

Stellungnahme

27.01.2020

zu dem Entwurf der Bundesregierung zu einem Gesetz

über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung
von Kaufverträgen über Wohnungen und
Einfamilienhäuser (BT-Drucks. 19/15827)

Prof. Dr. Markus Artz

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Europäisches Privatrecht,
Handels- und Wirtschaftsrecht
sowie Rechtsvergleichung

Raum H0-18
Telefon +49 (0) 521 106-2666
Telefax +49 (0) 521 106-152666
markus.artz@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-
bielefeld.de/lehrestuehle/artz/startseite

Sekretariat
Esther Santos Olleta
H-Gebäude, Morgenbreede 39
Raum H0-16
Telefon +49 521 106-6912
Telefax +49 521 106 -156912
esther.santos_olleta@uni-bielefeld.de

Universität Bielefeld
Universitätsstraße 25
33615 Bielefeld

Steuernummer: 305/5879/0433
USt-IdNr.: DE811307718
Finanzamt Bielefeld-Innenstadt

I. Vorbemerkung

Die nachfolgende Stellungnahme geht auf drei Aspekte des vorgelegten Gesetzentwurfs ein. Großen und grundlegenden Änderungsbedarf sieht sie bei der Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs im vorliegenden Entwurf (II.). Anschließend wird kurz auf das grundlegende Konzept des Gesetzes eingegangen, die Belastung der „anderen Vertragspartei“ auf 50 % der Maklerkosten zu beschränken (III.). Abschließend erfolgen einige Anmerkungen zum Übergangsrecht (IV.).

Vorab soll aber darauf hingewiesen werden, dass sich das sogenannte Bestellerprinzip, nach dem der Bezahler, der die Leistung bestellt, aus sich heraus rechtfertigt und es diesbezüglich keiner besonderen Schutzbedürftigkeit einer bestimmten Personengruppe bedarf. Sowohl grundlegende

rechtliche als auch auf der Hand liegende ökonomische Aspekte legen es mehr als nahe, dass die Kosten, die durch eine Maklertätigkeit entstanden sind, von demjenigen zu tragen sind, der den entsprechenden Auftrag erteilt hat. Diesbezüglich sei ausdrücklich und zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Stellungnahmen zum Gesetzentwurf 19/4557 anlässlich der Sachverständigenanhörung vor diesem Ausschuss am 8.5.2019 von *Prof. Dr. Beate Gsell* einerseits und dem Verfasser andererseits verwiesen. Die darin zu findenden allgemeinen und grundlegenden Erörterungen zur Sinnhaftigkeit und Schlüssigkeit des Bestellerprinzips werden ausdrücklich in Bezug genommen.

II. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Die Bestimmung und Begrenzung des Anwendungsbereichs der zentralen Vorschriften aus §§ 656c und d BGB-E in § 656b BGB-E überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht, führt zu nicht begründbaren Wertungswidersprüchen und erzeugt darüber hinaus erhebliche Fehlanreize.

1. Natürliche Person als Käufer

Die Beschränkung der derzeit bestehenden Möglichkeit und gängigen Praxis, den Käufer mit den Maklerkosten zu belasten, obwohl dieser nicht Auftraggeber des Maklers war, soll auf die Konstellation beschränkt werden, dass der Käufer eine natürliche Person ist. Begründet wird dies mit der besonderen Schutzbedürftigkeit derartiger Käufer. Dies überzeugt zunächst vor dem Hintergrund nicht, dass sich mehrere natürliche Personen insbesondere im Falle des Hauskaufs zu einer Personengesellschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen können und in Folge dessen durch die enge Definition der Vorschrift den Schutz des Gesetzes verlören. Verbrauchereigenschaft können solche Gesellschaften bürgerlichen Rechts besitzen, selbst wenn sie als solche nach außen auftreten und daher rechtsfähig sind. Zu denken ist etwa an den Fall einer sogenannten Alterswohngemeinschaft, die eine Wohnung oder ein Haus kauft. Da in der vorliegenden Stellungnahme nachfolgend auch die starke Beschränkung des

sachlichen Anwendungsbereichs als unangemessen kritisiert wird (3.), ergeben sich zahlreiche weitere relevante Fallgestaltungen.

Hinzu kommt, dass die vorgeschlagene Beschränkung der Überwälzung von Maklerkosten auf den Käufer nicht nur unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schutzbedürftigkeit der benannten Käufergruppen zu betrachten ist, sondern per sé angemessen und angezeigt erscheint. Die Schlüssigkeit eines sogenannten Bestellerprinzips besteht unabhängig von der persönlichen oder typisierten Schutzbedürftigkeit des Käufers als natürlicher Person. Die Angemessenheit einer Regelung, nach der den Auftraggeber einer Leistung auch die Vergütungspflicht trifft, ist vielfach begründet worden und ergibt sich nicht nur aus den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre und ökonomischen Aspekten sondern im Fall des Maklervertrags insbesondere auch aus der außerordentlich beschränkten Haftung des vom Verkäufer beauftragten Maklers gegenüber dem späteren Käufer in Bezug auf seine Aussagen über die Immobilie, die auf Informationen des Verkäufers beruhen und risikolos weitgehend ungeprüft weitergegeben werden dürfen (siehe gerade dazu ausführlich *Gsell*, Stellungnahme zu BT-Drucks. 19/4557, S. 5). Vor diesem Hintergrund liegt es auch, wenn juristische Personen, seien es Kapitalgesellschaften oder Vereine, Personenhandelsgesellschaften oder eben BGB-Gesellschaften entsprechende Immobilien erwerben, auf der Hand, dass jedenfalls auch derjenige den Makler bezahlt, der ihn beauftragt hat.

