

## **Gesetzentwurf**

### **der Bundesregierung**

#### **Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser**

##### **A. Problem und Ziel**

Viele Menschen, gerade solche mit geringem und mittlerem Einkommen, haben heute erhebliche Schwierigkeiten, für sich und ihre Familien ausreichenden und bezahlbaren Wohnraum zu finden. Die Bildung von Wohneigentum wird auch durch hohe Erwerbsnebenkosten erschwert, die zumeist aus Eigenkapital geleistet werden müssen. Auf den Kostenfaktor der Maklerprovision haben Kaufinteressenten dabei häufig keinerlei Einfluss.

Aufteilung und Höhe der Maklerprovision unterscheiden sich von Land zu Land. In fünf Ländern (Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen) sowie einigen Regionen Niedersachsens trägt der Käufer die gesamte Maklerprovision, im übrigen Bundesgebiet teilen sich Käufer und Verkäufer für gewöhnlich die Provision etwa zu gleichen Teilen. Maßgeblich sind allerdings letztlich nicht allein die ortsüblichen Gepflogenheiten, sondern die jeweilige individuelle Vereinbarung zwischen Makler und Verkäufer. 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. Weigert sich ein Kaufinteressent darauf einzugehen, scheidet er faktisch aus dem Bewerberkreis aus.

Hierdurch wird eine Preisfindung nach Marktgrundsätzen erheblich erschwert. Das Interesse des Verkäufers, mit dem Makler über die Höhe der Maklerprovision zu verhandeln, ist umso geringer, je höher der Anteil des Käufers an der Provision ausfällt. Unabhängig vom jeweiligen Leistungsumfang können Makler daher in der Regel die in der Region übliche Provision verlangen, ohne sich einem Preis- oder Leistungswettbewerb ausgesetzt zu sehen. Sofern von den hergebrachten Sätzen abgewichen wird, erfolgt dies zumeist einseitig zugunsten des Verkäufers.

Die Änderungen im Maklerrecht zielen darauf ab, durch bundesweit einheitliche, verbindliche Regelungen die Transparenz und Rechtssicherheit bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser zu erhöhen und die Käufer vor der Ausnutzung einer faktischen Zwangslage zu schützen. 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 Anteil 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. Ist der Käufer wie zum Beispiel bei einem Suchauftrag alleiniger Vertragspartner des Maklers, gelten diese Grundsätze mit Blick auf die Verursachung der Maklerkosten entsprechend, das heißt auch in solchen Fällen bleibt es bei dem Grundsatz, dass primär der Auftraggeber zahlungspflichtig ist und höchstens eine 50:50-Kostenteilung erwirken kann. Für den Fall, dass beide Parteien den Makler beauftragen, wird eine solche faire Teilung der Maklerprovision verbindlich festgelegt.

Bei dieser Gelegenheit sollen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über den Mäklervertrag sprachlich überarbeitet werden. Denn der dort verwandte althergebrachte Begriff des „Mäklers“ ist sowohl in der Alltagssprache als auch in der Rechtssprache gänzlich ungebräuchlich geworden.

## 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.

Außerdem wird in den Vorschriften des BGB über den Mäklervertrag das Wort „Mäkler“ durch die bereits in der Praxis und der Rechtswissenschaft überwiegend gebräuchliche Bezeichnung „Makler“ ersetzt.

## C. Alternativen

Keine.

## D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

## E. Erfüllungsaufwand

### E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für die Bürgerinnen und Bürger entsteht, soweit sie als private Verkäufer einer Wohnimmobilie auftreten, aufgrund der Begrenzung des Provisionsanteils der

Käufer an der Maklerprovision ein geschätzter jährlicher Erfüllungsaufwand von bis zu 417 Millionen Euro.

Für die die Bürgerinnen und Bürger als Käufer von Wohnimmobilien ergeben sich Einsparungen in Höhe von 629 Millionen Euro.

#### E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die Wirtschaft ergibt sich aufgrund der Begrenzung des Provisionsanteils der Käufer ein geschätzter Erfüllungsaufwand von bis zu 212 Millionen Euro. Zudem folgt aus einer neu eingeführten Nachweispflicht ein weiterer geschätzter jährlicher Erfüllungsaufwand von bis zu 424 560 Euro.

Der laufende zusätzliche Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft unterliegt der „One in, one out“-Regel der Bundesregierung. Der jährliche Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft wird im Rahmen künftiger Regelungsvorhaben kompensiert.

#### Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Die neu eingeführte Nachweispflicht ist zugleich eine Informationspflicht, so dass hier der oben genannte Betrag in Höhe von bis zu 424 560 Euro anzusetzen ist.

#### E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Keiner.

#### 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 75 Millionen Euro geschätzt.

**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND  
DIE BUNDESKANZLERIN**

Berlin, 11. Dezember 2019

An den  
Präsidenten des  
Deutschen Bundestages  
Herrn Dr. Wolfgang Schäuble  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten  
bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und  
Einfamilienhäuser

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Absatz 1 NKRG ist als Anlage 2 beigelegt.

Der Bundesrat hat in seiner 983. Sitzung am 29. November 2019 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 4 beigelegten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

Anlage 1

## Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

- a) In der Angabe zu Buch 2 Abschnitt 8 Titel 10 wird das Wort „Mäklervertrag“ durch das Wort „Maklervertrag“ ersetzt.
- b) Nach der Angabe zu Buch 2 Abschnitt 8 Titel 10 Untertitel 3 wird folgende Angabe eingefügt:

„Untertitel 4

Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“.

2. In der Überschrift des Buches 2 Abschnitt 8 Titel 10 wird das Wort „Mäklervertrag“ durch das Wort „Maklervertrag“ ersetzt.
3. § 652 wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
    - aa) In Satz 1 wird das Wort „Mäklerlohn“ durch das Wort „Maklerlohn“ und das Wort „Mäklers“ durch das Wort „Maklers“ ersetzt.
    - bb) In Satz 2 wird das Wort „Mäklerlohn“ durch das Wort „Maklerlohn“ ersetzt.
  - b) In Absatz 2 Satz 1 wird das Wort „Mäkler“ durch das Wort „Makler“ ersetzt.
4. § 653 wird wie folgt geändert:
  - a) In der Überschrift wird das Wort „Mäklerlohn“ durch das Wort „Maklerlohn“ ersetzt.
  - b) In Absatz 1 wird das Wort „Mäklerlohn“ durch das Wort „Maklerlohn“ und das Wort „Mäkler“ durch das Wort „Makler“ ersetzt.
5. In § 654 wird das Wort „Mäklerlohn“ durch das Wort „Maklerlohn“ und das Wort „Mäkler“ durch das Wort „Makler“ ersetzt.
6. § 655 wird wie folgt geändert:
  - a) In der Überschrift wird das Wort „Mäklerlohns“ durch das Wort „Maklerlohns“ ersetzt.
  - b) In Satz 1 wird das Wort „Mäklerlohn“ durch das Wort „Maklerlohn“ ersetzt.
7. In § 656 Absatz 2 wird das Wort „Mäkler“ durch das Wort „Makler“ ersetzt.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

8. Dem Buch 2 Abschnitt 8 Titel 10 wird folgender Untertitel 4 angefügt:

„Untertitel 4

Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

§ 656a

Textform

Ein Maklervertrag, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus oder die Vermittlung eines solchen Vertrags zum Gegenstand hat, bedarf der Textform.

§ 656b

Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d

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

§ 656c

Lohnanspruch bei Tätigkeit für beide Parteien

(1) 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.

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

§ 656d

Vereinbarungen über die Maklerkosten

(1) 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.

(2) § 656c Absatz 1 Satz 3 und 4 gilt entsprechend.“

## Artikel 2

### Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. I S. ...) geändert worden ist, wird folgender § ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung] angefügt:

„§ ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung]

Übergangsvorschrift zum Gesetz über die Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

Auf Rechtsverhältnisse, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 3 dieses Gesetzes] entstanden sind, sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung weiter anzuwenden.“

## Artikel 3

### Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am ... [einsetzen: Datum desjenigen Tages des sechsten auf den Monat der Verkündung folgenden Kalendermonats, dessen Zahl mit der des Tages der Verkündung übereinstimmt, oder, wenn es einen solchen Kalendertag nicht gibt, Datum des letzten Tages dieses Kalendermonats] in Kraft.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

##### 1. Beschreibung der aktuellen Situation

Nach § 652 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) schuldet bei Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags oder bei Vermittlung eines Vertrags, sofern der Vertrag zustande kommt, derjenige eine Maklerprovision, der sie in einem wirksamen Maklervertrag verspricht, also den Makler beauftragt. Dies ist bei Immobilienkäufen häufig – in Ballungsräumen wie zum Beispiel Berlin, Düsseldorf oder Hamburg sogar überwiegend – der Verkäufer.

In der Praxis hat sich jedoch ein von diesem gesetzlichen Leitbild abweichender Grundsatz herausgebildet. In der Regel zahlt der Käufer einer Immobilie die Maklerprovision auch dann zumindest teilweise, häufig aber vollständig, wenn der Makler auf Initiative des Verkäufers tätig geworden ist. Hierfür existieren verschiedene Gestaltungsmodelle: Häufig wird die Provisionspflicht des Verkäufers unter Gestattung der Maklertätigkeit für den Käufer (Doppeltätigkeit) abbedungen, um dem Makler zu ermöglichen, vom Käufer die Provision aufgrund eines zweiten Maklervertrags zu erhalten. Möglich ist auch, dass dem Käufer im Kaufvertrag eine Provisionszahlungspflicht gegenüber dem Makler auferlegt wird (Vertrag zugunsten Dritter). Alternativ kann im Kaufvertrag eine Erfüllungsübernahme, ein Schuldbeitritt, eine befreiende Schuldübernahme oder eine Freistellung durch den Käufer vorgesehen werden. Teilweise schließen Makler und Verkäufer auch keinen Maklervertrag, dem Makler wird die Immobilie vielmehr nur „an die Hand gegeben“. Der Makler nimmt die Immobilie dann in sein Angebot auf und inseriert sie zum Beispiel mit dem Zusatz „Käuferprovision 7,14 Prozent“. Meldet sich hierauf ein Interessent beim Makler, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 3. Mai 2012, III ZR 62/11, insbesondere Rn. 13) zwischen Makler und Interessent ein Maklervertrag zustande, sodass der Käufer bei erfolgreicher Vermittlung zur Zahlung der Provision verpflichtet ist.

Alle genannten Gestaltungsmodelle haben gemein, dass Verkäufer und Makler sich über die Provisionszahlungspflicht des Käufers zu einem Zeitpunkt verständigen, in dem die Vertragsverhandlungen mit potentiellen Käufern noch nicht begonnen haben. Die Modelle basieren auf der Tatsache, dass Käufer sich aufgrund des angespannten Immobilienmarktes faktisch gezwungen sehen, die Maklerprovision zu übernehmen, auch wenn der Makler auf Initiative eines anderen und primär in dessen Interesse tätig geworden ist.

Dies erscheint zum einen vor dem Hintergrund eines materiell verstandenen „Bestellerprinzips“ unangemessen: Wer kostenpflichtige Dienste veranlasst, sollte im Grundsatz auch für die so entstandenen Kosten aufkommen und diese zumindest nicht vollständig einer dritten Partei auferlegen können. Auf allen angespannten Immobilienmärkten ist es jedoch üblich, dass die vom Verkäufer zugesagte Provision allein vom Käufer gezahlt wird. Auch in Ländern, in welchen grundsätzlich eine Teilung der Provision zwischen Verkäufer und Käufer praktiziert wird, wird aufgrund des knappen Angebots an Immobilien häufig einseitig dem Verkäufer entgegengekommen.

Zum anderen hat die derzeitige Praxis zur Folge, dass eine Preisfindung nach Marktgrundsätzen vollständig ausbleibt. Wird (wie derzeit häufig) die Provision allein dem Käufer abverlangt, sieht der Verkäufer sich in vielen Fällen nicht veranlasst, die Höhe der Maklerprovision zu verhandeln oder sich vor der Beauftragung eines Immobilienmaklers über dessen Qualifizierung und Qualitäten zu informieren. Weil die Maklercourtage von einer dritten Partei gezahlt wird, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht in die Verhandlungen eingebunden ist, orientiert sich ihre Höhe weder am Umfang der vom Makler geschuldeten Leistung noch an den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage. Sie folgt in der Praxis vielmehr erstaunlich starren, regionsabhängigen Regeln. Die Höhe der ortsüblichen Maklerprovision liegt dabei mit steigender Tendenz zwischen 4,76 Prozent und 7,14 Prozent, wobei 7,14 Prozent der überwiegend verlangte Satz ist. Lediglich in Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern und Teilen von Niedersachsen fallen die Provisionen niedriger aus.



