

Dr. Detlev Fischer, Karlsruhe

Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Makler-Bestellerprinzip- und Preisdeckelgesetz (fortan GE), BT-Drucks. 19/4557

I. Vorbemerkung

Seit meiner Zugehörigkeit zum 15. Zivilsenat des Oberlandesgericht Karlsruhe (Ende 1995 bis April 2002), zu dessen Zuständigkeitsbereich auch das Maklerrecht gehört, befasse ich mich intensiv mit diesem Rechtsgebiet. Nach meinem Ausscheiden aus dem OLG hatte ich als Vorsitzender Richter einer Kammer für Handelssachen beim Landgericht Karlsruhe (April 2002 bis November 2005) die Gelegenheit weiterhin in dieser Rechtsmaterie zu arbeiten. Zugleich habe ich verschiedene Beiträge zum Maklerrecht publiziert und bin seit 2005 für das Deutsche Anwaltsinstitut in Bochum auf diesem Rechtsgebiet in der Anwaltsfortbildung tätig. Seit 2011 führe ich auch für andere Veranstalter Seminare zum Maklerrecht durch. Während meiner Tätigkeit im Bundesgerichtshof (IX. Zivilsenat, 2005 bis 2015) war ich nicht mit Maklerrechtsachen befasst. Mein 2010 erstmals erschienenes Buch „Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung“ liegt nun in 4. Aufl. (2017) vor und wird noch in diesem Jahr in 5. Aufl. erscheinen. Mit der Problematik des Bestellerprinzips habe ich mich wiederholt in Vorträgen (Deutscher Mietgerichtstag; Deutscher Anwaltstag, Arbeitsgemeinschaft für immobilienrecht des Deutschen Anwaltsvereins, jeweils 2016) und in Publikationen befasst (NJW 2015, 1560-1564); WuM 2016, 391-399, IMR 2016, 446-450; NJW 2018, 3287; NJW 2019, 1182).

II. Grundsätzliches zum Bestellerprinzip

1. Allgemeine Bemerkungen zum Begriff Bestellerprinzip

Das Bestellerprinzip ist im Immobilienmaklerrecht eine neue Rechtsfigur, die erstmals beschränkt auf das im WoVermittG kodifizierte Wohnungsvermittlungsrecht zum 1. Juni 2015 eingeführt wurde. Sie bedeutet eine deutliche Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit.¹ Danach soll derjenige die Vergütung des Maklers tragen, der ihn als ersten „bestellt“ hat. Dass die Formulierung bestellen mit der im Maklerrecht vielfach üblichen Bezeichnung beauftragen – so wird der vertraglich gebundene Maklerkunde in der Praxis als Auftraggeber bezeichnet,² was dem Gesetzesbegriff des Auftragsrechts entlehnt ist (§ 662; § 675 BGB) – nicht gleichzustellen ist, ergibt sich aus dem Bestreben, mit dem Bestellerprinzip einen neuen Ansatz für die Tragung der Maklerkosten zu finden. Mit den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre, wie sie im BGB seit je her niedergelegt sind, lässt sich das Bestellerprinzip nicht ohne Weiteres vereinbaren. Das BGB spricht aus guten Gründen nicht von einer Bestellung oder von einem Besteller, wenn es um Vertragsanträge geht. Dies gilt insbesondere für die Inanspruchnahme provisionspflichtiger Maklerdienstleistungen. Den Begriff Besteller kennt das BGB bislang nur im Werkvertragsrecht und im neuen Bauvertragsrecht. Er bezeichnet konkret denjenigen, der die Werkleistung in Auftrag gibt (§ 631 Abs. 1 BGB). Deshalb wird im aktuellen maklerrechtlichen Schrifttum die Bezeichnung Bestellerprinzip von nicht wenigen Autoren in Anführungszeichen gesetzt³; auch ist in diesem Zusammenhang vom sog. Bestellerprinzip die Rede.⁴

¹ D. Fischer, IMR 2016, 446.

² BGH, Urt. v. 25.10.1967 – VIII ZR 215/66, BGHZ 48, 344, 346; Urt. v. 12.7.2018 – I ZR 152/17, NJW 2019, 1223 Rn. 13; Urt. v. 21.11.2018 – I ZR 10/18, BeckRS 2018, 38996 Rn. 40; D. Fischer, Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 4. Aufl., Kap. I Rn. 13;

³ Drasdo, NJW-Spezial 2015, 481; Duchstein, NZM 2015, 417; Hufen, NZM 2015, 2014, 663; Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 185a; Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 7. Aufl. 2016, Rn. 29;

⁴ Magnus/Wais, JZ 2016, 183; Wichert, ZMR 2019, 1.

