



Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 06099 Halle (Saale)

An den Deutschen Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Juristische und
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Bereich Jura
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zi-
vilprozessrecht und Handelsrecht
Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich

Per E-Mail

Ihre Zeichen

Ihr Schreiben vom

Unsere Zeichen

Datum
Donnerstag, 23. Januar 2020

Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die
Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und
Einfamilienhäuser – BT-Drucksache 19/15827

I.	Regelungsziel.....	1
II.	Sprachliche Anpassungen.....	3
III.	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich.....	3
1.	§ 656a BGB-E (Wohnungen und Einfamilienhäuser).....	4
2.	§ 656b BGB-E (Käufer natürliche Person, Makler Unternehmer).....	5
IV.	Textform.....	6
V.	Doppeltätigkeit, 656c BGB-E.....	6
VI.	Kostenübernahme bei einseitiger Beauftragung, § 656d BGB-E	10
VII.	Zusammenfassung.....	12

I. Regelungsziel

Der Gesetzesentwurf will im Maklervertrag über den Verkauf von Wohnungen und Einfamilienhäusern die Preisfindung nach Marktgrundsätzen ermöglichen und schutzbedürftige Käufer von Maklerkosten entlasten, die sie nicht verursacht haben und die nicht primär in ihrem Interesse angefallen sind. Die Kaufnebenkosten sollen sinken, um die Eigentumsbildung bei natürlichen Personen zu erleichtern.

Bei Maklerverträgen über Wohnimmobilien gibt es derzeit kaum Wettbewerb um die Höhe der Provision. Diese hat vielmehr in den einzelnen Regionen eine sehr einheitliche

Höhe. Die Maklerprovision gehört bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieselbe Kategorie wie etwa die Grunderwerbssteuern, die Notarkosten oder die Kosten eines Grundbucheintrags, obwohl doch – anders als bei diesen Kosten – keinerlei Pflicht besteht, bei einem Immobilienkaufvertrag die Hilfe eines Maklers in Anspruch zu nehmen, keine gesetzlichen Vorgaben für die Höhe der Provision existieren und die Vertragsgestaltung beim Maklervertrag auch ansonsten – innerhalb der Grenzen ausgeprägten Richterrechts – der Parteiautonomie (vgl. MüKoBGB/Roth § 652 Rn 2, 6; Staudinger/Leupertz (2019) Anh zu §§ 305-310 Rn B 239) überlassen ist. § 653 BGB tritt hinter Parteivereinbarungen zurück.

Die Provision muss zudem häufig derjenige zahlen, der den Makler (ursprünglich) gar nicht beauftragt hat, aber wegen einer nachträglich vereinbarten Doppeltätigkeit des Maklers, einer vertraglichen Übernahme der Provision oder einer eigenständig im Kaufvertrag vereinbarten Zahlung verpflichtet wurde. Bei Beauftragung des Maklers gibt es deshalb keinen Anlass, über die Höhe der Provision zu verhandeln, da der Auftraggeber sie ohnehin nicht zahlen muss.

Dabei fällt auf, dass gerade in der Situation des Nachfrageüberschusses, dh in Ballungsgebieten, in denen Wohnraum knapp ist, der Verkäufer den Makler beauftragt, jedoch der Käufer die Provision zahlen muss. Hier ist der Aufwand für den Makler, geeignete Interessenten zu finden, am geringsten. Der Makler wird zur Entlastung des Verkäufers bestellt, für den diese Entlastung kostenfrei ist. Der Käufer zahlt für den Zugang zu Informationen und Kontakten. Der Ausfall des Wettbewerbs um die Höhe der Provision und die Belastung derjenigen Person, die den Makler nicht bestellt hat, tritt also bei knapper Marktlage besonders hervor.