Hinzukommt, dass – insbesondere in Ballungsräumen – die weit überwiegende Anzahl von Wohnimmobilien unter Einbindung eines Maklers verkauft wird. Kaufinteressenten haben dadurch kaum die Möglichkeit, auf provisionsfreie Angebote auszuweichen.

## 2. Regelungsbedarf

Seit Inkrafttreten des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (MietNovG) am 1. Juni 2015 ist das Abwälzen der Provisionspflicht auf einen Dritten bei der Vermittlung von Mietwohnungen nicht mehr zulässig. Nach § 2 Absatz 1a MietNovG ist ein Wohnungssuchender nur noch zur Zahlung der Maklercourtage verpflichtet, wenn er in Textform einen Vermittlungsvertrag geschlossen hat und der Makler sich die Wohnung ausschließlich zur Erfüllung dieses Auftrags vom Vermieter an die Hand geben lässt. Eine hiervon abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

Aufgrund der Marktgegebenheiten befinden sich Kaufinteressenten, ähnlich wie zuvor auch Mietinteressenten, in einer faktischen Zwangslage, deren Regulierung im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist. Insbesondere in Ballungsräumen besteht ein Nachfrageüberschuss. Dieser Überschuss wird sich perspektivisch für Häuser und Eigentumswohnungen vor allem in den Ballungszentren und Wachstumsregionen fortsetzen. Das knappe Angebot hat nicht nur Auswirkungen auf die Entwicklung der Immobilienpreise. Insbesondere auf angespannten Immobilienmärkten bewirkt es auch, dass Kaufinteressenten sich gezwungen sehen, einen festgelegten Provisionsatz zu übernehmen, obwohl die Entscheidung zur Einschaltung des Maklers häufig ohne ihr Zutun getroffen wurde und sie keinerlei Möglichkeit haben, die Höhe der Provision zu verhandeln. Zwar mag nicht in demselben Ausmaß wie bei Mietern das Grundbedürfnis nach einer Wohnung betroffen sein. Jedoch sind häufig gerade die steigenden Mietpreise Anlass, sich vom Mietmarkt unabhängig zu machen und eine Immobilie zu erwerben. Daneben tritt der Wunsch nach einer sicheren Altersvorsorge.

Eigentumsbildung ist insbesondere für Familien mit Kindern wichtig, da der private Mietwohnungsmarkt nicht genügend bezahlbare familiengerechte Wohnungen bereitstellt (Dritter Bericht der Bundesregierung über die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft in Deutschland und Wohngeld- und Mietenbericht 2016, Bundestagsdrucksache 18/13120, S. 38). Das selbstgenutzte Wohneigentum ist mit einem Marktanteil am Gesamtbestand von ca. 46 Prozent eine wichtige Säule des Wohnungsmarktes. In Städten ist die Wohneigentumsquote mit etwa 30 Prozent jedoch deutlich geringer als in ländlichen Gebieten. Etwa zwei Drittel aller Erwerbe erfolgen in Kleinstädten oder sonstigen Regionen. Ursachen sind vor allem höhere Preise und ein geringeres Grundstücksangebot in den Städten. Für Haushalte mit niedrigen und mittleren Einkommen und für Haushalte mit Kindern ist Wohneigentum trotz günstiger Finanzierungsmöglichkeiten in vielen Städten nicht mehr erschwinglich (Bundestagsdrucksache 18/13120, S. 38, 39). Hohe Erwerbsnebenkosten erschweren die Eigentumsbildung zusätzlich, zumal sie in der Regel nicht als Darlehen aufgenommen werden können, sondern aus Eigenkapital geleistet werden müssen. Neben der Grunderwerbsteuer sind dabei die Maklerkosten ein entscheidender Posten der Erwerbsnebenkosten.

Die Änderungen zielen darauf ab, schutzbedürftige Käufer von Maklerkosten zu entlasten, die sie nicht verursacht haben und die nicht primär in ihrem Interesse angefallen sind. Schutzbedürftig sind aus den oben genannten Gründen vor allem Käufer, die eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus erwerben.

Wird der Makler nur von einer Partei des Kaufvertrags beauftragt, soll diese Partei im Grundsatz verpflichtet bleiben, die anfallende Maklercourtage zu begleichen, und so angehalten werden, in Verhandlungen über den im Einzelfall erforderlichen Umfang der Maklerleistung und die vor diesem Hintergrund angemessene Höhe der Maklercourtage mit dem Makler zu treten. Die Weitergabe von Maklerkosten soll vor dem Hintergrund, dass in der Regel auch die jeweils andere Kaufvertragspartei von der Tätigkeit eines qualifizierten Maklers profitiert, zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden; jedoch soll dies nur noch bis zu einer maximalen Obergrenze von 50 Prozent des insgesamt zu zahlenden Maklerlohns möglich sein. Eine vollständige Abwälzung der Maklerkosten ist nicht mehr möglich. Außerdem soll zunächst die originär verpflichtete Vertragspartei ihren Anteil an der Maklerprovision zahlen und dies gegenüber der anderen Partei nachweisen, bevor deren Kostenanteil fällig wird. Die Regelung hat insbesondere die Situation vor Augen, dass der Verkäufer den Makler beauftragt hat und die Maklerkosten durch eine Vereinbarung im Kaufvertrag nachträglich dem Käufer auferlegen will. Sie gilt jedoch auch, wenn der Käufer alleiniger Vertragspartner des Maklers ist, wie dies bei einem Suchauftrag der Fall ist. Auch in solchen Fällen bleibt es bei dem Grundsatz, dass primär der Auftraggeber – hier also der Käufer – zahlungspflichtig ist und höchstens eine 50:50-Kostenteilung erwirken kann.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Für den Fall, dass beide Parteien den Makler beauftragen und dieser neutraler Mittler ist, wird eine hälftige Teilung der Maklerprovision als fair erachtet und in der vorgeschlagenen Entwurfsfassung verbindlich festgelegt.

Daneben sollen die Vorschriften des BGB über den Mäklervertrag sprachlich angepasst werden und die in der Alltags- und Rechtssprache nicht mehr gebräuchliche Bezeichnung des „Mäklers“ ersetzt werden. Dies ist im Interesse einer verständlichen und zeitgemäßen Vorschriftensprache angezeigt.

## II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Zunächst wird in § 656a des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Entwurfsfassung (BGB-E) ein Textformerfordernis für alle Maklerverträge eingeführt, die die Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser betreffen. Sowohl für den Kaufinteressenten als auch für den Verkäufer soll der Inhalt des Maklervertrags dokumentiert werden. Auf diese Weise können Unklarheiten über in der Praxis häufig strittige Fragen hinsichtlich des Inhalts eines Maklervertrags vermieden werden.

Weiter wird in § 656c BGB-E geregelt, dass der Makler, sofern er sich für die Vermittlung derselben Immobilie sowohl von deren Verkäufer als auch vom Käufer eine Provision versprechen lässt, mit beiden Parteien nur eine Vereinbarung jeweils über die Hälfte der gesamten Provision treffen darf. Wird der Makler im Rahmen der Vermittlung eines Objekts für beide Parteien des Kaufvertrages tätig, nimmt er im Regelfall deren Interessen gleichermaßen wahr und es ist deshalb gerechtfertigt, dass beide Parteien die Maklerprovision jeweils zu Hälfte tragen. Es ist Sache des Maklers, die im jeweiligen Einzelfall angemessene Provisionshöhe mit den Parteien des Kaufvertrages zu verhandeln und übereinstimmende Vereinbarungen herbeizuführen.

Damit sich auch unter dem Eindruck einer faktischen Zwangslage keine Partei des Kaufvertrages veranlasst sehen muss, die vollständigen Maklerkosten zu übernehmen, wird außerdem festgelegt, dass Vereinbarungen, die vom Grundsatz der hälftigen Kostenteilung abweichen, unwirksam sind. Die hälftige Teilung der Maklerprovision ist bei einer Doppelbeauftragung zwingend.

Unberührt von den vorgenannten Regelungen führt die vertragswidrige Doppeltätigkeit weiterhin nach § 654 BGB zu einem Verlust des Provisionsanspruchs. Die Regelungen knüpfen an die einvernehmliche Doppeltätigkeit an, die grundsätzlich zulässig und gerade bei Immobiliengeschäften auch weitgehend üblich ist.

In § 656d BGB-E wird zudem geregelt, dass in Fällen, in denen nur eine der Parteien des Hauptvertrages einen Maklervertrag abgeschlossen hat, eine Vereinbarung zur Übernahme der Maklerkosten durch die andere Partei nur wirksam ist, wenn die Partei, die den Maklervertrag geschlossen hat, mindestens zur Zahlung der Provision in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Damit kommt der Grundsatz der Kostenteilung auch in den Fällen zur Geltung, in denen nur eine der Parteien den Makler beauftragt hat, beide Parteien aber dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass die Tätigkeit des Maklers auch für die andere Partei von Nutzen war. In diesen Fällen können die Parteien die anteilige Übernahme der Maklerkosten vereinbaren, maximal aber in Höhe der hälftigen Provision.

Ein solcher Zahlungs- oder Erstattungsanspruch ist erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, nachweist, dass sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist. Damit soll sichergestellt werden, dass es auch tatsächlich zu einer Umsetzung der getroffenen Vereinbarung kommt und nicht eine Partei – häufig der Käufer – im Ergebnis dennoch die Maklerkosten alleine trägt.

Weil nicht jeder Käufer einer Immobilie gleichermaßen schutzbedürftig ist, werden die Regelungen auf den Erwerb von Wohneigentum in Form einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses und außerdem auf den Fall beschränkt, dass der Makler als Unternehmer tätig wird und der Käufer eine natürliche Person ist (§ 656b BGB-E).

Daneben werden die Vorschriften des BGB über den Mäklervertrag insgesamt sprachlich angepasst und die in der Alltags- und Rechtssprache nicht mehr gebräuchliche Bezeichnung des „Mäklers“ ersetzt.

## III. Alternativen

Die Änderungen im Maklerrecht zielen darauf ab, sicherzustellen, dass natürliche Personen beim Kauf von Wohnungen und Einfamilienhäusern außer in Fällen, in denen sie alleiniger Auftraggeber des Maklers sind (zum Beispiel Suchauftrag), nie mehr als die Hälfte der anfallenden Maklerkosten tragen müssen. Um die eingetretene

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Marktentwicklung, die teilweise zu einer unangemessenen Benachteiligung insbesondere von Käufern von Wohnimmobilien geführt hat, zu korrigieren, ist eine Regelung erforderlich, die eine verbindliche Kostenteilung und die Unzulässigkeit der Abwälzung von mehr als der Hälfte der Maklerprovision vorsieht. Weniger einschneidende Maßnahmen kommen nicht in Betracht.

### **1. Senkung sonstiger Kaufnebenkosten**

Insbesondere vermöge eine Senkung sonstiger Kaufnebenkosten nicht, das angestrebte Ziel zu erreichen. Eine Entlastung der Käufer könnte zwar auch durch eine Senkung der sonstigen Kaufnebenkosten erreicht werden, wobei neben den Maklerkosten die Grunderwerbsteuer das größte Einsparungspotential bietet. Sie beträgt in einigen Ländern bis zu 6,5 Prozent des Kaufpreises und trägt so zu der erheblichen anfänglichen Belastung für Käufer bei. Aus diesem Grund prüft die Bundesregierung entsprechend dem Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode einen Freibetrag bei der Grunderwerbsteuer beim erstmaligen Erwerb von Wohngrundstücken für Familien ohne Rückwirkung beim Länderfinanzausgleich. Die Änderungen im Maklerrecht dienen jedoch nicht nur der Entlastung von Immobilienkäufern, sondern auch der Unterbindung einer Ausnutzung von faktischen Zwangslagen zulasten schutzwürdiger Erwerber und der Einführung einer gerechten, an die tatsächlichen Gegebenheiten bei Immobiliengeschäften angepassten Regelung zur Aufteilung der Maklerkosten. Dies vermag eine Senkung der Grunderwerbsteuer nicht zu erreichen.

