des § 656c BGB**

*„Lässt sich der Makler von beiden Parteien des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklerlohn versprechen, so kann dies nur in der Weise erfolgen, dass sich die Parteien in gleicher Höhe verpflichten. Vereinbart der Makler mit einer Partei des Kaufvertrags, dass er für diese unentgeltlich tätig wird, kann er sich auch von der anderen Partei keinen Maklerlohn versprechen lassen. Ein Erlass wirkt auch zugunsten des jeweils anderen Vertragspartners des Maklers. Von Satz 3 kann durch Vertrag nicht abgewichen werden.“*

*Ein Maklervertrag, der von Absatz 1 Satz 1 und 2 abweicht, ist unwirksam. § 654 bleibt unberührt.“*

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.“*

Im Übrigen hat der Makler nunmehr in seinen schriftlichen Verträgen darauf zu achten (alleine schon aus Eigeninteresse), dass eine Provision bis zu 50,00 % mit dem Verkäufer vereinbart wird. Geschieht dies nicht, hat er auch keinen Anspruch auf die weiteren 50,00 % des Käufers.

### **Zu den Änderungen des § 656d BGB**

*„Hat nur eine Partei des Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus einen Maklervertrag abgeschlossen, ist eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, nur wirksam, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Der Anspruch gegen die andere Partei wird erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, nachweist, dass sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist.“*

Diese Regelung ist äußerst kompliziert formuliert und muss zunächst deutlicher wie folgt erläutert werden:

Nehmen wir an, dass ein Verkäufer einen schriftlichen Makleralleinvertag zur Veräußerung seiner Immobilie abgeschlossen hat. In diesem schriftlichen Makleralleinvertag vereinbart der Verkäufer eine Provision i. H. v. 50,00 % der gesamten Provision. Eine Zahlung oder eine Erstattung durch den Käufer über die restlichen 50,00 % soll nur dann möglich sein, wenn der Verkäufer zur Zahlung seiner 50,00 % unabhängig vom Käufer verpflichtet bleibt.

## Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

---

Der eigentliche Anspruch auf Zahlung des Provisionsanteils durch den Käufer ist erst dann gegeben, wenn der Verkäufer die Zahlung seiner Provision nachweist.

In der praktischen Umsetzung wird dies zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand für den Verkäufer führen. Denn um glaubhaft nachweisen zu können, dass der Provisionsanteil des Verkäufers beglichen worden ist, ist aus unserer Sicht eine Beglaubigung durch einen ortsansässigen Notar notwendig. Es wird nicht definiert, ob eine einfache, formlose Bestätigung durch den Makler mit der Unterschrift des Verkäufers ausreicht.

### 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 weißt die Bundesnotarkammer auf folgenden Sachverhalt auf ihrer Homepage hin:

#### **„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*

## Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

---

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 Vertragsübernahme 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. 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

## Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

---

*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.

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 Sachwertverfahren 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“

## **Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

---

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**

Die derzeitig angedachte Teilung der Provision im Verhältnis 50:50 ist zu begrüßen, da i. d. R. beide Parteien von der Tätigkeit eines Maklers profitieren. Jedoch sind die derzeitig geplanten Regelungen zu kompliziert und müssen vereinfacht werden. Auch sind sie im Detail zum Nachteil eines Verkäufers.

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:



## **Positionspapier zum aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

---

1. Der Makler müsste lediglich mit einer Partei einmalig einen Maklervertrag abschließen, wenn eine vollständige Innenprovision – also vollständige Übernahme der Provision durch den Verkäufer – vereinbart wird.
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