Einem auf Angebot und Nachfrage reagierenden Markt entspräche es demgegenüber, dass in einer Situation des Nachfrageüberschusses ein Makler vom Verkäufer nur gegen eine möglichst geringe Provision oder gar nicht beauftragt würde. Es wäre dann eine freiwillige Entscheidung des *Käufers*, ob er sich durch den Einsatz eines Maklers, den er selbst aussuchen und der ausschließlich in seinem Interesse tätig werden würde, einen Vor-

sprung im knappen Markt schaffen will. Ein Marktversagen im Hinblick auf die Höhe der Provision ist also in der Situation des Nachfrageüberschusses eindeutig identifizierbar.

In der Situation des Angebotsüberschusses, dh außerhalb der Ballungsgebiete, in strukturschwachen Gegenden etc., entspräche es ebenfalls der realen Marktlage, dass derjenige den Makler bestellt und bezahlt, der ihn braucht – das wäre hier der *Verkäufer*.

Der vom Gesetzesentwurf vorausgesetzte Regelungsbedarf (Herstellung von Preiswettbewerb, Entlastung schutzbedürftiger Käufer, Senkung der Kaufnebenkosten) besteht also. Die vom Gesetzesentwurf angestrebten Ziele sind grundsätzlich berechtigt. Ein Wettbewerb um die Provisionshöhe würde zur Senkung der Kaufnebenkosten führen und die Käufer entlasten.

Das Gesetz berührt allerdings den Schutzbereich der Vertragsfreiheit, der Berufsausbildungsfreiheit und der europäischen Dienstleistungsfreiheit. Dies ist aber sowohl mit dem Grundgesetz (GG) als auch mit den Vorgaben des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und der EU-Dienstleistungsrichtlinie vereinbar. (Noch) weniger einschneidende Maßnahmen kommen nicht in Betracht.

II. Sprachliche Anpassungen

In der Inhaltsübersicht des BGB sowie in dessen Buch 2. Abschnitt 8. Titel 10. werden die Worte Mäker in Makler bzw. Mäkervertrag und Mäkerlohn in Maklervertrag und Maklerlohn geändert. Die derzeitigen Ausdrücke werden auch in der Fachsprache nicht mehr verwendet und als „altmodisch“ (Staudinger/Leupertz (2019) Anh zu §§ 305-310, Rn B 237) wahrgenommen.

III. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

Die Textform in § 656a BGB-E gilt für alle Maklerverträge betreffend Kaufverträge über Wohnungen oder Einfamilienhäuser. Ansonsten beschränkt sich der persönliche Anwendungsbereich auf Fälle, bei denen auf Maklerseite ein Unternehmer und auf Käuferseite eine natürliche Person steht, § 656b BGB-E.

Nun sollten aber Sonderregelungen für den Maklervertrag nur am Maklervertrag selbst und/oder am vermakelten Objekt, nicht jedoch an den bis dato unbekannten Parteien des späteren Kaufvertrags festgemacht werden. Es bedarf nämlich klarer Verhandlungsprämissen und Bedingungen für den Inhalt des Maklervertrages, die den Vertragsparteien *bei Vertragsabschluss* ersichtlich sind und sich im Nachhinein nicht ändern.

1. § 656a BGB-E (Wohnungen und Einfamilienhäuser)

Diesen Vorgaben entspricht § 656a BGB-E, denn er bezieht sich nur auf das vermakelte Objekt. Damit wird richtigerweise kein in Abhängigkeit von den späteren Vertragsparteien des Kaufvertrags veränderliches Kriterium festgelegt.