2. „Bestellen“ als neuer Rechtsbegriff im Maklerrecht

Einen neuen Rechtsbegriff „bestellen“, wie in § 653a Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GE vorgesehen, einzuführen, sollte unbedingt vermieden werden. Er ist Ausdruck einer unsauberer, weil mehrdeutigen Gesetzessprache. Bestellen iSd Gesetzesentwurfs bedeutet sowohl eine vertragliche Bindung des Maklerkunden (Verkäufer/Kaufinteressent) als auch das Herantreten des Kunden (zumeist des Verkäufers) an den Makler, ohne eine Bindung einzugehen. Dies gilt umso mehr, wenn der neue Rechtsbegriff ohne Legaldefinition bleibt.

Er ist zudem überflüssig, weil das Gesetzesanliegen auch mit dem Begriff *ausschließlicher Suchauftrag* umschrieben werden kann. Die Bezeichnung Suchauftrag ist durch die maklerrechtliche Praxis entwickelt worden und hat auch Eingang in die maklerrechtliche Judikatur gefunden.⁵ So wird als *eigener Suchauftrag* das Herantreten des Maklerkunden bezeichnet, mit dem der Makler beauftragt wird, für den Kunden ein Objekt außerhalb seines eigenen Bestands ausfindig zu machen.⁶ Die Ausgestaltung des Bestellerprinzips in § 2 Abs. 1a WoVermittG knüpft hieran an. Danach wird der Wohnungssuchende nur noch dann provisionspflichtig, wenn er den Wohnungsmakler mit der Suche nach einer Mietgelegenheit beauftragt, die ausschließlich für ihn durchgeführt wird (Ausschließlichkeitsprinzip).⁷

3. Regelungsgehalt des Bestellerprinzips

Das Bestellerprinzip bedeutet entweder ein faktisches Doppelmaklerverbot, so die in § 2 Abs. 1 WoVermittG kodifizierte Regelung (Entgeltverbot)⁸ oder kann, wie dies der vorliegende Gesetzentwurf anstrebt, auch ein Doppelmaklerverbot beinhalten mit dem ein zweiter Maklervertragsabschluss im Anwendungsbereich des Bestellerprinzips ausdrücklich untersagt wird. Danach kann der Makler im Bereich dieses Prinzips nicht für beide Seiten, Mieter und Vermieter im Rahmen des Wohnungsvermittlungsrechts oder, wie im vorliegenden Gesetzesentwurf, beim Erwerb von Wohnungseigentum oder sonstigem Wohnraum durch den Verbraucher für den Verkäufer und Käufer als Doppelmakler auftreten. Das Verbot der Doppeltätigkeit hat weitreichende Bedeutung.

4. Der Immobilienmakler als Doppelmakler

Der Doppelmakler ist eine im Maklerrecht vielfach praktizierte Rechtsfigur; sie wird vom allgemeinen Maklerrecht mit der Sonderbestimmung des § 654 BGB ausdrücklich angesprochen. Seinem Wortlaut ist zu entnehmen, dass eine Doppeltätigkeit für beide Seiten grundsätzlich zulässig ist.⁹ Für das Handelsmaklerrecht, zu der das Immobilienmaklerrecht nicht gehört (§ 93 Abs. 2 HGB), ist sie in § 98 HGB ausdrücklich als (dispositives) Leitbild normiert.¹⁰ Im Immobilienbereich ist das Tätigwerden für beide Seiten weitgehend üblich.¹¹

⁵ BGH, Urt. v. 22.9.2005 – III ZR 393/04, NJW 2005, 3779, 3780.

⁶ D. Fischer, Maklerrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. III Rn. 23.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015/15, BVerfGE 142, 268 Rn. 79ff.

⁸ So im WoVermittG, Erman/D. Fischer, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor § 652 Rn. 3.

⁹ BGH, Urt. v. 25.10.1967 – VIII ZR 215/66, BGHZ 48, 344, 346; BGH, NJW-RR 1998, 892; Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 140.

¹⁰ Vgl. M. Roth, in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 93 Rn. 32f.

¹¹ BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 318/02, NJW-RR 2003, 991; D. Fischer, Maklerrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. I Rn. 22; Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 140.