### **2. Regionale Begrenzung der Kostenteilung**

Eine regionale Begrenzung der Regelungen auf die Gebiete, in denen bislang eine Abwälzung der Maklerprovision in voller Höhe auf eine der Parteien des Kaufvertrages erfolgt, wäre ebenfalls nicht geeignet, den beabsichtigten Interessenausgleich herzustellen. Zunächst ist die Maklerprovision beim Kauf von Wohnimmobilien bislang weder hinsichtlich der grundsätzlichen Aufteilung zwischen den Parteien des Kaufvertrages noch der Höhe nach gesetzlich geregelt. Auch in den Gebieten, in denen eine hälftige Teilung der Maklerkosten bereits üblich ist, kann sich daher kurzfristig eine abweichende Übung herausbilden, die zu einer Benachteiligung von Käufern von Wohnimmobilien führt. Darüber hinaus ist die Praxis aber auch in diesen Gebieten nicht immer einheitlich. Gerade in Regionen mit hoher Nachfrage nach Wohnimmobilien werben Makler trotz der üblicherweise vereinbarten Kostenteilung damit, dass für Verkäufer keine oder geringere Kosten als für den Käufer anfallen. Damit ist die Abgrenzung der in den Geltungsbereich der Regelungen einzubeziehenden Regionen schon tatsächlich nicht möglich, zumal sich auch insoweit kurzfristige Änderungen ergeben können.

## **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (Bürgerliches Recht).

## **V. Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Grundgesetzes**

Die Änderungen des Maklerrechts berühren die Vertragsfreiheit von Verkäufer, Käufer und Makler und betreffen die Art und Weise, in der Makler ihren Beruf ausüben. Insofern stellen sie sich als eine Berufsausübungsregelung im Sinne von Artikel 12 des Grundgesetzes dar. Sie rechtfertigen sich durch das Ziel, natürliche Personen beim Kauf von Wohnungen oder Einfamilienhäusern vor einer unangemessenen Überbürdung fremder Kosten und der Ausnutzung faktischer Zwangslagen zu schützen.

Im Wirtschaftsleben trägt in der Regel der Besteller einer Leistung die Kosten und bewirkt dadurch die Preisfindung nach Marktgrundsätzen. Beim Verkauf von Wohnimmobilien hat sich jedoch eine hiervon abweichende Praxis herausgebildet, die in vielen Fällen zu einer unangemessenen Benachteiligung der Käufer führt. Meist zahlt eine Partei eines Kaufvertrages über eine Immobilie – zumeist der Käufer – auch dann zumindest die Hälfte der anfallenden Provision, wenn die Beauftragung des Maklers zunächst nur auf Veranlassung der anderen Partei – des Verkäufers – erfolgt ist und der Käufer weder auf die Auswahl des Maklers noch auf die Preisfindung Einfluss nehmen konnte. Allerdings ergibt sich daraus gerade bei Immobiliengeschäften in der Folge häufig eine Tätigkeit des Maklers für beide Parteien des Kaufvertrages, deren Interessen er gleichermaßen vertritt. Auch Kaufinteressenten haben häufig ein erhebliches Interesse am Zustandekommen des Kaufvertrags und bedienen sich hierzu

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

der Mithilfe des ursprünglich vom Verkäufer eingeschalteten Maklers. Die Beteiligung der Käufer an der Maklerprovision erscheint daher nicht grundsätzlich unangemessen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass mit einer Doppeltätigkeit strenge Neutralitätspflichten des Maklers verbunden sind, deren Nichtbeachtung zu einer Verwirkung des Provisionsanspruchs nach § 654 BGB führen kann.

Unangemessen ist jedoch die Überbürdung der vollständigen Maklerprovision oder eines mehr als hälftigen Anteils auf die Partei, die den Makler ursprünglich nicht beauftragt hat. Dies wird der tatsächlichen Interessenlage nicht gerecht und widerspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach derjenige die Kosten einer Leistung trägt, auf dessen Veranlassung sie erbracht wird. Auch unter Berücksichtigung des Interesses der anderen Partei am Zustandekommen des Kaufvertrags wird der Makler mindestens im gleichen Umfang weiterhin für seinen ursprünglichen Auftraggeber tätig, der sich eigene Bemühungen um den Vertragsschluss erspart. Hinzu kommt, dass die Übernahme der vollständigen Maklerkosten häufig auf einer faktischen Zwangslage beruht. Insbesondere Kaufinteressenten sehen sich häufig der Situation ausgesetzt, dass sie schon keine näheren Informationen zu dem möglichen Kaufobjekt erhalten, wenn sie sich nicht frühzeitig zur Übernahme der Maklerprovision bereit erklären. Dem können sich Käufer aufgrund der Marktsituation in der Regel nicht widersetzen, zumal auch der Zugang zu anderen in Betracht kommenden Objekten sehr wahrscheinlich nur über einen vom Verkäufer eingeschalteten Makler möglich sein wird.

Die Änderungen des Maklerrechts sind deshalb erforderlich, um das soziale Gleichgewicht auf dem Immobilienmarkt zu sichern: Es ist zu gewährleisten, dass nicht unter Ausnutzung einer aufgrund der Marktsituation geschwächten Verhandlungsposition eine unbillige Abwälzung der Maklerkosten erfolgt. Von einer Unbilligkeit wird dabei jedenfalls dann auszugehen sein, wenn eine Partei des Kaufvertrages im Widerspruch zur tatsächlichen Interessenlage mehr als die Hälfte der insgesamt anfallenden Provision zu tragen hat. Es soll aber sowohl den Kaufinteressenten als auch den potentiellen Verkäufern unbenommen bleiben, einen Makler mit der alleinigen Wahrnehmung ihrer Interessen zu beauftragen und hierfür im Erfolgsfall die Zahlung der vollen Provision zu versprechen.

## **VI. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, vereinbar. Seine Regelungen stehen insbesondere im Einklang mit der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) und den Grundfreiheiten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Die Tätigkeit des Immobilienmaklers ist eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 4 Nummer 1 der Dienstleistungsrichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 56 AEUV. Nachweis und Vermittlung von Wohnraum sind eine von Artikel 57 AEUV erfasste selbständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird. Durch die Neuregelungen liegt eine Anforderung im Sinne von Artikel 4 Nummer 7 der Dienstleistungsrichtlinie vor. Denn § 656c BGB-E beeinträchtigt die Preisgestaltungsfreiheit des Maklers, der nach dieser Regelung im Rahmen der Vermittlung einer Immobilie mit den Parteien des Hauptvertrages keine unterschiedlichen Vereinbarungen zur Provisionshöhe treffen kann. Die Anforderung ist aber nicht-diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig: Sie gilt rechtlich und tatsächlich unterschiedslos für Dienstleister sowohl aus dem Inland als auch aus dem EU-Ausland und ist frei von offenen und versteckten Diskriminierungen. Sie ist ferner, wie oben dargelegt, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne von Artikel 4 Nummer 8 der Dienstleistungsrichtlinie gerechtfertigt, nämlich die öffentliche Ordnung, den Verbraucherschutz, den Schutz von Dienstleistungsempfängern sowie sozialpolitischen Zielsetzungen.

Die Regelungen in den §§ 656a bis 656d BGB-E werden im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auch nach Artikel 15 Absatz 7 der Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Kommission mitzuteilen sein.

## **VII. Gesetzesfolgen**

Die neuen Regelungen werden in vielen Fällen dazu führen, dass Käufer in geringerem Umfang als bisher für die Kosten des Maklers aufkommen müssen. Unter Umständen werden einige Verkäufer darauf verzichten, die

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Dienste eines Maklers in Anspruch zu nehmen, weil sie die Kosten nur noch allenfalls zur Hälfte an den Käufer weitergeben können. Dies kann zu Umsatzverlusten bei Maklerunternehmen führen.

Soweit Verkäufer in Regionen, in denen üblicherweise der Käufer die volle Maklerprovision oder einen höheren Anteil als der Verkäufer zahlt, weiterhin einen Makler einschalten, wird es einen stärkeren Preis- und Qualitätswettbewerb zwischen den Maklerunternehmen geben, weil nur noch maximal die Hälfte der Gesamtprovision an den Käufer weitergegeben werden kann und dies zur Folge haben wird, dass der Verkäufer den Makler auch unter Preis- und Leistungsaspekten auswählt.

### 1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Der Entwurf sieht keine Rechtsvereinfachungen oder Vereinfachungen von Verwaltungsverfahren vor.

### 2. Nachhaltigkeitsaspekte

Dieser Entwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie. Er erscheint geeignet, zur Verwirklichung des Prinzips 5 („Sozialen Zusammenhalt in einer offenen Gesellschaft wahren und verbessern“) der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie beizutragen und auch das Nachhaltigkeitsziel (Sustainable Development Goal, SDG) 11 („Nachhaltige Städte und Gemeinden“) der UN Agenda 2030 zu fördern, indem eigener Wohnraum bezahlbarer gemacht werden soll.

### 3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

### 4. Erfüllungsaufwand

#### a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Den Bürgerinnen und Bürgern entsteht durch die Begrenzung des auf die Käufer entfallenden Provisionsanteils nach Schätzungen des Statistischen Bundesamts ein jährlicher Erfüllungsaufwand von bis zu 417 Millionen Euro.

– Begrenzung des auf die Käufer entfallenden Provisionsanteils

Aufgrund der neuen Regelungen in den §§ 656c und 656d BGB-E ist mit Kostenveränderungen bei den Beteiligten zu rechnen, da die gegenwärtige Situation bei Wohnimmobilienverkäufen zumindest in den sechs eingangs genannten Ländern (Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen und Niedersachsen) von dem neuen Ansatz, dass – von alleinigen Aufträgen durch eine Partei abgesehen – im Regelfall eine hälftige Teilung der Maklerkosten stattfindet, erheblich abweicht. In welche Richtung und in welchem Ausmaß sich die Veränderungen zeigen werden, kann mit den vorliegenden Informationen nicht sicher bestimmt werden, weswegen vom Statistischen Bundesamt zur Verfügung gestellte Orientierungswerte helfen sollen, die möglichen Auswirkungen abzuschätzen.

Betreffend die Regionen, in denen bislang die Zahlung der vollständigen Maklerkosten durch die Käufer üblich ist, wird nach einer Schätzung des Statistischen Bundesamtes von 210 000 Wohnimmobilientransaktionen pro Jahr ausgegangen, von denen 43 Prozent, in den Stadtstaaten 60 bis 70 Prozent, unter Beteiligung eines Maklers stattfinden (insgesamt ca. 100 000). Berücksichtigt wurden dabei in den Flächenländern unterschiedliche Maklerquoten und Immobilienpreise in ländlichen und (groß-)städtischen Regionen. In Abzug zu bringen sind weiter sowohl die Fälle, in denen allein der Käufer den Makler beauftragt, als auch solche, in denen entgegen der ortsüblichen Praxis schon bislang eine paritätische Verteilung der Maklerprovision stattgefunden hat (schätzungsweise insgesamt 5 Prozent). Weiter ist ein geschätzter Rückgang der Makleraufträge um 10 Prozent zu einzubeziehen, so dass insgesamt 86 000 Fälle zu berücksichtigen sind. Hiervon entfallen geschätzt 57 000 auf private Verkäufer.

Unter Berücksichtigung etwaiger Provisionsverhandlungen (dazu im Folgenden unter 5. Weitere Kosten) entstehen damit folgende Mehrbelastungen für private Verkäufer von Wohnimmobilien:

Anzahl der Fälle	57 000
Durchschnittlicher Provisionsanteil (geschätzt)	7 310 Euro
Summe	417 Millionen Euro

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Für die Käufer ergeben sich im Umkehrschluss Einsparungen in derselben Höhe (417 Millionen Euro). Sollten einige Verkäufer ihren Anteil an den Maklerkosten in den Verkaufsbetrag einpreisen, ergeben sich zwar für die Käufer aufgrund des höheren Kaufpreises zusätzliche Kosten durch die höhere Grunderwerbsteuer und gegebenenfalls durch höhere Notargebühren. Die Belastung durch eine eingepreiste Maklerprovision wäre allerdings aufgrund der sinkenden Provisionen, die infolge der besseren Verhandlungsposition der Verkäufer zu erwarten sind, in vielen Fällen geringer und im Übrigen zumindest nicht höher als derzeit, da die Maklerprovision auch jetzt schon in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einbezogen wird, wenn der Käufer im Grundstückskaufvertrag die Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung der Maklergebühr übernimmt.

- Abschluss eines Maklervertrags in Textform, § 656a BGB-E

Durch die Festschreibung, dass die Verträge zwischen Makler und dem (privaten) Auftraggeber in Textform zu erfolgen haben, ergibt sich keine Änderung im Erfüllungsaufwand, da dies bereits der gängigen Praxis entspricht. Häufig werden Maklerverträge in Schriftform abgeschlossen oder es erfolgt jedenfalls vorvertraglich eine E-Mail-Korrespondenz der Beteiligten, zum Beispiel zur Übersendung des Exposés.