Allerdings ist der Begriff „Kaufvertrag über ein Einfamilienhaus“ juristisch nicht eindeutig und auch inhaltlich nicht überzeugend. Immobilienkaufverträge beziehen sich entweder auf ein Grundstück oder eine Eigentumswohnung, nicht hingegen auf Häuser oder gar Einfamilienhäuser. Diese können nicht Gegenstand eigener Rechte sein, sondern werden als Gebäude mit dem Grundstück veräußert (§§ 93, 94 BGB). Die Anknüpfung an den Begriff der Wohnung und des Einfamilienhauses bezieht zudem die Büros, Kanzleien und Praxen von Freiberuflern mit ein, wobei im Gesetzesentwurf und seiner Begründung nicht deutlich wird, ob dies gewollt ist. Ist es nicht gewollt, wäre wiederum eine Abhängigkeit von den späteren Vertragsparteien hergestellt, was nach Obigem zu verhindern ist. Der Anwendungsbereich schließt im Übrigen Grundstücksveräußerungen betreffend noch zu errichtende Wohnungen oder Häuser nicht mit ein. Der Erwerb eines unbebauten Grundstücks, auf dem eine Familie ein Haus errichten möchte, wäre also nicht vom Schutzbereich erfasst. Dasselbe gilt, wenn mehrere Familien gemeinsam den Bau von Eigentumswohnungen vorhaben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der persönliche und sachliche Anwendungsbereich für die Formvorgabe sich zumindest nicht in Abhängigkeit von den späteren Kaufvertragsparteien verändert, was zu begrüßen ist. Der sachliche Anwendungsbereich sollte aber den Begriff des „Einfamilienhauses“ nicht verwenden.

Alternativ könnte der Anwendungsbereich auf Kaufverträge über Wohnimmobilien zugeschnitten werden. Dann wären ganz oder überwiegend dem Wohnen dienende, bebauten und unbebauten Grundstücke erfasst. Freiberufler wären vom Anwendungsbereich nicht erfasst, jedenfalls nicht, wenn das Gebäude ausschließlich für die Praxis/Kanzlei bestimmt ist. Soll die Immobilie überwiegend bewohnt werden, würde auch ein Kanzlei-/Praxisbereich des Objekts nicht „schaden“. Das zum Zwecke des Baus eines Einfamilienhauses erworbene Grundstück wäre schließlich ebenfalls vom Anwendungsbereich erfasst.

2. § 656b BGB-E (Käufer natürliche Person, Makler Unternehmer)

Der Grundidee, dass schon beim Abschluss des Maklervertrages klar sein sollte, welche Bedingungen für ihn gelten, entspricht die Regelung des § 656b BGB-E hingegen nicht. Die §§ 656c und 656d BGB-E sollen nämlich nur gelten, wenn der Käufer eine natürliche Person ist. Zwar wissen die Parteien, wenn es sich um eine Wohnimmobilie handelt, wann sie die Textform zu wahren haben (1.). Sie wissen jedoch nicht, ob eine gemeinsame Beauftragung in gleicher Höhe verpflichten wird, und ob im Falle einseitiger Beauftragung Vereinbarungen zur Zahlung oder Erstattung unbegrenzt möglich sind. Bei Abschluss eines Maklervertrags stehen die Vertragsparteien des Kaufvertrags noch nicht fest. Im Hinblick auf Provisionshöhe und Provisionsverteilung besteht Unsicherheit. Es wird ja damit nicht etwa ein „Verbrauchermaklervertrag“ eingeführt, also an den Vertragspartner des Maklers angeknüpft, sondern an die Eigenschaft des späteren, zunächst noch unbekannten Käufers.

Für die Parteien des Maklervertrags wird zudem ein Anreiz gesetzt, möglichst keine natürliche Person als Käufer zu wählen. Wohnungen und Einfamilienhäuser könnten dadurch vorrangig in die Hände juristischer Personen gelangen. Die Schutzrichtung der Norm würde geradezu konterkariert.

Die Regelung sollte also im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich nicht beschränkt werden. Das vermeidet Rechtsunsicherheit. Zudem wird verhindert, dass natürliche Personen als Käufer unattraktiv werden. Dass dies dazu führt, dass der Erwerb von Wohnimmobilien auch für juristische Personen preislich günstiger werden kann,

schadet nicht, denn sie „reichen“ die selbstgezahlte Provision in der Regel ohnehin an den Letzterwerber oder Mieter „weiter“; diese Summe kann sich nun verringern.