Gestaltet man die Regelung in der Art und Weise, dass beim Verkauf an Investoren, Unternehmen und ähnliche Personengruppen weiterhin die Möglichkeit besteht, die Maklerkosten vollkommen auf den Käufer abzuwälzen, erzeugt man einen Fehlanreiz, der das ausdrücklich formulierte Ziel des Gesetzes, die Eigentumsbildung für Familien mit Kindern zu fördern, gefährdet. Um es ganz klar zu sagen: Der persönliche Anwendungsbereich auf Käuferseite sollte von jeglicher Beschränkung verschont bleiben.

2. Makler als Unternehmer

Aus dem vorstehenden Plädoyer zum unbeschränkten Schutz etwaiger Käufer folgt spiegelbildlich das Erfordernis, sämtlichen Maklern die umfängliche Belastung der Käufer mit den entsprechenden Kosten zu untersagen. Nichts spricht dafür, Gelegenheitsmakler unter diesem Gesichtspunkt anders zu behandeln als unternehmerisch tätige Makler. Die Angemessenheit des Bestellerprinzips besteht intrinsisch und wird nicht durch die Professionalität des Maklers begründet.

3. Beschränkung auf den Kauf einer Wohnung oder eines Einfamilienhauses

Der vorliegende Gesetzentwurf beschränkt den Anwendungsbereich der §§ 656c und d BGB-E auf den Kauf eines Einfamilienhauses oder einer Wohnung. Aus der Begründung zum Entwurf ergibt sich, dass tatsächlich eine sehr enge Einschränkung der Wirkungen des Gesetzes beabsichtigt ist. Dadurch schließt man zunächst unmittelbar vergleichbare Fallgestaltungen, von denen die vornehmlich ins Auge gefassten Adressaten oftmals betroffen sind, ohne Rechtfertigung aus. Zu denken ist etwa an den Kauf mehrerer kleiner Wohnungen in einem Haus, die nach Erwerb zu einer größeren Einheit verbunden werden sollen. Diese Fälle kommen oftmals vor dem Hintergrund vor, dass Eigentumswohnungen in einem Haus vor dem Angebot zum Verkauf klein zugeschnitten wurden, um die Ertragsaussichten zu steigern. Erweisen sich diese Wohnungen dann am Markt als wenig attraktiv oder interessiert sich ein Kaufinteressent schlicht für eine größere Fläche, kommt es häufig zum Verkauf mehrerer Einheiten an einen Käufer und zum späteren Verbund der Wohnungen. Es leuchtet nicht ein, dass in einem solchen Fall eine umfassende Belastung des Käufers mit den Maklerkosten angemessen sein soll.

Es liegt weiterhin auf der Hand, den Erwerb von Bauland einzubeziehen. Schließlich überzeugt es nicht, beim Erwerb eines Mehrfamilienhauses, in das der Käufer zum einen Teil einzieht und zum anderen Teil Vermietung betreibt, anders zu behandeln als die nach dem Entwurf einbezogenen Konstellationen.

All dies folgt wiederum daraus, dass das Bestellerprinzip als solches angemessen erscheint und es auf der Seite der Schutzbedürftigen, die den Makler nicht beauftragt haben, weder sachlich noch persönlich einer engmaschigen Differenzierung bedarf.

III. Beschränkung auf eine 50 % Belastung des „anderen Vertragspartners“

Der Grundidee des vorliegenden Entwurfs liegt in der Begrenzung der Belastung eines Vertragspartners, der den Makler nicht allein beauftragt hat, in Höhe der Hälfte der angefallenen Vergütung. Darin dürfte ein klassischer politischer Kompromiss zu sehen sein. Es soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die besseren Argumente für die umfassende Belastung des Auftraggebers mit den Maklerkosten sprechen. Dies soll an dieser Stelle jedoch nicht vertieft werden.

Geprüft und sichergestellt werden sollte hinsichtlich der wohltuend knapp und einfach gehaltenen Regelungen zur Deckelung der Belastung eines Vertragspartners, der den Makler nicht allein beauftragt hat, dass sämtliche Umgehungstatbestände erfasst sind. Dies sollte auch in der Form, wie es aus dem Verbraucherprivatrecht im BGB bekannt und üblich ist, ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben werden.

Weiterhin sollte in Erwägung gezogen werden, ob hinsichtlich des Zahlungsnachweises in § 656d Abs. 1 Satz 2 BGB-E eine konkretere Regelung eingeführt werden kann.

IV. Übergangsrecht

Die vorgeschlagene Regelung zu einer Übergangsvorschrift unter Art. 229 EGBGB ist insofern sehr unkonkret gefasst, als schlicht „Rechtsverhältnisse“ in Bezug genommen werden.