#### **b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Durch die Begrenzung des auf die Käufer entfallenden Provisionsanteils und die Einführung einer Nachweispflicht entsteht der Wirtschaft nach Schätzung des Statistischen Bundesamts ein jährlicher Erfüllungsaufwand in Höhe von bis zu 212 Millionen Euro. Der laufende zusätzliche Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft unterliegt der „One in, one out“-Regel der Bundesregierung. Eine Kompensation der Belastung in Höhe von 212 Millionen Euro kann in diesem Vorhaben nicht realisiert werden. Der jährliche Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft wird im Rahmen künftiger Regelungsvorhaben kompensiert. Umstellungsaufwand ergibt sich nicht.

- Begrenzung des auf die Käufer entfallenden Provisionsanteils

Entsprechend den Ausführungen zu den Mehrbelastungen der Bürgerinnen und Bürger ergibt sich für gewerbliche Verkäufer aufgrund der neuen Regelungen in den §§ 656c und 656d folgende Mehrbelastung:

Anzahl der Fälle	29 000
Durchschnittlicher Provisionsanteil (geschätzt)	7 310 Euro
<b>Summe</b>	<b>212 Millionen Euro</b>

Für die Käufer ergeben sich auch hier im Umkehrschluss Einsparungen in derselben Höhe (212 Millionen Euro).

– Nachweis der gezahlten Maklerprovision, § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E

Ein Zahlungs- oder Erstattungsanspruch nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E ist erst fällig, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, nachweist, dass sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns nachgekommen ist. Dieser Nachweis kann formlos erfolgen über einen Kontoauszug oder Überweisungsbeleg. In Anlehnung an vergleichbare Fälle zur Erbringung eines Nachweises beläuft sich der Zeitaufwand auf schätzungsweise drei Minuten pro Fall.

Sachkosten können entstehen für eine schriftliche Zusendung des Nachweises. Vermutlich wird jedoch eine elektronische Übermittlung bevorzugt, da keine formalen Anforderungen an die Art des Nachweises gestellt werden. In Ermangelung aussagekräftiger Daten wird geschätzt, dass in einem Viertel der Fälle die Übersendung des Nachweises postalisch erfolgt und damit Sachkosten in Höhe von 1 Euro verursacht. Pro Fall entspricht dies einem Aufwand in Höhe von 0,25 Euro.

Über die Fallzahl kann keine gesicherte Aussage getroffen werden. Annahme ist, dass von den jährlich 600 000 Transaktionen von Wohnimmobilien im gesamten Bundesgebiet 43 Prozent über einen Makler abgewickelt werden, also 258 000 Transaktionen. Da ein durch die Neuregelung verursachter Rückgang der Nachfrage nach Maklerdienstleistungen nicht unwahrscheinlich ist, wird von der Fallzahl ein Abschlag von 10 Prozent genommen. Wegen fehlender statistisch abgesicherter Daten sind nur Näherungswerte möglich, so dass die Zahl der jährlichen Transaktionen, in denen Nachweise über die Zahlung der anteiligen Maklerprovision übermittelt werden, auf 232 000 geschätzt wird. Es sind keine Daten darüber vorhanden, in wie vielen dieser Transaktionen § 656d BGB-E Anwendung findet (bei einer Doppelbeauftragung durch beide Parteien des Kaufvertrags ist dies nicht der Fall). Deshalb handelt es sich bei der geschätzten Zahl von 232 000 um einen Maximalwert.

Die Übermittlung des Nachweises kann durch Zusendung eines Schriftstücks oder auf elektronischem Weg erfolgen. Vermutlich wird jedoch eine elektronische Übermittlung bevorzugt, da keine formalen Anforderungen an die Art des Nachweises gestellt werden. In Ermangelung aussagekräftiger Daten wird geschätzt, dass in 25 Prozent der Fälle, also in 58 000 Fällen, die Übersendung des Nachweises postalisch erfolgt. Es ist daher jeweils eine eigenständige Fallgruppe zu bilden für die Fälle der elektronischen Übermittlung (Fallgruppe 1) und die der postalischen Versendung (Fallgruppe 2) des Nachweises. In der Fallgruppe 1 fallen keine Sachkosten an, in der Fallgruppe 2 verursacht die postalische Versendung Sachkosten in Höhe von 1 Euro pro Fall.

Zudem fallen Personalkosten an, wobei der zeitliche Aufwand für die Übermittlung des Nachweises in beiden Fallgruppen einheitlich mit drei Minuten pro Fall zu bemessen ist. Der Nachweis wird jeweils durch eine Person mit Qualifikationsniveau 2 des Wirtschaftszweigs L Grundstücks- und Wohnungswesen (31,60 Euro/Std.) erbracht.

Hieraus ergibt sich für die jeweiligen Fallgruppen folgender Erfüllungsaufwand:

	Anzahl der Fälle	Sachkosten pro Fall	Personalkosten pro Fall	Erfüllungsaufwand pro Fall	Erfüllungsaufwand gesamt
<b>Fallgruppe 1</b>	174 000	keine	1,58 Euro	1,58 Euro	274 920 Euro
<b>Fallgruppe 2</b>	58 000	1 Euro	1,58 Euro	2,58 Euro	149 640 Euro

Insgesamt entsteht somit ein weiterer Erfüllungsaufwand aus Bürokratiekosten in Höhe von bis zu 424 560 Euro jährlich, davon 366 560 Euro aus Personalkosten.

– Abschluss eines Maklervertrags in Textform, § 656a BGB-E

Entsprechend den Ausführungen zum Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger ergibt sich durch die Festschreibung, dass die Verträge zwischen Makler und Auftraggeber in Textform abzuschließen sind, auch für die Wirtschaft keine Änderung im Erfüllungsaufwand.

### c) Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Der Erfüllungsaufwand für die Verwaltung ändert sich nicht.

## 5. Weitere Kosten

Für das Maklergewerbe, das überwiegend von kleinen und mittleren Unternehmen geprägt ist, wird es vermutlich zu Mindereinnahmen kommen, da mit einem Nachfragerückgang sowie mit einer Zunahme von Provisionsverhandlungen, die aufgrund einer stärkeren Wettbewerbssituation zuungunsten des Maklers ausgehen dürften, zu rechnen ist. Unter der Annahme, dass Makler künftig seltener bestellt werden, weil die Auftraggeber (im Regelfall die Verkäufer) nicht zur hälftigen Übernahme der Maklerprovisionen bereit sind, wird ein Auftragsrückgang von 10 Prozent geschätzt. Aufgrund sinkender Provisionen sind ebenfalls Mindereinnahmen zu erwarten. Wenn in 10 Prozent der Vermittlungen Provisionsverhandlungen stattfinden und hierbei ein durchschnittlicher Provisionsnachlass von 10 Prozent ausgehandelt wird, ergäben sich insgesamt Mindereinnahmen in Höhe von 75 Millionen Euro (unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Ländern üblichen Provisionshöhen und Immobilienwerten von 100 000 Euro, 250 000 Euro und 500 000 Euro).

## 6. Weitere Gesetzesfolgen

Bestimmungen, die gleichstellungsrelevant sind, enthält der Entwurf nicht. Spezifische Auswirkungen auf die Lebenssituation von Männern und Frauen sind daher nicht zu erwarten.

Auch demografische Auswirkungen sind nicht zu erwarten.

## VIII. Befristung; Evaluierung

Es ist beabsichtigt, die geänderten Vorschriften nach spätestens fünf Jahren zu evaluieren. Dabei soll überprüft werden, ob die mit der Neuregelung verfolgten Ziele erreicht worden und welche Nebenfolgen gegebenenfalls eingetreten sind. Insbesondere soll anhand der tatsächlichen Entwicklung des Marktes für Wohnungen und Einfamilienhäuser überprüft werden, ob auf Käufer dieser Immobilien weiterhin Maklerkosten abgewälzt werden, die vorrangig im Interesse des Verkäufers entstanden sind. In diesem Zusammenhang soll anhand der Marktentwicklung im Bereich der Makler auch festgestellt werden, wie sich die Vorschriften über die Verteilung der Maklerprovision auf die Höhe der üblichen Vergütung und die Nachvollziehbarkeit der Preisbildung ausgewirkt haben. Die Evaluierung soll auf der Grundlage von Wohnungsmarktrohdaten sowie einer Befragung der relevanten Marktteilnehmer (Käufer, Verkäufer und Makler) erfolgen.

## B. Besonderer Teil

### Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

#### Zu Nummer 1

Die Vorschriften über den Mäklervertrag werden verständlicher und zeitgemäßer formuliert. Daher ist auch die amtliche Inhaltsübersicht anzupassen.

Ferner wird im Bürgerlichen Gesetzbuch im Buch 2 Abschnitt 8 Titel 10 ein neuer Untertitel 4 mit der Bezeichnung „Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser“ eingefügt. Die amtliche Inhaltsübersicht ist daher anzupassen.

#### Zu Nummer 2 bis 7

Die Änderungen sind rein redaktioneller Natur. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Mäklervertrag werden verständlicher und zeitgemäßer formuliert.

#### Zu Nummer 8

#### Zu § 656a

Für einen Maklervertrag, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus oder die Vermittlung eines solchen Vertrags zum Gegenstand hat, soll künftig die Textform (§ 126b BGB) vorgesehen sein. Sowohl für den Kaufinteressenten als auch für den Verkäufer soll der



Inhalt des Maklervertrags dokumentiert werden. Auf diese Weise können Unklarheiten über in der Praxis häufige strittige Fragen betreffend den Inhalt eines Maklervertrags vermieden werden. Wird ein entsprechender Maklervertrag nicht in Textform geschlossen, ist der Vertrag nach § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Die Vorschriften des neuen Untertitels 4 sind auf Maklerverträge beschränkt, die Kaufverträge über Wohnungen und Einfamilienhäuser betreffen. Ist eine Gewerbeimmobilie oder ein an eine Vielzahl von Parteien vermietetes Wohnhaus Gegenstand des Kaufvertrags, kann nicht von einer vergleichbaren Zwangslage des Kaufinteressenten ausgegangen werden. Eine „Wohnung“ ist jede Zusammenfassung von Räumen, die zu Wohnzwecken dient. Ein „Einfamilienhaus“ ist jedes Gebäude, das in erster Linie den Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient. Unschädlich ist jedoch eine weitere Wohnung von untergeordneter Bedeutung (zum Beispiel Einliegerwohnung). Auf die rechtliche Ausgestaltung kommt es nicht an. Der Begriff „Wohnung“ erfasst deshalb neben Wohnungseigentum im Sinne des § 1 Absatz 2 des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) etwa auch Wohnungserbbaurechte (§ 30 WEG), Dauerwohnrechte (§ 31 Absatz 1 Satz 1 WEG) und Miteigentumsanteile an einem Grundstück in Verbindung mit einer Regelung zur Nutzung von Wohnräumen (vgl. § 1010 BGB). Auch der Begriff „Einfamilienhaus“ erfasst neben dem klassischen Grundstückseigentum (vgl. § 93 BGB) etwa auch Erbbaurechte nach dem Gesetz über das Erbbaurecht.

Anders als die §§ 656c und 656d BGB-E ist § 656a BGB-E auch dann anwendbar, wenn der Makler nicht als Unternehmer tätig wird oder sein Vertragspartner keine natürliche Person ist. In der Praxis ist zwischen den Parteien häufig streitig, ob und mit welchem Inhalt ein Maklervertrag zustande gekommen ist. Durch die Neuregelung sollen Unklarheiten hinsichtlich des Vertragsinhalts von vornherein vermieden werden und die Transparenz im Wohnimmobilienvermittlungsgeschäft erhöht werden.

#### Zu § 656b

Diese Vorschrift regelt den Anwendungsbereich der folgenden §§ 656c und 656d BGB-E. Anwendungsvoraussetzung ist zunächst, dass der Makler ein Unternehmer ist. Sofern eine Privatperson im Einzelfall einen Kaufvertrag über eine Wohnimmobilie vermittelt, kann nicht von einer vergleichbaren Zwangslage des Kaufinteressenten ausgegangen werden und erscheint es nicht erforderlich, die Vertragsfreiheit der Parteien hinsichtlich der Vereinbarung eines Entgelts zu beschränken.

Zusätzlich erfordert die Anwendung der §§ 656c und 656d BGB-E, dass der Käufer der Wohnung oder des Einfamilienhauses eine natürliche Person ist. Hiermit werden typischerweise Privatpersonen erfasst, für die der Erwerb einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses im Regelfall sowohl in tatsächlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine Entscheidung von besonderer Tragweite darstellt und die daher besonders schutzwürdig sind. Dies trifft nicht nur für Personen zu, die die Wohnung oder das Einfamilienhaus selbst nutzen oder einem Angehörigen zur Verfügung stellen möchten, sondern auch für solche, bei denen der Wunsch nach einer sicheren Altersvorsorge besteht. Immobilieninvestoren hingegen, die in größerem Umfang Wohnimmobilien erwerben, sind in aller Regel in der Rechtsform einer juristischen Person organisiert und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich der §§ 656c und 656d BGB-E.