Deshalb bietet es sich insgesamt an, den Anwendungsbereich ausschließlich auf Kaufverträge über Wohnimmobilien zu beschränken. Das hätte auch den Vorteil, dass innerhalb des Untertitel 4 nicht voneinander abweichende Anwendungsbereiche der neuen Normen zum Tragen kämen.

IV. Textform

Inhaltlich sieht § 656a BGB-E vor, dass die Textform einzuhalten ist. Diese Formvorgabe ist weder zu hoch noch zu niedrig angesetzt. Vollständige Formfreiheit würde in den hier bestehenden Dreieckskonstellationen der Rechtssicherheit abträglich sein, die Schriftform oder gar darüber hinausgehende Formvorgaben sind nicht notwendig und auch nicht praxistauglich.

V. Doppeltätigkeit, 656c BGB-E

§ 656c BGB-E sieht vor, dass ein Makler, der sich von beiden Parteien des Kaufvertrags einen Maklerlohn versprechen lässt, mit jedem dieselbe Provisionshöhe vereinbaren muss. Er kann zudem nicht für *einen* unentgeltlich tätig werden und sich vom *anderen* einen Lohn versprechen lassen.

Diese Regulierung der Zahlungspflicht bei Doppeltätigkeit bezieht sich sowohl auf die gemeinsame Beauftragung als auch auf den Abschluss von zwei Maklerverträgen und eine Reihe weiterer vertraglicher Konstruktionen, bei denen die Provision ungleich verteilt wird. In Zukunft wird es demnach nicht mehr möglich sein, die Provisionspflicht des Verkäufers unter Gestattung der Maklertätigkeit für den Käufer abzubedingen. Der Makler kann nicht mehr allein vom Käufer die Provision aufgrund eines zweiten Maklervertrags erhalten. Die Formen des Schuldbeitritts, die zwischen dem Makler und dem Käufer geschlossen werden und diesen mit mehr als der Hälfte belasten, sind ebenfalls ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist schließlich die Konstellation, dass der Makler die Immobilie nur in sein Angebot aufnimmt und inseriert und sich dafür lediglich vom

Käufer eine Provision versprechen lässt. In diesem Fall ist er nämlich für den Verkäufer vereinbarungsgemäß unentgeltlich tätig geworden.

Ebenfalls ausgeschlossen erscheint, obwohl so vermutlich nicht gewollt, eine unterhälftige Beteiligung des Käufers. Eine flexible Reaktion auf die Marktlage ist damit nur eingeschränkt möglich.

Was durch die Norm nicht ausgeschlossen wird, ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter (dh zu Gunsten des Maklers) zwischen Verkäufer und Käufer (dazu s. VI.). Was ebenfalls nicht ausgeschlossen wird, ist das „Aufschlagen“ des nunmehr vom Verkäufer zu zahlenden Teils der Provision auf den Kaufpreis. Damit ist aber zu rechnen, so dass die Gesamtkosten des Immobilienerwerbs nicht sinken. Wirtschaftlich führt dies zu demselben Ergebnis wie das bisher in der Praxis übliche Modell, die Maklerkosten ganz auf die andere Vertragspartei zu verlagern. Lediglich im Hinblick auf die Kreditvergabepraxis käme es zu Änderungen, da die Kosten nicht in den Bereich der idR aus Eigenkapital zu erbringenden Kaufnebenkosten fielen. Dafür würde die Kreditbelastung sich erhöhen.

Problematisch an der Regelung ist folgendes: Die Konstruktion der Doppelbeauftragung wird in der Praxis vornehmlich zu dem Zweck gewählt, eine Handhabe zur Abwälzung der Provision zu haben. Hinter ihr verbirgt sich insofern regelmäßig kein Fall der tatsächlich gewollten Tätigkeit des Maklers für beide Seiten.