Das gegenwärtige Recht hat die Gefahr von Interessenkollisionen beim Doppelmakler durch die Regelung des § 654 BGB erkannt und mit dieser Bestimmung ein besonders Sanktionsmittel, die Provisionsverwirkung, geschaffen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat § 654 BGB zudem Strafcharakter und kann nicht nur im Falle einer vertragswidrigen Tätigkeit des Maklers für die Gegenpartei, sondern bei jeder schwerwiegenden Treuepflichtverletzung des Maklers zum Verlust der verdienten Provision führen.¹² Dieses scharfe Sanktionsmittel, im Schrifttum gelegentlich als diskriminierendes Sonderrecht zulasten von Maklern beanstandet,¹³ trägt dazu bei, den (Doppel-)Makler zu einer vertragsgerechten Vorgehensweise bei der Durchführung des Maklerauftrags anzuhalten.

Wird die Doppeltätigkeit beim Erwerb von Wohnungseigentum und dem Erwerb von Wohnimmobilien untersagt, hat der Erwerber keinen Anspruch auf die Beratung des Maklers. Die Tätigkeit des Immobilienmaklers hat vielfältige beratungsrelevante Bezüge.¹⁴ So hat er, um eine sachgemäße Interessenwahrnehmung zu gewährleisten, den Auftraggeber nicht nur über dasjenige aufzuklären, was unerlässlich ist, um ihn vor Schaden zu bewahren, sondern auch über alle dem Makler bekannten Umstände, die für die Entschließung des Auftraggebers von Bedeutung sein können.¹⁵ Diese Erklärungen des Maklers müssen insgesamt so beschaffen sein, dass sie seinem Auftraggeber keine unzutreffenden Vorstellungen vermitteln.¹⁶ Zudem ist der Makler nach § 4 Nr. 5 StBerG berechtigt, zu einschlägigen steuerlichen Fragen Auskünfte zu erteilen und zu beraten.¹⁷

5. Weitere Gesichtspunkte gegen das Bestellerprinzip

Bereits in der rechtspolitischen Diskussion zur Einführung des Bestellerprinzips im Wohnungsvermittlungsrecht wurde beanstandet, dass das rechtspolitische Ziel einer tatsächlichen Entlastung des Wohnungssuchenden durch das Provisionsverbot (Entgeltverbot) nicht ohne weiteres durchsetzbar ist. Das Gesetzesziel, den Wohnungssuchenden von der Provisionspflicht zu entlasten, ist nur dort erreichbar, wo die Miete bereits den von der Mietpreisbremse vorgegebenen Höchstsätzen entspricht. Ansonsten bleibt es dem Vermieter unbenommen, bei der Kalkulation der Miethöhe wirtschaftliche Nebenkosten, wie entstandene Vermieterprovisionen, vollständig miteinzubeziehen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat eine derartige Handhabung nicht beanstandet.¹⁸ Angesichts des Umstands, dass die Mietpreisbremse ohnehin in vielen Regionen derzeit mangels Wirksamkeit nicht greift, wurde die angestrebte tatsächliche Entlastung wohl nicht erreicht.

¹² BGH, Urt. v. 5.2.1962 – VII ZR 248/60, BGHZ 36, 323, 326; Urt. v. 18.10.2012 – III ZR 106/11, NJW 2012, 3718 Rn. 16.

¹³ Staudinger/Arnold, BGB, 2016, § 654 Rn. 2,7.

¹⁴ D. Fischer, NZM 2019, 201, 205.

¹⁵ BGH, Urt. v. 8.7.1981 - IVa ZR 244/80, NJW 1981, 2685 f.; Urt. v. 28.9. 2000 - III ZR 43/99, NJW 2000, 3642; Urt. v. 18.1.2007 - III ZR 146/06, NJW-RR 2007, 711 Rn. 11; Beschl. v. 18.4.2013 - V ZR 231/12, juris Rn. 16; Beschl. v. 10.11.2016 - I ZR 235/15, WuM 2017, 48 Rn. 20; Urt. v. 12.7.2018 – I ZR 152/17, BeckRS 2018, 31113 Rn. 12.

¹⁶ BGH, Urt. v. 28. 9.2000 - III ZR 43/99, NJW 2000, 3642; Urt. v. 31.1.2003 - V ZR 389/01, NJW-RR 2003, 700, 701 f.; Beschl. v. 18.4.2013 – V ZR 231/12, juris Rn. 16.

¹⁷ BGH, Urt. v. 12.7.2018 – I ZR 152/17, NJW 2019, 1223 Rn. 13.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015/15, BVerfGE 142, 268 Rn. 70.