Ob der Verkäufer eine natürliche oder eine juristische Person ist, ist für die Anwendung dieser Vorschriften unerheblich. Denn die faktische Zwangslage der Kaufinteressenten, der die §§ 656c und 656d BGB-E entgegenwirken sollen, ergibt sich aus der eingetretenen Marktentwicklung und den als üblich vorgegebenen Vertragsgestaltungen und Provisionssätzen, welche nicht auf Verkäufe von Unternehmern an natürliche Personen beschränkt sind. Sofern der Käufer aber eine juristische Person ist, kann nicht von einer vergleichbaren Zwangslage des Kaufinteressenten ausgegangen werden, die es erfordern würde, die Vertragsfreiheit der Parteien zu beschränken.

#### Zu § 656c

Obwohl in der Praxis die Initiative zur Einschaltung eines Maklers in der Regel zunächst nur von einer Partei – zumeist vom Verkäufer – ausgeht und viele der Leistungen des Maklers in seinem Interesse erbracht werden, sehen Kaufinteressenten sich oft gezwungen, die Provision des Maklers anteilig, häufig sogar zu einem Großteil oder vollständig, zu übernehmen. Selbst in Regionen, in denen eine hälftige Teilung der Maklercourtage üblich ist, wird oft allein die Käuferprovision durchgesetzt.

Künftig soll die Provisionszahlungspflicht der Beteiligten sich nicht danach richten, welche Partei aufgrund der örtlichen Gegebenheiten und der allgemeinen Marktlage in der Position ist, eine Abwälzung der Maklerkosten

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

auf die andere Partei durchzusetzen. Sie soll sich in Ansehung der tatsächlichen Gegebenheiten beim Immobilienkauf vielmehr daran orientieren, dass der Makler in vielen Fällen den legitimen Interessen beider Parteien dient und eine hälftige Teilung der Provision daher grundsätzlich angemessen ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Makler sowohl mit dem Verkäufer als auch mit dem Käufer über einen Maklervertrag verbunden ist. In diesen Fällen ist seine Tätigkeit von strengen Neutralitätspflichten geprägt, so dass keine Gründe für eine abweichende Verteilung der Kosten bestehen. Damit sich auch unter dem Eindruck einer angespannten Marktlage von vornherein keine Partei veranlasst sehen muss, einer Forderung nach einer anderen Vereinbarung nachzukommen, soll die hälftige Teilung der Provision in diesen Fällen zwingend vorgesehen werden. Abweichende Vereinbarungen sind deshalb unwirksam.

Vom Anwendungsbereich des § 656c BGB-E nicht erfasst sind die Fälle, in denen eine Kaufvertragspartei den Makler unter Ausschluss der Doppeltätigkeit allein mit der Wahrnehmung ihrer Anliegen beauftragt. Dies bleibt unverändert möglich. Im Fall eines ausschließlichen Suchauftrags des Kaufinteressenten oder eines alleinigen Vermittlungsauftrags des Verkäufers besteht nur zwischen jeweils einer Partei und dem Makler eine vertragliche Beziehung, so dass auch zunächst nur der Auftraggeber die vereinbarte Provision schuldet. Dieser Grundsatz kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass der Makler, wie es in den Fällen des sogenannten „An-die-Hand-Gebens“ häufig erfolgt, mit dem ersten Auftraggeber – in der Regel der Verkäufer – die Unentgeltlichkeit seiner Tätigkeit vereinbart und sich anschließend nur von dem Käufer eine Provision versprechen lässt. Selbst wenn in diesen Fällen aufgrund der negativen Provisionsabrede sowie gegebenenfalls der fehlenden Textform nicht von einem Maklervertrag im Sinne der §§ 652 BGB und 656a BGB-E auszugehen sein sollte, wird der Makler tatsächlich dennoch für diese Partei tätig. In diesen Fällen kann der Makler auch mit der anderen Partei des Kaufvertrages keine Provisionsvereinbarung mehr treffen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Regelung des § 656c BGB-E dadurch umgangen wird, dass der Makler für den Verkäufer unentgeltlich tätig wird und mit dem Käufer unter Ausnutzung einer faktischen Zwangslage eine unangemessen hohe Provision vereinbart. Aus diesem Grund ist auch unerheblich, ob die Unentgeltlichkeit bereits von Anfang an vereinbart wird oder sich erst aus einem späteren Erlass (§ 397 BGB), der keiner besonderen Form bedarf und auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann, ergibt. Ein nachträglicher Wegfall oder eine Herabsetzung des Provisionsanspruchs gegen eine Partei wirkt sich auch zugunsten der anderen Partei aus.

Zu den Voraussetzungen der zulässigen Doppeltätigkeit des Maklers war aufgrund der in Rechtsprechung und Literatur bereits entwickelten Grundsätze eine nähere Regelung entbehrlich. Insoweit bleibt die Möglichkeit der Verwirkung des Provisionsanspruchs nach § 654 BGB unberührt.

#### Zu § 656d

Sofern kein Fall des § 656c Absatz 1 Satz 2 BGB-E vorliegt, können die beteiligten Parteien nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E Vereinbarungen zur anteiligen Übernahme der Maklerkosten durch die Partei treffen, die in keinem Vertragsverhältnis zu dem Makler steht. Dies betrifft sowohl Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrages untereinander, aus denen sich ein unmittelbarer oder mittelbarer Anspruch des Maklers ergibt (zum Beispiel Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllungsübernahme, Freistellung), als auch Vereinbarungen des Maklers mit der Partei, die nicht sein Vertragspartner ist (zum Beispiel Schuldübernahme). Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass der Vertragspartner des Maklers zur Zahlung einer Provision mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt, so dass sich die andere Partei allenfalls zur Begleichung der hälftigen Gesamtkosten verpflichten kann. Ein Schuldbeitritt der nicht am Maklervertrag beteiligten Partei kommt damit zukünftig nicht mehr in Betracht, weil dieser zur Entstehung einer Gesamtschuld führt. Der Makler soll jedoch gerade nicht in die Lage versetzt werden, von einer anderen Partei als seinem Vertragspartner die Maklerprovision in voller Höhe (§ 421 Satz 1 BGB) verlangen zu können.

Ähnlich wie in den Fällen des § 656c BGB-E wirkt sich zum Schutz vor Umgehungen eine nachträgliche Herabsetzung oder ein Wegfall des Provisionsanspruchs gegen den Vertragspartner auch zugunsten der anderen Partei aus, § 656d Absatz 2 BGB-E.

Dem Schutz vor Umgehungen dient schließlich auch die Regelung des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E, wonach der Anspruch aus einer Vereinbarung nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E erst fällig wird, wenn der ursprüngliche Vertragspartner des Maklers die Erfüllung seiner Provisionsverpflichtung beziehungsweise die Zahlung seines Anteils nachgewiesen hat. Es soll vermieden werden, dass die andere Partei vorrangig in Anspruch genommen wird und der Makler seinen Anspruch gegenüber dem eigentlichen Auftraggeber nicht geltend macht. Zwar hätte

dies nach § 656d Absatz 2 BGB-E regelmäßig auch Auswirkungen auf die Vereinbarung nach § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E, allerdings wäre der Käufer in diesen Fällen mit der Durchsetzung eines bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruchs belastet. Die Form des Nachweises bleibt grundsätzlich dem jeweiligen Einzelfall vorbehalten, in Betracht kommt hier aber jedenfalls die Vorlage eines Kontoauszugs oder eines Überweisungsbelegs. Die Vorschriften über die Erfüllung (§§ 362 ff. BGB) bleiben unberührt.

### **Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)**

In Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche wird eine Übergangsvorschrift geschaffen. Sie stellt klar, dass die neu eingeführten Vorschriften erst auf Maklerverträge anwendbar sind, die abgeschlossen werden, nachdem die Vorschriften in Kraft getreten sind.

### **Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)**

Artikel 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes. Durch eine halbjährige Übergangsfrist soll den Betroffenen, insbesondere den Maklern, die Möglichkeit gegeben werden, ihre Geschäftspraktiken der neuen Rechtslage anzupassen. Die Dauer von sechs Monaten erscheint als Übergangsfrist erforderlich, aber auch ausreichend. Es wird daher davon abgesehen, das Inkrafttreten zum ersten Tag eines Quartals anzuordnen, da hierdurch der Zeitraum entweder verkürzt oder verlängert werden würde und beides nicht sachgerecht erschiene.

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

**Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Absatz 1 NKRG****Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser (NKR-Nr. 4970 [BMJV])**

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Entwurf des oben genannten Regelungsvorhabens geprüft.

**I. Zusammenfassung**

<b>Bürgerinnen und Bürger</b>	
<b>Verkäufer</b> – Belastung Maklerkosten	rund 417 Mio. Euro
<b>Käufer</b> – Entlastung Maklerkosten	rund 629 Mio. Euro
<b>Wirtschaft</b>	
<b>Verkäufer</b> - Jährlicher Erfüllungsaufwand:	rund 213 Mio. Euro
<i>davon aus Informationspflichten:</i>	rund 425.000 Euro
<b>Makler</b> - Weitere Kosten:	rund 75 Mio. Euro
<b>Verwaltung</b>	keine Auswirkungen
<b>Weitere Kosten</b>	Mindereinnahmen der Makler von rund 75 Mio. Euro durch Auftragsrückgang und Provisionsabschläge
<b>‘One in one out’-Regel</b>	Im Sinne der ‚One in one out‘-Regel der Bundesregierung stellt der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft in diesem Regelungsvorhaben ein „In“ von rund 213 Mio. Euro dar, das im Rahmen künftiger Regelungsvorhaben des BMJV kompensiert wird.
<b>Evaluierung</b>	Die Neuregelung soll nach spätestens fünf Jahren evaluiert werden.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

<p><b>Ziele:</b></p> <p><b>Kriterien/Indikatoren:</b></p> <p><b>Datengrundlage:</b></p>	<p>Feststellung,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ob und in welcher Höhe auf Käufer von Wohnimmobilien weiterhin Maklerkosten, die vorrangig im Interesse des Verkäufers entstanden sind, abgewälzt werden,</li> <li>• wie sich die Neuregelung auf die Höhe der ortsüblichen Maklerprovision sowie auf die Preisbildung auswirkt</li> </ul> <p>Marktentwicklung für Wohnimmobilien und Maklergewerbe</p> <p>Marktrohdaten und Befragung relevanter Marktteilnehmer auf Verkäufer-, Käufer- und Maklerseite</p>
<p>Das Ressort hat den Erfüllungsaufwand nachvollziehbar dargestellt. Der Nationale Normenkontrollrat (NKR) erhebt im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags keine Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem vorliegenden Regelungsentwurf.</p> <p>Ausdrücklich zu bedauern ist jedoch, dass die Fachkreise und Verbände der mit ihrer Beteiligung durch das BMJV verbundenen Bitte um substantiierte Angaben/Einschätzungen zu den voraussichtlichen wirtschaftlichen Folgen der vorgeschlagenen Regelungen für Verkäufer, Makler und Käufer nicht nachgekommen sind. Hierbei handelt es sich um eine inzwischen typische Erfahrung, die sich aus Sicht des NKR mit dem ständigen Verlangen der Verbände nach qualifizierter Konsultation nicht vereinbaren lässt.</p>	

**II. Im Einzelnen**

Nach dem gesetzlichen Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) wird ein Makler von seinem Auftraggeber bezahlt (**Bestellerprinzip**). Auf dem (Wohn-)Immobilienmarkt weicht die Geschäftspraxis vom diesem gesetzlichen Leitbild entscheidend ab. Insbesondere in Ballungsgebieten ist es inzwischen regelmäßig so, dass der Käufer die Maklerprovision auch dann teilweise, häufig sogar vollständig trägt, wenn der Verkäufer den Makler beauftragt hat.

Diese Praxis beruht auf unterschiedlichen Geschäftsmodellen, denen die Überwälzung des Provisionsanspruchs auf den Käufer sowie die Tatsache gemeinsam ist, dass sich Verkäufer und Makler hierüber zu einem Zeitpunkt verständigen, zu dem Vertragsverhandlungen mit Kaufinteressenten noch gar nicht begonnen haben. Entscheidend für die Durchsetzbarkeit der Überwälzung ist die angespannte Lage auf dem Immobilienmarkt. Der Käufer hat hier kaum Gelegenheit,

auf provisionsfreie Angebote auszuweichen, sodass er sich auf das verkäuferseitig gewählte Geschäftsmodell einlassen muss.

Die deshalb regelmäßig überwälzte Maklerprovision beläuft sich mit steigender Tendenz auf Sätze zwischen 4,76 Prozent und 7,14 Prozent, wobei 7,14 Prozent der überwiegend verlangte Satz ist.

Mit dem Regelungsvorhaben will das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) die Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild einschränken. Hierzu sollen folgende Regelungen in das BGB eingefügt werden:

### **Halbteilungsprinzip**

Hat z.B. der Verkäufer den Maklerauftrag allein erteilt, dann bleibt er auch dem Makler zur Provisionszahlung allein verpflichtet. Zwar kann er sich eine Teilerstattung durch die Käuferseite ausbedingen, jedoch nur bis zur Höhe von maximal 50 Prozent der Provision. Dabei wird der Erstattungsanspruch erst dann fällig, wenn der Verkäufer dem Käufer seine Eigenleistung an den Makler nachweist (**Halbteilungsprinzip**).

Bei Auftragserteilung durch beide Seiten soll das Halbteilungsprinzip dadurch verwirklicht werden, dass sich der Makler von jeder Seite nur die Hälfte der gesamten Provision versprechen lassen darf. Abweichende Vereinbarungen sollen unwirksam sein.

### **Textform**

Maklerverträge können künftig wirksam nur in Textform abgeschlossen werden.

### **Verbraucherschutz**

Die als Verbraucherschutz verstandene Neuregelung ist auf die Fälle beschränkt, in denen der Makler als Unternehmer tätig wird und der Käufer eine natürliche Person ist.

#### **II.1. Erfüllungsaufwand**

Erfüllungsaufwand entsteht für Bürgerinnen und Bürger sowie für die Wirtschaft. Das BMJV hat den Erfüllungsaufwand mit Hilfe des Statistischen Bundesamtes gut nachvollziehbar abgeschätzt, wobei der Schätzung folgende Annahmen zu Grunde liegen:

Von rund 210.000 Immobiliengeschäften pro Jahr werden 43 Prozent – in den Stadtstaaten 60 bis 70 Prozent – durch Makler vermittelt. Von demnach jährlich rund 100.000 Verkäufen sind geschätzt 14.000 Fälle abzuziehen, in denen entweder der Käufer von sich aus den Makler beauftragt oder schon bisher eine paritätische Verteilung der Maklerkosten stattfindet (strukturschwache Regionen) oder gar kein Makler mehr eingeschaltet wird.

Per Saldo geht das Ressort mit Unterstützung des Statistischen Bundesamtes davon aus, dass die Neuregelung rund 86.000 Verkaufsfälle pro Jahr erfasst.

### Bürgerinnen und Bürger

Bürgerinnen und Bürger sind von der Neuregelung je nachdem unterschiedlich betroffen, ob sie als (nicht gewerbliche) **Verkäufer** oder als **Käufer** eine Wohnimmobilie auftreten.

#### Verkäufer

Unter der Annahme, dass in 57.000 der 86.000 Fälle Privatpersonen die Verkäufer sind, entsteht für diese Gruppe der Bürgerinnen und Bürger eine **Belastung** von 417 Millionen Euro, weil sie die Hälfte der Maklerprovision künftig selber tragen muss. Den zusätzlichen Erfüllungsaufwand dieser Normadressatengruppe hat das BMJV nachvollziehbar wie folgt dargestellt:

<b>Anzahl der Fälle</b>	57 000
<b>Durchschnittlicher Provisionsanteil (geschätzt)</b>	7 310 Euro
<b>Summe</b>	417 Millionen Euro

#### Käufer

Auf der Käuferseite ergibt sich eine **Entlastung** der Bürgerinnen und Bürger in derselben Höhe, sofern der Kaufvertragspartner ein Privater ist.

Für die verbleibenden 29.000 gewerblichen Verkaufsfälle entsteht eine weitere **Entlastung** von 212 Millionen Euro:

<b>Anzahl der Fälle</b>	29 000
<b>Durchschnittlicher Provisionsanteil (geschätzt)</b>	7 310 Euro
<b>Summe</b>	212 Millionen Euro

Insgesamt werden die Bürgerinnen und Bürger auf der Käuferseite durch die Neuregelung also um rund 629 Millionen Euro entlastet.

## **Wirtschaft**

Der Entlastung der Käuferseite steht eine **Belastung** der gewerblichen Verkäufer mit Maklerprovision von jährlich 212 Millionen Euro gegenüber.

Darüber hinaus wird die Wirtschaft durch die neue Nachweispflicht für die Eigenleistung an den Makler (Verkäuferanteil) mit noch rund 425.000 Euro pro Jahr belastet.

## **Verwaltung (Bund, Länder/Kommunen)**

Für die Verwaltung entsteht kein Erfüllungsaufwand.

### **II.2. Weitere Kosten**

Das BMJV geht davon aus, dass die Neuregelung zu Mindereinnahmen der Makler von jährlich rund 75 Millionen Euro führen wird. Dieser Schätzung mit Hilfe des Statistischen Bundesamtes liegt die Annahme zu Grunde, dass Makler künftig seltener bestellt werden, weil die Verkäufer zur Übernahme der hälftigen Provision nicht bereit sind; ferner, dass künftig Provisionsverhandlungen geführt werden, bei denen sich die Makler in ungünstiger Position befinden und deshalb Abschläge von durchschnittlich zehn Prozent akzeptieren müssen.

### **II.3. ‚One in one out‘-Regel**

Im Sinne der ‚One in one out‘-Regel der Bundesregierung stellt der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft in diesem Regelungsvorhaben ein „In“ von rund 213 Millionen Euro dar.

### **II.4. Evaluierung**

Die Neuregelung soll nach spätestens fünf Jahren evaluiert werden. Dabei soll anhand der tatsächlichen Entwicklung des Marktes für Wohnungen und Einfamilienhäuser festgestellt werden, ob und in welcher Höhe auf Käufer dieser Immobilien weiterhin Maklerkosten, die vorrangig im Interesse des Verkäufers entstanden sind, abgewälzt werden. In diesem Zusammenhang soll an-



hand der Marktentwicklung im Bereich der Makler auch festgestellt werden, wie sich die Vorschriften über die Verteilung der Maklerprovision auf die Höhe der üblichen Vergütung und die Nachvollziehbarkeit der Preisbildung ausgewirkt haben. Die Evaluierung soll auf der Grundlage von Wohnungsmarktrohdaten sowie einer Befragung der relevanten Marktteilnehmer (Käufer, Verkäufer und Makler) erfolgen.

### **III. Ergebnis**

Das Ressort hat den Erfüllungsaufwand nachvollziehbar dargestellt. Der Nationale Normenkontrollrat erhebt im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags keine Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem vorliegenden Regelungsentwurf.

Dr. Ludewig  
Vorsitzender

Dr. Holtschneider  
Berichterstatter

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

## Stellungnahme des Bundesrates

### Entwurf eines Gesetzes über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

Der Bundesrat hat in seiner 983. Sitzung am 29. November 2019 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 1a – neu – (§ 385,  
§ 1221 BGB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 1 folgende Nummer 1a einzufügen:

„1a. In den §§ 385 und 1221 wird das Wort „Handelsmäkler“ jeweils durch das Wort „Handelsmakler“ ersetzt.“

#### Begründung:

Es bietet sich an, die durch den Gesetzentwurf vorgesehene – zu begrüßende – sprachliche Modernisierung auch beim Begriff des Handelsmäklers vorzunehmen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656a,  
§ 656c Absatz 1 Satz 1,  
§ 656d Absatz 1 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, Artikel 1 Nummer 8 im weiteren Gesetzgebungsverfahren daraufhin zu prüfen, ob der sachliche Anwendungsbereich „Wohnungen und Einfamilienhäuser“ präzisiert werden sollte, wobei sich eine Formulierung wie „Wohnungen und Grundstücke, die der Wohnbebauung dienen oder ihr dienen sollen“ anbieten könnte.

Begründung:

Unter verbraucherschutzrechtlichen Aspekten erscheint die Begrenzung auf „Einfamilienhäuser“ nicht zielführend. Es sollten auch Grundstücke, die zur Wohnbebauung vorgesehen sind, erfasst werden. Auch unter Zugrundelegung der Prämisse des Gesetzentwurfs, dass Geldanlagen (zur Altersvorsorge) schützenswert sind, erscheint die Begrenzung auf ein „Einfamilienhaus“ zu eng. Die Begrifflichkeit wirkt auch deswegen unsachgemäß, da Gegenstand des Kaufvertrags ein Grundstück mit einer bestimmten Bebauung ist.

Es sollte darüber hinaus klargestellt werden, ob auch Einliegerwohnungen, Doppelhaushälften, mehrere kleine Wohnungen mit dem Ziel der Zusammenführung oder Wohngebäude mit angeschlossenem (kleinen) Gewerbebetrieb in den Schutzbereich fallen.

### 3. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656b BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 sind in § 656b die Wörter „der Makler ein Unternehmer und“ zu streichen.

Begründung:

Der mit der Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656b BGB–E vertretene Ansatz, dass dann, wenn der Makler kein Unternehmer ist, auf Seiten des Kaufinteressenten nicht von einer vergleichbaren Zwangslage des Kaufinteressenten ausgegangen werden könne, überzeugt nicht.

Wie in der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfs unter Abschnitt I Nummer 1 ausgeführt wird, sind es die Marktgegebenheiten – insbesondere der Nachfrageüberschuss in Ballungsräumen beziehungsweise allgemein auf angespannten Immobilienmärkten –, welche für eine Zwangslage für Kaufinteressenten maßgeblich sind. Umstände, die lediglich in der Person des Maklers liegen, sind dagegen nicht entscheidend. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Kaufinteressent in einer stärkeren Position oder günstigeren Lage sein sollte, wenn ein (zumal vom Verkäufer) eingeschalteter Makler nur gelegentlich als Vermittler tätig wird. Es ist aus der Perspektive des Kaufinteressenten nicht wertungsgerecht, wenn ihm die Provision eines Gelegenheitsmaklers in vollem Umfang aufgebürdet werden soll, während ein anderer Interessent, der auf demselben örtlichen Markt ein vergleichbares Objekt durch einen unternehmerisch tätigen Makler nachgewiesen bekommt, in den Genuss der zwingenden Teilung kommt.

Durch einen Verzicht auf die Unternehmereigenschaft des Maklers als Voraussetzung der Anwendbarkeit von den §§ 656c und 656d BGB–E würde zugleich vermieden, dass es zu Wertungswidersprüchen mit dem Wohnungsvermittlungsgesetz kommt. Dieses setzt (für den Bereich Vermittlung von Wohnungsmietverträgen) für die Anwendbar-

keit der dort normierten Schutzvorschriften ebenfalls nicht voraus, dass der Wohnungsvermittler Unternehmer ist.

4. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656c BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Konzeption des § 656c BGB-E dahingehend geändert werden sollte, dass der Makler sich vom Käufer einen Maklerlohn versprechen lassen kann, der niedriger als der mit dem Verkäufer vereinbarte Maklerlohn ist.

Begründung:

Anders als § 656d BGB-E, der eine Überwälzung von Maklerkosten bei 50 Prozent des Lohnanspruchs deckelt (dabei aber freilich eine Überwälzung eines geringeren Anteils zulässt), sieht § 656c BGB-E für die Konstellation der Tätigkeit des Maklers für beide Parteien eine zwingende hälftige Courtageteilung vor. Die Norm erlaubt somit keine unterhälftige Beteiligung des Käufers an der Gesamtcourtage. Dies erscheint problematisch: Der Eingriff in die Vertragsfreiheit, der in der Regelung liegt, erscheint aus den insbesondere in der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfs dargestellten Erwägungen insoweit gerechtfertigt, als er auf den Schutz von Käufern gerichtet ist. Eine Rechtfertigung erscheint aber schwierig, soweit die Regelung auch einer Abweichung von der hälftigen Teilung zugunsten von Käufern entgegensteht. Denn soweit beispielsweise eine Gestaltung, die bei Doppelbeauftragung einen Lohnanspruch gegen den Käufer in Höhe von 40 Prozent und gegen den Verkäufer in Höhe von 60 Prozent der Summe aus beiden Courtagen vorsieht, vereitelt wird, steht der betroffene Käufer im Anwendungsbereich der Norm schlechter als außerhalb. Es wird nicht verkannt, dass derartige Gestaltungen gerade angesichts der mit dem Entwurf konstatierten Marktlage nur in außergewöhnlichen Fällen praktisch vorkommen dürften. Es erscheint aber fraglich, ob die mutmaßlich geringe Praxisrelevanz des Problems es rechtfertigt, in Kauf zu nehmen, dass die vorgesehene Regelung zumindest theoretisch dazu führen kann, dass im Einzelfall Käufer schlechter gestellt werden könnten.

5. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656c Absatz 1 Satz 1,

Absatz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Bestimmung aufgenommen werden sollte, die die Auswirkungen des Abschlusses eines gegen § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E verstoßenden zweiten Maklervertrags auf die Wirksamkeit eines zeitlich vorher abgeschlossenen Maklervertrags mit der anderen Partei des Hauptvertrags ausdrücklich regelt.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Begründung:

§ 656c BGB-E betrifft den Fall, dass zwei gesonderte Maklerverträge mit dem Verkäufer und dem Käufer oder Kaufinteressenten geschlossen werden. Regelmäßig wird es im Anwendungsbereich der Norm einen zeitlich früher geschlossenen Maklervertrag mit der einen Partei (im Folgenden: „erster Maklervertrag“) und einen zeitlich später geschlossenen Maklervertrag mit der anderen Partei des Hauptvertrags (im Folgenden: „zweiter Maklervertrag“) geben.

Zur Zeit des Abschlusses des ersten Maklervertrages steht noch nicht fest, ob es zu einem zweiten Maklervertrag kommen wird, und erst recht nicht, ob bei dessen (ungewissen) Abschluss die Vorgaben des § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E eingehalten werden oder nicht. Im Zeitpunkt des ersten Vertragsschlusses und während der Zeitspanne bis zum (etwaigen) Abschluss des zweiten Maklervertrags liegt eine Abweichung von § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E somit niemals vor, da sich der Makler hier (noch) nicht von beiden Parteien einen Maklerlohn versprechen lässt.

Die Beurteilung (auch) des ersten Maklervertrages als von § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E „abweichend“ ist nur im Rahmen einer ex-post-Betrachtung im Fall eines Abschlusses des zweiten Maklervertrages mit der anderen Partei des Hauptvertrages denkbar.

Die Bestimmung des § 656c Absatz 2 BGB-E kann also der Wirksamkeit des ersten Maklervertrags zunächst – jedenfalls für die Dauer einer „Schwebephase“ bis zum etwaigen Abschluss eines gegen die Vorgaben des § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E verstoßenden Maklervertrags mit der anderen Partei – nicht entgegenstehen. In jedem Fall des sukzessiven Abschlusses zweier Maklerverträge liegt bis zum zweiten Vertragsschluss die auch ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs weiterhin zulässige Konstellation vor, dass nur zwischen einer Partei und dem Makler eine vertragliche Beziehung besteht.

Dies wirft die Frage auf, wie es sich auf das Schicksal des ersten Maklervertrags auswirkt, wenn – zeitlich später – tatsächlich ein zweiter Vertrag mit der anderen Partei des Kaufvertrags abgeschlossen wird, der entgegen § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E einen Maklerlohn vorsieht, welcher der Höhe nach von dem Lohnversprechen des ersten Maklervertrags abweicht. Zwar dürfte für den zweiten Maklervertrag unproblematisch sein, dass dieser dann der von § 656c Absatz 2 BGB-E angeordneten Unwirksamkeit unterfällt, denn die Abweichung von § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E kann in dem für die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertrags grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestellt werden. Für den ersten Vertrag, für den bei Vertragsschluss kein Wirksamkeitshindernis vorlag, stellt sich dagegen die Frage, ob dieser wirksam bleiben soll (so dass lediglich eine etwaige Überwälzung der Courtage aus dem ersten Maklervertrag auf die andere Partei des Kaufvertrags der Reglementierung in § 656d BGB-E unterfällt) oder ob Unwirksamkeit ex tunc eintreten und der Makler jeden Lohnanspruch verlieren soll.

Die Begründung des Gesetzentwurfs, die von der Unwirksamkeit abweichender „Ver einbarungen“ spricht, dürfte eher darauf hindeuten, dass die Wirksamkeit auch des ersten Maklervertrags entfallen und ein Maklerlohnanspruch insgesamt ausgeschlossen sein soll. Bei diesem Verständnis würden Makler auch nochmals verstärkt angehalten,

bei einem zweiten Vertragsschluss (und de facto bereits bei den Abreden mit der ersten Vertragspartei über die Provisionshöhe und das beabsichtigte weitere Vorgehen) im eigenen Interesse die Vorgabe des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E zu beachten und insbesondere kein mit diesen Vorgaben unvereinbares Lohnversprechen der zweiten Kaufvertragspartei anzustreben. Ist dies beabsichtigt, dürfte aber eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung der ex-tunc-Unwirksamkeit angezeigt sein, da vorbehaltlich abweichender Regelungen der Grundsatz gelten dürfte, dass es für die Wirksamkeit des Vertrags auf die Umstände zur Zeit des Vertragsschlusses ankommt.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Problematik erscheint eine Prüfung angezeigt, ob eine ausdrückliche Regelung aufgenommen werden sollte, die nach dem ersten und zweiten der sukzessiv abzuschließenden Maklerverträge differenziert und das Schicksal des ersten Maklervertrags im Falle einer Missachtung der Vorgaben in § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E ausdrücklich regelt.

6. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656c,  
§ 656d BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Ergänzung der vorgesehenen Regelungen (§§ 656c, 656d BGB-E) geboten ist, um einer Umgehung durch sogenannte konstitutive Maklerklauseln vorzubeugen.

Begründung:

§ 656c BGB-E betrifft den Fall, dass mit beiden Kaufvertragsparteien Maklerverträge abgeschlossen wurden, § 656d BGB-E den Fall, dass nur von einer Partei (in der Regel von dem Verkäufer) ein Maklervertrag abgeschlossen wurde. Beide Normen knüpfen damit an den Abschluss mindestens eines Maklervertrags im Sinne des § 652 BGB zwischen dem Makler und mindestens einer Partei des Hauptvertrages an.

Es stellt sich die Frage, ob eine zusätzliche ausdrückliche Regelung erforderlich ist, um eine Umgehung der oben genannten Bestimmungen durch konstitutive Maklerklauseln zu verhindern. Mit derartigen Klauseln wird dem Makler – in der Regel im Wege eines durch echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) vermittelten abstrakten Schuldanerkenntnisses gemäß den §§ 780, 781 BGB – durch vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien des Kaufvertrags ein unmittelbarer Anspruch verschafft. Dieser Anspruch besteht aufgrund eines sogenannten selbständigen Provisionsversprechens unabhängig von einer möglicherweise bestehenden originären Provisionspflicht aus § 652 BGB und löst sich insoweit von den gesetzlichen Voraussetzungen, vergleiche Leitmeier, DNotZ 2019, 648 (652).

Es steht zwar außer Frage, dass es der mit dem Gesetzentwurf zum Ausdruck kommenden Intention klar zuwiderliefe, wenn dem Käufer mittels einer derartigen „konstitutiven Maklerklausel“ im Ergebnis die ganzen Maklerkosten oder – sofern der Käufer daneben eine Courtage entrichtet – ein die Verkäuferprovision übersteigender Anteil auf-

gebürdet würde. Fraglich ist aber, ob derartige Gestaltungen ohne eine zusätzliche Regelung sicher verhindert werden können: Da der Makler in Fällen konstitutiver Maklerklauseln formal nicht Partei der einschlägigen Vereinbarung ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass er sich einen Maklerlohn „versprechen lässt“, so dass bereits deswegen § 656c BGB-E seinem Wortlaut nach nicht eingreifen dürfte.

Aber auch § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E bietet möglicherweise keinen ausreichenden Schutz: Da die konstitutive Maklerklausel einen Maklervertrag zwischen dem Verkäufer und dem Makler nicht voraussetzt, kann sie auch vereinbart werden, ohne dass „eine Partei des Kaufvertrags (...) einen Maklervertrag abgeschlossen hat“. Letzteres ist aber Voraussetzung für das Eingreifen des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E. Zwar kommt in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Ausdruck, dass die Norm auch den Vertrag zugunsten Dritter im Blick habe und – allerdings im Zusammenhang mit der Rechtsfigur des Schuldbeitritts und der Gesamtschuld – dass „der Makler gerade nicht in die Lage versetzt werden [soll], von einer anderen Partei als seinem Vertragspartner die Maklerprovision in voller Höhe (§ 421 Satz 1 BGB) verlangen zu können“. Gleichwohl setzt der Wortlaut des § 656d Absatz 1 BGB-E einen Maklervertrag voraus, so dass eventuell ein Risiko bestehen könnte, dass die Norm durch konstitutive Maklerklauseln (die auch ohne vorausgegangenen Abschluss eines Maklervertrags denkbar sind) unterlaufen werden könnte.

Es erscheint daher angezeigt, zu prüfen, ob Käufer auch ohne spezielle Regelung (so insbesondere über § 138 BGB) hinreichend vor Umgehungen durch konstitutive Maklerklauseln geschützt sind, oder ob es insoweit einer Ergänzung der vorgesehenen Bestimmungen bedarf.

#### 7. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Überschrift BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 sind der Überschrift zu § 656d die Wörter „bei Tätigkeit für nur eine Partei“ anzufügen.

##### Begründung:

Zu § 656c BGB-E weist – was zu begrüßen ist – bereits die Überschrift darauf hin, dass sich die Norm auf Konstellationen der Doppeltätigkeit bezieht. Mit einer hieran orientierten Anpassung der Überschrift auch zu § 656d BGB-E kann das systematische Verhältnis zwischen § 656c und § 656d BGB-E – für den Rechtsanwender übersichtlich – verdeutlicht werden.

#### 8. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Absatz 1 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 ist § 656d Absatz 1 Satz 1 wie folgt zu ändern:

- a) Nach dem Wort „wenn“ sind die Wörter „der nach dieser Vereinbarung zu zahlende oder zu erstattende Betrag die Hälfte des aufgrund des Maklervertrags geschuldeten Maklerlohns nicht übersteigt und“ einzufügen.
- b) Die Wörter „zur Zahlung des Maklerlohns“ sind zu streichen.

Begründung:

§ 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E betrifft den Fall, dass nur eine Partei des Kaufvertrags einen Maklervertrag abgeschlossen hat und macht die Wirksamkeit von Vereinbarungen, die die andere (nicht den Makler beauftragende) Partei „zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn“ verpflichtet, davon abhängig, dass „die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt“. Die Norm hat insbesondere Abwälzungsvereinbarungen im Blick, mit denen eine Partei – de facto regelmäßig der Käufer – die aus dem Maklervertrag resultierende Verpflichtung der anderen Partei zur Zahlung der Courtage übernimmt.

Unter den Gestaltungen, die § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E nach der Intention des Gesetzentwurfs unterfallen sollen, sind unter anderem auch solche, die den Anspruch des Maklers gegen diejenige Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, unberührt lassen (Erfüllungsübernahme, Pflicht zur „Erstattung“), die also weder zu einer Kürzung des Anspruchs des Maklers gegen die den Maklervertrag abschließende Partei noch zu einem Schuldnerwechsel führen. Da in diesen Fällen die den Maklervertrag abschließende Partei aber schuldrechtlich gegenüber dem Makler in voller Höhe „verpflichtet bleibt“, käme zumindest nach dem Wortlaut von § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E auch beispielsweise eine Erfüllungsübernahme in Höhe von 75 Prozent oder 100 Prozent der Courtage in Betracht. Auch im Fall eines Schuldbeitritts (der nach der Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656d BGB-E, gerade ausgeschlossen werden soll), „bleibt“ die Partei, die den Maklervertrag geschlossen hat, nach schuldrechtlichem Verständnis „verpflichtet“ (als Gesamtschuldner).

Zwar erschließt sich aus der Begründung und der Intention des gesamten Gesetzentwurfs, dass es darauf ankommen soll, dass die den Maklervertrag abschließende Partei im wirtschaftlichen Ergebnis „verpflichtet“ oder belastet bleiben, das heißt mindestens denselben Betrag zu entrichten haben soll, wie die andere Partei des Hauptvertrags.

Es erscheint aber vorzugswürdig, die Norm so auszugestalten, dass eine teleologische, vom schuldrechtlichen Verständnis abweichende Auslegung der Wörter „verpflichtet bleibt“ entbehrlich ist. Die vorgeschlagene Neuformulierung hat zum Ziel, bereits mit dem Gesetzeswortlaut alle Arten überwältigender Vereinbarungen – unabhängig davon, ob diese nach Grund oder Höhe auf die Forderung des Maklers gegen seinen Vertragspartner durchschlagen – zu erfassen. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die Wirksamkeit der überwältigenden Vereinbarung ausdrücklich davon abhängig gemacht wird, dass der überwältigte Anteil die Hälfte der auf dem Maklervertrag beruhenden Maklerlohnforderung nicht übersteigt.