Die Norm geht aber nunmehr genau von diesem Konzept des Maklers als neutraler Mittler zwischen den Parteien aus, der in beiderseitigem Interesse tätig wird. Größere Marktmacht soll keinen Einfluss darauf haben, auf wen bei Doppeltätigkeit die Provisionslast abgewälzt wird. Dass allerdings dieses Konzept des „zwei Herren dienenden“ Maklers mit dem Risiko der Interessenkollision verbunden ist, macht bereits § 654 BGB deutlich, und die dazu ergangene Rechtsprechung konkretisiert es (s. etwa BGHZ 48, 344; BGH NJW-RR 2003, 991). Mag § 654 BGB auch nur für die unerlaubte Doppeltätigkeit gelten, so zeigt die Norm doch, dass die Doppeltätigkeit beim Makeln problematisch ist und das scharfe Schwert des Vergütungswegfalls greift, falls sie unerlaubt stattfindet. Wissenschaft und Rechtsprechung messen § 654 BGB sogar einen

Strafcharakter zu (BGH NJW 2012, 3718; MüKoBGB/*Roth* § 654 Rn 1); nun soll die Doppeltätigkeit quasi zum Modell werden.

Die gesetzliche Konzeption des Bürgerlichen Rechts geht aber davon aus, dass ein Makler grundsätzlich *einem* Auftraggeber verpflichtet ist und in dessen Interesse handelt. Und in der Tat gerät das, was der Makler für die eine Seite „herausmakelt“, regelmäßig der anderen Seite zum Nachteil. Bei der Kaufpreishöhe, an der sich die Maklerprovision ausrichtet, wird dies besonders deutlich:

„Der Makler muß die Interessen seines Auftraggebers loyal wahrnehmen. Er hat sich für einen günstigen Abschluß einzusetzen: bei einem Verkaufs-Auftrag für einen möglichst hohen Preis, bei einem Kauf-Auftrag für einen möglichst niedrigen. Wegen der schon deshalb widerstreitenden Interessen der Vertragsteile wird er daher im allgemeinen nur einem von ihnen uneingeschränkt treu dienen können.“ (BGHZ 48, 344)

Die Aussagen und Expertise des Maklers im Hinblick auf das Objekt und die Marktlage können zwar durchaus beiden Seiten zu Gute kommen. Eine umfassende Haftung des Maklers im Hinblick auf diese Aussagen und Expertise gibt es aber nicht. Der Makler ist nach der bisherigen Vorstellung des Bürgerlichen Rechts *kein* Dienstleister. Informationen dürfen ungeprüft weitergegeben werden; Beratungs- und Aufklärungspflichten bestehen nur in eingeschränktem Maße; Prüfungspflichten nur bei entsprechender (zusätzlicher) Vereinbarung (Vgl. BGH NJW 1982, 1147; BGH NJW-RR 2007, 711; BGH NJW 2019, 1223; OLG Köln MDR 2005, 974; MüKoBGB/*Roth* § 652 Rn 258; Jauernig/*Mansel* BGB § 654, Rn 5 ff.). Und gerade bei der Doppeltätigkeit „darf der Makler seine eigene Wertung nicht zur Geltung bringen“ (BGHZ 48, 344). Er ist nicht Schlichter zwischen den widerstreitenden Vertragsteilen. Der Bundesgerichtshof legt insofern schon seit langem einen strengen Maßstab an die Tätigkeit des Doppelmaklers an. Hat er die eine Seite schon beraten, darf er dem Gegner nicht mehr mit seinem Wissen und seinem Rat dienen, auch wenn dieser ihn befragt, weil er sonst die Interessen des anderen Teils beeinträchtigen würde (BGHZ 46, 344).

Die Doppeltätigkeit ist insofern zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie ist in der Praxis auch durchaus üblich. Sie weicht aber von den Modellvorstellung des § 652 BGB ersichtlich ab (MüKoBGB/Roth § 654, Rn 8). Sie geht mit deutlichen Risiken der Interessenkollision einher, und das erkennt auch die Rechtsprechung schon seit Jahrzehnten. Durch den neuen § 656c BGB-E wird sie nun zum Normalfall des Maklervertrags über Wohnimmobilien. Bislang ist das nur im Handelsrecht der Fall, welches bekanntermaßen von einem gänzlich anderen Bild der Vertragsparteien ausgeht als wir es hier vorliegen haben; und auch dort ist gerade das Immobiliengeschäft ausgeschlossen (s. § 93 HGB).