Für den Immobilienerwerb gilt dies noch in einem wesentlich breiteren Ausmaß, weil aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten und aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Regulierung der Kaufpreise nicht in Betracht zu ziehen ist. Daher ist hier eine „EINPREISUNG“ entstandener Verkäuferprovisionen in den Kaufpreis naheliegenderweise zu erwarten.¹⁹ Auch die Begründung des GE, BT.-Drucks. 19/4557, S. 3 zu Abs. 3 räumt dies offen ein. Mit dieser Erhöhung der Kaufpreise steigen auch weitere auf den Kaufinteressenten entfallende Nebenkosten, wie die Grunderwerbssteuer sowie die Grundbuch- und Notarkosten, weil die anfallenden Gebühren und Steuern sich nach der jeweiligen Höhe des Kaufpreises richten.²⁰ Der Umstand, dass gegenwärtig die unmittelbaren Erwerbskosten finanziert werden können, Maklerkosten dagegen nicht, erscheint nur eingeschränkt als Vorteil.²¹ Tatsächlich wird der Käufer nicht entlastet, sondern ist unmittelbar an der Kostentragung beteiligt.

Da ohnehin das Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht einer Evaluation unterzogen werden soll,²² erscheint es naheliegend, die Ergebnisse dieser Evaluation abzuwarten, bevor der Anwendungsbereich des Bestellerprinzips auf den Erwerb von Wohnungsmobilien erstreckt wird.

III. Weitere Einzelfragen zum Gesetzesentwurf

1. Formzwang für den Maklervertragsabschluss

Die im Gesetzesentwurf vorgesehene Textform für den Abschluss eines Maklervertrags ist zu begrüßen. Sie entspricht einer im maklerrechtlichen Schrifttum mehrfach erhobenen Forderung.²³ Von Maklerseite wird nicht selten aus atmosphärischen Gesichtspunkten, was wohl auch den Regeln moderner Vermarktungsstrategie entspricht,²⁴ auf die wünschenswerte Schriftform verzichtet. Im Rechtsalltag herrscht daher vielfach der konkludente Vertragsabschluss vor, der regelmäßig im Maklerprovisionsprozess zu umfangreichen Beweisaufnahmen führt.²⁵ Eine Entlastung der Gerichte durch Einführung der Textform ist daher zu erwarten und positiv zu vermerken.

2. Verflechtungsproblematik

Das in § 653a Abs. 2 S. 2 GE vorgesehene Provisionsverbot für Verflechtungsfälle, wenn also der Makler nicht Dritter ist,²⁶ sondern mit der Verkäuferseite wirtschaftlich verbunden ist, führt zur Durchsetzung der bisherigen höchstrichterlichen Verflechtungsjurisprudenz. Sie ist bislang nur dispositives Richterrecht²⁷ und wird im Rechtsalltag vielfach durch sog. erweiternde Provisionsabreden umgangen. Diese Rechtssätze nunmehr in zwingendes Gesetzesrecht überzuführen, ist eine wirksame Verbraucherschutzmaßnahme.

¹⁹ D. Fischer, NJW 2018, 3287; Wichert, ZMR 2019, 1, 2.

²⁰ D. Fischer, NJW 2018, 3287; Wichert, ZMR 2019, 1, 2.

²¹ Wichert, ZMR 2019, 1, 2.

²² D. Fischer, IMR 2016, 446, 450.

²³ Würdinger, JZ 2009, 349, 350; Bethge, AIZ 2013, 14, 15; Koch, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, 2. Aufl. 2014, S. 55; D. Fischer, NZM 2014, 449, 450 (allerdings ohne Einbezug des kaufmännischen Rechtsverkehrs); Ibold, Maklerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 20.

²⁴ Vgl. hierzu OLG Rostock, Urt. v. 7.9.2005 – 6 U 211/04, NJW-RR 2006, 857.

²⁵ D. Fischer, Maklerrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. II Rn. 23

²⁶ BGH, Urt. v. 24.1.2019 - I ZR 160/17, BeckRS 2019, 2063 Rn. 60.

²⁷ Hierzu im Einzelnen D. Fischer, FS Heinz Georg Bamberger, 2017, S. 35-52

3. Deckelung der Maklerprovision

Eine Deckelung der Maklerprovision ist bereits in § 653 Abs. 2 BGB angesprochen, wenn dort von taxmäßigm Lohn die Rede ist. Nur gibt es bislang für Maklerprovision keine Lohntaxen. Grundsätzlich ist eine Deckelung aus Verbraucherschutzgesichtspunkten erwägenswert, wie sie auch in dem rechtspolitischen Vorschlag einer Teilung der Provision in Verkäufer- und Käuferprovision²⁸ zum Ausdruck kommt. Eine Reduzierung der Maklerprovision auf 2% des Kaufpreises einschließlich Umsatzsteuer, wie in § 653a Abs. 4 GE vorgesehen, erscheint nicht den Marktgegebenheiten zu entsprechen.

²⁸ Wichert, ZMR 2019, 1, 2.