Die nach der bisherigen Konzeption vorgesehene Anforderung, dass die den Maklervertrag abschließende Partei mindestens in Höhe des überwältigten Anteils ihrerseits ver-



pflichtet bleiben muss, wird jedoch als – kumulative – Voraussetzung beibehalten. Letzteres soll Umgehungen des gesetzgeberisch Gewollten entgegenwirken: Das kumulative Erfordernis soll Gestaltungen verhindern, die zwar nur die Hälfte des ursprünglich begründeten Maklerlohns überwälzen, aber den Vertragspartner des Maklers im Ergebnis dennoch gänzlich befreien (zum Beispiel befreiende Schuldübernahme mit Teilerlass zugunsten des Neuschuldners oder Käufers).

9. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Absatz 1 Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Ausnahme von § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E für den Fall der Insolvenz derjenigen Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, vorgesehen werden sollte.

Begründung:

Nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E soll die Fälligkeit des Anspruchs gegen die andere Partei vom Nachweis der Zahlung durch diejenige Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, abhängen.

Dies erscheint in solchen Fällen problematisch, in denen über das Vermögen derjenigen Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, das Insolvenzverfahren eröffnet wird, bevor diese Partei ihre Verpflichtung aus dem Maklervertrag erfüllt.

Dies gilt besonders in Fällen, in denen es sich um den „Anspruch“ im Sinne des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E nicht um einen Erstattungsanspruch der Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, sondern um einen Zahlungsanspruch des Maklers handelt (vergleiche insoweit die Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656d BGB-E.). Denn im Fall der Insolvenz seines Vertragspartners hat der Makler keine Möglichkeit mehr, durch Beitreibung seiner gegen diesen bestehenden Forderung die Erfüllung seiner Forderung gegen seinen primären Vertragspartner und somit auch die Voraussetzungen eines Nachweises nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E „aus eigener Kraft“ herbeizuführen. Gleichwohl wäre ihm die Geltendmachung des Anspruchs gegen die andere Partei des Hauptvertrags mangels (dauerhaft) ausbleibender Fälligkeit verwehrt.

Dementsprechend sollte in Betracht gezogen werden, den Fall der Insolvenz der Partei, die den Maklervertrag geschlossen hat, speziell zu regeln.

10. Zu Artikel 1 Nummer 8 (§ 656d Absatz 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 8 sind in § 656d Absatz 1 Satz 2 die Wörter „nachweist, dass sie“ zu streichen.

Begründung:

Nach § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E soll die Fälligkeit des Anspruchs gegen die andere Partei vom Nachweis der Zahlung durch diejenige Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, abhängen.

Hieraus dürften erhebliche Beweisprobleme im Fall eines Rechtsstreites um die Zahlung dieses Betrages resultieren.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers (vergleiche Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 656d BGB-E) kann die anteilige Übernahme der Maklerkosten im Sinne des § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E sowohl im Wege einer Vereinbarung zwischen den Parteien des Kaufvertrages (durch Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllungsübernahme, Freistellung) erfolgen, als auch durch eine solche zwischen dem Makler und der Kaufvertragspartei, die nicht sein Vertragspartner ist (etwa durch Schuldübernahme).

Damit sind auch die Parteien eines Rechtsstreites um den Provisionsanteil des Kaufvertragspartners, der den Makler nicht beauftragt hat, nicht immer identisch. Denkbar ist sowohl die Zahlungsklage des Maklers als auch eine solche der Kaufvertragspartei, die den Makler beauftragt hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sinnvoll, die Fälligkeit des Zahlungsanspruches zwingend von einem durch die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zu erbringenden Nachweis abhängig zu machen.

Der Nachweis sollte vielmehr demjenigen obliegen, der sich im Rechtsstreit auf die Erfüllung dieser Verpflichtung beruft. Damit ist es ausreichend, wenn die Fälligkeit der Zahlung davon abhängig gemacht wird, dass der andere Anspruch erfüllt ist. Die Beweislast hierfür richtet sich dann im jeweiligen Rechtsstreit nach den allgemeinen Regeln.

### Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

#### **Zu Nummer 1 (Artikel 1 Nummer 1a -neu- – § 385, § 1221 BGB)**

Der Bundesrat hält es für erforderlich, im Zuge der sprachlichen Modernisierung der Vorschriften über den Maklervertrag (§§ 652 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB) auch den Begriff des Handelsmaklers (§§ 385, 1221 BGB) entsprechend anzupassen.

Diesem Anliegen stimmt die Bundesregierung zu.

#### **Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656a, § 656c Absatz 1 Satz 1, § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB)**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der sachliche Anwendungsbereich „Wohnungen und Einfamilienhäuser“ präzisiert werden und stattdessen „Wohnungen und Grundstücke, die der Wohnbebauung dienen oder ihr dienen sollen“ umfassen sollte.

Die Bundesregierung verschließt sich einer nochmaligen Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs grundsätzlich nicht. Sie gibt aber bereits jetzt zu bedenken, dass bei einer Ausweitung des Anwendungsbereichs auf alle Grundstücke, die der Wohnbebauung dienen, auch Mehrfamilienhäuser und ganze Wohnblocks von der Neuregelung erfasst wären. Dies erscheint in Anbetracht der Zielsetzung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, gerade Menschen mit geringen und mittleren Einkommen die Bildung von Wohneigentum zu ermöglichen, nicht erforderlich. Hinzu kommt, dass bei einer Ausweitung auch auf unbebaute Grundstücke die Gefahr bestehen könnte, dass davon auch spekulative Grundstücksgeschäfte erfasst werden, die eine Wohnbebauung allenfalls langfristig zum Ziel haben. Eine Abgrenzung zu den Fällen, in denen tatsächlich kurzfristig Wohnraum geschaffen werden soll, erscheint in der Praxis insbesondere im Hinblick auf die Nachprüfbarkeit schwierig.

Hinsichtlich des Begriffs des Einfamilienhauses könnte es sich als sachgerecht erweisen, der Rechtsprechung die Auslegung im jeweiligen Einzelfall zu überlassen. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass es sich bei einem Einfamilienhaus um ein Gebäude handelt, welches in

erster Linie den Wohnzwecken der Mitglieder eines einzelnen Haushalts dient. Sie weist ausdrücklich darauf hin, dass weitere Wohnungen von untergeordneter Bedeutung (zum Beispiel eine Einliegerwohnung) unschädlich sind (vergleiche Bundesratsdrucksache 520/19, S. 14). Dies kann als Auslegungshilfe herangezogen werden. Eine umfangreichere Darstellung aller praktisch vorkommenden Formen der Wohnbebauung birgt hingegen die Gefahr der Unvollständigkeit und kann daher eher zu Problemen in der Anwendung führen.

### **Zu Nummer 3 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656b BGB)**

Der Bundesrat regt an, die Vorschriften über die Verteilung der Maklerkosten auch dann anzuwenden, wenn der Makler nicht als Unternehmer tätig wird.

Die Bundesregierung wird dieses Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.

### **Zu Nummer 4 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656c BGB)**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Konzeption des § 656c BGB-E dahingehend geändert werden sollte, dass der Makler sich vom Käufer einen Maklerlohn versprechen lassen kann, der niedriger als der mit dem Verkäufer vereinbarte Maklerlohn ist.

Die Bundesregierung wird diese Anregung prüfen. Wenngleich die praktische Relevanz eher gering erscheint, soll mit dem Gesetzentwurf im Ergebnis die spürbare Senkung der Nebenkosten für Käufer von Wohnimmobilien erreicht werden.

### **Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656c Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 BGB)**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Bestimmung aufgenommen werden sollte, die die Auswirkungen des Abschlusses eines gegen § 656c Absatz 1 Satz 1 BGB-E verstoßenden zweiten Maklervertrages auf die Wirksamkeit eines zeitlich vorher abgeschlossenen Maklervertrages mit der anderen Partei des Hauptvertrages ausdrücklich regelt.

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass bei einem Verstoß gegen § 656c Absatz 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB-E immer beide Maklerverträge unwirksam sind, unabhängig davon, in welcher

zeitlichen Reihenfolge die Verträge geschlossen wurden. Auch ein zunächst wirksamer erster Maklervertrag ist als von Anfang unwirksam anzusehen ist, wenn durch den Abschluss eines zweiten Maklervertrages gegen § 656c Absatz 1 Satz 1 oder Satz 2 verstoßen wird. Die Bundesregierung wird noch einmal prüfen, ob dies in § 656c Absatz 2 BGB-E ausreichend deutlich zum Ausdruck kommt.

#### **Zu Nummer 6 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656c, § 656d BGB)**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Ergänzung der §§ 656c, 656d BGB-E geboten ist, um der Umgehung der Vorschriften durch konstitutive Maklerklauseln vorzubeugen.

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates prüfen. Hinzuweisen ist darauf, dass die notarielle Praxis bereits seit einiger Zeit dazu übergegangen ist, sogenannte Maklerklauseln nur noch in rechtlich besonders gelagerten Fällen in einen Grundstückskaufvertrag aufzunehmen. Insbesondere gegen die Aufnahme von Klauseln, die dem Makler im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter einen unmittelbaren Vergütungsanspruch verschaffen sollen, werden im Hinblick auf die Neutralitätspflicht des Notars berufs- und beurkundungsrechtliche Bedenken vorgebracht. Vor diesem Hintergrund wird zunächst zu prüfen sein, ob eine Regelung zu den konstitutiven Maklerklauseln in tatsächlicher Hinsicht erforderlich ist. Sodann wird weiter zu prüfen sein, ob eine bewusste Umgehung der Regelungen zur Verteilung der Maklerkosten angesichts des klaren Gesetzeszwecks bereits nach der bestehenden Rechtslage (§ 138 BGB) zur Unwirksamkeit entsprechender Vereinbarungen führt.

#### **Zu Nummer 7 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656d Überschrift BGB)**

Der Bundesrat hält es für erforderlich, der Überschrift des § 656d BGB-E die Wörter „bei Tätigkeit für nur eine Partei“ anzufügen.

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates nicht zu. Die Vorschrift des § 656d BGB-E soll die Fälle erfassen, in denen zwar nur ein Maklervertrag vorliegt, eine Beteiligung der anderen Partei an den Maklerkosten von den Parteien aber dennoch als angemessen angesehen wird. Dies kann etwa der Fall sein, wenn nicht nur der Auftraggeber des Maklers von dessen Tätigkeit profitiert hat. Der Makler wird daher in diesen Fällen nicht zwingend nur für eine Partei tätig.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

**Zu Nummer 8 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB)**

Der Bundesrat regt an, § 656d Absatz 1 Satz 1 BGB-E klarstellend dahingehend zu ergänzen, dass der von der Partei, die den Makler nicht beauftragt hat, übernommene Anteil die Hälfte der aus dem Maklervertrag geschuldeten Maklerprovision nicht überschreiten darf.

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Es wird insbesondere zu prüfen sein, ob der beabsichtigte Zweck der Regelung, nämlich die Begrenzung der Kostenübernahme auf maximal 50 Prozent der vereinbarten Provision, sich so deutlich aus den gesetzlichen Regelungen und der Begründung ergibt, dass eine klarstellende Ergänzung des Wortlauts entbehrlich ist.

**Zu Nummer 9 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB)**

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Regelung des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E eine Ausnahme für den Fall der Insolvenz der Partei vorsehen sollte, die den Maklervertrag abgeschlossen hat.

Die Bundesregierung wird diese Anregung im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt zu bedenken, dass der Makler, wie jeder Unternehmer, grundsätzlich das Risiko der Insolvenz seines Auftraggebers trägt. Dieses Risiko besteht auch unabhängig vom Abschluss einer Vereinbarung gemäß § 656d Absatz 1 BGB-E und wird hierdurch nicht erhöht.

**Zu Nummer 10 (Artikel 1 Nummer 8 – § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB)**

Der Bundesrat regt an, § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E dahingehend zu ändern, dass nur die Erfüllung der Zahlungspflicht durch den Auftraggeber, und nicht der Nachweis hierüber, Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs gegen die andere Partei des Hauptvertrages ist.

Die Bundesregierung stimmt dem Anliegen des Bundesrates nicht zu. Die Vorschrift des § 656d Absatz 1 Satz 2 BGB-E dient dem Schutz vor Umgehungen der Vorgaben zur Verteilung der Maklerkosten. Mit ihr soll die Partei, die nicht Auftraggeber des Maklers ist, in die Lage versetzt werden, schon außergerichtlich zu prüfen, ob der Auftraggeber des Maklers seiner Zahlungs-

pflicht tatsächlich nachgekommen ist. Hat sie hieran Zweifel, soll sie gerade nicht darauf verwiesen werden, einen Rechtsstreit in Kauf zu nehmen und erst im Laufe des Gerichtsverfahrens einen Nachweis über die Zahlung zu erhalten.

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*