Des Weiteren führt die Norm zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, da bei Abschluss des ersten Maklervertrags nicht erkennbar ist, ob sich der Makler auch von einer anderen Partei den Maklerlohn versprechen lässt. Die Vereinbarungen zur Höhe der Provision unterliegen damit einem Unsicherheitsfaktor. Es wird schließlich schwer zu beweisen sein, was der Makler unentgeltlich zugesagt (Abs. 1 Satz 2), und was erlassen (Abs. 1 Satz 3) hat – die Beweislast wird der Käufer tragen, der keinen Einblick in die Verhandlungen zwischen Verkäufer und Makler hat.

Hinzu kommt, dass § 656c Abs. 1 Satz 2 BGB-E auch zu Ungunsten des Käufers wirken kann. Kein Makler wird in Zukunft einem *Käufer* versprechen, für ihn unentgeltlich tätig zu sein, da er sich dann auch vom Verkäufer keinen Maklerlohn versprechen lassen kann. Es mag sich zwar hierbei um einen Ausnahmefall handeln, je nach Marktlage ist er aber nicht gänzlich unvorstellbar.

Schließlich scheint es aus diesen Gründen auch nicht aussichtsreich, dass die Norm im Hinblick auf die Provisionshöhe zu einer stärkeren Preisfindung nach Marktgrundsätzen führt.

Eine Alternative, die diese Nachteile ausgleicht, wäre die Doppeltätigkeit im Falle von Wohnimmobilien ganz zu verbieten. Wenn beide Parteien sie partout wollen, brauchen sie keinen Makler mehr, weil sie einander schon gefunden haben. Für weitere gewünschte Expertise können Sie sich (einzelne oder gemeinsam) tatsächlich belastbaren Sachverständigen einholen.

Wie eingangs dargelegt, hängt es bei einem funktionsfähigen Markt vornehmlich von der Angebots- und Nachfragelage ab, wer den Makler braucht, beauftragt und bezahlt. Diese Person kann dann auch erwarten, dass der von ihr ausgewählte und bezahlte Makler uningeschränkt loyal ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bild des Maklers als neutraler Mittler oder Mediator zwischen den Parteien nicht dem gesetzlichen Leitbild entspricht. Die ohnehin nur schwach ausgeprägten Pflichten des Maklers (MükoBGB/Roth § 652 Rn 3, 258 ff.), werden bei der Doppeltätigkeit noch geringer, weil er auch der Gegenseite Loyalität versprochen hat. Die Doppeltätigkeit sollte deshalb ganz ausgeschlossen werden, weil sie derzeit ohnehin nur gewählt wird, um die Provision auf die Gegenseite abzuwälzen und den Interessen der Seite, die am Ende die Provision zahlt, nicht entgegenkommt. Interessenkollisionen sind vielmehr vorprogrammiert.

VI. Kostenübernahme bei einseitiger Beauftragung, § 656d BGB-E

Hat nur eine Partei einen Maklervertrag abgeschlossen, will § 656d BGB-E verhindern, dass sie die Kosten vollständig auf die andere Partei verlagert. Möglich bleibt allerdings eine hälfte Kostenübertragung. Vereinbarungen über höhere Zahlungen oder Erstattungen sind unwirksam. Ein Erlass wirkt auch hier für beide Seiten, und die Regelung ist zwingend (Abs. 2). Ebenfalls ausgeschlossen erscheint ein Vertrag zu Gunsten Dritter, dh ein Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer, in dem der Käufer dem Verkäufer verspricht, an den Makler zu zahlen. Hier leitet der Makler seinen Provisionsanspruch nicht aus einem von ihm mit dem Verkäufer oder Käufer abgeschlossenen Maklervertrag, sondern aus dem zwischen den Hauptvertragsparteien geschlossenen (notariellen) Kaufvertrag ab (MükoBGB/Roth § 652 Rn 33; Althammer, ZfIR 2012, 765). In der Regel wird dies mit einem unentgeltlichen Maklervertrag zwischen Verkäufer und Makler einhergehen.

In der Tat ist die vollständige Entlastung von den selbst veranlassten Kosten, wie ausgeführt (I.), der entscheidende Grund für die starren und hohen Prozentsätze bei der

Maklerprovision. Es gibt keinen Anlass über ihre Höhe zu verhandeln, da der Auftraggeber sie ohnehin nicht zahlen muss. Auch für den Makler gibt es derzeit keinen Anlass, sich dem Wettbewerb durch Angebot einer günstigeren Provision auszusetzen – die Situation kommt einer gesetzlichen Preisregulierung gleich. Statt von Provision ist in der Praxis häufig von einer *Maklergebühr* die Rede, als handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Dienstleistung, die der Makler erbringt.

Dass der Verkäufer nur noch in Höhe der Hälfte zur Kostenabwälzung berechtigt ist, ist deshalb ein Schritt in die richtige Richtung. Dadurch entsteht zumindest ein gewisser Anreiz um eine günstigere Provision zu verhandeln. Zudem wird die andere Partei zumindest nicht vollständig mit Kosten belastet, die weder von ihr veranlasst noch in ihrem Interesse sind.

Das Risiko ist freilich, dass derjenige Teil, den der Auftraggeber übernimmt, auf den Kaufpreis aufgeschlagen wird, so dass es sich für ihn letztlich doch nicht lohnt, zu verhandeln.

Die Norm bietet zudem eine erhebliche Rechtsunsicherheit und Umgehungsmöglichkeiten, man denke nur an den Fall, dass Verkäufer und Makler die Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit mündlich geschlossen haben (s. 656a BGB-E).

Hinzu kommt, dass die Regelungen zur Fälligkeit und zum Nachweis der Zahlung nicht wirklich praxistauglich erscheinen. Besser sollte an die Zahlung selbst angeknüpft werden. Im Prozess des Maklers wäre dann der Makler, im Prozess des Auftraggebers dieser beweispflichtig.

Alternativ könnte die Abwälzung der selbst veranlassten Provisionskosten auf die Gegenseite ganz ausgeschlossen werden („Bestellerprinzip“) oder die Maklerkosten könnten in der Höhe nach oben gesetzlich begrenzt werden (Deckelung). Es käme damit auch zur Herstellung größerer Kohärenz mit § 2 Abs. 1a WoVermittG.

VII. Zusammenfassung

1. Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes sollte den unjuristischen und inhaltlich nicht zielführenden Begriff des „Einfamilienhauses“ unbenutzt lassen. Statt dessen sollte auf den (überwiegenden) Wohnzweck der Immobilie abgestellt werden.
2. Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes sollte auf der Käuferseite nicht auf natürliche Personen beschränkt werden, sondern umfassend gelten, da durch das Vertragsobjekt bereits die Schutzrichtung des Gesetzes erreicht wird. Andernfalls käme es zu einer Abhängigkeit der Bedingungen des Maklervertrags vom späteren Käufer und damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit.
3. Die Doppeltätigkeit bietet das Risiko der Interessenkollision und hat für den Immobilienkäufer keine Vorteile. Sie sollte keinen Modellcharakter bekommen. Die Ausgestaltung der Provisionsteilungspflicht bei Doppeltätigkeit ist im Einzelnen schwer praktikabel. Vorzugswürdig wäre es, die Doppeltätigkeit bei der Vermittlung von Wohnimmobilien auszuschließen.
4. Die Begrenzung der Möglichkeit, die Maklerkosten auf die andere Vertragspartei abzuwälzen, ist ein Schritt in die richtige Richtung. Sie bietet allerdings Umgehungspotential. Ob sie das Ziel, die Gesamtkosten für den Immobilienerwerb zu verringern, erreichen kann, ist zu bezweifeln.

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich